

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

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE DAS MUDANÇAS DO  
ENTENDIMENTO JURISPRUNDECIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
SOBRE O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**CARLOS NEVES SACIC**

**Rio de Janeiro – RJ**  
**2020 / 1º Semestre**

**CARLOS NEVES SACIC**

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE DAS MUDANÇAS DO ENTENDIMENTO JURISPRUNDECIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Projeto de Monografia Jurídica, 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 Ms. Nilo César Martins Pompílio da Hora**

**Rio de Janeiro – RJ**

**2020 / 1º Semestre**

## CIP - Catalogação na Publicação

NN518p Neves Sacic, Carlos  
PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE DAS MUDANÇAS DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA / Carlos Neves Sacic. -- Rio de Janeiro, 2020.  
81 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. presunção de inocência. 2. execução provisória da pena. 3. trânsito em julgado. 4. Supremo Tribunal Federal. I. César Martins Pompílio da Hora, Nilo , orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**CARLOS NEVES SACIC**

**PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE DAS MUDANÇAS DO ENTENDIMENTO JURISPRUNDECIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Projeto de Monografia Jurídica, 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 Ms. Nilo César Martins Pompílio da Hora**

**Data da aprovação:** \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

**Banca examinadora:**

\_\_\_\_\_

**Orientador**

\_\_\_\_\_

**Membro da banca**

\_\_\_\_\_

**Membro da banca**

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer aos meus pais, Carlos Sacic e Zenilde Neves dos Santos Sacic, por, além dos sacrifícios que ambos realizaram, terem me dado nada menos que tudo que eles podiam, para que eu chegasse onde me encontro.

Gostaria também de agradecer à minha companheira, Jessica Oliveira Teixeira, pelo apoio e carinho incondicional ao longo desses já vários anos, seja nos bons ou nos maus momentos.

Faço votos de agradecimento ainda ao meu irmão, José Daniel Neves de Lacerda, pelas palavras de aconselhamento e suporte.

Agradeço também ao meu orientador Nilo César Martins Pompílio da Hora, por ceder, através de sua irreprovável orientação, seu notório conhecimento jurídico a este trabalho.

Gostaria de, por fim, agradecer ao meu pai de consideração, José Prudêncio de Lacerda, que infelizmente faleceu há pouco menos de um mês, onde, por mais que de sangue não fosse, o carinho e afeto eram os mesmos. Nós fomos bons amigos, como o senhor uma vez previu.

## RESUMO

O trabalho de conclusão de curso que aqui se apresenta tem como objetivo principal realizar uma análise dos argumentos suscitados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e das diferentes correntes que se formaram através dos acórdãos proferidos pelas turmas ou pelo Pleno da Suprema Corte acerca do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, constante do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, dentro da possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Tal exame se constituirá em quatro etapas distintas que correspondem às variações no entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso pós promulgação da Constituição de 1988, quais sejam: um primeiro entendimento existente até o ano de 2008, um segundo período temporal abarcando os anos de 2009 até 2015, um terceiro que contempla o lapso de tempo entre 2016 até 2019 e, por fim, o quarto e último entendimento, sendo o que prevalece até a data atual, do fim do ano de 2019 até o presente.

Palavras-chave: presunção de inocência; execução provisória da pena; trânsito em julgado; Supremo Tribunal Federal.

## **ABSTRACT**

The course completion work presented here has as main objective to carry out an analysis of the arguments raised by the Ministers of the Supreme Federal Court and the different currents that were formed through the judgments rendered by the collegiate of the court regarding the scope of the constitutional principle of the presumption of innocence, contained in item LVII of article 5 of the Federal Constitution, on the possibility of provisional execution of the sentence before *res judicata*. Such an examination will consist of four distinct stages that correspond to variations in the jurisprudential understanding of the Pretorio Excelso after the promulgation of the 1988 Constitution, namely: a first understanding existing until 2008, a second time span covering the years 2009 to 2015, a third that contemplates the time lapse between 2016 until 2019 and, finally, the fourth and last understanding, being the one that prevails until the current date, from the end of the year 2019 to the present.

Keywords: presumption of innocence; provisional execution of the sentence; *res judicata*; Federal Court of Justice.

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DO TEMA.....	9
REVISÃO DE LITERATURA.....	10
1 – Prisão em segunda instância: argumentos a favor.....	10
2 – Execução provisória da pena: argumentos contrários .....	13
APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA.....	16
OBJETIVOS.....	17
JUSTIFICATIVA PARA ESCOLHA DO TEMA .....	18
METODOLOGIA.....	19
INTRODUÇÃO.....	20
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	21
Análise histórica sintética do advento de um conceito da presunção de inocência.....	21
A presunção de inocência nos tratados internacionais .....	22
Uma análise da existência da presunção de inocência nas Constituições Estrangeiras.....	24
ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – 1998 ATÉ 2008 .....	29
ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – 2009 ATÉ 2015 .....	34
ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – 2016 ATÉ 2019 .....	45
ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – 2019 ATÉ A PRESENTE DATA.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	78



## **APRESENTAÇÃO DO TEMA**

A execução provisória da pena é um tema tão controverso quanto interessante.

O debate acerca dele atravessa não só o tempo, mas também as fronteiras, sendo fonte de estudo e de discussão numa escala mundial.

No ordenamento jurídico pátrio, pós Constituição de 1988, o debate se resume, em grande aspecto, em torno do alcance do princípio da presunção de inocência, extraído do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal que diz o seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal questão gera um debate dicotômico: os que argumentam que tal princípio deve ser lido de forma literal e absoluta e que por isso o réu deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado, contra os que defendem que, após a sentença condenatória em segunda instância, não há mais mérito a ser discutido e a partir disso qualquer recurso futuro seria somente postergatório da pena, gerando assim uma situação de impunidade.

O presente trabalho busca analisar e apresentar como tal dicotomia foi confrontada na jurisprudência pátria através da visão do guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal.

## REVISÃO DE LITERATURA

A revisão de literatura que aqui se apresenta, objetiva destacar os principais pontos argumentativos levantados pelos autores a respeito do tema, sejam eles favoráveis ou contrários. No total, foram pesquisadas 5 obras, tendo como autores: Gustavo Henrique Badaró; Galtieno da Cruz Paulino; Fernando Brandini Barbagalo; Benjamin Miranda Tabak; e por fim, Aury Lopes Jr.

A argumentação desses autores será dividida em duas partes: na primeira serão apresentados os argumentos favoráveis à execução provisória da pena. Na segunda, serão apresentados os argumentos desfavoráveis a tal execução.

### **1 – Prisão em segunda instância: argumentos a favor**

Na discussão acerca do tema em análise, a principal questão levantada é, apesar de haver outros pontos significativos, qual a extensão, dentro do processo penal, que o princípio da presunção de inocência deve incorrer. Para todos os autores pesquisados, não existe qualquer barreira ao reconhecimento da força principiológica do mesmo, extraído do texto da própria Constituição Federal, especificamente no constante do artigo 5º, LVII da Constituição Cidadã, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Todavia, Galtieno da Cruz Paulino e Fernando Brandini Barbagalo entendem que tal garantia não é absoluta, e o maior exemplo disso é o caso em que a mesma pode ser afastada, diante de um caso concreto, quando esta estiver indo de encontro a outro direito fundamental, haja vista não existir uma hierarquia normativa entre direitos fundamentais, pois, dentro desse escopo, deve existir um equilíbrio no rigor da proteção entre os direitos da sociedade (pretensão punitiva estatal) e os direitos individuais do acusado (princípio da presunção de inocência).

Para Paulino, a execução provisória da pena, não ofende o princípio da presunção de inocência, e a solução para esse choque de direitos fundamentais seria a aplicação da leitura e interpretação do caso concreto através do véu do princípio da proporcionalidade em seus dois vieses (o positivo que se consuma no princípio da proibição da proteção deficiente, e o negativo

no qual se configura uma proteção contra os abusos externos respeitando-se o núcleo primordial dos direitos fundamentais), assim como os mandados internacionais de criminalização.

Alega também que a prisão em segunda instância garante a efetividade e a celeridade processual, vide o fato que busca coibir a demora em se aguardar as decisões finais de recursos especiais e extraordinários que seriam meramente protelatórios da prisão, já que, via de regra, não tem o condão de rediscutir o mérito da culpabilidade do indivíduo processado pois são de cognição limitada.

Para o autor, o princípio da presunção de inocência está intimamente ligado ao duplo grau de jurisdição, esse que se encontra exaurido na segunda instância (afinal, o recurso especial e extraordinário versam sobre questões de direito e não fáticas, com o Superior Tribunal de Justiça abarcando questões de interpretação de lei federal enquanto o Supremo Tribunal Federal se debruça sobre a interpretação da Constituição). Muitas vezes, de acordo com Paulino o objetivo de se interporem esses recursos na esfera processual penal é que se ocorra a prescrição da pretensão executória enquanto se aguarda a sentença transitar em julgado.

Paulino sustenta ainda que, os recursos extraordinários demandam o conceito da repercussão geral, ou seja, quando o assunto tem grande importância no aspecto econômico, político, social ou jurídico, exatamente o oposto, segundo o autor, de um recurso extraordinário que verse sobre um direito individualizado à liberdade de um acusado.’

Mantendo-se na questão dos recursos especial e extraordinário, Paulino e Barbagalo fazem coro de que os recursos extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo da condenação, citando, ainda, o artigo 637 do CPP: “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”. E a súmula 267 do STJ: “A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. Desta forma, com o acórdão condenatório em segunda instância, e os recursos subsequentes não terem efeito suspensivo ou a capacidade de analisar o conjunto probatório, não haveria óbice para a prisão do apenado.

Galtieno da Cruz Paulino e Benjamin Miranda Tabak argumentam também que uma punição mais célere aumenta o poder dissuasório do direito penal sobre os indivíduos que planejam cometer algum crime.

Os dois alegam, ao realizarem uma análise econômica da execução provisória da pena, que a execução da pena após o trânsito em julgado favorece apenas aqueles que possuem boas condições financeiras, e que portanto podem contar com bons advogados que impetrarão o máximo de recursos possíveis buscando protelar o cumprimento da sentença gerando uma desigualdade na defesa e no próprio âmbito do processo penal face os menos favorecidos.

Os autores levantam também um conceito chamado de externalidades negativas onde a prisão que só ocorra após o trânsito em julgado propicia como: a imagem negativa que o Judiciário sofre perante a sociedade por não punir com a devida rapidez; as áreas mais atingidas pela criminalidade veem seu valor de investimento econômico decair, e por isso os insumos daquela área sobem prejudicando a população.

Barbagalo levanta ainda o questionamento se a sentença penal condenatória realmente transita em julgado, vide a enormidade de recursos cabíveis, além dos próprios recursos extraordinário e especial, existem os agravos, os agravos regimentais, embargos de divergência, embargos de nulidade, embargos de declaração, os embargos dos embargos de declaração e mais uma infinidade tendo como objetivo a ocorrência da prescrição intercorrente ou executória.

Barbagalo menciona ainda o fato de que todos os principais diplomas internacionais, dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto de São José da Costa Rica e a Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948 preveem que o princípio da presunção de inocência só alcançará até o momento que a culpabilidade do indivíduo restar comprovada. Isso, segundo o autor, no ordenamento jurídico pátrio, ocorre na segunda instância e, portanto, a partir desse momento a prisão poderia ser efetivada.

O autor argumenta, em outro momento, que, em uma leitura de que o princípio da presunção de inocência é absoluto e só termina depois de esgotados todos os recursos cabíveis, o mesmo estaria indo ao encontro de outras garantias constitucionais, como o da duração razoável do processo e da efetividade da prestação jurisdicional, constante no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

Um forte argumento levantado por Barbagalo diz respeito ao entendimento, não pacificado, de que à medida que a culpabilidade do indivíduo acusado vai tomando forma e sendo reiterada em julgamento meritório após julgamento, passando das instâncias ordinárias até as extraordinárias, o princípio constitucional da presunção de inocência vai sendo mitigado

pois as diferentes instâncias serviriam como filtros, e existiria, desta forma, uma valoração crescente na concretude da culpa do acusado.

## **2 – Execução provisória da pena: argumentos contrários**

Aury Lopes Jr, afirma que, mediante a intensidade da restrição dos direitos fundamentais que ocorrem com a prisão de um indivíduo, ela somente poderia ocorrer com a sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, irrecorrível.

Lopes Jr sustenta também que, a única prisão cabível ordenada por um tribunal de segunda instância, seria a prisão preventiva, conforme precípua o artigo 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Portanto, caso a prisão não possua natureza cautelar ela estaria em pleno desacordo constitucional com o rol de direitos fundamentais.

O autor afirma ainda que no ordenamento jurídico pátrio nós adotamos o conceito de culpabilidade normativa, isto é, que somente se possa considerar um indivíduo, normativamente falando, como efetivamente culpado, após o transcorrer de todo o devido processo penal, e que o mesmo termine com a imutabilidade, ou seja, sem a capacidade de se mudar a condenação. Puxando um gancho dessa afirmação, levanta também que a culpa só resta absolutamente comprovada com o trânsito em julgado da decisão condenatória, conforme comanda o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

Sustenta ainda que o STF é o guardião da Constituição e não o dono dela, ou criador do Processo Penal, que ambos advém de fontes e processos históricos de formação e, portanto, assim, o texto constitucional não pode ser distorcido por uma decisão do órgão judicial máximo, pois, desta forma, estariam eles criando um novo conceito do significado de trânsito em julgado, dando um sentido completamente diverso do que se extrai da Carta Cidadã.

Outro grande argumento levantado por Lopes Jr, se constitui na ideia na qual o Supremo Tribunal Federal tem como uma de suas principais características o fato de exercer um papel contramajoritário e, portanto, não deve se abster de proteger os direitos fundamentais, mesmo que isso vá em direção contrária aos anseios populares.

Debate também o fato dos recursos extraordinário e especial não possuírem efeito suspensivo e, por tal motivo, a execução provisória da pena seria possível, ao expor que tal fundamentação seria possível na seara cível, mas não em processo penal, onde a discussão acerca do princípio da presunção de inocência, assim como do devido processo legal, contraditório e ampla defesa é muito mais aprofundada e que a constrição imposta (prisão) é muito mais severa e estigmatizante.

Aury Lopes Jr e Gustavo Henrique Badaró afirmam que existem duas facetas da mesma moeda envolvendo o princípio da presunção de inocência, a primeira sendo seu aspecto de regra de julgamento, ou seja, o *in dubio pro reo* a ser adotado como resolução de dúvida em casos de valoração de provas, e a outra como sendo um dever de tratamento, isto é, o acusado deve ser tratado como inocente até o fim de todo o processo penal, pois assim comanda a CF. Partindo desses conceitos, defendem que o investigado ou acusado não pode se igualar ao condenado em definitivo, devendo-se igualar, na verdade, ao status de alguém que não está sendo processado ou sequer investigado, por todo o decurso processual penal enquanto ainda existirem recursos pendentes.

Os autores, suscitam também que a Constituição é clara ao dizer em seu artigo 5.º, caput, LVII, que: “Ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. E tal mandamento constitucional não poderia, até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, através de uma hermenêutica ter o seu sentido, que é clara ao estabelecer o marco temporal da formação da coisa julgada material, alterado para algo distinto.

Alegam também que, ao contrário do modelo norte-americano, que adota um conceito de culpabilidade fática, o sistema brasileiro, na direção oposta, adota o conceito jurídico de culpabilidade, que tem como princípio basilar a presunção de inocência, ou seja legalmente falando só se poderia falar em culpa e tratar o indivíduo acusado após findo todo o decorrer do processo havendo a imutabilidade da condenação.

Ambos os autores defendem ainda que apesar de, em teoria, os recursos extraordinários não discutirem matéria fática, na prática ocorre dos tribunais superiores aplicarem o direito aos fatos nesses tipos recursais, conforme preceitua o art. 1034, caput do CPC, não sendo exceção ocorrer uma dominância da proteção do direito subjetivo do impetrante do recurso, e secundariamente a guarda da Constituição e da lei federal.

