



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

MATHEUS FRANÇA DA SILVA

**PROCESSO PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CONSTITUIÇÃO:
ANÁLISE DAS ORIENTAÇÕES DO STF ACERCA DO
CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA**

Dourados - MS
2017

MATHEUS FRANÇA DA SILVA

**PROCESSO PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CONSTITUIÇÃO:
ANÁLISE DAS ORIENTAÇÕES DO STF ACERCA DO
CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Everton Gomes Correa.

**Dourados - MS
2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

S586p Silva, Matheus França da
 Processo Penal, Política Criminal e Constituição: análise das orientações do
 STF acerca do cumprimento antecipado de pena / Matheus França da Silva --
 Dourados: UFGD, 2017.
 86f. : il. ; 30 cm.

 Orientador: Everton Gomes Correa

 TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações
 Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.
 Inclui bibliografia

 1. processo penal. 2. presunção de inocência. 3. trânsito em julgado. 4.
 constitucionalidade. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos quatorzes dias do mês de Dezembro de 2017, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **MATHEUS FRANÇA DA SILVA** tendo como título ***“Processo Penal, Política Criminal e Constituição: análise das orientações do STF acerca do cumprimento antecipado de pena”***.

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Everton Gomes Correa (orientador), Me. Antônio Zeferino da Silva Júnior (examinador) e a Me. Arthur Ramos do Nascimento (examinador).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) Aprovado .

Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:

Me. Everton Gomes Correa
Orientador

Me. Antônio Zeferino da Silva Júnior
Examinador

Me. Arthur Ramos do Nascimento
Examinador

Dedico este trabalho à minha família e amigos, pessoas especiais entre as quais nomeio Sandra, Paulo, Iasmin, Henrique, Ademir, Bianca, Caroline, Danilo, Débora, Edison, Eloize, João, Larissa, Mariela e Renata, devido ao incentivo, compreensão e carinho que foi imprescindível durante o curso e o desenvolvimento do presente trabalho.

E principalmente, dedico-o a Dona Lázara, querida avó que em 17 de janeiro de 2017 encontrou descanso eterno, mas que certamente continua me observando com carinho e ternura.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, fonte de toda a sabedoria, pelo dom da vida, pela força e pela motivação que me dá em viver.

Agradeço ao corpo docente de nosso curso, que tem em sua composição diversos profissionais dedicados e que se entregam, de corpo e alma, à docência. Entre eles, devo destacar nominalmente os professores Adilson, Alisson, Antônio Zeferino, Arthur e Everton, que contribuíram de forma especial em minha formação acadêmica e humana, e aos três últimos também por terem aceito compor a banca avaliadora do presente trabalho.

Agradeço às colegas de graduação, e mais que isso, grandes amigas, Gabriela e Leticia.

Agradeço à equipe com a qual tive a honra de trabalhar no Ministério Público Estadual, Ana, Elaine, Handreza, Ilkia, Leandro e Thayane, pessoas às quais devo muito de meu amadurecimento pessoal e profissional; e principalmente ao Dr. Élcio, homem honrado e justo, fomentador de minha afinidade com o direito penal e com o processo penal e profissional admirável.

Por fim, agradeço à equipe do Ministério Público do Trabalho, que me acolheu de braços abertos já no final de minha graduação. Os agradecimentos específicos vão ao Romeu, que se destaca pela garra, persistência e avidez pelo conhecimento jurídico, e à querida Cleonice, que cuida daqueles à sua volta com verdadeiro sentimento maternal.

“As pessoas creem que o processo penal termina com a condenação, o que não é verdade. As pessoas pensam que a pena termina com a saída do cárcere, o que tampouco é verdade. As pessoas pensam que prisão perpétua é a única pena que se estende por toda a vida: eis uma outra ilusão. Senão sempre, nove em cada dez vezes a pena jamais termina. Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, os homens não”.

