

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

MARIANA TORRES HOMEM CHAIA

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO  
FAVORÁVEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADOTADO A PARTIR DE 2016 E  
O IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

RIO DE JANEIRO

2019

Mariana Torres Homem Chaia

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO FAVORÁVEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADOTADO A PARTIR DE 2016 E O IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Antonio Eduardo Ramires Santoro.

RIO DE JANEIRO

2019

C434e Chaia, Mariana Torres Homem  
Execução Provisória da Pena: uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal adotado a partir de 2016 e o impacto no ordenamento jurídico brasileiro. / Mariana Torres Homem Chaia. -- Rio de Janeiro, 2019.  
73 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) –  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito,  
Bacharel em Direito, 2019.

1. Execução provisória da pena. 2. Prisão antes do trânsito em julgado. 3. Presunção de inocência. 4. Supremo Tribunal Federal.  
I. Santoro, Antonio Eduardo Ramires, oriente. II. Título.

MARIANA TORRES HOMEM CHAIA

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO FAVORÁVEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADOTADO A PARTIR DE 2016 E O IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2019

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por ter me dado saúde, luz e sabedoria para viver intensamente e aproveitar todas as oportunidades até aqui oferecidas.

É momento também de agradecer por ter uma família que me dá apoio e força para seguir meus sonhos, que não só torce pela minha felicidade como compartilha dela comigo.

Aos meus pais, George e Ana Lúcia, agradeço pelo amor incondicional, pelo suporte diário e por não medirem esforços para me ver feliz. Agradeço, ainda, por terem não só me incentivado a seguir o caminho do esporte, mas por terem acompanhado toda a minha trajetória de atleta, e me dado força em um dos momentos mais difíceis da minha vida, que foi largar o esporte para seguir com esta faculdade. Vocês são essenciais na minha formação como pessoa e como profissional.

Ao meu irmão Gegê agradeço pela parceria, pela inspiração, pelo abraço confortante, pelas palavras de carinho, pela troca de experiências e por ter me possibilitado de viver uma das maiores e mais puras formas de amor: a de ser tia. Sophia e Manu, vocês só preenchem nossa casa com alegria, sorriso e pureza. Obrigada por representarem tanto.

À minha prima Thaissa agradeço por estar sempre comigo, por ser sempre a voz que me faz enxergar que temos que seguir nossa felicidade e que não podemos desistir dos nossos sonhos.

Guardo também enorme sentimento de gratidão por esta Universidade, que me oportunizou o desenvolvimento de uma nova Mariana, com pensamentos mais críticos, justos e racionais, além de me permitir a convivência com pessoas incríveis e que tanto agregaram no meu crescimento e amadurecimento pessoal.

Agradeço também ao meu orientador, Antonio Santoro, pelo suporte não só ao longo do desenvolvimento desta pesquisa, mas também ao longo de toda a minha graduação.

Por fim, agradeço demais aos meus amigos, e não me sinto na necessidade de citar nomes, pois os verdadeiros certamente se sentirão abraçados por essa mensagem. Obrigada por serem a minha força extra nos momentos mais difíceis, por serem carinho e afeto nos momentos em que mais preciso, e por me fazerem transbordar minha melhor energia e sorriso diariamente.

“A constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la nunca”.

(Ullysses Guimarães)

## RESUMO

O presente trabalho pretende promover uma análise completa e fundamentada sobre o tema da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro com base no entendimento firmado em 2016 pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução iniciada após sentença penal condenatória recorrível não afrontaria o princípio da presunção de inocência. Uma análise completa quer dizer que esta pesquisa abarcará os dois lados extremos do tema, pois somente a partir da compreensão de todos os argumentos e impactos envolvidos por trás desta nova modalidade de prisão é que se pode firmar um posicionamento concreto acerca do assunto. Partindo-se desta noção, tornou-se necessária uma apresentação inicial de todos os argumentos expostos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em 2016, na intenção de embasar a defesa pela possibilidade de prisão em segunda instância, para somente depois, em cima disto, apresentar impactos, incompatibilidades e incongruências deste posicionamento com o nosso ordenamento jurídico atual e portanto, defender com segurança, a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, que teria sido permitida pela Corte Constitucional em um claro contexto de ativismo judicial, envolvendo um real perigo à democracia brasileira.

Palavras-Chaves: Execução provisória da pena; Presunção de inocência; STF.

## ABSTRACT

This paper intends to promote a complete and grounded analysis on the subject of the provisional execution of the sentence in the Brazilian legal system based on the understanding signed in 2016 by the Federal Supreme Court that an execution starting after a conviction that is still subject to revision would not violate the principle of presumption of innocence. A grounded analysis means that this research will embrace both extreme sides of the theme, because only after understanding all the arguments and impacts involved in this new mode of imprisonment we can establish a concrete knowledge on the subject. Based on this notion, it was necessary to make an initial presentation of all the arguments put forward by the Ministers of the Supreme Court in 2016, with the intention of basing the defense on the possibility of arrest in the second instance, and only later, on this, presenting impacts, incompatibilities and incongruities of this positioning to our current legal system and therefore safely defend the unconstitutionality of the provisional execution of the sentence, which would have been allowed by the Constitutional Court in a clear context of judicial activism, involving a real danger to the Brazilian democracy.

Keywords: Provisional execution of the sentence; Presumption of innocence; STF



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
1. HISTÓRICO ACERCA DA PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	17
1.1 - A situação antes da constituição de 1988.....	17
1.2 - A situação logo após a constituição de 1988 .....	19
1.3 - A Lei 11.719/2008 .....	20
1.4 - O <i>habeas corpus</i> 84.078/MG de 2009 e o posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal à execução provisória da pena.....	22
1.5 - A Lei 12.403/2011 .....	25
1.6 - A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 15/2011 e o Projeto de Lei nº 402 do Senado de 2015.....	26
1.7 - O <i>habeas corpus</i> 126.292/SP de 2016, a estranha mudança de entendimento e a adoção do posicionamento favorável à execução provisória da pena pelo Supremo Tribunal Federal .....	29
1.8 - A decisão liminar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 em outubro de 2016.....	31
1.9 - O julgamento final das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 em novembro de 2019 e o retorno do Supremo Tribunal Federal ao posicionamento contrário à execução provisória da pena.....	32
2. O POSICIONAMENTO FAVORÁVEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO A PARTIR DE 2016: OS VOTOS QUE DENEGARAM A ORDEM NO JULGAMENTO DO MÉRITO DO <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292/SP.....	34
2.1 - Voto do Ministro Teori Zavascki (Relator) .....	35
2.2 - Voto do Ministro Edson Fachin .....	41
2.3 - Voto do Ministro Luis Roberto Barroso .....	45
2.4 - Voto do Ministro Luiz Fux .....	52
2.5 - Voto da Ministra Cármen Lúcia.....	53
2.6 - Voto do Ministro Gilmar Mendes .....	54
3. O IMPACTO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292/SP PELO INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	59
3.1 - A incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência .....	59
3.2 - A alegação de ausência de efeito suspensivo e a necessidade de abandono de uma Teoria Geral do Processo.....	65
3.3 - A não observância do artigo 283 do Código de Processo Penal Brasileiro .....	66
3.4 - O perigo de deixar o poder nas mãos do Supremo Tribunal Federal .....	67

CONCLUSÃO .....	69
REFERÊNCIAS.....	72

## INTRODUÇÃO

Execução provisória da pena é o nome utilizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para denominar uma modalidade de prisão, na qual se permite o encarceramento automático a partir do encerramento da jurisdição em segunda instância, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário, ou seja, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A partir do julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar o seguinte posicionamento:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal<sup>1</sup> (*Habeas Corpus* nº126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016).

Assim, o referido posicionamento passou a ser utilizado como precedente do tribunal constitucional desde então, principalmente depois do reconhecimento, em Plenário Virtual, da repercussão geral do tema no ARE 964.246/SP<sup>2</sup>, no qual ficou reafirmada a jurisprudência do STF no sentido de permitir a execução provisória de acórdão condenatório proferido em grau recursal.

Apesar do presente entendimento vigorar desde 2016, parece ter chamado maior atenção e chegado ao seu auge de repercussão apenas em 2018, quando a discussão envolveu uma figura

---

<sup>1</sup> Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>> Acessado em 20/10/2019.

<sup>2</sup> Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (Repercussão Geral no RHC nº 964.246-SP, STF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 23.11.2016, publicado no DJ em 25.11.2016).

pública, qual seja, o ex-presidente da república Luis Inácio Lula da Silva, no julgamento de seu habeas corpus 152.752/PR. A partir disto, parece que a discussão passou a chamar atenção das camadas populares, o assunto ficou completamente em destaque e associado ao ex-presidente, e a sensação, desde então, é a de que a discussão passou a se limitar pura e simplesmente em ver ou não o ex-presidente punido e preso.

O fato é que qualquer análise um pouco mais profunda permite a percepção de que o julgamento acerca da possibilidade de prisão de sentença condenatória em segunda instância atualmente não diz respeito exclusivamente à punição de um indivíduo específico, nem somente à dimensão do princípio de presunção de inocência, mas também engloba o rumo da nossa própria democracia, uma vez que também está em jogo o respeito à nossa Constituição.

Isto porque o Supremo Tribunal Federal decidiu admitir a execução provisória da pena em um claro contexto de ativismo judicial, através da tentativa de reinterpretar, ou melhor dizendo, reescrever o princípio da presunção de inocência, ignorando a sua literalidade, na aparente intenção de harmonizá-lo com o princípio da efetividade jurisdicional para que seja satisfeita a opinião pública de ver funcionar a punibilidade.

Assim, o que quero dizer quando destaco a preocupação com o rumo da nossa democracia a partir deste posicionamento do STF sobre a prisão de sentença condenatória em segunda instância é perfeitamente resumido nas seguintes palavras de Geraldo Prado:

A porta que se escancara quando o STF se transforma de guardião da Constituição em órgão que a corrige, por entender que a Constituição está errada, termina por permitir que passe todo tipo de gente que se entende virtuosa e, estando temporariamente no exercício do poder, resolva corrigir os rumos da história por suas próprias mãos.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> PRADO, Geraldo. O STF na encruzilhada. Estadão, São Paulo. 22 de junho de 2019. Disponível em: <<<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-stf-na-encruzilhada/>>>. Acessado em 21/10/2019.

Outro fator importante de se destacar é o de que a maioria dos ministros da Suprema Corte se utilizaram de diversos argumentos para fundamentar seus posicionamentos favoráveis à execução provisória da pena, mas não se preocuparam, ao menos, em definir parâmetros e requisitos, os quais deveriam ser observados no momento de determinar a execução, o que acaba dando uma ampla margem de discricionariedade aos magistrados na hora de mandar expedir ou não o mandado de prisão.

Ademais, o STF, a partir de sua jurisprudência, parece adotar o posicionamento de que a presente modalidade de prisão, assunto desta monografia, pode ser aplicada para qualquer processo em que haja a condenação em segunda instância e tenha sido ordenada a expedição de mandado de prisão, atuando, portanto, como uma espécie de antecipação do marco inicial de cumprimento da pena, sem a necessidade de uma fundamentação com base na análise das circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Portanto, ao que parece, a execução provisória da pena, apesar de seu nome, nada possui de prisão processual/cautelar. A forma em que anda sendo aplicada pelos tribunais discricionariamente e sem fundamentação que a justifique demonstra o seu caráter voltado a uma sanção antecipada, e não a uma medida cautelar provisória, o que acaba por provocar um imenso impacto no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no princípio constitucional da presunção de inocência.

Digo isto porque a culpa é pressuposto da pena, e a literalidade do Artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa Brasileira<sup>4</sup>, demonstra que aquela só é constatada no momento em que a decisão transita em julgado, ou seja, no instante em que se torna definitiva, motivo pelo qual resta demonstrado inicialmente a incompatibilidade da execução antecipada com a nossa Constituição da República.

---

<sup>4</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Aproveito, ainda, para esclarecer que, em momento algum, defendi que é impossível qualquer prisão antes do trânsito em julgado. O fato é que se ela ocorrer, é necessário que seja de natureza cautelar, cumprindo os requisitos da legislação processual penal brasileira, mas nunca de natureza sancionatória.

O Artigo 283 do Código de Processo Penal atualmente é claro ao disponibilizar apenas quatro modalidades de prisão legalmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro, sejam elas: a execução de pena após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; a prisão em flagrante; a prisão temporária; e a prisão preventiva.<sup>5</sup>

Ocorre que mesmo sem previsão legal que permita a prisão decorrente de acórdão condenatório recorrível, o Supremo Tribunal Federal cria a possibilidade da execução provisória da pena, com base, por exemplo, nos argumentos de que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, de acordo com o Artigo 637 do Código de Processo Penal brasileiro, bem como na ideia de que os mesmos recursos não estão permitidos de revisitar as circunstâncias fáticas do caso, mas tão somente de se limitar aos aspectos jurídicos, motivo pelo qual não estão previstos para revisar a justiça no caso concreto, e portanto, não modificarão a certeza jurídica da materialidade e autoria do crime obtida com a condenação em segunda instância.