Lopes Jr e Badaró asseveram ainda que existe uma abundância de situações predominantemente de direito e que podem ser questionadas através de recurso extraordinário e especial, que podem conduzir para uma reforma da decisão em segunda instância, seja absolutória, uma que reduza de forma considerável a pena imposta, que declare a prescrição ou que ainda altere a pena privativa de liberdade para uma mais branda. Nessa seara, apelam ao fato que não existem quaisquer meios que possam devolver ao imputado o seu tempo de volta perdido durante a constrição, caso, eventualmente seu recurso extraordinário venha a prosperar, seja no sentido da absolvição, da prescrição, redução da pena ou alterar o regime de cumprimento.

## **APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA**

Conforme visto pelas argumentações apresentadas pelos diferentes autores na revisão de literatura, o debate doutrinário é tão profundo quanto controverso. Diante de tal aspecto, cabe perguntarmos como a Suprema Corte Brasileira enfrenta esse tema. Quais os argumentos levantados pelos Ministros? É possível verificar uma tendência no sentido de se pacificar determinado entendimento? Houve mudança de voto de algum ministro dentro do lapso temporal destacado? Caso positivo, quais os argumentos que levaram a tal mudança?



## **OBJETIVOS**

A partir das questões levantadas, por meio da presente pesquisa se deseja atingir os seguintes objetivos:

- Apresentar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos acórdãos proferidos que versam sobre o tema da execução provisória da pena, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- Analisar os argumentos e posições defendidas pelos Ministros.
- Destacar os argumentos similares levantados entre os Ministros.
- Verificar se no espaço amostral temporal destacado há uma tendência adotada pelo STF, ou se há alguma variação no entendimento dos Ministros.
- Caso positivo no sentido de haver uma mudança no entendimento, identificar os argumentos trazidos para tal.

## **JUSTIFICATIVA PARA ESCOLHA DO TEMA**

A importância de tal tema é abissal, vide a demonstração que é objeto de vasto e profundo debate doutrinário e jurisprudencial.

Tal relevância, dessa forma, advém do alto valor que se extrai do princípio da presunção de inocência: o precioso bem jurídico do direito à liberdade servindo como contraponto da pretensão punitiva do Estado. Ambos constituindo um interesse não apenas subjetivo, mas de toda a coletividade, afinal de contas qualquer um pode ter sua liberdade cerceada através do devido processo penal.

Debater tal questão contribui para buscarmos estabelecer, através de uma análise minuciosa, o entendimento de qual valor é mais caro e juridicamente relevante na sociedade.

## **METODOLOGIA**

O método que será adotado neste trabalho consistirá da análise jurisprudencial dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em especial, e com apreço a uma singularidade maior, somente aqueles proferidos no bojo de habeas corpus, reclamação constitucional e ação popular, acerca da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, dentro do espaço da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 até a data de término desta obra.

A escolha do Supremo Tribunal Federal como órgão do Poder Judiciário a ser analisado se justifica pelo fato de ser o responsável por dar a palavra final acerca da interpretação da Carta Magna, principal dispositivo irradiador da controvérsia aqui apresentada. A delimitação do marco temporal proposto se prova através do momento no qual a Constituição Federal nasce e passa a exercer sua primazia e eficácia servindo como parâmetro para todo o resto do ordenamento jurídico brasileiro.

## INTRODUÇÃO

A atual Constituição Brasileira que rege o ordenamento jurídico pátrio e que imprime sua eficácia foi promulgada em 1988, conhecida também como Carta Cidadã, atraiu para si esse nome pois reuniu em um mesmo diploma diversos direitos e garantias fundamentais, que serviriam não apenas como uma proteção encravada na Lei Maior, mas também como normas a serem observadas e interpretadas diante de celeumas nos casos concretos que eventualmente viriam a se apresentar.

A garantia fundamental que será destrinchada nessa obra consiste do princípio fundamental da presunção de inocência, advindo do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, que assim versa: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal análise será realizada frente a compatibilidade desse princípio constitucional em face da possibilidade da execução da pena ser realizada antes do trânsito em julgado, ou seja, com recursos ainda pendentes. O direito à liberdade indo de encontro à pretensão punitiva do Estado.

Tal colisão gerou um profundo e importante debate em julgamentos realizados pela Suprema Corte, gerando votos completamente opostos um a outro, e por conseguinte entendimentos que foram variando, na medida também que a composição da Corte foi se alterando, ao longo desses 32 anos desde a promulgação da atual Carta Magna até os dias atuais, seja uma hora prevalecendo o princípio da presunção de inocência, seja outra hora abonando a execução provisória da pena.

A organização aqui proposta começará inicialmente dando um panorama do princípio da presunção de inocência, seu recorte histórico, suas características e até sua existência em Constituições estrangeiras como forma de comparação. Prosseguirá para uma análise dos argumentos levantados nos julgamentos realizados pelo Pretório Excelso, tidos como modelos na mudança da interpretação do alcance do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, pendendo para o lado de reafirmar o direito à liberdade ou de aquiescer a pretensão punitiva do Estado.

Tais faixas de tempo analisadas desses julgamentos consistirão em 4 etapas: a) de 1988 a 2008; b) um segundo período de 2009 a 2015; c) um terceiro de 2016 a 2019 e, por último, d) de 2019 até a presente data.

## **PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

A presunção de inocência se trata de uma garantia existente no decurso de um processo penal, segundo a qual enquanto não houver condenação, um acusado deverá ser considerado inocente. Decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, e está positivada em nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, cuja redação nos diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal garantia é também tutelada em diversos tratados internacionais, assim como em Constituições de diversos ordenamentos jurídicos no mundo (BARBAGALO, 2015).

A presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado e direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo (FERRAJOLI, 2014).

Constitui um dever de tratamento, de não tratar o réu como condenado antes do trânsito em julgado, e manifesta-se em duas dimensões: a) interna: estabelecendo que a carga da prova seja integralmente do acusador; impondo a aplicação do *in dubio pro reo*; limitando o campo de incidência das prisões cautelares; b) externa: exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, assegurando a imagem, dignidade e privacidade do réu. (LOPES JR, 2019).

Pode-se extrair que o princípio da presunção de inocência, constante no rol de direitos fundamentais (Título II) da Constituição Federal, atua não só para garantir que o indivíduo acusado seja tratado como inocente até não restar mais dúvidas sobre a culpabilidade, e isso adviria com o trânsito em julgado, mas atua também envolto em uma esfera com vias de coibir, num quesito geral social, a arbitrariedade estatal de punir.

### **Análise histórica sintética do advento de um conceito da presunção de inocência**

De acordo com Canotilho (2003) o princípio da presunção de inocência teve origem na Carta Magna de 1215, em razão da previsão normativa de que os julgamentos deveriam ocorrer de acordo com as leis do país.

Já para Lopes Jr (2019) a presunção de inocência advém do Direito Romano, mais especificamente dos escritos de Trajano, um imperador de Roma. Entretanto, tal princípio teria sido deveras suprimido durante durante o período conhecido como baixa Idade Médica, pelo fato do advento da Inquisição realizada pela Igreja Católica à época. Haja vista que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Constituindo, em suma, uma presunção de culpabilidade.

Mas um conceito mais claro, e também mais aceito pela doutrina, do surgimento da presunção de inocência somente viu a luz com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, elaborada na França, em seu artigo 9º que prevê o seguinte “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”.

Tal artigo cabe uma observação interessante, pois ela não institui de forma propriamente dita, uma garantia processual penal, mas sim uma vedação à uma punição perpetrada pelo Estado que excedesse os limites toleráveis e cabíveis. Denotando um claro reflexo do período pós regime absolutista que despontava na França.

Ulteriormente, a presunção de inocência tomou os contornos que mais se aproximam do contido na nossa Constituição Pátria, tanto em tratados internacionais como em Constituições alienígenas.

### **A presunção de inocência nos tratados internacionais**

Com o término da primeira e segunda guerras mundiais, o mundo viu-se na necessidade de estabelecer novos parâmetros ideológicos objetivando que tais barbáries não se repetissem, dessa ideia inicial surgiu, em 1948, através da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo em seu artigo 11, item 1, o princípio da presunção de inocência contido de forma expressa: “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.”

Surgiram outros diplomas internacionais que trouxeram em seu conteúdo o já ventilado princípio da presunção de inocência, entretanto sem trazer a necessidade do trânsito em julgado como o adotado pelo Conselho da Europa, fundado em 1949, e que trouxe à baila o diploma de defesa dos direitos humanos conhecido como Convenção Europeia de Direitos Humanos, em 1950, que postula em seu artigo artigo 6º, item 2, o seguinte: “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Já no ano de 1966, a Assembleia Geral da Nações Unidas, no qual o Brasil é País - membro, órgão que faz parte da estrutura da supramencionada ONU, assumiu o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mas somente entrando em vigor em 1975, quando teve a adesão mínima de 35 Estados-Membros. Possui em seu artigo 14, item II, mais uma positivação da presunção de inocência: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” Tal documento foi aprovado pelo Congresso Brasileiro em 12 de dezembro de 199 através do Decreto-Legislativo n. 226, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992 e entrando em vigor em 24 de abril do mesmo ano. Desta forma o Brasil assumiu o compromisso de não só implementar políticas de respeito aos direitos humanos, mas como também lhes dar proteção e efetividade.

Também na mesma seara a Convenção Americana de sobre Direitos Humanos, mais comumente conhecida como, Pacto de San José da Costa Rica, organizado pelos Estados-Membros da Organização de Estados Americanos em 1969, o qual o Brasil também era participante, foi promulgada por aqui pelo Decreto 678 em 1992, e trouxe, novamente a presunção de inocência como um princípio a ser seguido em seu texto, conforme se infere do artigo 8, item 2, do referido diploma: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Conforme se extrai do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal Brasileira” Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Desta forma, além da expressa previsão constitucional da presunção de inocência em sua redação, conforme seu artigo 5º, inciso LVII da CF, a ordem jurídica brasileira assume o status de que tal princípio é uma garantia constitucional e um direito fundamental ao abarcar os diversos tratados dos quais assinou.

## Uma análise da existência da presunção de inocência nas Constituições Estrangeiras

Não é só no Brasil que o princípio da presunção de inocência está elencado em sua Constituição, mas em outros países também, conforme ensina Barbagalo (2015), exemplos de previsão expressa do princípio são possíveis de encontrar nas seguintes Constituições:

- A. Em Portugal, a Constituição de 1976, assume em seu artigo 32, item 2: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”
- B. No Canadá, o Ato Constitucional de 1982, parte I, item 11, “d”, contém: “Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito [...] de ser presumida inocente até que se prove a culpa de acordo com a lei, em uma audiência justa e pública por um tribunal independente e imparcial”.<sup>1</sup>
- C. No México, na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917, em seu artigo 20, “B”, I, também está lá o princípio da presunção de inocência: “a que se presuma sua inocência enquanto não se declare sua responsabilidade mediante sentença emitida pelo juiz da causa”.<sup>2</sup>
- D. Na Espanha, a Constituição de 1978 prevê em seu artigo 24, item 2: “Assim mesmo, todos tem direito a um juiz predeterminado por lei, a defesa e a assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra si, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar

---

<sup>1</sup> No texto original: “Any person charged with an offence has the right: [...] to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”.

<sup>2</sup> No texto original: “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.



os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não testemunhar contra si mesmo, a não se confessar culpado e à presunção de inocência”.<sup>3</sup>

E. Na Itália, no artigo 27 de sua Constituição: “O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”.<sup>4</sup>

F. No Paraguai, está inserida no artigo 17 de sua Constituição: “No processo penal ou em qualquer outro do qual possa derivar pena ou sanção, toda pessoa tem direito a: que seja presumida sua inocência”.<sup>5</sup>

G. No Peru, a presunção de inocência encontra-se em sua Constituição em seu artigo 2º, item 24, “e”: “Toda pessoa é considerada inocente enquanto não seja declarada judicialmente sua responsabilidade”.<sup>6</sup>

H. Na Venezuela, o ventilado princípio encontra luz no artigo 49 da Constituição venezuelana: “O devido processo se aplicará a todas as atuações judiciais e administrativas; em consequência: 2. Toda pessoa se presume inocente enquanto não se prove o contrário”.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> No texto original: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

<sup>4</sup> No texto original: “La responsabilità penale è personale. L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

<sup>5</sup> No texto original: “En el proceso penal, o en cualquier otros del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: que sea presumida su inocencia (...)”.

<sup>6</sup> No texto original: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

<sup>7</sup> No texto original: “El debido proceso se aplicará a todas la actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

No mesmo giro, de acordo com Barbagalo (2015) há ainda a previsão implícita da presunção de inocência nas seguintes Constituições:

- A. Na França, a presunção de inocência não está expressa de forma clara em sua Constituição atualmente vigente (Constituição da Quinta República), mas contém em sua redação, mais especificamente no preâmbulo da mesma, de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 possui vigor constitucional: “O povo francês proclama solenemente o seu apego aos direitos humanos e aos princípios da soberania nacional como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946”.<sup>8</sup>
  
- B. No Uruguai, não há previsão expressa da presunção de inocência idem em sua Constituição, porém, se entende que houve sua recepção de forma implícita no artigo 12, que trata do devido processo legal: “Ninguém pode ser punido ou preso sem o devido processo legal e sentença legal”.<sup>9</sup>
  
- C. Na Argentina, a Constituição de 1860 e suas reformas posteriores (em 1866, 1898, 1957 e 1994) não previram expressamente o instituto da presunção de inocência, todavia, há entendimento de que essa garantia foi recepcionada implicitamente pelo artigo 31, ao prever que os tratados estrangeiros dos quais o país era signatário eram reconhecidos como “Lei Suprema da Nação”, e adiciona-se o artigo 33 prevê a recepção de “outros direitos e garantias não enumerados, mas que nascem dos princípios da soberania do povo e da forma republicana de governo”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> No texto original: “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée ET complétée par le préambule de la Constitution de 1946”.

<sup>9</sup> No texto original: “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”.

<sup>10</sup> No texto original: “Otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

- D. Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 não prevê expressamente a presunção de inocência, mas o Tribunal Constitucional Federal considera que a garantia está incluída no princípio do Estado de Direito, além de haver previsão expressa da mencionada garantia em diversas Constituições estaduais da Federação alemã.
- E. No Chile, a Constituição da República do Chile de 1980, também não faz menção presunção de inocência, mas há entendimento doutrinário de que a garantia foi implicitamente recepcionada em seu artigo 19, item 3º, que diz: “A lei não poderá presumir a responsabilidade penal”.<sup>11</sup> É passível de nota também mencionar que o Código de Processo Penal chileno prevê essa garantia expressamente em seu artigo 4º, que assim segue: “presunção de inocência do acusado. Nenhuma pessoa será considerada culpada de qualquer crime por causa de qualquer ato ou omissão que não constitua um crime, nos termos do direito nacional ou internacional, no momento em que foi cometido”<sup>12</sup>
- F. Nos Estados Unidos, a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1787 não prevê expressamente a presunção de inocência, mas houve o reconhecimento jurisprudencial dessa garantia pela Suprema Corte Americana, em um leading case, através do julgamento do caso “Coffin v. United States” em 1895.

Ao realizarmos uma análise das Constituições propostas, podemos destacar que a Constituição brasileira, em sua redação do princípio da presunção de inocência muito se espelhou na redação das Constituições italiana e portuguesa, ao passo que, o legislador original nesses países também determinou como marco final da cessação da presunção de inocência

---

<sup>11</sup> No texto original: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

<sup>12</sup> No texto original: “Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”

indivíduo, o momento do trânsito em julgado. Tal menção expressa se contrapõe ao constante das Constituições espanhola e paraguaia onde somente mencionam o princípio da presunção de inocência, não determinado o alcance, dentro do processo, que ela atinge, deixando tal entendimento a cargo da doutrina e juizados locais.

Um meio termo aos dois conceitos mencionados acima são os constantes nas Constituições peruana e a canadense, pois elas determinam que a presunção de inocência só é exercida até o momento em que seja comprovada a culpa dentro de um processo criminal. Não havendo necessidade do trânsito em julgado para o afastamento do princípio e a possível realização da execução provisória da pena.