(Francesco Carnelutti)

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal tem se mostrado vacilante sobre a possibilidade de execução penal provisória, com o aprisionamento do réu antes do trânsito em julgado. Durante duas décadas, a Corte afirmou a constitucionalidade de tal medida, mas em 2009, essa possibilidade foi rejeitada. Em 2016, a Corte voltou a aceitar a prisão antecipada, e em 2017 já existem sinais de uma nova reversão jurisprudencial. Para dar um fim a essa instabilidade, é necessário esclarecer interpretação sobre a presunção de inocência melhor se harmoniza com a Constituição Federal, porquanto as reiteradas mudanças causam insegurança jurídica, e afetam um dos mais fundamentais direitos do ser humano: a liberdade de locomoção. Buscando pela resposta mais adequada, analisamos as decisões do Supremo entre 1988 e 2009, e nos *habeas corpus* 84.078 e 126.292, objetivando identificar seus fundamentos. Após, analisamos a repercussão da orientação adotada em 2016, sua aplicação, e as críticas que a cercam. Finalmente, concluímos que a execução provisória de pena é incompatível com o princípio da presunção de inocência, da maneira como foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, e que a Corte Constitucional indevidamente substituiu-se ao Congresso Nacional para reformular o sistema punitivo, de modo a atender o clamor social e midiático.

Palavras-chave: processo penal, presunção de inocência, trânsito em julgado, constitucionalidade.

ABSTRACT

The Brazilian Supreme Court has been unstable about the possibility of anticipating the penal execution, imprisoning the defendant before the claim preclusion. For two decades, the Court said this was constitutional, but in 2009, this rule was rejected. In 2016, the Court accepted the anticipated imprisonment again, and in 2017 there are signals of a new reversal. To end this instability, it is necessary to make it clear which of the interpretations about the presumption of innocence is more harmonical with the Constitution of Brazil, because the constant changings leads to legal uncertainty, and affects one of the most important rights of human being: its freedom of locomotion. Searching for the most correct answer, we analyzed the decisions of Brazilian Supreme Court from 1988 to 2009, and on *habeas corpi* 84.078 and 126.292, aiming to identify its main motives. Then, we analyzed the repercussions of the decision taken in 2016, its application, and the criticism that surrounds it. Eventually, we concluded that the anticipation of the penal execution is not consistent with the presumption of innocence the way it was treated on the Brazilian Constitution, and that the Brazilian Constitutional Court unduly overruled the Brazilian National Congress to reformulate the punitive justice system, aiming to please the people and the media.

Keywords: criminal procedure, presumption of innocence, claim preclusion, constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DA ORIENTAÇÃO TRADICIONAL DO STF SOBRE PRISÃO <i>EX LEGIS</i> E EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA.....	11
1.1. Da política criminal do final dos anos 1980 até meados dos anos 2000	11
1.2. Da leitura do Código de Processo Penal à luz da Constituição de 1988	11
1.3. Das divergências	15
2. DA MUDANÇA NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO HC 84.078.....	18
2.1. Do contexto: gradual ascensão de uma jurisprudência garantista	18
2.2. Da nova análise acerca do princípio de presunção de inocência no HC 84.078	22
2.3. Dos fundamentos da inversão jurisprudencial no HC 84.078	24
2.3.1. Da superação do artigo 637 do Código de Processo Penal pelo artigo 105 da Lei de Execução Penal.....	24
2.3.2. Da inaplicabilidade da Lei 8.038/90 à matéria penal	25
2.3.3. Da presunção de inocência.....	26
2.3.3.1. Da presunção de inocência como regra de tratamento	30
2.3.4. Do princípio da isonomia	32
2.3.5. Da ampla defesa	35
2.3.6. Do devido processo legal	36
2.3.7. Do princípio da dignidade humana	37
2.3.8. Do princípio da proporcionalidade.....	39
2.4. Das divergências	41
3. DA RETOMADA DA ORIENTAÇÃO TRADICIONAL NO HC 126.292	42
3.1. Dos fundamentos.....	42
3.1.1. Da elisão gradual da presunção de inocência em virtude da apuração da culpa durante o processo.....	42
3.1.2. Da função das instâncias ordinárias e extraordinárias.....	46
3.1.3. Do acesso às instâncias superiores no direito comparado	49
3.1.4. Do equilíbrio entre a presunção de inocência e os demais preceitos fundamentais tutelados pelo Estado.....	49
3.1.5. Da natureza principiológica da presunção de inocência como autorizadora de sua mitigação ...	52
3.1.6. Da necessidade da prisão antecipada para garantia da ordem pública	54
3.1.7. Dos mecanismos aptos remediar os efeitos de condenações equivocadas	55
3.2. Das divergências	57
4. DA REPERCUSSÃO DO JULGAMENTO	60
4.1. Da reação da comunidade jurídica	60