Contudo, destaco que a execução provisória da pena é uma discussão que ainda toma forma na jurisprudência. De uma posição contrária, a qual havia ficado definida, em 2009, no *habeas corpus* 84.078/MG<sup>6</sup>, de relatoria do ministro Eros Grau, o Supremo passou, a partir de 2016, a se posicionar em sentido favorável. E ainda assim, o entendimento se modificou novamente no decorrer do desenvolvimento deste trabalho, quando ficou definido, no dia 07/11/2019, o posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão em

---

<sup>5</sup> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

<sup>6</sup> Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acessado em 20/10/2019.

segunda instância de sentença condenatória, no julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43,44 e 54, com efeitos erga omnes.

O fato é que, mesmo que a Suprema Corte tenha mudado o seu entendimento no decorrer desta pesquisa para assumir novamente a ideia de inconstitucionalidade da execução provisória da pena, destaco que o presente trabalho não perdeu seu objeto, tendo em vista que o posicionamento favorável durante esses mais de 3 anos, de fevereiro de 2016 a novembro de 2019, gerou muito impacto na nossa sociedade e portanto, continua exigindo uma análise aprofundada do assunto, até mesmo para melhorar a compreensão do motivo pelo qual o próprio Supremo novamente mudou o seu posicionamento.

Diante de todas essas considerações, destaco que foi exatamente o contexto de clamor popular e de extrema repercussão do julgamento do *habeas corpus* do ex-presidente Lula que me fez escolher o tema da execução provisória da pena para este trabalho. A rápida difusão do assunto entre as pessoas, e a personificação de toda a discussão na figura do ex-presidente, sem uma prévia consideração dos argumentos utilizados pelos ministros da Suprema Corte, dos aspectos envolvidos e dos riscos trazidos pela possibilidade desta nova modalidade de prisão, me fizeram ter a certeza da essencialidade do desenvolvimento desta pesquisa.

Assim, a ideia deste trabalho é promover um aprofundamento do estudo acerca da execução provisória da pena, não só para demonstrar, detalhadamente, todos os argumentos utilizados no posicionamento favorável do Supremo Tribunal Federal acerca do início da execução em segunda instância, mas principalmente para analisar o impacto deste entendimento não só na vida dos condenados que estão sendo afetados diretamente por tal decisão, mas também para o ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração o alcance do princípio da presunção de inocência, o respeito aos direitos humanos e, ainda, pensando no perigo de uma situação de ativismo judicial, na qual é ignorada a literalidade das leis, e utilizada a vontade dos que estão temporariamente no poder para corrigir os problemas atuais da nossa sociedade, transformando-a em um lugar no qual prevalece a vontade de quem está no topo.

Para tanto, o primeiro capítulo, intitulado “Histórico acerca da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória” tem o objetivo de construir um histórico-temporal resumido sobre a prisão de sentença condenatória antes do trânsito em julgado, passando pelas reformas do Código de Processo Penal, pelas previsões da ordem constitucional de 1988, bem como pelos diversos entendimentos já adotados pelo Supremo Tribunal Federal em um curto período de tempo.

O segundo capítulo, “O posicionamento favorável do STF sobre a execução provisória de acórdão condenatório a partir de 2016: os votos que denegaram a ordem no julgamento do mérito do *habeas corpus* 126.292/SP”, tem por finalidade analisar profundamente todos os argumentos apresentados pelos ministros em seus votos favoráveis ao início da execução depois de proferida condenação em segunda instância.

O terceiro capítulo, que denominei “O impacto do entendimento firmado no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP pelo início da execução da pena após condenação em segunda instância no ordenamento jurídico brasileiro” tem a pretensão de analisar a incompatibilidade da execução provisória da pena com o nosso ordenamento jurídico atual, passando por uma análise do princípio constitucional da presunção de inocência, da importância do respeito às garantias fundamentais, da existência do artigo 283 do CPP, bem como verificando o perigo que a democracia corre com o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, na conclusão, pretendo, principalmente, demonstrar que mesmo depois de estudados todos os argumentos apresentados pelos Ministros para defender o posicionamento pela possibilidade da execução provisória da pena, é possível se defender a inconstitucionalidade da referida prisão, incentivando, ainda, a realização de uma reflexão no sentido de que a nossa Constituição não é um mero pedaço de papel, que pode ser amassado e rasgado a qualquer instante que contrariar os instintos políticos de determinada realidade social, mas que, pelo contrário, merece respeito a todo e qualquer momento.



## **1. HISTÓRICO ACERCA DA PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.**

O estudo histórico-temporal é importante para contextualizar a situação da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ao longo dos anos no nosso ordenamento jurídico, destacando as suas diferentes formas de aplicação e as diversas previsões normativas relacionadas ao tema no decorrer deste caminho.

Isto abarca avaliar as adaptações e modificações que foram sendo realizadas neste tipo de prisão com o surgimento da nova ordem constitucional atual, com as diversas reformas sofridas pelo Código de Processo Penal, bem como com as diferentes interpretações que já foram conferidas pelo Supremo Tribunal Federal ao respectivo tema.

Neste sentido, falaremos brevemente sobre cada um dos períodos destacados abaixo, na intenção de demonstrar a evolução do tema no decorrer dos anos no nosso país.

### **1.1 - A situação antes da constituição de 1988**

As constituições brasileiras anteriores não dispunham expressamente acerca da garantia da presunção de inocência, tal como faz a de 1988.

E sendo o Código de Processo Penal brasileiro datado de 1941, não é estranho que se diga que a sua estrutura, antes da nossa atual ordem constitucional de 1988, era totalmente autoritária.

Diante deste cenário, merecem destaque quatro dispositivos normativos do Código de Processo Penal brasileiro que faziam referência direta à prisão decorrente de sentença condenatória da qual ainda cabia recurso. São eles: os artigos 283, 594, 595 e 637, todos do Código de Processo Penal, que estão a seguir dispostos.

Artigo 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Artigo 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Artigo 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.

Artigo 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Assim, o que se percebe é que quando do ingresso do Código de Processo Penal na ordem jurídica nacional, em 1º de janeiro de 1942, antes da ordem constitucional atual, existiam basicamente três espécies de prisão admitidas antes do trânsito em julgado: a prisão em flagrante (arts. 310 e seguintes do CPP), a prisão preventiva (artigos 311 e seguintes do CPP), e as denominadas prisões processuais, que eram aceitas basicamente em duas situações procedimentais distintas, que seriam aquelas em ocasião da decisão de pronúncia, nos processos do Tribunal do Júri (art. 408 do CPP) ou aquelas em decorrência de sentença penal condenatória recorrível (arts. 393 e 594 do CPP).

Neste sentido, pela leitura do artigo 393 do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, percebe-se a existência, para crimes inafiançáveis e para os afiançáveis em que não houvesse a prestação da fiança, da previsão de uma execução automática de prisão processual decorrente de sentença condenatória recorrível. A palavra automática é justamente para chamar atenção ao fato de que o magistrado não precisava se manifestar sobre a determinação da presente prisão, pois esta era vista realmente como um efeito direto da sentença condenatória proferida por juiz de primeiro grau e ainda sujeita a recurso em segunda instância.

Ademais, necessário falar também que o recolhimento à prisão era tido até mesmo como um pressuposto essencial para a possibilidade de apelar em algumas situações específicas, tal como ficava disposto no artigo 594 do CPP.

Por fim, cumpre demonstrar também que, à época, os condenados em primeira instância que ficaram soltos em decorrência de prestação de fiança, quando fossem condenados em segunda instância, mesmo que na pendência de julgamento de recurso extraordinário, deveriam ser recolhidos à prisão para o cumprimento da pena de forma antecipada. Isto se explicava porque o artigo 637 do CPP traz a previsão de que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo.

Portanto, torna-se perceptível que, antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não havia óbice algum para a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, fosse ela de natureza processual, fosse ela na forma de execução antecipada da pena.

## **1.2 - A situação logo após a constituição de 1988**

Com o surgimento da Constituição brasileira de 1988, apareceu expressamente no nosso texto constitucional o princípio da presunção de inocência, no qual se determinou claramente que a culpa só é provada no momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, de acordo com o artigo 5º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A partir de tal previsão e com a definição do trânsito em julgado como o momento exato para que se inverta a presunção de inocência, os artigos 393, 594 e 637 do Código de Processo Penal, anteriormente destacados, passariam a não ter mais tanto sentido para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que em desarmonia com o próprio texto constitucional, norma de hierarquia superior.

Contudo, a saída encontrada para continuar aplicando os referidos dispositivos processuais penais foi no sentido de que a tal prisão não se referia a uma espécie de cumprimento de pena antecipada, mas sim de uma cautelar prisional, a qual deveria ser aplicada pelo magistrado somente quando observado o preenchimento dos requisitos no caso concreto.

O ramo da jurisprudência embarcou no mesmo sentido, tanto é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) criou a sua súmula 9 para determinar que “A exigência da prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”, assumindo, desta forma, que tal prisão do artigo 594 do Código de Processo Penal é considerada como espécie de prisão provisória.

Assim, duas são as informações principais retiradas deste novo entendimento. A primeira é a de que passou a se exigir a fundamentação no ato de determinação do recolhimento à prisão, por força dos artigos 5º, LXI<sup>7</sup>, bem como do artigo 93, IX<sup>8</sup>, ambos da Constituição Brasileira de 1988. A segunda é a de que começou a ser necessário demonstrar o preenchimento dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, eis que a tal prisão passou a ser identificada como preventiva.

### **1.3 - A Lei 11.719/2008**

Apesar de doutrina e jurisprudência já terem realizado uma manobra para harmonizar os artigos do código de processo penal que tratavam da prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória com a nossa nova ordem constitucional, tratando-a como prisão preventiva, ignorando a ideia anterior de sua aplicação automática, bem como passando a exigir

---

<sup>7</sup> Art 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

<sup>8</sup>Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

fundamentação e preenchimento dos requisitos do artigo 312 do CPP, a Lei 11.719, de 2008, veio para consolidar formalmente estas modificações.

A Lei 11.719/2008, portanto, promoveu diversas alterações no Código de Processo Penal, mas veremos a seguir apenas as de maior importância para o tema em questão.

Sendo assim, em primeiro lugar, destaco que esta Lei revogou, na forma do seu artigo 3º, o artigo 594 do CPP. Ou seja, o recolhimento à prisão não era mais um pressuposto essencial para interpor o recurso de apelação. Aqui, aproveito para destacar que, a jurisprudência já vinha adotando este entendimento antes mesmo da revogação formal do respectivo dispositivo, tanto é que o Superior Tribunal de Justiça editou pouco antes a súmula 347 dispondo que “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

Ademais, em segundo lugar, importante ressaltar que a Lei 11.719/2008 modificou o artigo 387 do CPP, acrescentando seu parágrafo único, na intenção de dispor que o juiz, de maneira fundamentada, é que decidirá sobre a manutenção ou imposição da prisão preventiva ou medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que possa vir a ser interposta.

Ou seja, com a introdução deste novo parágrafo único do artigo 387 do CPP, na forma do artigo 1º da Lei 11.719/2008, conclui-se que não existe mais uma prisão automática decorrente de sentença condenatória, pois a partir de agora cabe ao juiz não só decidir, mas também fundamentar sua decisão sobre a decretação ou manutenção da prisão após a sentença condenatória por ele proferida.

A partir disto, apesar da referida Lei nada ter disposto acerca da revogação do artigo 393 do CPP, há quem entenda que tal revogação se deu de forma tácita, o que é minimamente aceitável, tendo em vista que não mais se admite uma prisão automática decorrente de sentença condenatória.

Estas foram as principais mudanças que a Lei 11.719/2008 trouxe sobre o tema e que acabaram por apenas formalizar o posicionamento que já vinha sendo adotado acerca da prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

#### **1.4 - O *habeas corpus* 84.078/MG de 2009 e o posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal à execução provisória da pena**

O fato é que mesmo com todas as modificações anteriormente citadas, o artigo 637 do CPP continuava ali previsto e em vigência, passando a ideia de que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, o que poderia abrir espaço para defender o posicionamento de que a pena poderia ser executada de forma antecipada após a decisão condenatória ou confirmatória da condenação proferida em segunda instância.

E foi exatamente o que aconteceu: o Superior Tribunal de Justiça consolidou, em sua súmula 267, o entendimento de que a interposição de recurso, no qual não haja previsão de efeito suspensivo, contra sentença condenatória não impede a expedição de mandado de prisão.