## **ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – 1998 ATÉ 2008**

Mesmo com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu Título II, direitos fundamentais, artigo 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência com a redação na qual: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Os tribunais das instâncias ordinárias não encontravam óbice para a execução provisória da pena, a partir de um acórdão condenatório expedido na segunda instância por um Tribunal.

Tal questão gerou um intenso debate e inconformismo dos réus que se prontificaram a contestar tais prisões, pois viam um claro descumprimento do princípio constitucional da presunção de inocência. Com o passar do tempo, a celeuma acabou por chegar ao Supremo Tribunal Federal, que foi chamado a enfrentar tal questão se a execução provisória da pena era compatível com o artigo 5º, inciso LVII da CF, tendo ocorrido, primeiramente, no famoso Habeas Corpus 68726/RJ em 1991.

O acórdão do Habeas Corpus 68.726, sob relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal Néri Silveira, foi considerado um julgamento modelo (leading case), por muitos anos sendo utilizado como precedente, visto que é o mais antigo, pós Constituição de 1988, a debater a compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse HC a parte ré buscava a reforma da decisão, de segunda instância, que determinou o recolhimento do acusado para a prisão. O advogado da parte ré alegou, obviamente, descumprimento de mandamento constitucional pela não observância pelo Tribunal revisor da presunção de inocência assim como do artigo 669<sup>13</sup> do Código de Processo Penal.

O Ministro relator do processo proferiu voto no sentido de não haver impedimento para a execução de uma pena restritiva de liberdade, mesmo que se demonstre passível de ser impetrado recurso extraordinário. Como forma de sustentar tal voto o Ministro Néri da Silveira

---

<sup>13</sup> Código de Processo Penal, artigo 669: “Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança; II - quando absolutória, para o fim de imediata soltura do réu, desde que não proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.”

ressaltou uma lição do doutrinador Espínola Filho que diferencia coisa julgada de trânsito em julgado:

“O que diferencia o caso julgado, ou seja, a sentença com trânsito em julgado, da coisa julgada, é ser mister, para ter-se esta, que, contra a decisão, não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quando pode ser executada, se bem que ainda seja passível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo, por já se terem esgotado, ou não mais se poderem usar, os recursos ordinários admitidos”.

A diferença exposta pelo doutrinador é uma muito utilizada, até os dias atuais, para justificar a prisão em segunda instância, que consiste no fato que o trânsito em julgado consiste na impossibilidade de se recorrer de uma sentença, quando o processo é findo. Ao passo que coisa julgada, para o doutrinador, consiste na questão de não haver mais apreciação do mérito da questão, não se analisar mais a culpabilidade do indivíduo nos recursos extraordinários, destarte não possuem efeito suspensivo. O Ministro do STF, relator do caso, concorda com essa visão ao levantar tal visão e dar argamassa a esse argumento no qual o mérito é discutido e depois confirmado ou não por um colegiado em segunda instância, aumentando ainda mais o grau de acerto e certeza da sentença do primeiro grau.

Traz à baila também parte do parecer do Sub-Procurador Geral da República à época, Cláudio Lemos Fonteles:

“Quanto a considerar-se que, ante o preceito constitucional enfatizando que “ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, impossível não se dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário, então impedindo-se a execução provisória da sentença penal condenatória, tenha-se sempre presente que o denominado, “aliás inapropriadamente” princípio da “presunção de inocência” não está direcionado a colocar o réu em posição de “intangibilidade”, sob pena de não se justificar a prisão provisória do infrator, também constitucionalmente assegurada à sociedade pleitear ante o Poder Judiciário – prisão preventiva –, mas há de ser entendido, muito mais adequadamente, “na ótica dos efeitos processuais” para significar corretamente que a circunstância de estar alguém respondendo a processo-crime jamais significará a sua culpabilidade. Eis porque melhor definição terá o princípio como: “princípio da não culpabilidade”.”

O Sub-Procurador argumentou que o princípio da presunção de inocência deveria ter sua definição alterada para não culpabilidade, ou seja, que a pessoa não seja considerada

culpada, novamente numa ligação à conjuntura que o recurso extraordinário só tem o condão de analisar questões de direito e não de fato.

Conceitua Barbagalo (2015) o princípio da não culpabilidade como, e que sejam adotadas medidas que impeçam que tal ocorra, para qualquer efeito de tratamento, uma equiparação do acusado ao status de alguém culpado, enquanto não restar comprovada a sua culpa.

Por fim, e como argumento basilar ao fundamentar sua decisão, se debruçou, também, sobre o fato do recurso extraordinário não possuir efeito suspensivo, conforme preceituava o artigo 27 da Lei 8.038 de 1990, parágrafo 2º, que versava da seguinte forma: “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Tal Lei atualmente se encontra revogada com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015. Mas no período de sua vigência era clara, como foi recepcionada pela nova Constituição de 1988, ao dizer que o recurso extraordinário não possuía efeito suspensivo, ou seja, a paralisação da execução de uma sentença, não violaria a presunção de inocência e portanto não haveria óbice para uma antecipação da pena, desta forma o Ministro Relator votou pelo indeferimento do Habeas Corpus ao passo que foi acompanhado por unanimidade pelo Pleno do Tribunal.

Tal tese da ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário levantado no HC 68.726, foi confirmada ainda nos casos em que haja a pendência de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, conforme Habeas Corpus 69.083 em 1992, sob relatoria do Ministro Celio Borja, no qual se solidificou ainda mais a posição da Suprema Corte que não ocorre constrangimento ilegal quando se é expedido mandado de prisão para o acusado, condenado pelo Tribunal revisor de segunda instância, pois tanto o recurso extraordinário quanto o especial ainda pendentes de análise não possuem efeito suspensivo e, por conseguinte, não ferem o princípio da presunção de inocência ao ser executada a pena provisoriamente.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal configurou sentido, também, de não haver aplicação de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, inclusive no Código De Processo Penal Militar, Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, em consonância com o artigo 578<sup>14</sup> desse diploma e o artigo 549 da Lei 6544<sup>15</sup>, que alterou alguns artigos do CPPM.

---

<sup>14</sup> Código de Processo Penal Militar, artigo 578: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo.”

<sup>15</sup> Lei nº 6.544, de 30 de junho de 1978, artigo 549: “O réu condenado a pena privativa da liberdade não poderá opor embargos infringentes ou de nulidade, sem se recolher à prisão, salvo se atendidos os pressupostos do art. 527”

Isso foi determinado no Habeas Corpus 70.666, tendo como relator o Ministro do STF Sepúlveda Pertence, que apesar de não concordar com tal entendimento, seguiu a orientação jurisprudencial firmada da Suprema Corte e indeferiu o habeas corpus do paciente.

A falta de celeridade processual da Justiça Brasileira também já foi adotada como argumento favorável para uma constrição de liberdade provisória. Isso foi levantado no HC 72.366 de 1995, novamente sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, em seu voto, o Ministro Relator referencia o voto do Ministro Francisco Rezek no Habeas Corpus 71.026, o qual se valeu do argumento que o Brasil não é um país que pode se dar ao luxo de não executar provisoriamente a pena, pois a celeridade processual é demasiadamente comprometida com a vastidão de recursos existente, muitas vezes, na visão do Ministro, como protelatórios de modo simplesmente a evitar a coisa julgada em busca da prescrição e que isso é desastroso para a sociedade.

Todavia, fazendo um contraponto ao HC 72.366, no Habeas Corpus 82.446 de 2002, tendo como relator o Ministro Maurício Corrêa, o mesmo afirma que, de acordo com a já firmada jurisprudência da Corte, a execução provisória da pena não conflita com a garantia constitucional da presunção de inocência, mas que necessita ser fundamentada com fatos reais e concretos para tal. Deixando claro que não servem como embasamento para a decretação da prisão de forma antecipada, a invocação de argumentos como o possível abalo gerado à credibilidade da Justiça ou o clamor social.

No HC 84.677 de 2004, o Ministro Relator do processo, Eros Grau, levantou a tese que com o término da possibilidade de serem impetrados recursos com efeito suspensivo a execução provisória caberia até mesmo no caso em que a sentença vier a substituir penas privativas de liberdade por restritivas de Direito. Sustentou em seu voto que o artigo 147 da Lei de Execuções Penais<sup>16</sup>, não merece prosperar, pois a interpretação isolada do mesmo não poderia se sobrepor a uma análise do ordenamento jurídico brasileiro como um todo, e que, portanto, deveria ser respeitada a jurisprudência formada pela Alta Corte até aquele tempo. Nessa mesma baila sustenta o famoso discurso do “quem pode o mais, pode o menos” ao defender que se é permitido a execução provisória em penas privativas de liberdade também o deveria ser em

---

<sup>16</sup> Lei de Execuções Penais, artigo 147: “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.



restritivas de direitos, que seria muito menos invasivo. Entretanto, tal sustentação não encontrou simpatia dos outros integrantes do Tribunal pois iria de encontro ao já supramencionado artigo 147 da LEP.

O STF inclusive sumulou situações específicas dentro do tema da execução provisória com o advento das súmulas 716<sup>17</sup> e 717<sup>18</sup>.

Com o decorrer dos anos, e as mudanças naturais na formação dos membros da Corte, cada vez mais havia a opinião dissidente de alguns Ministros contra o entendimento firmado, até que desaguou no julgamento do HC 84.078/MG EM 2009, pelo Tribunal Pleno do STF.

---

<sup>17</sup> Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal: “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.”

<sup>18</sup> Súmula 717 do Supremo Tribunal Federal: “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.”

## **ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – 2009 ATÉ 2015**

Com a chegada do ano de 2009, e após 18 anos desde o HC 68.726, o Supremo Tribunal Federal foi novamente provocado a enfrentar a matéria referente da compatibilidade do princípio da presunção de inocência com a execução provisória pena. E isso ocorreu com a chegada do Habeas Corpus 84.078/MG ao Tribunal, com a relatoria do Ministro Eros Grau.

Esse habeas corpus foi primeiramente submetido para a Primeira Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, e seu julgamento iniciado no ano de 2004, entretanto, devido ser matéria que, devido à nova composição das turmas do STF, muitos Ministros possuíam entendimento divergente do estabelecido no já longínquo HC 68.726 de 1991, ocorreu a remessa do julgamento (por proposta do Ministro Carlos Ayres Britto) desse Habeas Corpus para apreciação dos 11 Ministros da Corte, o Pleno do Tribunal, para que todos pudessem dar a sua fundamentação legal e, qualquer que fosse a decisão ao final do julgamento, ter mais vigor do que uma reproduzida somente por uma das Turmas.

O julgamento foi concluído em 2009 com a declaração da inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Votaram de acordo com esse entendimento, 7 dos 11 Ministros, sendo eles: Gilmar Mendes (presidente da Suprema Corte na época), Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Melo e Eros Grau. Os outros 4 Ministros, que foram os votos vencidos, se compõem em: Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Menezes Direito e Cármen Lúcia.

O julgamento começou pelo proferimento do voto do Relator do supramencionado HC, Ministro Eros Grau, que coincidentemente, também foi o Relator do HC 68.726, o qual gerou o primeiro precedente, sendo um leading case na matéria a favor da possibilidade da execução provisória da pena. Contudo, e de forma surpreendente, ao contrário do entendimento firmado pelo Ministro Eros Grau nesse Habeas Corpus, e vários outros, pelo qual votou a favor da admissibilidade do argumento que a antecipação da pena não feria o instituído no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, acerca do princípio da presunção de inocência, no julgamento do HC 84.078, demonstrou ter mudado de opinião, conforme será demonstrado a seguir.

O Ministro Eros Grau sustenta em seu voto que com o advento da Lei de Execução Penal- Lei 7210 de 1984, o seu texto condiciona a execução da constrição da liberdade do acusado ao trânsito em julgado, conforme preceitua o artigo 105 do referido diploma, que assim é: “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.” Levanta também os contidos no artigos 147<sup>19</sup>, a respeito da pena restritiva de direitos, e o 164<sup>20</sup> desse mesmo diploma. Desta forma, a LEP não só estaria em consonância com o direito fundamental da presunção de inocência presente na Constituição Federal como superaria não só temporalmente mas também materialmente o artigo 637 do CPP de 1941, o qual afirma que “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.” Uma curiosidade referente a esse argumento se demonstra no fato que, no julgamento do HC 84.677 em 2004, o próprio Ministro Eros Grau tinha votado favoravelmente a execução provisória da pena em sentenças restritivas de direitos, sobrepondo-se ao constante do, agora defendido pelo mesmo, artigo 147 da Lei de Execuções Penais.

Sustenta também o Ministro que, em razão da LEP não permitir o início do cumprimento da pena já a partir da decisão confirmatória em segunda instância a respeito de penas restritivas de direitos, ora qual, muito menos deveria ser permitido a possibilidade de execução da pena de forma provisória, quando a mesma versasse sobre restrição de liberdade, algo extremamente gravoso para um bem jurídico tão valioso quanto o direito fundamental à liberdade protegido, nessa seara, pelo consagrado princípio fundamental da presunção de inocência. Sustenta, ainda nessa linha de argumentação que, aceitar a execução provisória numa pena privativa de liberdade e não em uma restritiva de direito, seria tratar situações paralelas de forma desigual, o que constituiria uma afronta ao também princípio da isonomia.

Levanta também como argumento contrário à execução provisória da pena o princípio da ampla defesa, constante no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que diz: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Afirma que tal princípio

---

<sup>19</sup> Lei de Execuções Penais, artigo 147: “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”

<sup>20</sup> Lei de Execuções Penais, artigo 164: “Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.”

engloba todas as fases processuais, sendo ampla, incluindo nessa composição, os recursos extraordinários. E que, uma permissividade no sentido de permitir a antecipação da pena consubstanciaria um desequilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e o direito do acusado de se resguardar legalmente contra tal pretensão, algo que feriria o texto constitucional.

Cita ainda, como forma de dar arcabouço à sua sustentação o doutrinador Rogério Laria Tucci, ao argumentar contra a antecipação da pena:

“o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária ou prisão preventiva”

Lembra-se, do mesmo modo, dos ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho sobre a prisão cautelar e a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, o qual diz:

“enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela”

O Ministro Relator teceu críticas também a uma política criminal demasiadamente repressiva que influenciava e fazia parte de determinadas normas processuais penais, como a Lei 8.038/90, que determina que os recursos especial e extraordinário seriam recebidos apenas no efeito devolutivo, e a Lei 7.960/89, que estabelece a criação da prisão temporária. Afirma que tais leis são reacionárias e que visam somente atender aos anseios da população por punições cada vez mais severas e com um imediatismo inerente, em diversos momentos em detrimento do devido processo legal e muitas vezes através do ditado do “olho por olho, dente por dente” e que, na confirmação de tal aspecto estaria se substituindo a justiça pela vingança. E adiciona ainda o papel da mídia a atear fogo nessas, cada vez mais alargadas, pretensões punitivas sociais. Nesse ponto dá voz, ao argumento que o juiz deva permanecer imparcial ao julgar, mesmo que vá contra o clamor social e que tal possa gerar descrédito da Justiça com a sociedade. Ainda mais o STF, guardião da Constituição, que possui como um dos princípios basilares de sua formação o fato de ser contramajoritário.

Afirma o Ministro Eros grau do mesmo modo que todos os cidadão são possuidores de direitos e mesmo os acusados de infrações penais não perdem essa característica e se

transformam em meros “objetos processuais”. Havendo a exclusão desse indivíduo da sociedade com a prisão em segunda instância, sem a devida singularização e análise de seu caso concreto configuraria, de acordo com o Ministro, uma agressão ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constante no artigo 1º, inciso III, da Carta Cidadã que toma forma na seguinte redação:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- ...

II-...

III- a dignidade da pessoa humana;”

Ainda no desenrolar de seu voto salienta que o único motivo, embora não plausível, de aceitarmos a antecipação da pena, em clara incompatibilidade com a presunção de inocência, seria o de evitar, por mera conveniência de uma comodidade maior dos magistrados, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam atolados de recursos extraordinários e especiais, e seus subsequentes embargos e agravos para apreciar, tendo como sacrifício uma garantia constitucionalmente valiosa.