4.2. Da reação das entidades e associações	62
4.3. Das ações de declaração de constitucionalidade	64
4.4. Dos desdobramentos no próprio Tribunal	66
4.4.1. Das decisões do Plenário nas ADCs 43 e 44 e no ARE 964.246	66
4.4.2. Da realização antecipada de julgamento pelo júri	68
4.4.3. Das decisões dissonantes na própria Corte	69
4.4.4. Da sinalização de nova reversão jurisprudencial	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão controversa, no início de 2016, ao permitir, em análise do *habeas corpus* n.º 126.292, que o réu passasse a cumprir a sanção penal, mesmo estando pendente recurso excepcional dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

A decisão em questão foi extremamente questionada pelos mais diversos setores da comunidade jurídica, porquanto muitos viram tal movimento como uma ofensa ao princípio constitucional de presunção da inocência, consagrado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

De um lado, os que atacam a orientação adotada pelo Supremo criticam que a Suprema Corte tenha avançado além de um limite taxativamente colocado no texto constitucional, bem como censuram que o Tribunal reverta em um curto período de tempo uma jurisprudência recente, já que apenas em 2009 ficou decidido que a ausência de trânsito em julgado obsta o cumprimento da pena. Para os detratores da nova orientação, o Supremo atuou de forma estritamente política, e cedeu aos apelos midiáticos pela relativização dos direitos do acusado.

No outro extremo, os defensores da retomada da jurisprudência mais antiga argumentam que o Supremo cumpriu seu dever, harmonizando o direito de defesa e de ser presumido inocente com a necessidade de fortalecimento das instituições e de promoção da segurança pública. Em tempos onde a população se sente extremamente insegura, e clama por maior efetividade do Estado Juiz, o ideal seria que o Congresso Nacional se mobilizasse para atender às demandas sociais. Entretanto, como este enfrenta uma grave crise de legitimidade, e até mesmos porque a classe política é a principal interessada em manter o engessamento do sistema processual, caberia ao Judiciário implementar as mudanças necessárias por outras vias.

Nesse quadro, em que há alternância entre duas orientações diametralmente opostas, e no qual a instabilidade jurisprudencial leva a uma indubitável insegurança jurídica, questiona-se qual seria a corrente correta. Ora, se o texto sob interpretação jamais sofreu mutação, a princípio encerraria uma mesma norma desde que foi editado, sendo necessário extraí-la e delimitá-la, para que haja fiel observância aos preceitos constitucionais. Seria a taxatividade da Carta Política realmente insuperável? Ou seria possível extrair de sua redação uma norma que se afasta do sentido literal do texto, e que permite a valorização de outros princípios caros ao Estado Brasileiro, por meio da mitigação da presunção de inocência?

Para se responder a tais indagações, foi necessária uma contextualização acerca da política criminal vigente no país quando das decisões que fixaram as diferentes orientações,

bem como a análise descritiva dos votos dos ministros nos diversos julgados que delimitaram o alcance da presunção da inocência, vez que o conhecimento dos fundamentos apontados pelos ministros é imprescindível para um futuro sopesamento acerca de qual delas tem maior razão.

Demonstrados os argumentos utilizados para manter ou derrubar determinada jurisprudência, foi realizada também pesquisa bibliográfica na doutrina nacional, principalmente em matéria penal, processual penal e constitucional. Ela permite melhor compreensão dos princípios e conceitos discutidos pelos ministros em suas decisões, e ainda, como muitos dos doutrinadores expressam suas opiniões sobre a postura do Supremo, faz-se possível uma análise qualitativa dos julgados.