O que se observa aqui, portanto, é que passou a se admitir uma espécie de prisão sancionatória, a qual não se confunde com a prisão cautelar, permitindo, então, que a culpa restasse verificada antes mesmo do trânsito em julgado, o que claramente ia de encontro com o princípio da presunção de inocência, e portanto, poderia ser questionada a constitucionalidade destas prisões.

É diante deste contexto que entra em cena a primeira grande manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto da constitucionalidade da execução provisória da pena, na qual se concluiu pela sua inconstitucionalidade. Passaremos, portanto, a falar do julgamento do *habeas corpus* 84.078/MG, de 05 de fevereiro de 2009, o qual a ementa segue abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52 ], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator -- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (*Habeas Corpus* nº 84.078-MG, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, STF, por maioria, julgado em 5.2.2009, publicado no DJ em 26.2.2010)

O caso em questão diz respeito a um réu condenado, pelo Tribunal do Júri, a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão por tentativa de homicídio qualificado - Artigo 121, § 2º,

inciso IV, c/c Artigo 14, inciso III, alíneas "c" e "d", ambos do CP. Em virtude do provimento de apelação interposta pelo Ministério Público, a condenação passou a ser de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão no regime inicialmente fechado.

Pois bem. Uma vez afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação passou a ganhar contornos de execução antecipada da pena, tema que não era uniforme na composição da Corte à época. Enquanto a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal defendia que a prisão só era possível após o trânsito em julgado da condenação ou nas estritas hipóteses cautelares taxativamente previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, a Segunda Turma do mesmo Tribunal Constitucional defendia a possibilidade da execução antecipada da pena, tendo em vista a ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais.

E assim, diante deste cenário de controvérsia, foi proposto pelo Ministro Carlos Britto que se levasse o tema ao Plenário para uniformizar o entendimento, o que acabou realmente acontecendo.

Em plenário, a partir de um longo debate, ficou decidido, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, na forma do voto do Ministro Relator Eros Grau. Acompanharam o voto do Relator os Ministros: Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio Mello e Gilmar Mendes, ao passo que votaram contra os Ministros: Menezes de Direito, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Dentre os principais argumentos travados na discussão, os mais marcantes foram o de desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, o de ser a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), a qual fala explicitamente, no seu artigo 105<sup>9</sup>, sobre a necessidade do trânsito em julgado para que seja possível a execução da pena, posterior ao Código de Processo Penal (Decreto Lei 3.689/1941), bem como o argumento de que não existiam motivos para não

---

<sup>9</sup> Art.105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.



respeitar o princípio da presunção de inocência em processos de natureza criminal, tendo em vista que já havia ficado determinada a necessidade de respeitá-lo até mesmo em processos de natureza não penal. Todos estes argumentos estão brilhantemente demonstrados, de forma resumida, na ementa.

Então, o que se pretende reforçar aqui é que o julgamento do *habeas corpus* 84.078/MG, em 2009, marcou a uniformização do entendimento do Supremo Tribunal Federal à época pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.

### **1.5 - A Lei 12.403/2011**

A Lei 12.403/2011, a qual altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, também é muito importante de ser destacada neste capítulo, pois alterou pontos específicos importantes acerca da prisão antes do trânsito em julgado.

Além de revogar expressamente dispositivos que não mais faziam sentido, e já se encontravam tacitamente extintos, tais como os Artigos 393 e 595 do Código de Processo Penal, a Lei 12.403/2011 também deu nova redação ao Artigo 283<sup>10</sup> deste mesmo Código.

A nova redação do referido artigo trouxe a noção de que atualmente só são admitidas quatro modalidades de prisão no ordenamento jurídico brasileiro: a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão de sentença condenatória após o trânsito em julgado, sendo as três últimas necessariamente determinadas por ordem escrita e fundamentada do juiz competente.

---

<sup>10</sup> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Assim, o que se observa é que a Lei 12.403/2011 adotou uma sistemática na qual se pretendeu deixar ainda mais claro que as únicas prisões permitidas antes do trânsito em julgado no ordenamento jurídico brasileiro são aquelas cautelares, ou seja, as que se dão no decorrer da investigação ou do processo, desde que cumpridos os seus requisitos legais essenciais.

Sobre as prisões sancionatórias, que são aquelas em que, de fato, estamos tratando de execução da sentença, com base na comprovação da culpa, a Lei 12.403/2011 se adequa ao princípio constitucional da presunção de inocência, e só as permite quando exauridas todas as vias recursais, ou melhor dizendo, quando se chega ao trânsito em julgado.

Destaco, ainda, que se antes mesmo da alteração da redação do Artigo 283 do CPP, pela Lei 12.403/2011, o Supremo Tribunal Federal já estava entendendo pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, com base no julgamento do *habeas corpus* 84.078/MG, agora então, diante da nova sistemática introduzida pela Lei em questão, seria completamente inviável se permitir a interpretação pela possibilidade da execução antecipada da pena.

#### **1.6 - A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 15/2011 e o Projeto de Lei nº 402 do Senado de 2015**

Seguindo a cronologia dos fatos, e diante de um cenário acima demonstrado de perda da força do dispositivo que previa a ausência de efeito suspensivo para os recursos extraordinários (Artigo 637 do CPP), e portanto, de enfraquecimento da possibilidade de executar antecipadamente a pena, não é nenhuma surpresa de que logo apareceriam algumas reações a este novo entendimento, dentre as quais destacaremos a Proposta de Emenda Constitucional nº 15 e o Projeto de Lei nº 402 do Senado Federal.

A PEC nº 15, apresentada pelo senador Ricardo Ferraço, seria para alterar os Artigos 102 e 105 da Constituição Federal de 1988 e transformar os recursos extraordinário e especial em

ações rescisórias. Na parte de justificação da proposta<sup>11</sup>, o senador parece concordar com o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, no sentido de que o Brasil possui uma ampla e inesgotável via recursal, a qual acaba por permitir que, muitas vezes, os recursos sejam utilizados de forma protelatória, visando fugir do cumprimento da lei.

Assim, a ideia envolvida nesta proposta é a de que com a transformação dos recursos extraordinário e especial em ações rescisórias, as decisões proferidas em instância ordinária poderiam transitar em julgado, independente da pendência da discussão no STF ou STJ, o que, portanto, permitiria, sem maiores problemas, a execução definitiva da pena em segunda instância, assegurando uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

Contudo, a referida Proposta de Emenda à Constituição estava esperando inserção em pauta para julgamento em primeiro turno desde janeiro de 2015, e aparentemente foi arquivada em dezembro de 2018, ao final da legislatura, de acordo com o Regimento Interno do Senado Federal.

Por sua vez, o Projeto de Lei nº 402 do Senado, de 24 de junho de 2015, com o objetivo de alterar dispositivos do Código de Processo Penal relativos aos recursos, também merece destaque na parte da proposta para prisão decretada no acórdão condenatório recorrível. As modificações no CPP que aqui nos interessam são a introdução do Artigo 617-A e a alteração dos Artigos 637 e 638, que ficariam da seguinte forma:

“Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório por crimes hediondos, de tráfico de drogas, tortura, terrorismo, corrupção ativa ou passiva, peculato, lavagem de dinheiro ou do art. 2º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, o tribunal decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1.º O condenado deverá ser conservado na prisão, se não tiverem cessado as causas que motivaram a decretação ou a manutenção de sua prisão cautelar.

§ 2.º Quando imposta pena privativa de liberdade superior a quatro anos, a prisão preventiva poderá ser decretada, mesmo tendo o condenado respondido ao

---

<sup>11</sup> Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=3045067&disposition=inline>>. Acessado em 20/10/2019.

processo em liberdade, salvo se houver garantias de que o condenado não irá fugir ou não irá praticar novas infrações penais se permanecer solto.

§ 3.º Na avaliação da necessidade da decretação da prisão, o Tribunal deverá considerar entre outros elementos:

I - a culpabilidade e os antecedentes do condenado;

II - as conseqüências e a gravidade do crime; e

III - se o produto ou proventos do crime foram ou não recuperados ou se houve ou não a reparação do dano decorrente do crime.”

"Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório terão efeito suspensivo, salvo em relação às medidas cautelares nele impostas.

§1º. Poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial mesmo em relação à medida cautelar imposta quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório;

II -levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos."

§2º. O pedido de concessão de efeito suspensivo quanto às medidas cautelares poderá ser feito incidentalmente no recurso ou através de petição em separado dirigida diretamente ao Tribunal Superior, contendo cópia do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia."

"Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal Federal na forma estabelecida por leis especiais e respectivos regimento interno."

Pelo exposto, o projeto tem o objetivo de determinar que a prisão, para crimes mais graves, seja vista como regra a partir do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição. Contudo, a prisão destacada nesta proposta é a de natureza cautelar, ainda que com fundamentos próprios, diferentes daqueles previstos no Artigo 312 do Código de Processo Penal.

Segundo o referido projeto, a prisão cautelar no acórdão condenatório de crimes mais graves só não será imposta se demonstrado que o condenado não irá fugir ou praticar novos delitos, o que acaba por demonstrar uma inversão do ônus probatório de que a liberdade do réu não oferece riscos.

Ademais, o Projeto de Lei nº 402 do Senado traz a previsão de efeito suspensivo para os recursos extraordinário e especial como regra, e permite também a atribuição do mesmo efeito suspensivo para as medidas cautelares, mas aqui desde que sejam cumpridas as exigências de não se tratar de recurso meramente protelatório, e de envolver assunto de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral, que possa resultar absolvição, anulação da

sentença ou substituição da pena. Isto tudo para prevenir a existência de prisões cautelares quando há possibilidade de êxito nas instâncias superiores, e ao mesmo tempo não comprometer a efetividade da prisão cautelar como regra para os acórdãos condenatórios de crimes mais graves.

O referido projeto estava pronto para pauta da Comissão de Conciliação e Justiça (CCJ) desde 20 de março de 2018, mas também foi arquivado em dezembro de 2018 em razão do final da legislatura.

Segundo os senadores responsáveis pela sua iniciativa<sup>12</sup>, este Projeto de Lei nº 402, não se confunde com a Proposta de Emenda à Constituição nº 15, anteriormente citada neste capítulo, pois além da diferença de procedimento formal para aprovação, aquele mantém a previsão da natureza cautelar para as prisões decretadas nos acórdãos condenatórios, o que a PEC não faz.

### **1.7 - O *habeas corpus* 126.292/SP de 2016, a estranha mudança de entendimento e a adoção do posicionamento favorável à execução provisória da pena pelo Supremo Tribunal Federal**

Trata-se de um caso concreto de São Paulo, no qual o réu foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime de roubo majorado (Artigo 157, §2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade. A defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo que este negou provimento ao recurso e mandou expedir mandado de prisão, sem nenhuma fundamentação em relação aos requisitos da natureza cautelar.

Diante deste cenário, a defesa impetrou o *habeas corpus* 313.021 perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual teve seu pedido liminar indeferido pelo Ministro Francisco Falcão.

---

<sup>12</sup>

Disponível

em

<<https://legis.senado.leg.br/sdleggeter/documento?dm=3638720&ts=1567532746207&disposition=inline>>. Acessado em 25/10/2019.

Desta decisão do Presidente do STJ de indeferir a liminar, foi impetrado *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, com o número 126.292.

Sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, o *habeas corpus* 126.292, apesar de Súmula 691 do próprio Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>, foi conhecido em razão da conclusão de que se estava diante de um caso excepcional, pois não se tratando de prisão cautelar, mas sim de execução provisória da pena, a decisão de indeferimento ia de encontro ao entendimento do respectivo Supremo Tribunal, consolidado no julgamento do *habeas corpus* 84.078/MG.

Depois de conhecido, o *habeas corpus* 126.292/SP teve seu pedido liminar, para suspender a execução da prisão, deferido em 05 de fevereiro de 2015. Em sua decisão, o Ministro Relator explicou que a determinação para expedir o mandado de prisão não foi acompanhada por nenhuma fundamentação que explicasse a necessidade da prisão preventiva, motivo pelo qual a presente prisão estaria mais próxima de uma espécie de execução da pena do que de aspecto cautelar de prisão preventiva.

Em 15 de dezembro de 2015, a Segunda Turma, por votação unânime, afetou o julgamento do feito ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, por indicação do próprio Ministro Teori Zavascki. Diante deste cenário, depois de uma longa discussão, o plenário, em 17 de fevereiro de 2016, decidiu, por maioria, denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar.

A partir disto, portanto, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar novo entendimento, qual seja o de que a execução provisória de acórdão condenatório, ainda que pendente recurso extraordinário ou especial, não é incompatível com o princípio da presunção de inocência.