O Ministro do Supremo Menezes Direito, sucedeu o Ministro Eros Grau na votação, defendendo a execução provisória da pena, primeiramente argumentando no sentido que não vê motivos que consigam justificar uma alteração em uma jurisprudência histórica da Suprema Corte pois a Carta Maior não teria condicionado a concretude da culpa do acusado e por conseguinte, o seu recolhimento ao estabelecimento prisional, ao estabelecer o trânsito em julgado, com a apreciação dos recursos extraordinários e especiais. Pois nesses recursos se realiza uma análise da matéria de direito relacionada ao objeto do processo, não um reexame do mérito da ação. Isso teria como objetivo, promover exatamente a celeridade processual, evitando uma protelação indefinida da execução dos julgados. Daí adviria o motivo desses recursos terem apenas o efeito devolutivo e não suspensivo. Caso contrário estaria se vinculando a efetividade das decisões condenatórias ao julgamento dos recursos excepcionais, o que os transformaria, por aproximação de características, a recursos ordinários.

Defende ainda que, condicionar a execução do acordão condenatório seria desmerecer a cognição realizada pelos membros julgadores das instâncias ordinárias, onde, segundo o

Ministro Menezes Direito, tem dedicação própria para analisar todo o lastro probatório produzido ao longo do processo e conseguir, no bojo do mérito do caso concreto averiguado, proferir decisões melhor fundamentadas.

Argumenta de acordo com essa linha de pensamento que, ao afirmar-se que o princípio da presunção de inocência não se choca com a prisão cautelar, advinda de uma cognição não exauriente, mas assumir visão no sentido de não permitir a execução antecipada da pena seria como dar maior valoração a busca de um resultado útil do processo do que o próprio resultado, ou seja, o acórdão, e este sim de cognição exauriente. Admite, nesse raciocínio não vislumbrar diferença entre as duas situações, prisão processual ou prisão da aplicação da lei penal, pois ambas envolvem a liberdade do acusado.

Ressalta ainda uma divisão do sentido da pena em duas características, uma sendo a retribuição, que denotaria sentido de compensar a sociedade pela agressão cometida pelo réu ao seus valores mais preciosos, o segundo sentido, o da prevenção, ou seja, de se buscar, com o eventual encarceramento daquele indivíduo uma forma de se prevenir que ele reincida naquele crime, só toma plenitude com a execução antecipada da pena por ser um elemento central do sistema de repressão estatal.

Defende também que, o entendimento já firmado pela Corte, configura como uma proteção ao próprio sistema processual penal de modo que evita que se busque a prescrição da sentença ao se interpor uma infinidade de recursos com objetivos meramente protelatórios da execução.

Em seguida votou o Ministro Celso de Mello, fazendo inicialmente uma distinção da prisão cautelar, prevista o artigo 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, permitida, desde que fundamentada, como uma garantia ao bom andamento do processual, com a antecipação da pena, que, ao contrário da cautelar, serviria como forma de punição ao lhe restringir a liberdade. E que, se forem postas numa situação de igualdade, configuraria uma severa subversão ao direito constitucional à liberdade.

O Ministro Celso de Mello assim como o Ministro Eros Grau, também faz coro, em sua argumentação, de que, qualquer pessoa, independentemente de sua posição social, política,

econômica ou funcional, é titular de direitos e de garantias indisponíveis e dotados de intangibilidade, especialmente os direitos e garantias constitucionalmente protegidos, e para tanto, não pode ser considerada como se culpada fosse antes do trânsito em julgado em clara oposição ao que determina o texto constitucional, seu artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que deu corpo ao princípio da presunção de inocência.

O Ministro alega ainda que, seguir o devido processo legal (e para tanto, aguardar o trânsito em julgado) não só funciona como uma proteção do acusado, mas tem uma dupla função ao legitimar a possível sanção que vier a ser imposta, seja ela restritiva de direitos ou privativa de liberdade.

O decano Ministro Celso de Mello ainda faz uma importante ressalva de que o conceito de que todos são inocentes até que advenha uma sentença condenatória transitada em julgado, existe, não somente em Constituições Estrangeiras, mas também em diversos tratados internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

O Ministro Celso de Mello sustenta, na continuação de seu voto, que o princípio da presunção de inocência configura verdadeiro dever de tratamento, esse direito fundamental que não se esvazia com a condenação nas instâncias ordinárias. Um tratamento que garante pelo qual o acusado não seja comparado pelo Estado de forma igual a um indivíduo culpado, o que somente ocorreria, na forma da Constituição, com o trânsito em julgado da condenação criminal.

Segue seu voto, fazendo um interessante paralelo com o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal que versa nos seguintes termos: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”. Com esse artigo em tela afirma que como a Constituição é cristalina ao afirmar que alguém não pode perder seu direito de participação política na gestão dos negócios públicos e na condução das atividades governamentais, sem

condenação transitada em julgado, também é cristalina ao declarar o trânsito em julgado como marco temporal imposto pela Carta Maior para a execução de uma pena restritiva de liberdade.

O decano da Corte, novamente em consonância com o voto do Ministro Eros Grau, levanta que nem a pena restritiva de direitos, conforme artigo 147 da Lei de Execuções Penais, é permitida a execução provisória, quiçá deveria ser, portanto, a muito mais invasiva ao acusado, na forma da privativa de liberdade.

O Ministro Cezar Peluso destaca que seria incoerente admitir a execução antecipada da pena restritiva de liberdade, quando, em julgamento em 7 de novembro de 2007, a Corte teria fixado entendimento no sentido de não ser compatível com a Constituição lei estadual que fixava que enquanto pendente ação penal por crime funcional ocorreria descontos desse funcionário em seus vencimentos e remuneração. Nesse sentido a incoerência caberia na questão do Supremo não ter admitido uma execução restritiva pecuniária, mas aceitaria a mais gravosa pena possível na ordem jurídico-constitucional: o cerceamento da liberdade de um acusado.

O Ministro Cezar Peluso ainda demonstra preocupação, ao afirmar que, um direito fundamental, uma garantia constitucional como o princípio da presunção de inocência, caso seja permitida a execução provisória da pena condenatória criminal antes do trânsito em julgado, estaria a Corte, automaticamente reduzindo o valor do referido princípio constitucional a casos periféricos, não mais em questões que representam a defesa da dignidade da pessoa humana, mas sim casos de natureza pecuniária ou eleitoral.

Evidencia o Ministro Cezar Peluso que o princípio da presunção de inocência, é, na verdade um dos maiores vetores de efetivação do direito essencial e constitucional da dignidade da pessoa humana, ao defender que a pessoa humana, ao ser ré em processo criminal, não perde sua dignidade por sê-lo. Destaca ainda, nessa linha argumentativa a irreversibilidade e gravidade de uma prisão que possa vir a ser confirmada como injusta.

O Ministro Cezar Peluso ainda afirma que a limitação do alcance do princípio da presunção de inocência nada mais é do que o devido processo legal, que se coaduna com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Ministro Joaquim Barbosa afirma que, em nenhum lugar do mundo, se permite a mesma quantidade de recursos ao réu como no Brasil, em sua maioria protelatórios da



condenação definitiva, e que, se quisermos um sistema processual penal eficaz e não um de “faz de conta” a execução da pena tem que ser admitida antes do trânsito em julgado.

Ressalta também que se deve respeitar o trabalho e idoneidade dos julgadores nas instâncias ordinárias, esses que analisaram a fundo a materialidade do processo, pois, do contrário, seria o mesmo que fazer “letra morta” das sentenças e acórdãos proferidos pelos mesmos. E que, nesse molde, faria então mais sentido que o Supremo julgasse primeiramente, pois, somente com uma decisão desse, as decisões teriam efetividade de qualquer forma.

Salienta o Ministro Joaquim Barbosa que, permitir que o acusado aguarde em liberdade até o término de todo o processo penal, ou seja, aguardar o trânsito em julgado, em especial aquele acusado que dispõe de bons advogados que possam impetrar quantos recursos quanto possíveis de forma a obter a prescrição da pretensão executória, significaria abonar um estado de impunidade, assim como gerar uma frustração do direito fundamental de uma tutela jurisdicional efetiva e com o respeito à vítima, especialmente porquê o sistema judiciário já é abarrotado de processos, e ainda mais o é a Suprema Corte.

O Ministro cita ainda o doutrinador Cândido Rangel Dinamarco, visando dar sustento aos seus argumentos supramencionados:

“a segunda metade do século XX caracterizou-se (...) como um tempo de mudanças. O monumental esforço dos idealistas portadores da bandeira da efetividade do processo abriu espaço para a consciência da necessidade de pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tomar-se socialmente ilegítimo”

Arguiu também que os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo, conforme os já mencionados artigos 27, §2º, da Lei nº 8.038/90, e art. 637 do Código de Processo Penal, apenas devolutivo, razão pela qual não configura violação ao princípio da presunção de inocência a execução provisória da pena. Nesse mesmo pensamento, afirma que não existe uma garantia irrestrita e geral ao duplo grau de jurisdição, tanto que vários julgamentos na própria Corte ocorrem em única instância, e que estaria criando, ao não se admitir a antecipação da pena, um triplo grau, algo que nem o Pacto de San José da Costa Rica

admite, pois conforme artigo 8, parágrafo segundo, alínea h<sup>21</sup>, preceitua, o direito é de recorrer de sentença condenatória.

O Ministro Joaquim Barbosa observa também a recente emenda constitucional 45 de 2004, que vincula a possibilidade de se impetrar recurso extraordinário ao STF, à existência, no caso concreto, da tese da repercussão geral, ou seja, o caso tem que demonstrar um aspecto relevante econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Afirma, do mesmo modo, que o advento dessas hipóteses que restringem o cabimento do recurso extraordinário contribuem no sentido de efetivar a razoável duração do processo, contido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF, que diz:” a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O Ministro destaca por fim que, a regra, em todas as nações civilizadas é a execução da pena a partir da segunda instância, e que o máximo que poderia ocorrer, e seriam raríssimas as vezes que teriam o condão de anular uma sentença, seria um vício formal ou exclusivamente jurídico, e que, caso o apenado entenda que está sofrendo constrangimento ilegal de sua liberdade a via própria é a impetração de Habeas Corpus para demonstrar a referida nulidade solicitar a suspensão da pena, e que tais alegações, somente poderiam ser conhecidas pela Corte em casos extremados, de inequívoca ilegalidade, como o Supremo tem feito nos casos de superação da súmula 691 do STF: “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.”

Em seu voto, o Ministro Carlos Britto, destaca inicialmente que a Constituição não se contentou somente com a nomenclatura do princípio da presunção de inocência, mas sim com a nomenclatura do princípio da não culpabilidade, esse sim, segundo ele, não apenas uma garantia constitucional, mas um direito material efetivamente tutelado pela Constituição Federal de não tratar o acusado como culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O indivíduo é inocente não somente até a prova em contrário, mas sim que a prova seja válida, perante um Juízo, com o decorrer do devido processo legal, da efetividade do

---

<sup>21</sup> Pacto de San José da Costa Rica, artigo 8º, parágrafo segundo, alínea h: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h - direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”

contraditório e da ampla defesa, até se chegar ao fim do processo, com a sentença condenatória ou absolutória, tudo isso a dar robustez ao princípio da não culpabilidade.

O Ministro Carlos Ayres Britto, também busca na Constituição o único momento, segundo o mesmo, em que a Carta Magna deu o seu assente da possibilidade de mitigação desse princípio da não culpabilidade, onde seja, no artigo 5º, inciso 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”. Isto é, o direito à liberdade é a regra-mor, e só essa passagem do artigo 5º, inciso LXI, abarca essa exceção ao mandamento constitucional, em especial o crime cometido em flagrante delito.

Ressalta ainda em sua argumentação, que a gravidade da constrição da liberdade de locomoção do indivíduo tem um efeito de característica quádrupla no mesmo: O primeiro ponto constituindo o abalo psicológico à autoestima do indivíduo; o segundo ponto se constituindo o desprestígio que tal encarceramento acarretará no seio da família, inclusive afeta o trabalho do mesmo que por conseguinte afeta a renda familiar; um terceiro ponto se firma no desprestígio profissional, vídeo o fato da dificuldade de pessoas condenadas arranjam um emprego; por fim, o quarto ponto, se configura no desprestígio perante a sociedade. E essa constrição, caso seja revertida já teria gerado esse irreversível dano quádruplo.

Ao iniciar seu voto a Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, resgata o princípio da proporcionalidade, na medida que, ele se comportaria como uma “via de mão dupla” ao não só coibir excessos mas também efetuar uma carga de proibir a ineficiência. Ou seja, enquanto ele protege o acusado dos possíveis abusos cometidos pelo Estado na pretensão da persecução punitiva do processo penal, o mesmo também veda que o Estado seja ineficiente, incompleto, nessa mesma pretensão pois deve tutelar a defesa dos direitos das vítimas que os tiveram agredidos por terceiros. Na esteira desse pensamento, ela não vislumbra como a execução provisória da pena contraria a Constituição, pois as decisões tomadas após o duplo grau de jurisdição devem ser presumidas como corretas, devido à extensa análise material ocorrida nas instâncias ordinárias, e que contrariar tal entendimento seria também contrariar o atributo de coibir a ineficiência estatal advinda do princípio da proporcionalidade.

Afirma em seu voto também a Ministra que o maior alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, na visão dela é o de disciplinar juridicamente a prova, isto é, a culpa, que, através da análise meritória que as instâncias

ordinárias praticam, ou seja, das provas, a inocência do acusado vai se esvai e a culpa se forma, mas que enquanto perdurar esse exame da materialidade das provas, o réu inocente considerado dever ser, mesmo que o seja “confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país”.

Finda a votação, o Pleno do Supremo Tribunal federal decidiu por conceder o habeas corpus ao paciente, ao não conhecer do argumento da possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Tal entendimento durou 7 anos até o advento do HC 126.292/SP.

## **ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – 2016 ATÉ 2019**

O advento do Habeas Corpus 126.292, gerou uma nova alteração, apenas 7 anos após a última, no entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da prisão do acusado após decisão condenatória proferida em segunda instância.

O HC 126.292/SP teve como Relator, o Ministro do STF Teori Zavascki. O HC, foi, primariamente enviado para julgamento pela Segunda Turma do Tribunal, entretanto, em movimento capitaneado pelo próprio Ministro Relator, a Turma resolveu enviar, por unanimidade, o caso para julgamento pelo Pleno do STF, à época presidido pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

A conclusão do julgamento ocorreu no início de 2016, onde, por 7 votos a 4, ocorreu nova alteração da jurisprudência da Suprema Corte, permitindo a execução provisória da pena. Os votos vencedores consistiram dos seguintes Ministros: Cármem Lúcia, Teori Zavascki, Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Edson Fachin e Dias Toffoli. Ficando vencidos os votos dos Ministros: Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

O Ministro Relator Teori Zavascki abriu a rodada de votação, utilizando, inicialmente como argumento a favor da execução provisória da pena diversos precedentes do Tribunal, inclusive o HC 68.726 de relatoria do Ministro Eros Grau, e com o intuito de afirmar que o entendimento já firmado pelo Tribunal é pela possibilidade da execução provisória da pena, inclusive já tendo sumulado questões específicas dessa matéria, conforme Súmulas 716 e 717: Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal – “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.” e a Súmula 717 do Supremo Tribunal Federal- “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.”

O argumento no qual o exame de fatos e provas da causa é exaurido nas instâncias ordinárias também é levantado pelo Ministro Teori Zavascki. Argumenta que o juízo de culpabilidade já inicia seu processo logo na primeira instância, sendo permitido ao réu o pleno contraditório no decurso do processo penal. Afirma do mesmo modo que, a sentença condenatória proferida por Juízo de primeiro grau ainda tem que ser remetido a Tribunal

hierarquicamente superior, onde será analisado, novamente a materialidade do caso, agora, não só por 1, mas por 3 julgadores mais experientes, e é após completo esse duplo grau de jurisdição que se exaure esse exame dos fatos e das provas e também se conclui a responsabilidade criminal do acusado. Nesse mesmo pensamento, afirma que os recursos extraordinários não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, por qual tem efeito meramente devolutivo, e não suspensivo, conforme determina o artigo 637 do Código de Processo Penal e o artigo 27, § 2º da já revogada Lei 8.038/90, e os quais se atém, restritivamente, à cognição de matéria estritamente de direito, e portanto não se habilitam a reexaminar a matéria fático-probatória.