Foi tecida também uma breve exposição acerca dos desdobramentos da última mudança jurisprudencial, operada em 2016: a maneira como a mesma foi recebida pela comunidade jurídica e por diversos setores da sociedade, as ações ajuizadas para tentar revertê-la, a maneira como vem (ou não) sendo aplicada a nova orientação jurisprudencial pelos próprios ministros do Supremo, e os elementos que demonstram a consolidação (ou não) do novo entendimento.

Por fim, observadas todas essas circunstâncias, procedeu-se a uma análise crítica do entendimento majoritário consagrado pelo STF, buscando demonstrar, por meio dos fundamentos ventilados ao longo dos capítulos anteriores, qual orientação melhor atende aos preceitos consagrados pela Constituição Federal, bem como uma breve sugestão sobre as medidas que legitimamente poderiam aprimorar o sistema punitivo, observando ao mesmo tempo os limites delineados pela CF.

1. DA ORIENTAÇÃO TRADICIONAL DO STF SOBRE PRISÃO *EX LEGIS* E EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA

1.1. Da política criminal do final dos anos 1980 até meados dos anos 2000

O princípio de presunção de inocência, contido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal promulgada em 1988, foi aplicado de forma restritiva durante cerca de duas décadas da vigência da Constituição Cidadã, consequência da política criminal punitivista que predominava à época, tanto nas Casas Legislativas quanto nos Tribunais brasileiros.

Inicialmente, a jurisprudência – inclusive o Supremo Tribunal Federal – tinha por recepcionados pelo novo ordenamento constitucional os diversos dispositivos do Código de Processo Penal que impunham, p.ex., a prisão em virtude de decisão de pronúncia, a prisão decorrente de sentença condenatória apelável, o recolhimento ao cárcere como condição para conhecimento da apelação defensiva, etc.

Ao mesmo tempo, o Congresso Nacional continuou a produzir leis com comandos semelhantes, que impunham prisão automática – v.g., o artigo 59 da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas) impõe o recolhimento ao cárcere como condição para apelação –, ou ainda, com a fixação automática do regime fechado para cumprimento de pena, como foi o caso da Lei n.º 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

Essa postura demonstra que, naquele tempo, o entendimento do Judiciário e do Legislativo convergiam, e ambos faziam uma leitura bastante restritiva da presunção da inocência, com a manutenção do posicionamento vigente antes do advento da Constituição de 1988.

1.2. Da leitura do Código de Processo Penal à luz da Constituição de 1988

Feitas as observações iniciais acerca da política criminal que influenciava as decisões do Legislativo e do Judiciário no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, é interessante analisar a maneira como o Supremo interpretava o Código de Processo Penal, particularmente os dispositivos que tratam da prisão de réus antes do trânsito em julgado e fora das hipóteses de prisão preventiva ou em flagrante delito.

Cabe, antes, lembrar que o Decreto-Lei n.º 3.689 é datado de 1941, ou seja, foi decretado sob a égide do regime autoritário do Estado Novo, e ainda, que o diploma teve seu texto substancialmente inspirado no Código Rocco italiano, editado em 1930 sob o regime

fascista de Benito Mussolini, de forma que não surpreende o tratamento extremamente rigoroso dispendido ao réu.

O artigo 669 do Código de Processo Penal, e respectivo inciso I, versava que “**só depois de passar em julgado, será exequível a sentença**, salvo, quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança”.

Porém, conforme leitura desse dispositivo pelo ministro Néri da Silveira (que reproduziu as lições de Damásio de Jesus e de Eduardo Espíndola Filho em seu voto no HC 68.261, julgado em 28 de junho de 1991), o trânsito em julgado exigido pelo dispositivo, como pressuposto da exequibilidade da sentença, caracterizar-se-ia quando

a) não é admissível recurso ordinário (cujo efeito é suspensivo) contra ela; b) decorreu o prazo legal sem interposição do recurso ordinário (cujo efeito é suspensivo) contra ela; c) decididos os recursos ordinários (cujo efeito é suspensivo) interposto contra ela.