---

<sup>13</sup> A Súmula 691 do STF diz que “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. Portanto, o caso em questão, pela literalidade da Súmula, não deveria ser conhecido. Contudo, o próprio Ministro Relator diz que, observando algumas decisões anteriores do Supremo, percebe-se a existência de uma flexibilização desta Súmula para conhecer o *habeas corpus* quando a decisão impugnada for manifestamente ilegal.

Os Ministros vencidos foram: Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente à época).

É exatamente esta mudança de posicionamento que gera a necessidade de aprofundar, no próximo item, a análise dos principais argumentos utilizados pelos Ministros para embasarem esta nova interpretação.

### **1.8 - A decisão liminar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 em outubro de 2016**

O novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, provocado pelo julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, rapidamente provocou reações não só nas faculdades, academias e na sociedade como um todo, mas também na esfera jurídica, pois o tema não parou de ser discutido. Ainda em 2016, o Partido Ecológico Nacional (PEN) propôs a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 43 e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADC 44.

Na ADC 43, o pedido principal era para que ficasse declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade da recente posição do legislador, adotada na Lei 12.403/2011, de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da condenação. Subsidiariamente, foram feitos outros pedidos, dentre os quais se destacam o de que ainda seja considerado constitucional o referido artigo enquanto perdurar o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário.

Foi requerido, ainda, a concessão de cautelar para que não fossem deflagradas novas execuções provisórias de pena, bem como para que se suspendessem as que estivessem em curso. Ou ainda para que o artigo 283 fosse interpretado conforme à constituição para determinar a aplicação, enquanto perdurar o estado de coisa inconstitucional, de medidas cautelares da prisão, previstas no artigo 319 do CPP como execução provisória da pena. Ou até

mesmo para que se interprete o artigo 637 do CPP conforme à constituição para condicionar a aplicação da pena à análise da causa pelo STJ.

Já a ADC 44 teve como pedido principal a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP, e como cautelar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos de segunda instância determinaram a execução ignorando o referido artigo, pois o que se entendia era que a execução antecipada da pena exigia a declaração de inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP pelo Plenário dos Tribunais e não por órgãos julgadores de segunda instância.

As cautelares foram indeferidas em 05/10/2016. A votação se deu da seguinte forma: votaram contra a concessão os Ministros Luiz Fux, Teori Zavascki, Roberto Barroso, Edson Fachin, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia; por outro lado, votaram a favor da concessão da cautelar os Ministros Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, e em parte, Dias Toffoli.

Os argumentos de quem votou no sentido de denegar a ordem foram basicamente no mesmo esquema do que já havia sido comentado no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP. Já pelo lado dos argumentos favoráveis, curioso destacar a posição intermediária de Dias Toffoli, que defende que o juízo de culpa se forma a partir do julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial, exigindo, portanto, a espera da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça para que seja possível o início da execução.

### **1.9 - O julgamento final das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 em novembro de 2019 e o retorno do Supremo Tribunal Federal ao posicionamento contrário à execução provisória da pena**

No decorrer do desenvolvimento desta pesquisa, o Supremo Tribunal Federal finalmente colocou em pauta o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade que diziam respeito ao artigo 283 do Código de Processo Penal. O julgamento se iniciou em 17/10/2019,



teve continuidade nos dias 23/10/2019 e 24/10/2019, sendo finalizado em 07/11/2019, onde ficou decidido, por maioria, pela procedência da ação para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, na redação dada pela Lei 12.403/2011.

No presente julgamento, ficaram vencidos os Ministros Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme.

Neste sentido, em comparação com a própria votação do indeferimento da cautelar, percebe-se que o Ministro Gilmar Mendes mudou o seu posicionamento de contrário para favorável à concessão da ordem.

Aqui, cabe destacar a relevância desta decisão para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que fixa finalmente uma decisão acerca do assunto com efeitos erga omnes, visto que se trata de uma ação do controle concentrado de constitucionalidade, que fixará o posicionamento definitivo pela impossibilidade de início da execução da pena após decisão condenatória proferida em segundo grau.

## **2. O POSICIONAMENTO FAVORÁVEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO A PARTIR DE 2016: OS VOTOS QUE DENEGARAM A ORDEM NO JULGAMENTO DO MÉRITO DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP.**

Como visto anteriormente, a partir de 2016, o Supremo Tribunal Federal, com nova composição de seus membros, em razão de decisão, por maioria, de seu Plenário, resolveu mudar o posicionamento que vinha adotando desde 2009, para então passar a aceitar a possibilidade de execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro.

O novo entendimento restou resumido e consolidado na seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (*Habeas Corpus* nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016).

Destaco que a referida decisão além de fixar o novo posicionamento do Tribunal com competência constitucional, acabou também por influenciar e determinar o entendimento das instâncias inferiores sobre o tema.

A mudança repentina de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, de contrário à favorável em relação à execução provisória da pena, gera grandes impactos não só na vida dos condenados diretamente envolvidos, mas também interfere na própria questão da segurança jurídica, bem como é um assunto complexo e dividido em diferentes posicionamentos quando questionado acerca da compatibilidade com o nosso ordenamento jurídico.

Percebe-se, portanto, a necessidade de compreender o que foi abordado pelos Ministros para sustentar este novo entendimento. Para isto, o presente capítulo pretende justamente demonstrar os principais argumentos utilizados pelos Ministros que votaram no sentido de denegar a ordem, e, portanto, de permitir a execução provisória da pena.

## **2.1 - Voto do Ministro Teori Zavascki (Relator)**

O Ministro Relator inicia seu voto explicando que o tema da execução provisória da pena envolve a busca de um equilíbrio, a partir da técnica de ponderação, dos princípios da presunção de inocência e da efetividade jurisdicional, argumentando ainda que, em diversas oportunidades anteriores, mesmo na vigência da Constituição Brasileira de 1988, as Turmas do Supremo Tribunal Federal anunciaram e ratificaram o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não impede a execução provisória da pena.

Além de citar os referidos precedentes, o Ministro resumiu que eles eram embasados no entendimento de que os recursos extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo e, portanto, não impedem o cumprimento de mandado de prisão, bem como no de que a existência de sentença condenatória recorrível possibilitaria uma visão da acusação como consistente, firme e coerente, o que acabaria por autorizar a ideia de prisão como consequência natural e imediata da condenação.

Ademais, para comprovar o seu argumento de que o posicionamento do Supremo Tribunal sempre foi no sentido de compatibilidade da execução provisória da pena com a nossa atual Constituição da República Federativa Brasileira, o Relator também fez questão de ressaltar a existência de duas Súmulas, do ano de 2003, que também fazem referência ao assunto. São elas:

Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Sobre o princípio da presunção de inocência, destaco que o Ministro Relator não o ignora, mas pelo contrário, reconhece a sua importância para a estruturação das normas processuais penais, bem como para a concretização de um modelo de justiça mais racional e garantista. Contudo, demonstra claramente o seu entendimento de que o princípio em destaque está principalmente relacionado à distribuição do ônus da prova, ou seja, ao fato de que o réu deve ser considerado inocente durante a instrução processual, não cabendo ao mesmo fazer provas negativas dos fatos a ele imputados para demonstrar a sua inocência.

Neste sentido, o Ministro Teori Zavascki entende que a garantia constitucional da presunção de inocência abrange o réu no decorrer da instrução processual penal, mas resta superada a partir da possível sentença condenatória de primeiro grau, a qual exprime um juízo de culpabilidade baseado nos elementos de prova apresentados no curso da ação penal, mesmo que tal juízo não seja definitivo. Assume não ser definitivo porque reconhece a existência da previsão de um segundo grau de jurisdição, no qual é permitida a ampla devolução da matéria fática, comprobatória e de direito para o Tribunal a fim de que seja realizada nova apreciação dos fatos e circunstâncias, podendo resultar na confirmação da culpabilidade e imputação da responsabilidade criminal do acusado ou não.

Portanto, o Ministro quer dizer que é no duplo grau de jurisdição que se permite a análise e reanálise dos fatos e provas do caso concreto, não cabendo aos recursos extraordinário e especial também fazê-la, estando estes, portanto, limitados à matéria de direito, na intenção de proteger a rigidez do nosso sistema normativo, motivo pelo qual entende ser razoável a inversão do princípio da presunção de inocência quando proferida a sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, pois a partir daqui já seria possível considerar o acusado como culpado, tendo em vista que os recursos de natureza extraordinária não servem para avaliar a justiça no caso concreto, não podendo, portanto, modificar a imputação da responsabilidade criminal a partir de uma reanálise das condições fáticas.

O assunto, nas palavras do Ministro, foi assim abordado:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990 (*Habeas Corpus* nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016. Página 9).

Desta noção de que os recursos extraordinário e especial não são voltados a discutir a justiça ou injustiça das sentenças condenatórias proferidas nos casos concretos, mas tão somente utilizados para manter a estrutura e consistência do nosso ordenamento jurídico, retira-se a ideia de que tais recursos só podem ser admitidos quando ultrapassarem as circunstâncias do caso concreto e transcenderem o interesse subjetivo das partes, daí ser plausível a cobrança do requisito de repercussão geral para os recursos extraordinários, por exemplo. E é nesta argumentação também que o Ministro Relator se embasa para alegar que não são frequentes as hipóteses de êxito dos recorrentes em recursos de natureza extraordinária. Vejamos:

Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente.

Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. (*Habeas Corpus* nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016. Página 16).

Segundo o Ministro Teori Zavascki, o início da execução da pena antes do trânsito em julgado, quando ainda pendentes recursos especial ou extraordinário, não afeta o núcleo central de proteção da garantia constitucional da presunção de inocência, uma vez que o acusado foi tratado como inocente no decorrer de toda a instrução processual, ou seja, nas instâncias ordinárias, onde são apresentadas circunstâncias fáticas e elementos comprobatórios, de acordo com o modelo acusatório penal atual. O fato é que a partir da responsabilização criminal reconhecida por essas próprias instâncias ordinárias, não há mais nada que impeça a produção de efeitos imediatos da sentença condenatória contra o acusado.

Ademais, na tentativa de complementar ainda mais sua argumentação, o Ministro recorre à técnica do estudo comparado, fazendo referência aos sistemas da Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, bem como fazendo também menção ao voto da Ministra Ellen Gracie no julgamento do *habeas corpus* 85.886, para demonstrar que em nenhum outro país é comum a prática de suspender o início da execução da pena, na intenção de esperar o trânsito em julgado, mesmo depois de confirmada a condenação nas instâncias ordinárias.

Pois bem. Em relação à Inglaterra, destaca-se que o comum neste país é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, exceto quando houver previsão de liberdade por fiança. Quanto aos Estados Unidos, se diz que a execução imediata da pena, ainda que pendente revisão, não afronta o ordenamento jurídico-legal deste país, uma vez que há enorme consideração pela decisão proferida pelos juízes, que aqui no Brasil enquadrados como sendo de primeira instância. Já em relação ao Canadá, ficou registrado que a pena é automaticamente imposta depois de proferida sentença condenatória em primeiro grau, pois não é necessário esperar a formação de um juízo de culpa em que não exista mais a menor dúvida para que seja executada a pena, lembrando da exceção dos casos de fiança previstos legalmente.

Sobre a Alemanha, o Ministro destaca que além de os recursos para os Tribunais Superiores não possuírem efeito suspensivo, as decisões judiciais ganham status de eficácia quando não mais podem ser submetidas a nenhum controle judicial, mas ficam excepcionados deste conceito de controle aqui os recursos de natureza especial, tal como o extraordinário. Já sobre a França, destaca-se que o próprio código de processo penal francês prevê hipóteses em que pode ser expedido mandado de prisão, mesmo na pendência de outros recursos.

Em relação à Portugal, o que se fala é que o princípio da presunção de inocência, neste país, é interpretado de forma restritiva, cabendo à legislação ordinária determinar a sua forma de exercício, pois se tido como princípio absoluto, restariam impedidas todas as formas de restrição de liberdade, até mesmo as cautelares. Sobre a Espanha, tem-se que apesar da previsão constitucional da presunção de inocência, prevalece a efetividade das decisões judiciais condenatórias. Por fim, sobre a Argentina, destaca-se que apesar da previsão constitucional da presunção de inocência, os próprios dispositivos do código de processo penal argentino dispõem que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato.

Outro argumento exposto pelo Ministro Teori Zavascki, o qual acaba ganhando grande peso numa sociedade atual que busca a punibilidade a qualquer custo, é o de que a interpretação da garantia da presunção de inocência como princípio absoluto, a ponto de impossibilitar a execução de qualquer condenação enquanto a mesma não tiver transitado em julgado, acaba por incentivar a interposição de diversos recursos, das mais variadas espécies, na intenção de prolongar o andamento do processo, e esbarrar possivelmente com uma prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Neste sentido, essencial destacar que a prescrição acaba sendo possível porque o último marco de interrupção do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é o da publicação da sentença ou do acórdão recorríveis, segundo o Artigo 117, IV, do Código Penal. Assim, a partir da sentença ou do acórdão condenatório, o prazo prescricional está correndo, e diante de inúmeros recursos protelatórios, os quais acabam por impedir o início da execução da

pena, se levada em consideração a exigência do trânsito em julgado, este prazo previsto pode chegar ao seu limite em razão do excesso de peças recursais, provocando a prescrição.