Ressalta ainda o fato que o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência não é ofendido ao se permitir a execução provisória da pena, vide que, ao longo do processo criminal, especialmente durante as etapas que analisam o material probatório, o réu é devidamente tratado como inocente fosse, pois todos os direitos e garantias do acusado foram observados, e somente na pendência dos recursos extraordinários, não seria inconstitucional a responsabilidade criminal do acusado produzir seus efeitos.

O Ministro Relator relembra também a famigerada Lei Complementar 135/2010, comumente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, em seu art. 1º, inciso I, alínea l<sup>22</sup>, admite a inelegibilidade de cidadão desde que ocorra uma decisão condenatória por órgão colegiado. Isto é, o próprio legislador infraconstitucional admite a hipótese que a presunção de inocência não obsta a produção de efeitos antes do trânsito em julgado.

Na continuidade de seu voto, o Ministro ressalta, através do direito comparado e fazendo menção à pesquisa de 3 estudiosos, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, onde em diversos países desenvolvidos, como a Inglaterra, o Canadá, os Estados Unidos, a Alemanha, a França, Portugal, Espanha e Argentina, uma decisão condenatória proferida após juízo em segundo grau fica sobrestada até que tal decisão seja referendada pela mais alta instância do Poder Judiciário.

---

<sup>22</sup> Lei Complementar 135,2010, artigo 1º, inciso I, alínea l: São inelegíveis, para qualquer cargo os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena

O Ministro Teori Zavascki destaca que, de acordo com o artigo 117, inciso IV<sup>23</sup> do Código Penal, os recursos extraordinários, além de não fazerem juízo de valor a respeito de matéria fático-probatória, também não possuem o condão de interrupção da contagem do prazo prescricional, isto posto, ao não se permitir a execução provisória da pena, não seria uma forma de dar concretude ao princípio da presunção de inocência mas na verdade, constituiriam como um meio de inibir a efetividade jurisdicional.

O Ministro Relator, não se mostra cego perante o fato de que equívocos podem ser cometidos, não somente nas instâncias ordinárias, mas também nas extraordinárias, e que portanto em casos de flagrante violação de direitos nada impediria a Suprema Corte, diante do caso concreto e da plausibilidade jurídica, conferir efeito suspensivo, através de medidas cautelares de outorga, aos recursos extraordinários.

O Ministro Edson Fachin, começa seu voto, fazendo uma crítica ao fato do Supremo Tribunal Federal ter segundo a Constituição, o papel de ser seu guardião, mas ter como competência, características que fogem de um Tribunal Constitucional, como processar e julgar determinadas autoridades da República, e desse modo, gera um acúmulo exacerbado de funções no STF, que deveria muito mais se ater à defesa da ordem constitucional do que buscar fazer justiça social nos casos concretos.

Na esteira de seu pensamento o Ministro, afirma que o princípio da presunção de inocência não deve ser lido de forma literal, absoluta e principalmente sem a observância de outros princípios e garantias constitucionais, que lidos de forma conexa que vedam a execução da pena somente após esgotadas as instâncias extraordinárias. Afirma que o princípio da presunção de inocência não configura um “super princípio” no qual tem mais ênfase do que todos os outros constitucionalmente estabelecidos. Cita como exemplos, o princípio da razoável duração do processo, direito fundamental, contido no art. 5º, LXXVIII, da CF e o artigo 5º, XXXVIII, alínea c, também da Constituição que diz: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a soberania dos veredictos”. E deste modo, não teria coesão dentro do texto constitucional dar um alcance quase ilimitado ao princípio da presunção de inocência, e afirmar que as decisões, soberanas, condenatórias proclamadas pelos

---

<sup>23</sup> Código Penal, artigo 117, inciso IV: O curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

membros dos Tribunais do Júri, só poderiam produzir seus efeitos após esgotados todos os recursos cabíveis.

Argumenta ainda o Ministro Edson Fachin, que dentre as competências estabelecidas pela Constituição Federal em seus artigos 102 e 105, ele não vislumbra a hipótese da Corte reexaminar injustiças cometidas no caso concreto, pois, na sua visão, em relação às matérias fático-probatórias, as decisões prolatadas pelas instâncias ordinárias são soberanas, não devendo, tanto o STJ, quanto o STF, dar novas versões à materialidade das provas. Ainda nessa corrente ele afirma que tal entendimento, no qual o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, não são instâncias revisoras universais, mas sim pacificadoras do entendimento, seja de lei federal, ou da CF, que o artigo 102, parágrafo 3º da Carta Maior exige o instituto da repercussão geral para o conhecimento dos recursos extraordinários, ou seja, que o recurso transcenda o mero interesse subjetivo do recorrente.

Destaca também uma limitação já imposta pelo próprio Tribunal à literalidade do princípio da presunção de inocência, ao determinar a certificação de trânsito em julgado, com baixa imediata dos autos, ainda que não tenha sido publicado o acórdão pela Corte, após o indeferimento da propositura do segundo embargos de declaração, vide o consenso deles serem meramente protelatórios.

Na continuidade do julgamento, foi vez do Ministro Luís Roberto Barroso, expor sua argumentação, ao, primeiramente buscar estabelecer que, a Constituição Federal não limita a prisão ao trânsito em julgado, mas sim ao estabelecimento da culpabilidade do acusado, e que a mesma será dada mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, conforme determina o artigo 5º, inciso LXI, da CF, e cita exemplos de tal possibilidade prisão aceitas antes mesmo do trânsito em julgado, como (1) as prisões processuais, preventiva e temporária; (2) prisão para fins de extradição, essa, promovida, inclusive, pelo próprio STF; (3) a prisão para fins de expulsão, decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para execução penal e (4) a prisão para fins de deportação, essa decretada por juiz federal de primeiro grau.

Novamente, ao fazer uma leitura sistemática da Constituição, o Ministro Luís Roberto Barroso, afirma que a presunção de inocência por ter valor principiológico, pode ser aplicado



com maior ou menor intensidade, desde que ainda respeitado seu núcleo essencial, no decorrer da fase processual penal (força máxima na fase pré-processual, e uma redução mais drástica com o proferimento de acórdão condenatório em segunda instância), vide ser moderado pelo princípio da proporcionalidade, desta forma, a partir da condenação do acusado em segunda instância ela perderia força ao dar lugar à efetividade da lei penal, que visa tutelar um bem jurídico relevante, conforme redação do artigo 5º, caput e inciso LXVIII, da CF e também o artigo 144, do mesmo diploma, que assim diz: "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos..."

Ainda na sequência dessa linha argumentativa o Ministro Barroso salienta as duas acepções do princípio da proporcionalidade, quais sejam: uma face negativa que atua como um véu de proteção da sociedade visando coibir possíveis decisões arbitrárias e violadoras de direitos e garantias fundamentais por parte do Estado, mas possui também uma face positiva, que se constitui numa vedação à proteção estatal ineficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados, isso se daria quando o Estado não realiza os esforços suficientes e necessários na tutela de bens jurídicos relevantes. Deste modo, afirma, que a proibição de se executar a pena após julgamento em segunda instância configura verdadeiro interdito a essa segunda função do princípio da proporcionalidade, utilizado pelo Estado, para proteger satisfatoriamente os direitos fundamentais dos cidadãos.

Afirma também, ao pronunciar o seu voto que a mudança do entendimento jurisprudencial ocorrida no STF a partir do HC 84.078, no qual o Supremo Tribunal Federal firmou tese de não ser possível a execução provisória da pena face o princípio da presunção de inocência ter como alcance de sua capacidade de produzir efeitos até o trânsito em julgado, gerou uma saraivada de recursos, os quais, são em grande maioria, apenas protelatórios, gerando um custo não só financeiro ao poder Judiciário, mas também um custo do tempo dispendido na análise desses recursos, por seus membros

Ressalta ainda que, segundo dados colhidos pelo Ministro, o percentual de Recursos Extraordinários providos em favor do acusado, até aquele momento, era inferior a 1,5%, tendo como agravante o fato no qual no período entre 01 de janeiro de 2009 a 19 de abril de 2016, das 25.707 decisões de mérito prolatadas pela Suprema Corte em Recursos Extraordinários e

agravos interpostos contra condenações criminais, as decisões de absolvição sequer atingem o percentual de 0,1% do total de julgados apresentados.

Argumenta também no sentido da seletividade do sistema penal, ao afirmar que a não permissão da execução antecipada da pena, apenas serviria pra beneficiar os acusados com maior poder econômico, já que poderiam contar com os melhores advogados para interpor quantos recursos necessários for para buscar a prescrição da pretensão executória, assim como bancar indefinidamente todos os custos que um longo processo acarreta. Tal situação é completamente oposta ao cenário dos réus hipossuficientes que certamente não possuem aporte financeiro para contratar bons advogados e nem a Defensoria Pública dispões da estrutura necessária para prolongar um processo indefinidamente.

Destaca o Ministro Barroso, a questão que a distância entre a prática do delito e a punição para tal fica ainda mais distante com a criação de óbices à execução provisória da pena, isso acaba por gerar um descrédito do sistema de justiça perante a sociedade face ao sentimento de impunidade que imperaria.

O Ministro Barroso se vale ainda do argumento no qual o intérprete da Constituição não está livre da dimensão política que afeta o julgamento, em especial nos hard cases (casos difíceis), e, portanto, ao realizar a exegese deve também levar em conta que a contextualidade no qual o caso se apresenta terá influência na escolha da decisão que se julgar mais adequada, assim como as consequências geradas no plano da realidade por essa decisão.

Argumenta também, em 3 pontos distintos, o Ministro Barroso, o quão benéfico para o equilíbrio do sistema de justiça criminal pode ser a garantia da execução provisória da pena: o primeiro ponto consiste numa forma de desencorajamento à interposição de sucessivos recursos inadmissíveis, pois conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinários fomenta uma utilização de uma gama quase infinita de recursos objetivando a prescrição da execução; um segundo ponto se materializa no que o Ministro entende por devolver o respeito às decisões tomadas pelas instâncias ordinárias, pelo qual, sem a execução antecipada da pena, se tornaram instâncias apenas de passagem, pois o processo será recorrido ao STJ e depois ao STF; o terceiro ponto se dá no sentido, de argumento já citado pelo Ministro em seu voto, de gerar uma maior igualdade no sistema criminal, onde quem tem poder financeiro consegue arranjar bons

advogados e protelar indefinidamente o trânsito em julgado, enquanto os menos favorecidos não possuem essas condições, e em sua maioria, estão presos preventivamente por força do artigo 312 do CPP. Desta forma, anuir na prisão após condenação em segunda instância, servirá ainda como meio de dissuasão de juízes e tribunais de usarem a força desse artigo, de forma desequilibrada, ainda na fase de instrução.

A Ministra Rosa Weber destaca, em voto curtíssimo, que não se sente à vontade para referendar mudanças de entendimento jurisprudencial na corte, simplesmente pela mudança na composição dos Ministros membros da Corte, em um lapso de tempo tão diminuto (desde o julgamento do HC 84.078), isso em prol da segurança jurídica, que a o STF, ainda mais como maior instância do Poder Judiciário, tem o dever de zelar.

Próximo a votar, o Ministro Luiz Fux se junta na tese já defendida em seus votos pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki, ao afirmar que houve uma deformação do sentido do princípio da presunção de inocência, que seria, na verdade, de não-culpabilidade, pois a culpa do indivíduo estaria, na realidade, condicionada ao exame da materialidade das provas e dos fatos no caso concreto, pelas instâncias ordinárias, essas sim aptas a essa análise, e não ao trânsito em julgado, entendimento esse, segundo o Ministro Fux em conformidade com o que denota a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada”.

O Ministro Fux afirma, ainda nessa linha, uma tese, inclusive já admitida pelo próprio Pretório Excelso, segundo o Ministro, no qual pode existir a coisa julgada em capítulos, isto é, após a sentença condenatória em primeira instância, e a sua confirmação, através do acórdão condenatório, na segunda, isso geraria a coisa julgada e uma imutabilidade, relacionada à análise da matéria fático probatória, vide que, o STF assim como o STJ, somente pode analisar questões constitucionais e de lei federal.

Defende ainda que, mesmo quem veja o princípio da presunção de inocência tendo alcance até o trânsito em julgado, poderia realizar uma releitura e interpretar o trânsito em julgado exatamente como esse momento de imutabilidade da decisão em segunda instância em referência à impossibilidade de reexame das provas pelas Instâncias Superiores.

Novamente, e por fim, acordando com o voto do Ministro Barroso, o Ministro Luiz Fux, frisa a alegação na qual uma interpretação constitucional que não encontra respaldo social, pois segundo a própria, todo poder emana do povo, tal hermenêutica se torna disfuncional. Para tal, o Ministro apresenta citação da Doutrinadora Patrícia Perrone Campos Mello que afirma:

“A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos”

Traz também ensinamento do jurista Konrad Hesse, no qual destaca:

“Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”

A Ministra Cármen Lúcia, também em sucinto voto, defende de forma igual seus colegas de Corte, Ministros Zavascki, Barroso e Fux, que a interpretação do princípio da presunção de inocência deve se dar na nomenclatura de não-culpabilidade, pois significa não tratar o acusado como culpado fosse até que tal culpa seja comprovada, o que se daria ao término do duplo grau de jurisdição, momento esse no qual já analisadas foram as provas e fatos pelas instâncias ordinárias, não cabendo reexame das mesmas pelas extraordinárias, pois estão adstritas ao exame de matéria de direito. Nesta seara, afirma que tal entendimento inclusive já se encontra sumulado pela Suprema Corte, na súmula 279, aplicada também em sede de habeas corpus e todos os processos, que diz: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

O Ministro Gilmar Mendes abre seu voto afirmando que a norma constitucional garante que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado, entretanto não define o conceito de culpado, e nisso a norma não impede que o legislador infraconstitucional vá delineando o conceito de culpado e aumentando de forma progressiva o agravamento do tratamento do acusado, conforme o processo decorre. Para exemplificar seu entendimento o Ministro Gilmar Mendes cita o artigo 240, §1º do CPP, onde para se realizar uma busca domiciliar bastam “fundadas razões”, para tornar o acusado em réu são necessários a prova da

materialidade e indícios da autoria, conforme artigo 395, III<sup>24</sup>, do CPP, enquanto para condenar o réu tem de haver prova além da dúvida razoável. Deste modo, defende o Ministro é natural a presunção de não culpabilidade ir se alterando ao longo do processo com a confirmação progressiva da culpa do imputado, desde que não atinja o núcleo essencial do referido princípio, pois, e também conforme posicionamento já explicitado no voto do Ministro Barroso, os princípios não se dão numa fórmula de tudo ou nada, podendo ser reduzidos no caso concreto, frente a outro princípio, através do critério da proporcionalidade.

Para dar rosto a seu entendimento o Ministro Gilmar Mendes cita o Doutrinador Espínola Filho, que diz:

“a presunção de inocência é vária segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa”

Destaca também, o argumento já recorrente, que os recursos extraordinários apenas analisam questões de interpretação de lei federal (recurso especial) e interpretação da Constituição (recurso extraordinário), e que, por força da lei infraconstitucional, conforme artigo 637 do CPP, não possuem efeito suspensivo, apenas devolutivo.

O Ministro Gilmar Mendes, igualmente o fez o Ministro Relator Teori Zavascki, faz um paralelo, ao mencionar a Lei da Ficha Limpa, Lei complementar 135/2010, ao considerar inelegíveis os condenados por diversos crimes graves, a partir de decisão proferida por Tribunal em segunda instância. Ou seja a presunção de não culpabilidade não impede que a condenação criminal surta seus efeitos. Lei essa que o próprio STF já determinara que não confronta o princípio constitucional da presunção de inocência.