Ou seja, no ver do ministro, que se apoia na doutrina processual mais clássica, a exequibilidade da sentença (seu trânsito em julgado) surgia quando exauridas as instâncias ordinárias. A **coisa julgada**, quer dizer, imutabilidade da sentença (que só surge com a impossibilidade de interposição de recurso de qualquer natureza), seria um *plus* em relação ao trânsito em julgado, e não condicionaria a execução da condenação.

Infere-se, logo, que o trânsito em julgado estraria intimamente atrelado à possibilidade de interposição de recurso **com efeito suspensivo**. Quando inexistente tal possibilidade, ter-se-ia o trânsito em julgado, independente da formação de coisa julgada. Nesse sentido, segue o voto do ministro, ainda citando Damásio de Jesus e Espíndola Filho:

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 seja ainda suscetível 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. (grifos ausentes no original)

Veja-se que o argumento adotado pelo ministro não era inovação, posto que era bem encampado pela jurisprudência daquela Corte, conforme demonstra a leitura das ementas do HC 67.857 e do HC 69.964, respectivamente:

O disposto no item LVII, do art. 5º da Carta Política de 1988, ao dizer: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, **não importa em revogação dos preceitos do Código de Processo Penal que autorizam à prisão após sentença condenatória.** (grifos ausentes no original)

Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal Estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, **que não impede o cumprimento do mandado de prisão.** (grifos ausentes no original)

Dessa maneira, evidente a ampla aceitação, pelo Pretório, da tese de que, quando incabível recurso com efeito suspensivo, seria plenamente possível a execução do acórdão.

Ao mesmo tempo que se fazia a afirmação anterior, defendia-se o aprisionamento antes do fim definitivo do processo porque estar-se-ia diante de uma prisão processual, decorrente da subsunção da situação concreta à hipótese descrita na lei; ou seja, a prisão era uma fase natural do procedimento. Não é outro o entendimento do ministro Silveira no voto que proferiu no já citado HC 68.261, *verbis*:

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, **de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual**, concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. (grifos ausentes no original)

E igual fundamentação foi utilizada pelo ministro Carlos Velloso no HC 72.366, ao afirmar que o legislador “entendeu necessária a prisão, em tal caso, para a boa aplicação da lei penal”. Ou seja, teria o texto legal estabelecido uma presunção legal de *periculum libertatis* (da necessidade da prisão cautelar); de maneira que, tais prisões estariam isentas de *animus puniendi*, mas imbuídas de certa cautelaridade, porquanto constituiriam meros instrumentos tendentes à garantia da aplicação da lei penal e/ou da efetiva execução da pena arbitrada¹.

¹ “O preceito constitucional [de presunção de inocência] não afasta as medidas de natureza cautelar que se tornam necessárias para a aplicação da lei penal e para a execução do decreto condenatório. [...] O que acontece é que o legislador entendeu necessário o recolhimento à prisão, ou a pretensão da fiança, do condenado não primário e de maus antecedentes, assim reconhecido na sentença, [...] para a boa aplicação da lei penal. [...] Em nenhum Estado de boa prática democrática nega-se ao legislador a faculdade de emitir regras e normas em favor do *jus puniendi* estatal.”

Insta salientar que o *habeas corpus* 68.261 foi julgado pelo Plenário do STF, e que o voto do relator (cujos trechos foram transcritos) prevaleceu por unanimidade, demonstrando a força que tal interpretação tinha à época.

Em outro caso (HC 72.366, julgado pelo Pleno do STF), no qual se interpretavam o artigo 393, inciso I, e o artigo 594, ambos do Código de Processo Penal, afirmou-se claramente que a prisão antes do trânsito em julgado era autenticamente uma prisão penal, mas que tal fato não ofenderia a presunção constitucional de inocência².