Portanto, nas palavras do Ministro Teori Zavascki, os recursos extraordinário e especial “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.” (Habeas Corpus nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016. Página 18).

Por fim, o Ministro destaca que somente com a retomada da Jurisprudência no sentido de adotar apenas efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário, assim como está previsto na legislação, é que será possível a harmonização e o equilíbrio do princípio da presunção de inocência com o princípio da efetividade jurisdicional, o que permitiria devolver ao processo penal a função de responsável pela efetivação da punição estatal. A partir disto, restaria explicada a possibilidade de se determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive em relação à restrição de liberdade do condenado, após esgotadas as instâncias ordinárias.

Ainda defendendo o seu posicionamento pela possibilidade da execução provisória da pena, o Ministro Relator, resolveu se prevenir contra argumentos que invocassem a possibilidade de ocorrência de equívocos no juízo condenatório proferido pelas instâncias ordinárias, em situação que o condenado já estaria cumprindo sua pena caso fosse aceito o início imediato da execução. Para tanto, neste sentido, ele destaca que existem outros mecanismos aptos a impossibilitar consequências danosas ao condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena, tais como o próprio requerimento de efeito suspensivo, ou até mesmo o remédio constitucional do *habeas corpus*.

Em sua conclusão, afirma que as razões apresentadas são suficientes para resgatar o tradicional entendimento de que o início de execução da pena após acórdão condenatório em segunda instância, ainda que pendente recursos na via extraordinária, não confronta o princípio



da presunção de inocência, motivo pelo qual vota no sentido de denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar concedida.

## **2.2 - Voto do Ministro Edson Fachin**

O Ministro Edson Fachin inicia seu voto afirmando que a grande discussão envolvida nesta temática é aquela que abarca o alcance do princípio da presunção de inocência relacionado a possibilidade de início da execução da pena logo após esgotadas as instâncias ordinárias.

Em sua argumentação, relata que a interpretação que faz acerca do princípio constitucional da presunção de inocência não é baseada apenas na literalidade daquilo que está expresso no texto constitucional, a ponto de defender ser impossível a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Mas, por sua vez, destaca que a presunção de inocência precisa estar conectada com os demais princípios e regras, visto que o sistema constitucional merece ser lido como um todo, de forma harmônica e conjunta.

O Ministro defende, portanto, que não deve ser dado caráter absoluto ao princípio da presunção de inocência, visto que outras regras e princípios, se considerados em igual destaque, promovem a conclusão de que a execução da pena privativa de liberdade pode ser sim iniciada antes de esgotados os recursos na via extraordinária.

Para ilustrar esses outros princípios ao qual faz referência, ele acaba citando, por exemplo, o da duração razoável do processo, afirmando que este vai de encontro a uma interpretação do princípio da presunção de inocência que exija uma manifestação definitiva dos Tribunais Superiores para que seja possível que a pena definida nas instâncias ordinárias possa surtir efeitos e ser logo executada.

Contudo, afirma que a sua intenção principal, no sentido de demonstrar que outras regras e princípios constitucionais podem possibilitar a interpretação pelo início do cumprimento da

pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, é a de destacar o próprio arcabouço recursal proposto pela Constituição, bem como o espaço reservado aos Tribunais Superiores dentro deste contexto.

Ou seja, há a pretensão de demonstrar que a própria Constituição Brasileira de 1988, se observados os seus Artigos 102 e 105, não concede ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de revisar as injustiças do caso concreto, mas tão somente dispõe as funções de estabilizar, uniformizar e pacificar a interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Vejamos algumas palavras do próprio Ministro Edson Fachin em seu voto:

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes. (*Habeas Corpus* nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016, Página 23).

Neste sentido, percebe-se um destaque para o fato de que a Constituição não pretende disponibilizar uma terceira ou quarta instância para revisar uma decisão jurisdicional com a qual o condenado não se conforma, afastando, portanto, os recursos de natureza extraordinária de uma função de revisores das injustiças individuais, para tão somente colocá-los como a serviço da ordem pública. Tanto é assim que se observa a exigência de demonstração de repercussão geral, ou seja, de transcendência e relevância da tese jurídica, para a admissibilidade de recursos extraordinários, por exemplo.

Merece destaque a seguinte passagem do voto do Ministro Edson Fachin:

Há, todavia, com a devida vênia de quem eventualmente conceba de forma diversa, um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal, que decorre da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais. Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos. (*Habeas Corpus* nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016, Página 21).

Ademais, por não serem considerados como instâncias revisoras universais, até mesmo pelo próprio número de membros das suas composições, o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça é considerado excepcional, tendo em vista os requisitos específicos exigidos para serem admitidos.

Assim, percebe-se que o Ministro demonstra toda a estrutura recursal, de natureza extraordinária, prevista na ordem constitucional brasileira, para concluir que se a própria Constituição proíbe o acesso às cortes superiores com objetivo único e exclusivo de resolver uma específica injustiça individual, não há motivos para defender que o efeito meramente devolutivo aplicado aos respectivos recursos seja inconstitucional.

Nas palavras de Edson Fachin, “a opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.” (*Habeas Corpus* nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016, Página 24).

Portanto, o que o Ministro defende em seu voto é claramente a aplicação do efeito meramente devolutivo aos recursos especial e extraordinário, com base no Artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, motivo pelo qual se poderia interpretar pela possibilidade do início do cumprimento da pena em momento anterior ao esgotamento das vias recursais extraordinárias. Ainda neste sentido, o Ministro alega que os dispositivos da Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84, os quais sugerem a exigência de manifestação dos Tribunais Superiores em

juízo dos seus recursos para a execução penal se iniciar, não fariam mais sentido, visto que anteriores à Lei 8.038/90, sendo que esta prevê o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário.

Encontra-se em seu voto, ainda, o argumento de que o trânsito em julgado na ordem jurídica brasileira atual basicamente depende da inércia da parte sucumbente, uma vez que são inúmeras as possibilidades de recurso oponíveis a uma decisão judicial, que acabam sendo interpostos frequentemente, um atrás do outro, ainda que com razões recursais inconsistentes e sem sentido.

O que se quer dizer, portanto, é que se conferido caráter absoluto ao princípio da presunção de inocência, estaria se admitindo que a execução da pena privativa de liberdade só poderia se iniciar quando o condenado se conformasse com a sua condenação e parasse de interpor novos recursos.

Após discorrer sobre este contexto de condicionamento do início da execução da pena privativa de liberdade à concordância do apenado, caso conferido caráter absoluto ao princípio da presunção de inocência, o Ministro Edson Fachin aproveita para relatar que já existe um limite imposto pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao referido princípio quando se aceita que seja emitido certificado de trânsito em julgado, com baixa imediata dos autos, independente de publicação do acórdão, sempre que os segundos embargos de declaração forem desprovidos, por serem considerados protelatórios. Contudo, demonstra que este limite à literalidade da presunção de inocência não é suficiente, e que deve ser ainda maior.

O desfecho do voto é no sentido de que se a presunção de inocência não fosse relativizada mesmo depois de um juízo monocrático ter auferido a culpa do acusado, e esta ter sido confirmada por um órgão colegiado, após ampla devolução da matéria fática e comprobatória, a Constituição teria conferido uma presunção absoluta de desconfiança das decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Por fim, o Ministro reconhece a possibilidade de decisões em segunda instância equivocadas, injustas ou até mesmo absurdas, mas não acha razoável que todas as condenações criminais proferidas em segunda instância tenham efeito suspensivo embasadas nesta possibilidade esparsa de decisão teratológica. Ressalta, ainda, neste sentido, que existem mecanismos processuais específicos capazes de consertar o possível equívoco do acórdão condenatório, tal como o *habeas corpus* e as medidas cautelares capazes de impor efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário.

Em sua conclusão, portanto, afirma ter a honra de acompanhar o voto do Relator para então denegar a ordem.

### **2.3 - Voto do Ministro Luis Roberto Barroso**

O Ministro Luis Roberto Barroso opta por estruturar o seu voto em três partes diferentes para apresentar a delimitação da controvérsia, os fundamentos jurídicos, bem como os fundamentos pragmáticos da possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segunda instância, e os resume na seguinte ementa:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. 1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). 2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem

pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa. 3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. 4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.”

Inicialmente, o Ministro afirma que a matéria da execução provisória da pena já oscilou na jurisprudência, esclarecendo que a primeira mutação<sup>14</sup> ocorreu em 2009, quando o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento acerca da definição do momento inicial para execução da pena. E que atualmente, ou seja, em 2016, já se está caminhando para um novo entendimento em razão dos impactos causados pela primeira mudança de orientação.

Foi demonstrando um cenário de incentivo à interposição de recursos protelatórios, de descrédito por parte da sociedade com o sistema de justiça criminal, bem como de reforço da seletividade do sistema penal, tudo em razão do entendimento adotado a partir de 2009 acerca da execução provisória da pena, que o Ministro Barroso reforçou a ideia de que se tornou notório o não cabimento de uma leitura conservadora e absoluta da presunção de inocência, pois, na atual realidade social, não mais faz sentido impedir a execução da pena quando já existe um pronunciamento jurisdicional de segunda instância no sentido de ser culpado o agente.

Feita esta contextualização, passemos agora aos argumentos jurídicos adotados pelo Ministro para defender a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

---

<sup>14</sup> A mutação constitucional consiste numa técnica de interpretação na qual se altera o sentido da norma, sem a modificação de seu texto, deixando de lado aquela interpretação que já havia sido dada anteriormente. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, ao modificar o sentido que vinha sendo imposto para uma norma constitucional para adotar outro sentido diverso, está realizando uma mutação constitucional.

Inicialmente, fala-se que, da leitura do Artigo 5º, LXI, da Carta de 1988, se retira a ideia de que o pressuposto para a decretação de uma prisão no ordenamento jurídico brasileiro é a ordem fundamentada e escrita da autoridade judiciária competente, nada se estipulando sobre a necessidade de esgotamento das vias recursais em face da decisão condenatória.

Neste sentido, o Ministro chama atenção ao fato de que o dispositivo da presunção de inocência estipula que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado, enquanto o inciso LXI, logo abaixo, dispõe que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Assim, a partir de uma interpretação sistêmica e conjunta do texto constitucional, pode-se concluir que o constituinte optou por fazer uma diferenciação entre ser culpado e ser preso.

Para reforçar esta diferenciação entre o regime da culpabilidade e o da prisão, o Ministro aproveita para destacar a admissão, no ordenamento jurídico brasileiro, de prisões processuais, sejam elas na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual mesmo, contra o acusado que possui indícios de autoria, mas sem declaração de culpa.

Ou seja, o que se quer dizer é que existem previsões normativas dispendo sobre possíveis espécies de prisões antes do trânsito em julgado, e estas não são consideradas como um esvaziamento do princípio da não culpabilidade. O Ministro explica isto a partir da existência de diversos outros efeitos da condenação que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, tais como os efeitos extrapenais<sup>15</sup>, ou até mesmo os efeitos penais secundários<sup>16</sup>.

Portanto, toda esta argumentação é para concluir que do mesmo Artigo 5º, LXI, da Constituição, é necessário que se extraia a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório proferido por Tribunal competente.

---

<sup>15</sup> Aqui se inclui a indenização do dano causado pelo crime e a perda de cargo ou função pública, por exemplo.

<sup>16</sup> Aqui estamos falando de reincidência, aumento do prazo prescricional, entre outras opções.

Ademais, o Ministro Barroso faz questão de dizer que não há dúvidas de que a presunção de inocência seja um princípio, e como tal exige-se que seja visto como mandado de otimização, a ser realizado de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, em diferenciação às regras, que são aplicadas com base no mecanismo de subsunção, o qual determina que os fatos sejam enquadrados na previsão normativa e a partir disto se obtém uma conclusão. Ou seja, os princípios são aplicados em maior ou menor intensidade, de acordo com a realidade fática e jurídica, sem que isto afete a sua própria validade.

Quando se fala que a presunção de inocência é um princípio, acaba se optando, portanto, pela posição de que tal presunção possa ser restringida por outras normas constitucionais, a partir do mecanismo da ponderação, visto que é necessária a observância de todos os interesses envolvidos na questão. Dito isto, o Ministro destaca que na discussão sobre a execução provisória da pena, envolve-se, de um lado, o princípio da presunção de inocência, e do outro lado, o interesse na efetividade das decisões judiciais.