Levanta ainda, numa análise de direito comparado, que o conceito em diversos diplomas internacionais é o qual o acusado só é presumido inocente até que seja comprovada a sua culpabilidade conforme: A) Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8, 2:” Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”; B) A Convenção Europeia dos Direitos do Homem no

---

<sup>24</sup> Artigo 395, III, do Código de Processo Penal: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal”

artigo 6º, 2: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”; C) Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 9º: “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”; D) Carta Canadense de Direitos e Liberdades, em sua seção 11: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público por um tribunal independente e imparcial; E) Constituição Russa: “O acusado da prática de um crime é considerado inocente, enquanto a sua culpa não for provada nos termos do processo previsto na lei federal e estabelecida por sentença do tribunal”. Destaca ainda que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ao interpretar a Convenção Europeia, afirma que a presunção de inocência pode ser afastada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância.

O Ministro Gilmar Mendes, traçando tese argumentativa parecida com a do Ministro Relator do HC, Teori Zavascki, afirma ainda que, os eventuais abusos que possam vir a ocorrer na decisão condenatória, podem ser corrigidos pelo Supremo, mediante conferir, através de cautelar, efeito suspensivo ao recurso extraordinário, assim como também existe o próprio Habeas Corpus.

Próximo a votar, o Ministro Marco Aurélio de Mello, igualmente em voto sintético, afirma que o contido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo a qual “ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado” é literal, não abre margem para interpretação, mesmo que seja pelo Supremo Tribunal Federal, pois, do contrário, estaria se correndo o risco de se reescrever a própria norma jurídica, o próprio direito fundamental, e que, quando a Suprema Corte se deparar diante desses casos, deve aplicar o princípio da autocontenção, e se abster de possivelmente alterar de forma tão abrupta mandamentos constitucionais.

O Ministro Marco Aurélio, argumenta ainda no sentido da possibilidade do acórdão condenatório vir a ser reformado, via recurso especial ou extraordinário, e que ninguém poderia devolver ao condenado injustamente, o tempo de vida que o mesmo perdeu encarcerado.

O Ministro decano Celso de Mello, exterioriza em seu voto que o princípio da presunção de inocência advém de um legado histórico, concretamente identificável a partir de 1789, em seu artigo 9º, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em uma cristalina resposta às práticas autoritárias absolutistas praticadas pelo Antigo Regime, e que tal postulado, de não se considerar culpado indivíduo até o trânsito em julgado, tem funcionado como verdadeiro meio de dar efetividade ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Cita ainda neste meio, numa análise de direito comparado, igual outros Ministros também o fizeram, alguns importantes diplomas internacionais que também positivaram o princípio da presunção de inocência como a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana de 1948, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem também de 1948, o Pacto de San José Rica de 1969, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia nos anos 2000, Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul em 1981, a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos de 1990 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos esse adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Para explicitar seu pensamento, cita os Professores Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli:

“Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.”

Menciona ainda o decano da Suprema Corte que o mandamento constitucional da presunção de inocência tem em sua esfera característica dúplice, isto é, por um lado funciona como efetiva proteção aos direitos de quem está a ser afligido pela persecução penal estatal, por outro funciona como legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos.

O Ministro Celso de Mello, afirma ainda que a Constituição Federal Brasileira é direta e cristalina ao afirmar no artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e que, portanto, não faz sentido invocar as

redações das Constituições Americana e Francesa, pois as mesmas não determinam em seus textos a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.

Afirma ainda o decano da Corte, que o Supremo Tribunal Federal ao impedir a execução provisória da pena e assim proteger o princípio constitucional da presunção de inocência, não está inviabilizando o uso, pelos magistrados e Tribunais, dos institutos da prisão cautelar ou da prisão preventiva, uma vez que hajam preenchidos os fundamentos necessários para a decretação das mesmas.

Destaca ainda em seu voto que, o STF tem sempre pregado que as acusações não se presumem provadas, pois o ônus da prova referente aos fatos constitutivos da imputação penal cabe, exclusivamente, ao órgão acusador. Isto é, o acusado não tem a obrigação de demonstrar sua inocência, pois tal tarefa é incumbida, invariavelmente ao Ministério Público, que deve comprovar, além de qualquer dúvida razoável os fatos que compõem a própria imputação penal pertinentes à autoria e à materialidade do crime. Para tal, o princípio da presunção de inocência recai, mister, como uma limitação à persecução penal estatal promovida pelo órgão de acusação, devendo tal princípio ser obedecido, em qualquer circunstância pelo julgador e pelo poder legisferante.

Indo de encontro a argumento levantado pelos Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, o Ministro Celso de Mello, afirma que, a presunção de inocência não vai tendo sua efetividade mitigada no decorrer do exame do mérito do caso concreto ao longo que se passam os graus de jurisdição, pois retomando pensamento anterior a Carta Cidadã é objetiva e, não deixa brecha para interpretação divergente, no sentido que o marco que cessa a presunção de inocência, e o acusado pode ser tratado como culpado, é o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Por fim, o Ministro destaca que inclusive a legislação infraconstitucional entende o trânsito em julgado como requisito a execução da pena, conforme prevê o artigo 105 da Lei de Execução Penal: “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. E artigo 147, também da LEP, no âmbito das penas restritivas de direitos: “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução,



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

Último a votar, e de forma breve, o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente do STF na data do julgamento, concorda com os argumentos de seus colegas Ministros, Marco Aurélio e Celso de Mello, ao afirmar que o artigo 5º, LVII, da Carta Maior, é categórico ao afirmar que o momento no qual o princípio da presunção inocência cessa de imprimir sua vigência com o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Na continuidade de seu voto, concorda com o Ministro Marco Aurélio no sentido que, um indivíduo que venha a ser condenado injustamente por erro judiciário, e que com a execução provisória da pena esse número tenderá a aumentar, não possui meio no mundo que o recupere do tempo de vida que perdeu encarcerado de forma inapropriada.

Destaca também que, num país como o Brasil que possui 600 mil presos, e 40% destes, ou cerca de 240 mil, são presos preventivos, com a autorização da execução provisória da pena ocorrerá simplesmente uma troca destes por aqueles, seria como trocar “seis por meia dúzia”.

O julgamento foi concluído com a mudança do entendimento jurisprudencial do STF, no sentido de, novamente, autorizar a execução da pena a partir de decisão condenatória em segunda instância, antes do trânsito em julgado. Mas tal mudança de entendimento teve vida curta, pois novamente o Supremo Tribunal Federal viria, no final do ano de 2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, a alterá-lo.

## **ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A COMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – 2019 ATÉ A PRESENTE DATA**

No final do ano de 2019, e apenas 3 anos depois do julgamento do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal foi novamente provocado a enfrentar a temática da possibilidade da execução provisória da pena, através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, números 43, 44 e 54, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN, atual Patriota), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), que buscavam, através dessas ações a declaração de que o artigo 283, do Código de Processo Penal que previa o seguinte: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”, está em conformidade com o texto constitucional, e que tal tese tenha efeito vinculante, ou seja, de observância obrigatória em todas as instâncias.

As ADCs sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, viram o fim de seu julgamento no dia 7 de novembro de 2019, e foram declaradas procedentes no sentido de que é constitucional a regra contida no artigo 283 do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena, Votaram conforme esse entendimento os Ministros: Marco Aurélio de Mello (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente do STF na época). Ficando vencidos os Ministros: Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

O Ministro Marco Aurélio, relator das ADCs, inicia seu julgamento afirmando que a Lei Maior, em seu artigo 5º, LVII é taxativa ao afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, ou seja, até não haver mais possibilidade de recurso. No mesmo giro, sinaliza que existem exceções admitidas, que ocorrem em situações excepcionais e individualizadas no caso concreto, que consistem nas possibilidades de prisão preventiva, conforme artigo 312 do CPP, que preleciona: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Ressalta ainda o Relator que não merece progredir a busca pela distinção semântica entre os conceitos de inocência e não-culpabilidade, pois os pressupostos inerentes aos dois, para aplicação da pena fixada em sentença, quais sejam a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade são comuns aos dois, Portanto, a sanção não deve ser implementada enquanto o delito não restar plenamente configurado e dizer o contrário seria atentar contra os avanços dos direitos e garantias conquistados ao longo do tempo no constitucionalismo. Cita entendimento concordante com tal visão, do Doutrinador Gustavo Henrique Badaró:

“Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.”

Assevera também o Ministro Marco Aurélio que a constitucionalidade do conceito contido na redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, consiste de ser reprodução do artigo 5º, inciso LVII, da CF, sendo cláusula pétreia cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir.

Afirma ainda a necessidade de doravante a Suprema Corte se manter fiel aos desígnios constitucionais, na análise da possibilidade da execução provisória da pena, destarte que, não se pode alterar o alcance da culpa para além do que diz a Lei Maior, dado o fato que o controle do próprio processo criminal é estranho ao STF, gerando uma dupla privação á garantia de recorrer solto às Instâncias Superiores e de ver tal garantia ser tutelada pelo Supremo.

Salienta não admitir que o princípio da presunção de inocência vai se esvaindo na medida que se sobem os degraus jurisdicionais, pois o momento em que se declara o indivíduo culpado, segundo a ordem constitucional, é a preclusão maior.

Destaca ainda que escândalos no campo administrativo, ou delinquências de qualquer sorte, não tem o condão ou o respaldo para se alterar mandamento constitucional, ainda mais

direito fundamental e cláusula pétrea, ou ainda alterar legislação dela fruto, ainda mais pela Alta Corte, sob risco de violação ao princípio da harmonia e separação dos poderes.

A Ministra Rosa Weber, igualmente o Ministro Marco Aurélio, frisa inicialmente em seu voto, que a redação do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior, que configura o princípio da presunção de inocência, tem como marco temporal expresso, sem margem para exegese, o trânsito em julgado para o início da execução de decisão condenatória. Salienta, nesse sentido, que na época da formação da atual Constituição Federal, cinco propostas de emenda que buscavam alterar o sentido da presunção de inocência para algo diferente do qual atualmente ela possui, foram rejeitadas. Uma de autoria do Constituinte Bonifácio de Andrada, a Emenda Substitutiva 670, de 1987, que alteraria para: “Presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa”. Outra, do Deputado Theodoro Mendes, a Emenda 4014, de 1987, que dispunha da seguinte redação: “O acusado terá direito a ampla defesa, será presumido inocente antes de condenado e, quando preso ou detido, será ouvido na presença de seus defensores”. Mais uma, de autoria Deputado Cunha Bueno, também em 1987, buscava alterar a presunção de inocência aos seguintes termos: “todo acusado se presume inocente até que haja declaração judicial de culpa e tem o direito de ter preservada, ao máximo possível essa condição”. Uma outra, de fruto do Constituinte Jorge Leite, Emenda 28.797 de 1987, que buscava mudar a redação para: “o acusado terá direito a ampla defesa, será presumido inocente antes de condenado”. E, por fim, uma Emenda de autoria de José Egreja, apresentada em 03.9.1987, propôs a supressão integral, do texto constitucional, de qualquer limite ao legislador ordinário para definir as condições em que o indivíduo passa a ser considerado culpado. Todas rejeitadas, vindo a demonstrar ainda mais a vontade expressa do Poder Constituinte Originário de estabelecer o trânsito em julgado como limite a ser alcançado para a execução da pena.

A Ministra Rosa Weber, reafirma argumento utilizado, no julgamento do HC 126.292, no qual entende o Supremo Tribunal Federal como Instituição, e que a alteração jurisprudencial da corte, conforme ocorreu no HC supracitado, não deveria passar por mera mudança de composição de membros do Tribunal, ou até mesmo razões de natureza pragmática ou conjuntural, em defesa da segurança jurídica. Para justificar tal pensamento cita o Professor Frederick Schauer, que discorre:

“espera-se que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião”

A Ministra ressalta também que reconhece o estado de descrédito da sociedade com a legitimidade de seus representantes. Também afirma que reconhece o caráter político que permeia a relação entre os Poderes, mas que, a erosão das instituições basilares de um Estado Democrático de Direito, normalmente originam das melhores das intenções, como a busca pela moralidade pública, eficiência do Estado, combate à corrupção e à impunidade. Entretanto, contrapõe a Ministra Rosa Weber que a Constituição deve se manter incólume perante tais eventos, pois ela deve ser interpretada como uma unidade textual cujo sentido e interpretação se encontram dentro dela mesma, dentro seu próprio sistema normativo.

Destaca também em seu voto, que a margem que se pode dar margem à discricionariedade da interpretação judicial, exigem a insuficiência ou insatisfação semântica da norma, algo que, não acontece com a redação do artigo 5º, LVII, da Constituição da República. Afirma ainda, nessa linha, que o artigo enfeixa sim um princípio, o da presunção de inocência, mas também enfeixa uma regra, impassível de ser alterada pelo hermeneuta, a qual determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, e portanto não é possível, na interpretação da Ministra, ver o mandamento constitucional pela metade, vendo o princípio, mas ignorando a regra nele constante. Cita, nesse contexto, lição de Rui Barbosa:

“não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos”

Afirma também que não se deve confundir a prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, conforme art. 5º, XLI, da CF, significa fazer leitura na qual o princípio constitucional da presunção de inocência viabiliza a execução antecipada da pena. Nesse ponto a Ministra faz distinção entre a pena criminal, essa sanção imposta ao acusado como forma de reprimenda de conduta criminosa tipificada, sendo o conceito que legitima a sua aplicação a culpa. Enquanto as prisões provisórias, temporária e preventiva, dado que tenham sido alcançados seus requisitos para decretação, e ainda que tenham efeitos sobre o direito de ir e vir do acusado, não possuem a característica de serem retributivas, porquanto não configurada ainda a culpa, mas meramente de garantir o resultado útil ao processo penal.

O Ministro decano da Corte, Celso de Mello afirma em seu voto que, enquanto o Supremo Tribunal Federal tem como missão constitucional a defesa dos direitos e liberdades constitucionais, tem também o dever de, em seus julgamentos não se submeterem à pressão, clamores sociais ou juízos paralelos resultantes de manifestações da opinião pública na busca de um exacerbado e irracional punitivismo, e dessa forma permanecerem isentos, valorando a o princípio da dignidade humana e sendo óbice a qualquer vestígio de opressão estatal, sob a possibilidade de, do contrário, correrem o risco da completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e das prerrogativas vitais, conquistadas historicamente, garantidas ao réu no decorrer do processo penal. Conforme tal visão do Ministro, cita o Juiz Federal Paulo Mário Canabarro Trois Neto:

“a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional”

O Ministro ressalta ainda que nenhum dos Poderes tem a aptidão de subjugar a Carta Política aos seus desejos ou manipulações exegéticas ou a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo.

Notabiliza também argumento no sentido que o processo penal não se constitui e nem deve se constituir em um processo discricionário ao bel prazer do Estado, muito pelo contrário, ele serve, com o devido seguimento do processo legal, como forma de limitação aos desígnios dos órgãos estatais incumbidos da persecução penal e de verdadeiro escudo aos arbítrios estatais ao promover e garantir os direitos individuais do acusado. Cita nesse sentido, lição do Professor Rogério Lauria Tucci, que declama:

“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes”

Afirma ainda nesse mesmo sentido que a própria jurisprudência da Suprema Corte, em ambas as Turmas declarou materialmente incompatível com a Constituição, no princípio da presunção de inocência, o artigo 393 do CPP (já derogada pelo advento da Lei nº 12.403/2011) que dizia o seguinte: ”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.” Portanto, seria paradoxal o Supremo Tribunal Federal impedir o lançamento do nome do acusado no rol de culpados antes de condenação definitiva, mas permitir a execução provisória da pena.

Salienta, na mesma linha argumentativa da Ministra Rosa Weber, que o princípio da presunção de inocência não inibi, desde que alcançados os requisitos e com fundadas razões, o estabelecimento das prisões cautelares, isso acontece pois as mesmas, ao contrário da prisão penal, não objetivam infligir punição ao acusado, não envolvem antecipação satisfativa da pretensão executória do Estado.

Na continuidade de seu voto, afirma que a presunção de inocência, mais do que um princípio, ela também impõe uma regra, um dever de tratamento, no qual, coibi o Poder Público de agir e se comportar em face do suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu como se status de culpado ele já tenha.

Realça também mais duas características atinente ao princípio da presunção de inocência, além da de dever de tratamento. Sendo a primeira a que a configura como norma probatória, na vestes que as acusações penais não se presumem provadas Isso significa que não cabe ao réu provar a sua própria inocência. Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos da própria imputação penal pertinentes à autoria e à materialidade da transgressão delituosa. Isso se configura em verdadeiro impedimento de quaisquer comportamento Estatal contrário a essa norma, devendo ser observado também pelo julgador como pelo legislador.

A terceira característica da presunção de inocência, consiste numa norma de juízo que assume forma ao repelir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, mormente, aquelas em que não se tenha título condenatório constituído definitivamente.

O Ministro decano, diverge ainda dos que se utilizam do argumento no qual tratados internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, ainda que não possuam o trânsito em julgado como marco temporal para a execução da pena, quando lidos perante a Constituição da República, devem ser lidos mediante numa interpretação voltada à norma mais

favorável, no sentido que a CF, ao adotar posição de revestir com maior vigor o direito fundamental da presunção de inocência, se resume na norma mais favorável.

Afirma também o Ministro que o texto constitucional é cristalino ao afirmar o alcance da presunção de inocência como o trânsito em julgado de decisão condenatória. E que, mediante tal assentamento, não cabe o argumento que tal princípio vai perdendo sua higidez no decorrer das etapas do processo penal.

Realça o Ministro a importância que a coisa julgada assume no ordenamento jurídico pátrio, pois ao assegurar a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, fulmina na concretude de efetiva segurança jurídica. Isso se manifesta na questão da sentença que, enquanto recorrível seja em sede de recurso ordinário ou extraordinário, qualifica-se como ato jurisdicional essencialmente instável e passível de reforma, destarte a imprescindibilidade do trânsito julgado no tocante que torna essa decisão imutável.

Nota também o decano que nem mesmo uma multa é passível de ser executada antes da formação do trânsito em julgado da sentença que a impôs, conforme preceitua artigo 50 do Código Penal:” A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença”.

Destaca o Ministro Celso de Mello que, inclusive o Código de Processo Penal Militar institui o trânsito em julgado como obstáculo a ser vencido para a execução da pena seja privativa de liberdade ou referente à execução das penas principais não privativas da liberdade e das penas acessórias, em seu artigo 594:” Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.” E no artigo 604:” O auditor dará à autoridade administrativa competente conhecimento da sentença transitada em julgado, que impuser a pena de reforma ou suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, ou de que resultar a perda de posto, patente ou função, ou a exclusão das forças armadas”.

O Ministro decano também não admite a invocação da soberania do veredicto do Conselho de Sentença para justificar a possibilidade de execução antecipada da sentença penal recorrível advinda do Tribunal do Júri, que originaria no pronunciamento soberano dos jurados, conforme art. 5º, XXXVIII, c, da CF, pois, não configura uma decisão imutável ou inflexível, pois ela mesma admite apelação conforme se extrai do art. 593, III, d, do CPP: “Caberá apelação



no prazo de 5 (cinco) dias das decisões do Tribunal do Júri, quando for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”

A Ministra Cármen Lúcia, salienta que a presunção de inocência deva ser lida em conformidade e harmonia com todo o texto constitucional, em especial o devido processo legal, art.5, LIV, no sentido que a execução de uma sanção ao cometimento de um delito não pode se alongar de forma indeterminada no tempo, também em respeito ao mandamento da razoável duração do processo, no artigo 5º, LXXVIII, assim como o contido no artigo 5º, LXI, que preceitua que a sanção pode ser imposta em casos de flagrante delito assim como por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

A Ministra destaca ainda que, também não se pode partir da presunção, que um órgão colegiado, de julgadores mais experientes, após profunda e extensa idônea análise do material fático-probatório cometerá uma erro na sua decisão, seja ela absolutória ou condenatória.

A Ministra também defende o argumento no qual, criar empecilhos para a execução provisória da pena, somente beneficiará aqueles com maior poder financeiro, capazes de contratar os melhores advogados que impetrarão quantos recursos possíveis forem, para obter a prescrição da pretensão. Afirma ainda que a punição incerta alimenta o espírito do cidadão a cometer mais delitos.

O Ministro Alexandre de Moraes, igualmente a Ministra Cármen Lúcia afirma que o princípio da presunção de inocência deve ser lido de forma sistêmica com toda a redação Constitucional, principalmente os da efetividade da tutela judicial, que diz respeito à necessidade da estrita observância dos princípios que regem o processo penal; do juízo natural, que evita os tribunais de exceção; do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, vide que somente numa progressividade de passos, ao longo do processo, e o réu tendo seus direitos e garantias devidamente respeitados, pode a culpabilidade do mesmo ser comprovada e a presunção de inocência ser afastada.

Afirma ainda que a eficácia da presunção de inocência é regida por 3 características: a primeira sendo que o ônus de produzir as provas ao longo do processo incubem exclusivamente ao órgão acusador, a segunda consistindo que a colheita de provas deve ser realizada sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa e, finalmente, a terceira, que diz respeito à absoluta independência funcional dos

magistrados na análise das provas. Desse modo, respeitadas essas 3 características, terá sido dado a plena eficácia ao princípio da presunção de inocência em referência ao mérito da constituição da culpabilidade assim como conferindo eficácia plena aos princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural, e, desta forma, as decisões de mérito proferidas por Tribunais de 2º grau, serem respeitadas, sem lhes retirar sua efetividade por ainda estarem pendentes recursos que não possuem efeito suspensivo nas Instâncias Extraordinárias, que nem mesmo tem a função de reexaminar o material fático- probatório.

O Ministro Edson Fachin, afirma que, conforme entendimento de julgamentos com diversos precedentes<sup>25</sup> advindos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e mais outros tantos precedentes da Corte Europeia<sup>26</sup>, há uma nítida diferença entre o tratamento processual conferido ao acusado, o de não ser tratado com culpado, com a possibilidade de se realizar sua prisão, cautelar ou para o cumprimento da pena. Afirma nesse sentido que, realmente, ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, mas isso não significa que ninguém pode ser preso antes do referido marco processual.

Destaca nesse sentido, segundo o Ministro Edson Fachin, que a presunção de inocência configura um “standard” da avaliação probatória, isto é, os fatos devem ser provados para além de uma dúvida razoável e que, caso remanesçam dúvidas sobre eles, elas devem ser julgadas favoravelmente ao réu, ou seja, *in dubio pro reo*. E tal cognição probatória se exaure no 2º grau das instâncias ordinárias, responsáveis pelo exame das provas e dos fatos, com a imputação da culpa ao réu, portanto, ao não se falar em prova, não se está afrontando a presunção de inocência. E isso se traduz em não conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinários, pois os mesmos se limitam ao exame de questões de direito.

Por fim frisa que o julgamento da Suprema Corte, ao declarar o sistema carcerário brasileiro como estado de coisa inconstitucional, na Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347, não criou barreiras para o devido uso pelo Estado do processo penal na aplicação das sanções criminais. O ocorrido, na verdade, se configura como a Corte tratou de

---

<sup>25</sup> Caso Cantoral Benevides v. Peru, Sentença de 18.08.2000; Caso Lori berenson Mejía v. Peru, Sentença de 25.11.2004; Caso Zagarra Marín v. Peru, Sentença de 15.02.2017; Caso Suárez Rosero v. Equador, Sentença de 12.11.1997; Caso Bayarri v. Argentina, Sentença de 30.10.2008; (Caso Ruano Torres e outros v. El Salvador, Sentença de 05.10.2015; Caso Acosta e outros v. Nicarágua, Sentença de 25.03.2017; (Caso Barreto Leiva v. Venezuela, Sentença de 17.11.2009

<sup>26</sup> Telfner v. Áustria, § 15; Saunders v. Reino Unido, § 68; G.C.P. v. Romênia, § 46; Allenet de Ribemont v. França, §§ 35- 36; Poncelet v. Bélgica. § 50; Bédar v. Suíça, § 51; Heaney e McGuinness v. Irlanda, § 40; Barberà, Messegué e Jabardo v. Espanha, § 77

reconhecer e impor ao Estado uma série de obrigações que se afiguram necessárias à humanização do sistema carcerário.

O Ministro Luís Roberto Barroso repetiu, em seu voto no julgamento dessas ADCs, muitos dos argumentos levantados pelo mesmo na sua apreciação do HC 126.292. Inicialmente afirmando que o que está de fato sendo analisado, os fins sociais visados pela lei, consiste numa dicotomia: se deve prevalecer o interesse do indivíduo condenado em 2º grau em prolongar o processo sendo que o percentual de absolvição é de menos de 1% ou, na outra ponta, o interesse da sociedade de que o crime não compense, e que o direito penal exerça sua função de servir como meio de punição mas também como meio de coerção ao indivíduo pensando em perpetrar um delito.

O Ministro Barroso também, em sua linha argumentativa se valeu de dados para afirmar que, após o julgamento do HC 126.292 em 2016 o número de encarceramentos diminuiu, de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional, DEPEN, em 2010, primeiro ano após se haver proibido a execução da pena após a condenação em 2º grau havia 496.000 presos no sistema penitenciário, 4,79% a mais do que em 2009. No ano seguinte, em 2011, havia 514.600 presos, 3,68% a mais. Em 2012, 549.800, 6,84% a mais. Em 2013, 581.500, 5,76% a mais. Em 2014, 622.200, 6,99% a mais. Em 2015, 698.600, 12,27% a mais. Em 2016, 722.923, 3,48% a mais. Ao final de 2017, já com o impacto da nova orientação, o número de presos no sistema penitenciário é de 726.354. Aumento de apenas 0,47%, o menor desde 2010. E os números do DEPEN para 2018: 744.216 presos. Um aumento de 2,45%, o segundo menor desde 2010. Nesse sentido, entre os anos de 2009 e 2016 a média de aumento anual do nível de encarceramento foi de 6,25%, enquanto após o ano 2016, quando volta a possibilidade de execução após o a segunda instância, essa média caiu para menos de um terço, ou 1,46%.

Para tal diminuição o Ministro aponta duas possibilidades: a primeira consiste na qual, com a mudança da orientação do STF acerca da prisão em segundo grau, os Tribunais ficaram mais criteriosos na aplicação das prisões cautelares, enquanto a segunda se mostraria que, na possibilidade se já sofrerem os efeitos da sanção criminal a partir da segunda instância os criminosos passaram a reprimir mais seus instintos delinquentes.

Afirma ainda que, numa clara alusão ao seu voto no HC 126.292, a seletividade penal brasileira, onde os mais pobres geralmente são presos, através das prisões cautelares bem antes do julgamento em segunda instância, enquanto que os providos de grande aporte financeiro

conseguem ter toda uma estrutura de defesa que lhes permita protelar, através de sucessivos recursos a condenação em definitivo.

Ressalta, na continuidade de seu voto, que votar a favor da execução provisória da pena não consiste em populismo social ou punitivismo, mas afirma que, em uma democracia, todo poder é representativo. O julgador, segundo o Ministro, não é um ser isolado do mundo, eles possuem a capacidade de identificar o sentimento social, passando-o, naturalmente, pelo filtro da Constituição. Nesse ponto ele faz uma distinção que ele se refere à interpretação da Carta Magna, e não do processo criminal, onde a única coisa que importa é se há ou não prova além da dúvida razoável. Afirma também que o STF não é o dono da Constituição, mas seu interprete, e nem mesmo o único, pois a definição do sentido e alcance da Constituição cabe à sociedade como um todo.

Novamente, relembra, o Ministro Barroso, ponto sustentado por ele mesmo no julgamento de 2016, no qual a não permissão da execução provisória da pena, tem 3 efeitos maléficos, estes sendo: incentivo à impetração de infundáveis recursos buscando a prescrição executória; o aumento da seletividade penal; e descrédito da Justiça perante a sociedade pela sensação de impunidade.

Uma vez mais, afirma que, ao se ler a Constituição como um ordenamento jurídico uno, se tem que o limite para a execução da pena não é o trânsito em julgado constante do artigo 5º, LVII, da CF, mas sim ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Tanto o é que as prisões cautelares podem ser decretadas antes da condenação irrecorrível, bem como prisões para fins de extradição, expulsão e deportação.

Afirma ainda, em conformidade de com votou no HC 126.292, que os princípios não são iguais regras que se aplicam em subsunção, no tudo ou nada, mas que, na verdade admitem ponderações no caso concreto, através do princípio da proporcionalidade, o. Nesse caso, a presunção de inocência poderia ser mitigada quando confrontada com outros princípios e mandamentos constitucionais de igual valor. Nesse caso, o da efetividade mínima do sistema penal, que tem em seu cerne valores como a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.

Sustenta também o Ministro Barroso que levando em conta o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, que configura a duração razoável do processo, onde que havendo mais de uma interpretação razoável, no caso em tela o da possibilidade ou não da execução antecipada da

pena, deve-se privilegiar a que faz o processo tramitar celeremente e não a que o faz se arrastar indefinidamente.

Na continuidade de seu voto o Ministro afirma que a execução provisória da pena não obstaculiza o cumprimento do artigo 283 do CPP, no qual “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”, pois se a própria redação do referido artigo não cria empecilho para a condenação ainda em primeira instância, por que criaria para a segunda? Isto é, em interpretação conforme a Constituição se exclui a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, numa interpretação alternativa que apenas exclui uma das possibilidades de sentido da norma.

Por fim o Ministro Barroso ressalta que no período de 1.01.2009 até 19.04.2016 dos cerca de 25 mil recursos extraordinários, houveram apenas nove casos de absolvição. Enquanto no período de 1º.09.2015 a 31.08.2017, houveram 68.944 decisões proferidas em sede de recurso especial, enquanto o percentual de absolvição não passou de 0,62%. Isso de exigir o trânsito em julgado significaria prolongar os processos por causa de um percentual mínimo, submetendo a regra geral – que é a manutenção da condenação – à exceção.

O Ministro Gilmar Mendes, votando de forma contrária ao seu entendimento acerca da prisão em segunda instância desde o julgamento do HC 126.292, começa por afirmar que, em uma sociedade de constante mudança, a existência de precedentes não pode servir como óbice para a evolução do Direito.

Afirma também que a presunção de inocência tem como núcleo essencial a imposição do ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação, um direito fundamental de âmbito negativo. Além de impedir o tratamento do acusado como culpado no decorrer do processo. Destarte, salienta que a definição do conceito de culpado depende, em certa medida, de intermediação do legislador. O que, veio de forma mais recente, com o artigo 283 do CPP.

O Ministro Gilmar Mendes destaca que votou a favor da execução provisória da pena no HC 126.292, pois, entre outros argumentos acreditava, na capacidade dos Tribunais de segunda instância de distinguir e corrigir situações abusivas. Hoje sua crença nesse argumento

se encontra desiludida pelo completo desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016. Pois, segundo o Ministro, os Tribunais passaram a se utilizar do instituto da prisão provisória de forma exacerbada, sem apontar os fundamentos para tal. Afirma que os Tribunais brasileiros passaram a compreender essa possibilidade como um imperativo, sem qualquer análise da eventual controvérsia, da possibilidade de se recorrer da decisão condenatória, da observância inclusive da jurisprudência de tribunais superiores e ainda quanto à compatibilidade ou não da decisão de segundo grau com entendimento do STJ ou do Supremo em determinadas matérias. Destaca como, possivelmente o maior exemplo desse desvirtuamento nas instâncias ordinárias tenha sido a edição da Súmula 122 do TRF-4, com o seguinte teor: “encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”.

Realça ainda a questão que, por mais que o recurso extraordinário e o especial não se habilitem ao reexame probatório inegável é o fato que esses Tribunais tem se prestado na defesa efetiva de direitos fundamentais. Afirma nessa seara que diversos são os precedentes, inclusive alguns sumulados, desrespeitados pelas instâncias ordinárias, que são corrigidos em sede de Habeas Corpus pelo STJ ou pelo STF como aplicação do princípio da insignificância, inconstitucionalidade de vedação à substituição por pena restritiva de direitos ou fixação de regime inicial mais gravoso sem fundamentação concreta.