Pelo lado da presunção de inocência, pode se afirmar que este princípio, em seu caráter absoluto, quer dizer que nenhum efeito da sentença condenatória pode ser suportado pelo acusado até a definitiva formação da sua responsabilidade criminal, que só se dá com o esgotamento das vias recursais e com o trânsito em julgado da decisão. Por sua vez, em seu núcleo essencial está retratada a ideia relacionada à disciplina jurídica da prova, no sentido de que as decisões que acabam por restringir direitos, principalmente quando se fala em restrição à liberdade, devem ser fundamentadas a ponto de demonstrar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

Já pelo lado do interesse na efetividade das decisões judiciais, destaca-se o papel muito relevante da aplicação da pena no nosso país, visto que esta desestimula a reiteração delitiva daquele que cometeu o delito, na sua faceta de prevenção especial, desencoraja o cometimento de crimes pela sociedade no todo, na sua faceta de prevenção geral, bem como protege bens jurídicos de alto valor para o nosso ordenamento jurídico.



É diante deste cenário que se torna essencial a ponderação, de forma que a presunção de inocência vai diminuindo seu peso na medida em que o processo vai correndo, as provas vão sendo produzidas e valoradas, e a condenação vai aparecendo. Neste sentido, dá exemplo de que com a condenação em segundo grau de jurisdição, não há mais como realizar análise de fatos e provas, e portanto, já se chega a uma demonstração minimamente segura da responsabilidade penal, motivo pelo qual se possibilita a redução do princípio da presunção de inocência em detrimento do princípio da efetividade das decisões judiciais.

Nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso:

O sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. (Habeas Corpus nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016, Página 41).

Sobre a aplicação da ponderação, com ênfase na parte da proporcionalidade, é importante destacar que esta não exige somente a vedação de excessos, de acordo com seu aspecto negativo, mas está ligada, ao mesmo tempo, ao fato de que também existe violação por parte do Estado quando o mesmo deixa de agir ou atua de forma insatisfatória para proteger os bens jurídicos relevantes. Sendo assim, é possível concluir que a ponderação permite o entendimento de que a execução logo após condenação proferida em segundo grau, ainda que pendentes recursos de natureza extraordinária, não viola o princípio da presunção de inocência.

Depois de esclarecido isto, não se pode falar que o Artigo 283 do Código de Processo Penal impede a prisão após condenação em segundo grau, em momento no qual já existe uma certeza acerca da materialidade e autoria do crime. Isto porque a legislação ordinária deve ser lida à luz da Constituição e não de forma contrária.

Ademais, o Ministro apresenta também o argumento de que, depois da condenação em segunda instância, a execução da decisão condenatória constitui exigência de ordem pública. Neste sentido, busca um fundamento infraconstitucional para justificar a presente afirmação e, portanto, demonstra que o Artigo 312 do Código de Processo Penal, ao estipular as hipóteses de decretação da prisão preventiva, impõe a garantia da ordem pública como uma delas. E sobre esta, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que engloba tanto a necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas delituosas, quanto a exigência de assegurar credibilidade das instituições públicas, principalmente do Poder Judiciário.

Assim, tendo em vista que a partir da condenação em segunda instância, já se possui a certeza jurídica da materialidade do delito, da sua autoria, e da impossibilidade de rediscutir fatos e provas, o Ministro entende que atrasar o início da execução contrastaria com a preservação da ordem pública, sendo esta no sentido de conferir eficácia ao sistema penal e à proteção dos bens jurídicos relevantes. Destaca-se também o comentário de que a afronta à ordem pública é ainda maior se levado em consideração as estatísticas de provimento dos recursos extraordinários, que segundo sua análise são extremamente baixas.

Outros pontos importantes para afirmar que a execução da pena após condenação em segundo grau é questão de ordem pública merecem destaque. Um deles é o de que vem sendo reconhecido o uso abusivo e protelatório do direito de recorrer, e para confirmar isto, o Ministro cita alguns casos emblemáticos. Outro é o de que a duração razoável do processo é vista como um dever do Estado e uma exigência pela sociedade, visto que a demora na punição ou até mesmo a impunidade promovem a perda da confiança na jurisdição penal.

E esta ineficiência do próprio sistema criminal já foi motivo até de recomendação ao Brasil, pela Comissão responsável por implementar a Convenção Interamericana contra a Corrupção, no sentido de impor reformas no sistema recursal judicial ou outros mecanismos que acelerem a conclusão dos processos e permitam o início da execução da sentença, sem que exista o risco da impunidade dos responsáveis por atos de corrupção.

O Ministro Barroso, portanto, resume estas ideias nas seguintes palavras:

Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo grau, o que continua a poder ser feito pela via do habeas corpus. Além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp. Mas, de novo, à vista do ínfimo índice de provimento de tais recursos, esta deverá ser uma manifesta exceção. (Habeas Corpus nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016, Página 49).

Por fim, o Ministro Barroso entende que a mudança do entendimento jurisprudencial para voltar a aceitar a possibilidade de execução provisória da pena, pode contribuir para afastar os impactos negativos já citados e promover, portanto, o equilíbrio e funcionalidade do sistema criminal, visto que diminuiria a interposição de recursos incabíveis e protelatórios, bem como traria de volta prestígio e valorização para as instâncias ordinárias.

Ademais, afirma que a mudança de entendimento colaboraria também na diminuição da seletividade do sistema criminal, uma vez que diminuiria o nível de dificuldade de executar condenações de crimes de colarinho branco, já que mais de nada adiantaria que os réus deste tipo de crime tivessem condições financeiras de arcar com advogados que pudessem ficar interpondo recurso atrás de recurso para prolongar o andamento do processo e impedir a sua execução, bem como impactaria diretamente nas prisões provisórias, pois a maior efetividade do sistema diminuiria a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução. E geraria reflexos, ainda, para uma possível quebra do paradigma da impunidade.

É exatamente por todos estes motivos que o Ministro Barroso vota no sentido de denegar a ordem, defendendo o posicionamento de que a execução de decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, mesmo que pendente recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio da presunção de inocência.

## 2.4 - Voto do Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux inicia seu voto afirmando que a presunção de inocência sempre esteve relacionada à máxima de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E a partir disto, chama atenção ao fato de que não faz o menor sentido para a população se falar em ingresso de um apenado no Supremo Tribunal Federal como presumidamente inocente mesmo depois de já ter passado por todas as vias judiciárias, tendo sido condenado em primeiro grau, tendo tido a confirmação da condenação em segundo grau, e até mesmo a manutenção da condenação no Superior Tribunal de Justiça. Percebe-se que o Ministro se preocupa com a expectativa da sociedade em relação ao alcance do princípio da presunção de inocência.

Ademais, outro argumento destacado em seu voto é o de que a definição de presunção de inocência que merece ser adotada é aquela encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, onde se afirma que a pessoa acusada de um delito tem o direito de ser considerada inocente até que a sua culpabilidade seja provada, sem qualquer menção ao momento específico do trânsito em julgado.

Sobre a impossibilidade de revisão da matéria fático-comprobatória nos recursos especial e extraordinário, o Ministro Luiz Fux abordou o assunto se preocupando em afirmar que se trata de uma coisa julgada singular, visto que a parte relativa ao mérito da acusação e às provas fica imutável, indiscutível pelos Tribunais Superiores. E isto só é possível em razão da admissão da coisa julgada em capítulos.

Por fim, é destacada uma observação tida como importante pelo Ministro no sentido de que quando uma interpretação não encontra mais amparo no meio social, é necessário que se abandone o precedente em razão da incongruência social. O que se quer dizer é que a presunção de inocência, nos moldes de se considerar inocente uma pessoa já condenada e que não para de recorrer, possibilitando o surgimento do instituto da prescrição, não mais é aceita pela sociedade.

Na intenção de harmonizar o texto constitucional com as novas realidades fáticas, sociais e políticas do momento, o Ministro Luiz Fux entende que deva ser interpretado de outra forma o princípio da presunção de inocência, e deixou seu entendimento registrado nas seguintes palavras:

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores. (*Habeas Corpus* nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016, Página 60).

Então, o Ministro Luiz Fux concluiu exaltando as manifestações dos Ministros Teori, Fachin e Barroso para afirmar que os acompanha integralmente no sentido de denegar a ordem.

## **2.5 - Voto da Ministra Cármen Lúcia**

A Ministra Cármen Lúcia inicia seu voto fazendo um comentário acerca da relevância da discussão do tema da execução provisória da pena não só para a comunidade jurídica, mas para toda a sociedade, destacando a repercussão que a decisão anterior, no *habeas corpus* 84.078/MG, já havia gerado nas faculdades, academias e até mesmo em programas populares.

Sobre o princípio da presunção de inocência, a sua posição é a de que o mesmo deve ser interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, mas destacando que ser culpado não é a mesma coisa que ser condenado.

A Ministra quer dizer, portanto, que é a esfera de culpa, com conseqüências que extrapolam o Direito Penal, que só pode ser tida após o trânsito em julgado da sentença, mas

por outro lado, a condenação já existe, analisada e determinada por duas instâncias, e pode levar ao início de cumprimento de pena sem afrontar o princípio da presunção de inocência, já que a partir de então só se discutiria a matéria de direito.

Mantendo o posicionamento que já vinha adotando, a Ministra, portanto, afirma que não identifica o início de cumprimento de pena após o duplo grau de jurisdição, quando já finalizada a fase de produção e análise de provas, como um desrespeito ao princípio da não culpabilidade penal, visto que o que o constituinte determinou expressamente foi a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, e não a não condenação.

Por isto, seguiu a diretriz dos votos anteriormente proferidos, acompanhando o Ministro Relator e votando no sentido de denegar a ordem.

## **2.6 - Voto do Ministro Gilmar Mendes**

O Ministro Gilmar Mendes destaca, inicialmente, em seu voto, que o nosso sistema processual penal é singular, quando comparado com o de outros países, visto que condiciona o trânsito em julgado ao momento em que esgotadas todas as providências verificadas no processo.

Para demonstrar a referida singularidade, decide promover uma rápida comparação com o modelo alemão, no qual um recurso constitucional é interposto contra a decisão já transitada em julgado, sendo este o modelo que o Ministro Peluzo tentou introduzir no nosso ordenamento a partir de uma proposta de emenda à constituição, como já destacado em capítulo anterior. E também acaba por fazer comparação com o modelo espanhol, no qual se destaca a existência de um recurso de amparo no lugar do recurso constitucional, mas seguindo os mesmos moldes deste.

Por sua vez, no Brasil, o que acontece é que depois do acórdão condenatório, proferido em sede de apelação, ainda é possível a interposição de diversas peças recursais, tais como: recurso especial, recurso extraordinário e embargos de declaração, sem falar nos agravos em recursos de natureza extraordinária, que acabam por impedir o trânsito em julgado enquanto ainda estejam correndo os prazos para serem interpostos ou enquanto pendentes os seus julgamentos, e conseqüentemente, dificultam a efetivação das decisões judiciais de instâncias ordinárias.

Ademais, o Ministro faz questão de ressaltar o cenário de excesso de prisões provisórias combinado com o da possibilidade de demora ou até mesmo não cumprimento da execução da pena em razão das diversas delongas que o nosso sistema aceita. Neste sentido, permitiu-se uma interferência do Ministro Barroso para demonstrar seu pensamento de que parte das prisões provisórias encontradas no Brasil se dão por uma lógica invertida de que se não houver punição no início, poderá não se conseguir punir no final.

Toda esta reflexão inicial foi levantada pelo Ministro Gilmar Mendes na intenção de demonstrar a necessidade de rever o seu posicionamento sobre o assunto, visto que anteriormente se posicionara no sentido de ser essencial o trânsito em julgado para o início da execução da pena, mas agora, diante da dificuldade institucional de modificação do nosso sistema, percebe ser necessária a modificação do seu posicionamento a fim de evitar que continue comprometida a efetividade das decisões judiciais, pois a impunidade é fator incompreensível tanto para o senso comum quanto para o senso técnico.

Vejamos, portanto, o que falou o Ministro Gilmar Mendes sobre a questão da espera do trânsito em julgado no Brasil:

E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediante do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre.

Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade. (Habeas Corpus nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016, Página 65).

Apontado previamente o seu posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes, entende ser importante o enfrentamento do tema a partir da análise do princípio da presunção de inocência, o qual considera ser uma garantia institucional importante, que não pode ser ignorada, mas que deve ser vista, como quis o próprio legislador, como passível de variações. Isto é falado com base na análise do próprio ordenamento jurídico, que por exemplo, exige apenas indícios para a determinação de uma busca e apreensão, enquanto exige prova da materialidade para o recebimento da denúncia, bem como vê a essencialidade da prova além de dúvida razoável para a condenação.