Afirma ainda, em claro contraponto ao levantado pelo Ministro Barros, que não encontra cabimento dizer que a decisão do STF no julgamento do HC 84.078, que passou a não permitir mais a execução provisória da pena, tenha gerado um aumento do encarceramento entre aquele ano e 2016 e que, por outro lado, no período de 2016 até 2019, o crescimento relativo da população carcerária teria sido menor. Defende tal posição pois dizer o contrário seria o mesmo que presumir que as decisões do STF sobre a matéria são os únicos fatores relevantes para explicar as flutuações no número de presos. Destaca ainda nesse contexto, no julgamento do RE 641.320, a declaração de estado de coisa inconstitucional no sistema carcerário brasileiro que determinou, como medidas a serem tomadas, entre outras: imposição que os juízes e tribunais estavam obrigados a realizar, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão; a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em

prisão domiciliar por falta de vagas e o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Medidas que, objetivamente tiveram muito mais impacto na diminuição do número de encarcerados do que a alteração jurisprudencial da Suprema Corte.

O Ministro Luiz Fux defende que o artigo 5º, LVII, da CF, consoante a presunção de inocência, não exige o trânsito em julgado para a execução da pena, mas sim constitui ao acusado uma garantia que o mesmo tenha de provar sua inocência no decorrer do processo penal.

Afirma também que, na medida que se vai escalando os degraus jurisdicionais, e a culpa vai se formando através do exame da autoria e dos fatos constitutivos, a presunção de inocência vai perdendo sua rigidez. E que, ainda nessa baliza, o STJ e o STF apenas analisam questões de direito, seja em relação à Lei Federal no caso do Superior Tribunal de Justiça, ou a própria Constituição no caso do Supremo Tribunal Federal.

Destaca também que a Suprema Corte, não deve, em estrito zelo à segurança jurídica, alterar sua jurisprudência em tão curto espaço de tempo.

Lembra ainda da Lei da Ficha Limpa”, em seu art. 1º, inciso I, alínea l<sup>27</sup>, que admite a inelegibilidade de cidadão desde que ocorra uma decisão condenatória por órgão colegiado.

Salientou também no sentido que as normas devem atender os seus fins sociais, conforme preceitua o artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, ao defender que aguardar o trânsito em julgado para se efetivar a execução da pena não contribui para o papel que se presta o diploma do processo penal de proteger os valores e bens jurídicos de uma sociedade.

O Ministro Ricardo Lewadowski, em breve voto, inicia, ao afirmar que uma Constituição não pode ficar estática no tempo, que ela admite mudanças, a mutação constitucional, que pode ser formal, que consiste em modificação pelos legisladores ou pelos juízes, mediante interpretação e outra formal, que no qual se reconhece desuso de alguma norma

---

<sup>27</sup> Lei Complementar 135,2010, artigo 1º, inciso I, alínea l: São inelegíveis, para qualquer cargo os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena

por não corresponder mais à realidade dos fatos. Nessa linha salienta, concordando com o Ministro Marco Aurélio, que a Constituição impôs barreiras à tal modificação, quais são: as cláusulas pétreas, constantes do artigo 60, §4º, e mais especificamente no caso da presunção de inocência, no inciso IV, que define como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais. Portanto, a presunção de inocência estaria inclusa nesse seletorol de normas impassíveis de terem seus significados alterados, seja pelo intérprete, seja pelo legislador.

Salienta ainda ser impossível comparar o Brasil com outras nações “culturalmente avançadas” vide o fato que essas possuem um rigoroso controle externo da atividade judiciária, um estrito respeito às prerrogativas dos advogados, além das garantias do cidadão em juízo serem inflexivelmente asseguradas.

Afirma ainda que o artigo 5º, inciso LVII da Carta Política é taxativo, categórico, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, e que uma interpretação do mesmo jamais poderia se dar em prejuízo dos acusados.

Tendo 10 dos 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal votado, com a votação empatada em cinco votos pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP e cinco votos pela inconstitucionalidade, coube ao Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, o voto de minerva.

O Presidente do Supremo inicia seu voto citando o Jurista Rodrigo Capez:

“em nosso regime constitucional, a liberdade de locomoção, enquanto pressuposto para o pleno exercício das demais liberdades constitucionalmente asseguradas, constitui a regra; a prisão é a exceção”

Levanta ainda os incisos LIV, LVII, LXI, LXV, LXVI do artigo 5º, da CF, que dizem, respectivamente: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; “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”; “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”; “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Nessa composição destaca que a Constituição da República demonstra que a liberdade é a regra e a prisão a exceção.



Em argumento similar ao levantado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto, destaca que a presunção de inocência tem uma característica tríplice de ser norma probatória norma de juízo e norma de tratamento.

Como norma probatória quer dizer que a responsabilidade de provar a autoria e os fatos constitutivos da imputação criminal recaem exclusivamente, e com grande peso, ao órgão acusador, que deve efetuar tal mandamento além de qualquer dúvida razoável.

Como norma de juízo configura a orientação, de o acusado ser presumido inocente, que o magistrado deve ter em mente no momento de avaliação e exame da materialidade das provas. Institui, através dessa característica o *in dubio pro reo*, que denota que havendo dúvida da culpabilidade do réu, a mesma deve favorecer o imputado.

E como norma de tratamento implica a vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias, ou seja, que advenham, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena.

Destaca o Ministro Dias Toffoli, que a redação do artigo 283 do CPP, veio no intuito de densificar o constante do artigo 5º, LVII, da CF. Nesse momento, segundo José Joaquim Gomes Canotilho essa densificação significa:

“preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos casos concretos”. Assim, “densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e consequente aplicação a um caso concreto”

Afirma ainda que a LEP, em seu artigo 2º<sup>28</sup> e 84º<sup>29</sup>, determina que o preso provisório e o condenado por sentença transitada em julgado deverão ser custodiados em separado, observados os critérios legalmente fixados.

Realça ainda que há clara distinção nas prisão em flagrante e prisão cautelar, com a pena criminal definitiva, isto é, enquanto essa forma coisa julgada material, ou seja a imutabilidade

---

<sup>28</sup> Lei de Execução Penal, artigo 2º, § único: “Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”.

<sup>29</sup> Lei de Execução Penal, artigo 84º: “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”.

dos efeitos da sentença penal condenatória, aquela não, uma se mostra em prover que o acusado esteja prontamente à disposição do juiz, a outra se configura como uma forma de garantir o resultado útil ao processo.

Afirma também no sentido que a presunção de inocência exige que o réu como inocente seja tratado, não somente até findo os recursos ordinários, mas até o mandamento expreso na Constituição, o trânsito em julgado, haja vista que, considerar a execução provisória da pena sobre a égide de esgotamento dos recursos ordinários seria o mesmo que admitir um trânsito em julgado provisório.

Afirma também discordar do entendimento de quem alega que não cabe aos Tribunais Superiores a correção de injustiças pelo motivo que não se prestam a reexaminar provas, pois fazer justiça não consiste só na análise material fático-probatória mas também corrigir ilegalidades na tipificação de crimes, na dosimetria da pena, na fixação do regime prisional.

Ressalta que, embora o recurso extraordinário não sirva à correção de ilegalidades de cunho subjetivo devido ao instituto da repercussão geral, o recurso especial, por outro lado embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou dê à Lei Federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal conforme exposição do artigo art. 105, III, a e c, da CF.

Finalmente, foi concluído o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, no qual, por estreita margem de apenas um voto, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, e retomou sua antiga jurisprudência de não permitir a execução provisória da pena em estrito respeito ao mandamento constitucional da presunção de inocência, extraído do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

## CONCLUSÃO

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal observa-se que o tema do alcance do princípio da presunção de inocência e a sua compatibilidade com a execução provisória da pena é tema recorrente no Tribunal, tendo alterado sua orientação nesse sentido por três vezes e julgado o tema em quatro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988: No HC 68.726, no HC 84.078, no também Habeas Corpus 126.292 e, por fim, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

No primeiro marco temporal analisado, que compreende o período de 1998 a 2008, a Corte definiu que a execução provisória da pena não afronta a Constituição, em seu inciso LVII do artigo 5º, que exprime o princípio da presunção de inocência.

Os principais argumentos utilizados para tal foram a ausência de efeito suspensivo nos recursos de natureza extraordinária, com fundamento no parágrafo 2º, do artigo 27 da Lei 8.038 de 1990. E a distância temporal que deveria ser aguardado para o trânsito em julgado poderia contrariar a própria efetividade da persecução penal estatal, sob o risco da prescrição executória.

Outros argumentos chaves foram os que afirmavam como os recursos de natureza extraordinária são apenas dotados de efeito devolutivo e se limitam a discutir matéria de direito, sem o condão de reexame da materialidade do caso concreto, não haveria óbice para a execução da pena após decisão condenatória proferida em segundo grau.

Já no julgamento do HC 84.078, em 5 de fevereiro de 2009, que compreende o lapso de tempo entre 2009 a 2015, a Corte alterou sua jurisprudência para não mais autorizar a prisão após o segundo grau, por estar em contrariedade ao mandamento constitucional da presunção de inocência.

Os argumentos centrais para essa mudança de posição da Corte se constituíram que a antecipação da pena constitui cerceamento ao princípio da ampla defesa. Ainda cabe destacar a contradição de permitir a execução provisória da pena, enquanto o artigo 147 da LEP exige o trânsito em julgado para as muito menos severas penas restritivas de direitos.

Outro argumento ressaltado de acordo com essa visão de impossibilidade da execução antecipada da pena se resume no fato que a partir do momento que a Constituição estabelece as hipóteses excepcionais nas quais o direito à locomoção pode ser limitada antes de haver uma

sentença definitiva, a regra é que o acusado possa responder solto. Mais um argumento suscitado é que o acusado, assim como qualquer cidadão é um titular de direitos.

Passados sete anos desde o julgamento do HC 84.078, em que o Pretorio Excelso decretou a inconformidade da execução provisória da pena com a Constituição, no julgamento do Habeas Corpus 126,292, em 17 de fevereiro de 2016, houve a retomada do entendimento, que perdurou até 2008, da possibilidade de se executar antecipadamente a pena, com resultado de 7 votos a 4.

Os argumentos vencedores consistiram, principalmente desse entendimento já ser inclusive sumulado pelo próprio Tribunal (súmulas 716 e 717). A ausência do efeito suspensivo aos recursos extraordinários. E análise de diversos tratados internacionais que não exigem o trânsito em julgado para a execução da pena.

Frisado ainda a conjectura da interposição, por parte dos réus mais abastados de infinitos recursos protelatórios com vias de se obter a prescrição da pretensão executória. Ressalvado ainda a incompatibilidade do aguardo do trânsito em julgado com a decisão soberana do Tribunal do Júri. Exposto argumento ainda no sentido que a culpa vai se formando em etapas, e que a presunção de inocência, quanto mais a culpa vai adotando contornos concretos, vai perdendo seu vigor.

Por último, com o advento do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, em 7 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal adotou novo entendimento, após 3 anos desde a mudança do anterior, que perdura até hoje, de que a execução provisória da pena é incompatível com a presunção de inocência ao declarar como constitucional o artigo 283 do CPP.

Entre as máximas levantadas para defender tal entendimento, as principais denotaram a condição do princípio da presunção de inocência ser cláusula pétrea, e portanto impossível de ser reduzida ou alterada. Sustentam ainda que o texto imprimido no artigo 5º, inciso LVII da CF, é taxativo e imperativo, não havendo margem para interpretação discricionária do hermeneuta em contrário

Sublinhado também os argumentos que dizem que nem o STF, nem a Constituição devem ficar ao bel prazer de pressão popular, que por escândalos na esfera pública ou o dessabor com a Justiça, clamam por um maior punitivismo.

Ressaltado ainda a diferença entre as prisões cautelares a prisão-pena, visto que, enquanto uma se disponibiliza a proteger o resultado útil do processo e não tem caráter retributivo, a outra é a própria reprimenda. Lembrado ainda no voto dos ministros a tríplice característica do princípio da presunção de inocência, qual seja, uma norma de não tratar o acusado como culpado no decorrer do processo, de durante a valoração das provas o juiz deva ter como elemento norteador o princípio da presunção de inocência e que o ônus de provar que o acusado é, na verdade, ao culpado, cabe integralmente ao órgão que acusa.

Exposto argumento ainda no sentido no qual, embora o Supremo Tribunal Federal não se sujeite ao reexame das provas e de o recurso extraordinário ser dotado apenas de efeito devolutivo, a Suprema Corte tem um importante papel na defesa dos direitos e garantias individuais e na correção de eventuais ilegalidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Brasília: TJDFT, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil – Decreto-lei nº 13.015, de 16 de março de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)

BRASIL. **Código de Processo Penal – Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar – Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm)

BRASIL. **Código Penal – Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

BRASIL. **Lei 6.544, de 30 de junho de 1978**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6544.htm#:~:text=LEI%20No%206.544%2C%20D E,1969\)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6544.htm#:~:text=LEI%20No%206.544%2C%20D E,1969)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs).

Brasil. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2)

BRASIL. **Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 267**. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº43.**

Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, 7 de novembro de 2019. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279.** Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **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. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499#:~:text=Considerando%20o%20enunciado%20da%20S%C3%BAmula%20716%2FSTF%2C%20segundo%20o%20qual,no%20rol%20dos%20crimes%20hediondos>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 717.** Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal e Processual Penal. **Habeas Corpus nº 68.726-RJ.** Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 28 de junho de 1991. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal e Processual Penal. **Habeas Corpus nº 84.078-MG.** Relator: Ministro Eros Grau, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal e Processual Penal. **Habeas Corpus nº 126.292-SP.** Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

CANADÁ. **Ato Constitucional** (1982). Disponível em:

[https://www.constituteproject.org/constitution/Canada\\_2011.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Canada_2011.pdf?lang=en)

CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades.** Disponível em:

[https://web.oas.org/mla/en/Countries\\_Intro/pt\\_can\\_const.pdf](https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/pt_can_const.pdf)

CANADÁ. **Criminal Code**. Disponível em: [laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/](https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHILE. **Código de Processo Penal** (2000). Disponível em:

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>

CHILE. **Constituição** (1980). Disponível em:

[www.constituteproject.org/constitution/Chile\\_2015?lang=es](http://www.constituteproject.org/constitution/Chile_2015?lang=es)

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**, de 04 de novembro de 1950. Disponível em: [www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)

ESPAÑA. **Constituição** (1978). Disponível em:

[www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Caso “Coffin v. United States”**.

Washington, 4 de março de 1895. Disponível em:

<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep156/usrep156432/usrep156432.pdf>

FRANÇA. **Code de Procédure Pénale**. Disponível em:

[www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154)

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, de 26 de agosto de 1789.

Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html)

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ITÁLIA. **Constituição** (1947). Disponível em:

[http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST\\_PORTOGHESE.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf)

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury.; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>



MÉXICO. **Constituição** (1917). Disponível em: [www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp\\_mex-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-text-const.pdf)

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: [nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2018/10/DUDH.pdf](http://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2018/10/DUDH.pdf)

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

PARAGUAI. **Constituição** (1992). Disponível em: [www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp\\_pry-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf)

PAULINO, Galtieni da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 207-232 – jul./dez. 2017.

PAULINO, Galtieni da Cruz; TABAK, Benjamin Miranda. **Análise econômica da execução provisória da pena no Brasil à luz da celeridade judicial**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 330-357, maio/ago. 2017.

PERU. **Constituição** (1993). Disponível em: [www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion\\_1993.pdf](http://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf)

PORTUGAL. **Constituição** (1976). Disponível em: [www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx](http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx)

RÚSSIA. **Constituição** (1993). Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/view/934/1056#>

URUGUAI. **Constituição** (1967). Disponível em: [www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp\\_ury-int-text-const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-const.html)

VENEZUELA. **Constituição** (1999). Disponível em: [www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp\\_ven-int-const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html)