Então, o Ministro, por entender que o princípio da presunção de inocência encontra-se intimamente relacionado com a questão da disciplina jurídica da prova, ou seja, com a determinação de que cabe à acusação o ônus de provar o crime e a sua autoria durante a instrução processual, acaba por aceitar a interpretação de que o referido princípio pode ser relativizado no decorrer da ação penal, de acordo com a fase em que se encontra o procedimento, visto que a demonstração da culpa vai crescendo, com base na análise das circunstâncias fáticas e elementos comprobatórios, e se torna difícil o tratamento que não seja progressivamente mais oneroso contra o acusado.

O Ministro explica ser possível a relativização do princípio da não culpabilidade com base no argumento de que o referido princípio só exprime a ideia de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado, mas não define o que vem a ser tratar alguém como culpado, deixando tal definição nas mãos do legislador, que pode optar por não adotar exatamente o mesmo tratamento durante todo o processo, mas sim um tratamento diferenciado, no qual vai ficando mais gravoso para o acusado de acordo com a evolução da imputação da responsabilidade criminal, mas sem se atingir o núcleo central de proteção abarcado pela presunção de inocência.



Ademais, destaca-se o fato de que nem todas as declarações de direito abordam expressamente a não culpabilidade. E as que o fazem, apenas afirmam que a inocência é presumida até que se prove legalmente a culpa, mas sem especificar o momento exato em que isto acontece. A definição do respectivo momento aparentemente cabe ao ordenamento jurídico de cada país. Neste aspecto, o Ministro relata como funciona no Tribunal Europeu, Estados Unidos e Alemanha, para posteriormente destacar que o Brasil, por outro lado, segue a tradição da Itália e dos países de língua portuguesa em geral, nos quais a presunção vigora até o trânsito em julgado.

Apesar da presunção de inocência estar expressamente vinculada ao trânsito em julgado na nossa Constituição da República, o Ministro ressalta que a sua interpretação deve ser feita com base em todo o nosso ordenamento jurídico, levando em conta, por exemplo, que temos duas instâncias para análise dos fatos e do direito, bem como instâncias extraordinárias, que servem preponderantemente para desenvolver, harmonizar e aperfeiçoar a jurisprudência, envolvendo interesse coletivo em detrimento do interesse do postulante. Ademais, importante destacar que a própria forma como a instância extraordinária é estruturada impossibilita o oferecimento de respostas rápidas às demandas.

É diante deste contexto que o Ministro entende ser necessário rever o seu entendimento para passar a se posicionar no sentido de que a prisão, após a decisão de apelação, não viola o princípio da presunção de inocência. Destaca, ainda, que a intenção não é determinar que se aplique a condenação proferida pela segunda instância sem qualquer análise crítica, ressaltando que continuarão existindo diversos instrumentos eficazes à disposição dos condenados.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes destaca sua preocupação também com os casos do Tribunal do Júri, visto que estes exigem que se aguarde a preclusão definitiva da sentença de pronúncia, o que pode acabar por gerar a prescrição de crimes de júri, o que em um primeiro momento seria inimaginável, em razão da amplitude do prazo prescricional destes crimes, mas que acaba sendo possível no Brasil por causa do sistema aqui adotado. Neste aspecto, o Ministro Barroso aproveita para fazer uma interferência e chamar atenção à existência de grupos de

extermínio em todo o território que atuam em razão da inoperância e impunidade do sistema de justiça formal.

Portanto, o Ministro Gilmar Mendes pediu vênias aos que compartilham o entendimento até ali dominante, para acompanhar o voto do Relator e denegar a ordem.

### **3. O IMPACTO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP PELO INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Depois de vista toda a argumentação que fora utilizada pelos Ministros para sustentar o posicionamento de possibilidade de início da execução da pena antes do trânsito em julgado, nada melhor do que agora entender qual o impacto que este posicionamento gera no ordenamento jurídico brasileiro, abordando todas as suas incompatibilidades e incongruências com a ordem vigente, para então, rebater os argumentos dos Ministros anteriormente citados e demonstrar que a execução provisória da pena é inconstitucional e extremamente prejudicial.

#### **3.1 - A incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência**

A presunção de inocência é uma garantia constitucional extremamente importante para a própria estruturação de um sistema processual penal acusatório, e convém destacar que é um dos princípios que mais sofre interferência com as alterações no âmbito político. Tanto é assim que o próprio Supremo Tribunal Federal já alterou seu posicionamento sobre a extensão e alcance do referido princípio algumas vezes, tentando reconstruir semanticamente o seu significado para sustentar seus entendimentos, sendo este fato, inclusive, um dos motivadores para o desenvolvimento desta pesquisa.

Pois bem. A Constituição Brasileira de 1988 assegurou expressamente a presunção de inocência nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Artigo 5º, Inciso LVII). Aqui, vale destacar que a sua relevância é tanta que o referido princípio já havia sido abordado em diversos tratados internacionais de Direitos Humanos, como veremos a seguir.

Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789, temos a seguinte redação: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser

severamente reprimido pela lei”. Posteriormente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, ficou assegurado que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Já a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, estabelece que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Por sua vez, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, adotado em 1966, dispõe que “Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”. Por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, afirma que: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

Dito isto, importante ressaltar que tanto o Pacto de Direitos Civis e Políticos quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos integram o ordenamento jurídico brasileiro, por meio dos Decretos 592 e 678, ambos de 1992, respectivamente, e guardam status de norma supralegal, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A partir de uma análise comparativa da previsão constitucional da presunção de inocência com o texto previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já incorporada no ordenamento jurídico pátrio, percebe-se uma diferenciação nas redações. Neste aspecto, Antônio Santoro e Natália Tavares (2019) esclarecem o seguinte:

Mas deve ficar claro que a diferença central não está na utilização do termo inocência ou não culpa, que daria origem ao princípio da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade. Essa é uma filigrana de somenos importância, diante do fato de que ambas as previsões são complementares.

Isso porque ao passo que a Constituição brasileira prevê um momento exato em que a presunção de não culpa pode ser invertida, qual seja, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos vincula a inversão dessa presunção à racionalidade da decisão fundada na prova da culpa e não apenas na autoridade formal da sentença.

Ademais, na visão de Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró (2016), não há diferença semântica ou de conteúdo entre as expressões presunção de inocência e estado de não culpabilidade, sendo perda de tempo a tentativa de separar ambas as ideias, e necessário o reconhecimento de equivalência das duas fórmulas. Porém, ainda que assim não fosse, destaca-se que a discussão de não previsão de uma presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro perde o sentido a partir do momento em que integrados os tratados internacionais, que tratam expressamente do termo, à nossa ordem jurídica vigente.

O fato que merece destaque, portanto, é que a redação do dispositivo constitucional brasileiro acerca da presunção de inocência declarou expressamente um marco temporal final de aplicabilidade desta, qual seja, o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, a previsão constitucional acaba por ir além quando comparado com os diplomas internacionais e constituições de outros países, visto que o nosso constituinte quis deixar bem delimitado o momento exato em que poderia ocorrer a superação do princípio da presunção de inocência.

Aproveito, neste sentido, para falar que os ordenamentos jurídicos de outros países não podem servir como fundamentação apta a justificar uma possível alteração da nossa construção constitucional, visto que cada sistema jurídico possui suas experiências e histórias específicas. Não se quer dizer que não seja importante o conhecimento da maneira pela qual o tema é abordado em outros países, mas é necessário que se entenda que as situações paralelas de outros países não podem ser essenciais para definir o alcance de nossos próprios institutos e princípios.

Então, dito isto, voltemos nosso foco à Constituição Brasileira. Destaco que o princípio da presunção de inocência, tal como previsto na nossa ordem constitucional, deve ser estudado com base em toda a sua carga normativa, ou seja, abordando as suas três faces. De acordo com Maurício Zanoide de Moraes (2010), a presunção de inocência pode ser decomposta em três expressões que lhe garantem eficácia: dever de tratamento, norma probatória e norma de juízo.

No seu aspecto de dever de tratamento, a presunção de inocência traz uma regra de como deve ser tratado o acusado, impedindo a sua equiparação a um culpado, devendo o referido

cuidado persistir até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Já no aspecto de norma probatória, o que se quer dizer é que há um prévio estado de inocência que só poderá ser afastado com a comprovação do cometimento do delito, sendo o ônus da prova da acusação. Por fim, no seu aspecto de norma de juízo, há confusão com a própria expressão *in dubio pro reu*, pois significa dizer que na dúvida, prevalece o entendimento favorável ao réu.

Dentro da discussão acerca da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, o aspecto da presunção de inocência que mais nos interessa é o de regra de tratamento, ou seja, aquele em que se determina que o acusado não pode receber um tratamento equivalente ao de condenado enquanto não sobrevier uma decisão definitiva, sem pendência de qualquer tipo de recurso.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, um dos que votou no sentido de conceder a ordem no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (*Habeas Corpus* nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016, Página 93).

Ademais, Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró (2016), em parecer sobre a presunção de inocência, afirmam o seguinte:

Vários conteúdos podem ser extraídos da “presunção de inocência” ou “estado de inocente”, enquanto regra de tratamento do acusado. As duas mais importantes, diretamente ligadas à questão da liberdade, são: (i) a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo, somente se admitindo medidas assecuratórias, de natureza cautelar, ante uma concreta demonstração de *periculum libertatis*; (ii) a

vedação de qualquer forma de prisão enquanto espécie de cumprimento da pena, sendo vedada uma execução provisória contra aquele que ainda é inocente.

Aqui, aproveito para esclarecer que em momento nenhum se defendeu o caráter absoluto do princípio da presunção de inocência, visto que o próprio texto constitucional admite as prisões provisórias, dentre as quais se encontram a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária. O que se afirma é que a prisão antes do trânsito em julgado, na sua modalidade processual, é compatível com a presunção de inocência, desde que fundamentada, eis que prevista legalmente como excepcional, tendo sido estipulados todos os requisitos necessários para a sua decretação no caso concreto.

Por outro lado, o que não se pode considerar compatível com o princípio da presunção de inocência é um efeito automático das decisões judiciais, na forma de uma prisão obrigatória, a qual representaria uma antecipação de juízo de culpa, e resultaria numa execução antecipada de pena, sendo esta, ainda que provável, não totalmente certa e definitiva.

A presunção de inocência, portanto, é uma garantia expressamente conferida a todo e qualquer acusado até o trânsito em julgado da condenação, ou seja, até o momento em que a decisão se torna imutável, formando a coisa julgada material, e não até a sentença penal recorrível ou até o julgamento em segundo grau de jurisdição. Com a definição exata do momento de cessação do estado de inocência, imaginou-se que seriam evitadas discussões sobre o alcance do referido princípio. Mas não foi o que aconteceu, visto que o Supremo Tribunal Federal decidiu adotar o entendimento de que o início da execução da pena após condenação em segunda instância não violaria o princípio da presunção de inocência.

Um dos principais argumentos utilizados pelos Ministros para embasar o novo posicionamento da Suprema Corte foi o de que depois de superadas as instâncias ordinárias, não mais se avaliariam fatos nem provas, motivo pelo qual os recursos de natureza extraordinária proporcionariam menor chance de mutabilidade das decisões impugnadas e, portanto, poderia restar superada a presunção de inocência. Contudo, quem defende este posicionamento claramente só está levando em consideração um dos aspectos da presunção de

inocência, qual seja, o de regra probatória, pois não mais existiriam dúvidas sobre fato relevante para considerar o *in dubio pro reu*. Assim, em primeiro lugar, se rebate este argumento com a afirmação de que a presunção de inocência como regra de tratamento não pode ser ignorada, e sendo assim se estabelece que o réu, seja investigado, acusado ou condenado, tem que ser tratado da mesma forma até que sobrevenha decisão definitiva, e esta forma é a de inocente.

Ademais, indo além, destaca-se que existem diversos temas que podem ser abordados em recurso especial ou extraordinário e acabar permitindo uma alteração da decisão condenatória, seja para reformá-la para uma absolvição, seja para reduzir a pena imposta, seja para alterar a espécie de pena privativa de liberdade, entre outras possibilidades. Isto se explica porque podem ser discutidas matérias predominantes de direito, nulidades processuais, bem como matérias que envolvam valoração da prova, sendo estas diferentes de reexame de prova, o que não é admitido nos Tribunais Superiores.

Assim, nos recursos especial e extraordinário, podem ser admitidas, por exemplo, decisões sobre o valor jurídico da prova, a sua admissão ou não em face da legislação, sobre contrariedade a princípio ou regra do campo probatório, sobre questionamento de uma qualificação jurídica dada a um fato, sobre preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, sobre controle da motivação, entre outras possibilidades. Portanto, nas palavras de Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró (2016):

Se, mesmo sendo impossível revalorar a prova, há todas as hipóteses acima mencionadas, a possibilitar, em tese, a reforma do acórdão condenatório, não há qualquer justificativa jurídica ou política para, durante a tramitação dos recursos especial ou extraordinário, deixar de considerar que o acusado deve se tratado como um inocente, para lhe aplicar o status equivalente a um condenado definitivo, já principiando o cumprimento de uma pena privativa de liberdade.

(...)

Portanto, o caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito (sublinhando que essa dicotomia “questões de fato x questões de direito” é tênue, artificial e muitas vezes ilusória, sendo superada e manipulada quando querem os tribunais superiores (mais espaço fértil para o decisionismo), não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena.



Então, a conclusão que se chega é a de que o caráter extraordinário dos recursos não é suficiente para afetar o alcance do princípio da presunção de inocência, o qual é condicionado, por previsão constitucional, ao trânsito em julgado da decisão. Ademais, se entende também que o argumento da baixa estatística de resultados favoráveis nos recursos de natureza extraordinária em nada devem interferir no alcance da presunção de inocência, visto que a legitimação dos mesmos não é quantitativa, não ficando condicionada, portanto, ao número de recursos providos.

### **3.2 - A alegação de ausência de efeito suspensivo e a necessidade de abandono de uma Teoria Geral do Processo**

Outro argumento utilizado para justificar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de execução provisória da pena foi o de ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, sendo que é importante destacar que a diferenciação entre efeitos recursais devolutivo e suspensivo é trazida da Teoria Geral do Processo, aquela na qual se criam alguns conceitos comuns na tentativa de que englobem tanto o processo civil quanto o processo penal, o que acaba, por muitas vezes, desconsiderando categorias jurídicas próprias de um ou outro ramo.

Assim, qualquer análise um pouco mais crítica, possibilita a percepção de que o problema de se permitir a prisão, que não seja cautelar, antes do trânsito em julgado, não pode ser resumida pura e simplesmente em um efeito recursal, visto que estamos falando da restrição da liberdade de um indivíduo, um dos bens jurídicos mais protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O que se quer dizer, portanto, é que prender um indivíduo logo após a sentença condenatória em segunda instância é totalmente irreversível em seus efeitos, eis que não há um meio de devolver a liberdade e o tempo perdido dos indivíduos enquanto estiveram restritos à prisão. Por outro lado, o processo civil prevê alguns mecanismos de retorno ao status quo anterior quando modificada a situação por um dos recursos de natureza extraordinária.

Portanto, conclui-se que o revogado § 2º do art. 27 da Lei nº 8038/1990, assim como o caput do artigo 995 do Código de Processo Civil, não são aplicáveis ao Processo Penal, tendo em vista as suas particularidades. Ademais, importante lembrar que o artigo 637 do Código de Processo Penal, além de poder ser considerado tacitamente revogado pela Lei de Execução Penal posterior, que condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão condenatória, não é suficiente para embasar a possibilidade de uma execução antecipada da pena, tendo em vista que envolve a restrição de um direito fundamental muito importante, qual seja, o da liberdade.

### **3.3 - A não observância do artigo 283 do Código de Processo Penal Brasileiro**

Inicialmente, importante demonstrar a literalidade do dispositivo normativo aqui em questão.

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”

Assim, o referido dispositivo normativo prevê a existência de quatro modalidades de prisão possíveis no ordenamento jurídico brasileiro: a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, sendo esta prisão penal, e gerando a execução penal; a prisão em flagrante; a prisão temporária; e a prisão preventiva, sendo estas últimas prisões cautelares.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Segundo Renato Brasileiro, “enquanto a prisão penal (“carcer ad poenam”) objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar (“carcer ad custodiam”) destina-se única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.” (Lima, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. 2ªed. Editora JusPodivm. 2017)

Percebe-se, então, que a possibilidade de prisão em decorrência de sentença condenatória proferida em segundo grau de jurisdição não está entre as modalidades de prisão previstas expressamente na legislação processual penal brasileira.

Desta forma, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a partir do momento em que possibilitou a execução provisória da pena, acabou por criar uma modalidade de prisão que não possui base legal, visto que não está disposta no artigo 283 do CPP. Diante deste cenário, o mínimo que deveria ser feito, no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP era a análise da inconstitucionalidade do referido dispositivo no caso concreto, na situação de um controle difuso de constitucionalidade<sup>18</sup>, já que ainda não havia data prevista para o julgamento das ações de controle concentrado<sup>19</sup> que objetivavam a declaração da constitucionalidade do referido artigo.

Então, o presente ponto ficou perfeitamente demonstrado nas seguintes palavras de Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró (2016):

Portanto, de duas uma: ou o acórdão viola direta e frontalmente o disposto no caput do art. 283 do Código de Processo Penal, e isso precisa ser reformado e suprimindo-se tal omissão do v. acórdão; ou o referido dispositivo é inconstitucional e assim precisa ser expressamente declarado. O que não pode ocorrer é simplesmente não enfrentar a (in)constitucionalidade do referido dispositivo, sobre tema de tamanha relevância práticas, com inelimináveis prejuízos para a liberdade dos acusados.

### 3.4 - O perigo de deixar o poder nas mãos do Supremo Tribunal Federal

Com o julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP e a consolidação do entendimento de que o início da execução da pena pode se dar após acórdão condenatório proferido em segundo

---

<sup>18</sup> Controle difuso de constitucionalidade é aquele realizado no caso concreto, no qual o julgamento do pedido principal acaba por esbarrar na análise da constitucionalidade do referido dispositivo. Neste tipo de controle, o qual pode ser realizado por qualquer autoridade judicial responsável pelo julgamento do caso concreto, o efeito gerado costuma ser *inter partes*, ou seja, só vale para as partes envolvidas naquela questão.

<sup>19</sup> Já o controle concentrado de constitucionalidade possui como objeto principal a própria avaliação da constitucionalidade/inconstitucionalidade daquele dispositivo e, portanto, só pode ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela supremacia da Constituição. Neste âmbito de controle, os efeitos são erga omnes.

grau de jurisdição, restou evidenciado que o Supremo Tribunal Federal promoveu alteração constitucional no sentido de tentar modificar o alcance do princípio da presunção de inocência.

Não se pretende aqui ignorar o fato de que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e, portanto, o responsável por conferir a última palavra sobre a sua interpretação, sendo permitido, muitas vezes, o fenômeno da mutação constitucional. Contudo, o que se quer é chamar atenção ao fato de que a vontade do constituinte deve ser respeitada, visto que a Constituição não pode ser reduzida a um mero pedaço de papel, no qual o Judiciário poderá escrever, distorcer ou reescrever os conceitos de forma autoritária de acordo com o contexto político que preponderar.

O fato é que se a própria instituição responsável por assegurar e aplicar a Constituição encontra poder para alterar o sentido das regras constitucionais, mesmo com proibição expressa no próprio texto constitucional, outras pessoas e instituições se sentirão também livres para violar o texto constitucional com a desculpa de preservar o espírito da Constituição. E assim, quanto maiores os tensionamentos, advindos de todos os lados, por todos que estão temporariamente no poder, maiores as chances de provocar o completo rompimento da Constituição.

Portanto, o que se conclui é que o Supremo Tribunal Federal não é constituinte, e não pode reescrever o texto da presunção de inocência, pois é necessária a consciência de que o poder civil governa o Brasil, e é somente a partir dele, na manifestação da Constituição, que poderemos ser governados de forma legítima.

## CONCLUSÃO

A despeito das diversas modificações de entendimento acerca do alcance do princípio da presunção de inocência já adotadas, da grande repercussão do tema sobre a execução provisória da pena, e da importância do respeito à nossa constituição em tempos de crise, torna-se cada vez mais perceptível a essencialidade do desenvolvimento de um estudo aprofundado sobre o assunto.

Toda a discussão gira em torno basicamente da tentativa de criação de uma nova espécie de prisão pelo órgão constitucional responsável por assegurar e aplicar o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal. A denominada execução provisória da pena é aquela decorrente automaticamente de sentença condenatória proferida por segundo grau de jurisdição, quando ainda pendente recurso especial ou extraordinário.

Apesar de não esgotadas as vias recursais, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela possibilidade de um início antecipado de execução da pena privativa de liberdade, com base nos argumentos de que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, bem como não estão permitidos de rever fatos e provas. Com isto, a determinação da culpa, no pensamento de alguns dos Ministros, já restaria demonstrada quando proferida a decisão em segunda instância, motivo pelo qual restaria superado o princípio da presunção de inocência a partir daquele momento.

O fato é que o próprio texto constitucional é muito claro ao determinar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Percebe-se, portanto, uma clara delimitação temporal para a aplicação do referido princípio. Contudo, ainda assim, a Suprema Corte insiste em relativizar o alcance da presunção de inocência para determinar que já seja cumprida a sanção penal antes do trânsito em julgado.

Neste sentido, parece ser ignorado o aspecto de regra de tratamento englobado no princípio da presunção de inocência, pois este sugere que todos sejam tratados como inocentes

até que se estabeleça a culpa, sendo que esta só se forma quando do trânsito em julgado da decisão que a torna definitiva. Assim, o constituinte aparentemente quis determinar ser impossível o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, posicionamento que, inclusive, foi reforçado pelo legislador, na elaboração da Lei 12.403/2011, a qual modificou a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal para estabelecer apenas quatro modalidades de prisão.

Chamo atenção ao fato de que isto não quer dizer que não possa existir nenhuma espécie de prisão antes do trânsito em julgado, mas que se ela ocorrer, deve ser necessariamente na espécie cautelar, e nunca na forma sancionatória. Ou seja, o princípio da presunção de inocência pode realmente ser relativizado, mas tão somente dentro das previsões legais de prisão processual determinadas na legislação.

Os argumentos utilizados pelos Ministros para defender a possibilidade de execução antecipada da pena, apesar de bem fundamentados, não são cabíveis nem suficientes para permitir que um princípio constitucional seja reescrito por um órgão judiciário, sem que seja considerado o que quis determinar o próprio constituinte. Isto é inadmissível e extremamente perigoso.

Ademais, ainda que se tenham diversas questões pragmáticas importantes envolvidas na discussão do tema, tais como a demora na espera do trânsito em julgado, a possibilidade de prescrição e a impunidade dos crimes, o importante é que se reflita que o melhor caminho para solucioná-las nunca será o de permitir que a Suprema Corte faça alterações de sua compreensão sobre o texto constitucional na intenção de amenizar uma aflição da sociedade, por exemplo. Ou seja, o clamor público não pode ser em hipótese alguma o fator motivante do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Deixar que o Supremo se utilize de seu papel de guardião da Constituição para tentar consertar com as próprias mãos os anseios políticos de determinada realidade social significa assumir um risco muito grande, pois além de conferir um extremo poder para quem está temporariamente nos cargos mais altos, acaba por se tratar a ordem constitucional como uma

mera folha de papel, que pode ser rasgada a qualquer momento que contrarie os anseios políticos da época.

Portanto, a conclusão a que se chega com o desenvolvimento deste trabalho é de que a execução antecipada da pena, apesar de aceita pelo STF no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, é inconstitucional, visto que viola claramente o princípio da presunção de inocência. Ademais, podem ser destacadas outras incompatibilidades com o ordenamento jurídico brasileiro. Isto sem se falar na prejudicialidade provocada aos condenados diretamente envolvidos, que teriam um tempo perdido de restrição da sua liberdade impassível de recuperação, e levando em consideração, ainda, o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

E é exatamente por pensar desta maneira que aproveito para retratar a felicidade de ter acompanhado, no decorrer desta pesquisa, a nova decisão do Supremo Tribunal Federal, desta vez no julgamento das ADCs 43,44 e 54, que propiciará efeitos erga omnes, para declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, e portanto, reconhecer ser incompatível a execução provisória da pena no nosso ordenamento jurídico pátrio. Neste sentido, preserva-se o respeito à constituição, e conseqüentemente, respira aliviada a democracia.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Autoridade coatora: relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acessado em: 28/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Paciente/Impetrante: Omar Coelho Vitor. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acessado em: 25/09/2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acessado em 10/09/2019.

BRASIL. Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº3.689/1941 – Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 23 jun. 2008. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)>. Acessado em 07/09/2019.



BRASIL. Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689/1941 – Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 maio. 2011. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acessado em 08/09/2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. Parecer sobre Presunção de Inocência. **Net**, São Paulo, maio.2016. Disponível em: <[https://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](https://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>. Acessado em 12/11/2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup>ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção de inocência no habeas corpus n.126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo. v. 17. n. 7. p. 391 - 407 | Mai./Ago. 2017.

PRADO, Geraldo. O STF na encruzilhada. **Estadão**, São Paulo. 22 de junho de 2019. Disponível em: <<<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-stf-na-encruzilhada/>>>. Acessado em 21/10/2019.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natalia Lucero Farias. **Lawfare Brasileiro**. 2ªed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.