Conforme se vê, o réu não primário ou reincidente era obrigado a recolher-se à prisão para apelar da sentença, e a manter-se encarcerado durante todo o seu processamento, sob pena de deserção do recurso. Outras circunstâncias, como o fato de ter respondido o processo em liberdade sem criar qualquer embaraço às investigações ou dano à ordem pública, não teriam qualquer aptidão para afastar essa compulsoriedade.

Afirmou o relator, ministro Néri da Silveira, que não cabia análise dos pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, porque

A prisão do paciente resulta de **causa superveniente à instrução criminal**, qual seja, **a sentença condenatória**. Para desta recorrer, eis que não preenche os requisitos do art. 594 do CPP, prevê a lei, há de recolher-se à prisão. Não cabe, por isso mesmo, afirmar que a restrição à liberdade do paciente não está motivada. Prevista em lei, dado que o réu não preenche os pressupostos legais a apelar em liberdade, **não há exigir que adote, na sentença, o magistrado fundamentação, ad instar, do decreto de prisão preventiva, com base no art. 312 do CPP, pois, deste, aqui não se cuida; a prisão decorre da lei processual penal que esta Corte tem como válida.** (grifos ausentes no original)

Aceitou-se, outrossim, que as prisões antecipadas não têm natureza cautelar ou processual, mas que são autenticamente prisões penais, *carcer ad poenam*, que visa satisfazer o *jus puniendi*, conforme expressamente declara o ministro Francisco Rezek no HC 71.026, que foi citado pelo ministro Néri:

Reconheço que o que temos em hipóteses como esta **não é uma prisão preventiva, não é uma prisão acautelatória**. É, pois, o **início da execução**

² O artigo 393, inciso I, (hoje revogado pela Lei n.º 12.403/2011) dispunha que “**são efeitos da sentença condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão**, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança”, enquanto o artigo 594, de acordo com a redação que lhe fora dada pela Lei n.º 5.941/73, afirmava que “**o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança**, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto” (este último dispositivo também veio a ser revogado pela Lei n.º 11.719/2008). Tal dispositivo era complementado ainda pelo artigo subsequente, onde se estabelecia que “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”.

de uma pena resultante de sentença condenatória que ainda não transitou em julgado. Mas isso não me parece iníquo, nem extravagante, nem incompatível com o texto constitucional de 1988. (grifos ausentes no original)

Logo assim, tem-se que durante as cerca de duas décadas que seguiram-se à promulgação da Constituição de 1988, foram diversos os fundamentos do STF para permitir o cumprimento antecipado da pena: seja quando se diz que o trânsito em julgado da sentença independe da formação da coisa julgada, seja quando se sustenta possível cautelaridade da medida, ou ainda quando se declara abertamente sua finalidade satisfativa do *jus puniendi*, a constante é que a maioria dos ministros que compunha o STF durante essas décadas não via qualquer inconstitucionalidade na prisão decorrente de acórdão condenatório, com recursos extraordinários ainda pendentes de exame.

1.3. Das divergências

Ainda que a jurisprudência do STF (e dos demais tribunais brasileiros) se mantivesse remansa quanto à possibilidade de cumprimento antecipado da pena privativa de liberdade, o passar dos anos fez a doutrina consolidar-se no sentido oposto, intensificando as críticas às prisões automáticas, inevitáveis, antes do trânsito em julgado da condenação.

Nesse sentido, assinalava Marques (1993):

Uma vez que antes da condenação passada em julgado o condenado se presume inocente, claro está que sua prisão, antes que a *res iudicata* cubra a sentença condenatória, somente será admissível nos casos indicados no citado nº LXI, do art. 5º, da Lei Maior. É que, **se o acusado se considera inocente, antes da sentença passada em julgado, não cabe impor-lhe o *carcer ad poenam* enquanto considerado inocente (não culpado)**. Apenas a prisão cautelar, ou o *carcer ad custodiam* é que ele poderá sofrer, antes que passe em julgado a sentença condenatória. (grifos ausentes no original)

E ainda, aderiam tal orientação grandes expoentes da doutrina processual brasileira, entre os quais citem-se Alberto da Silva Franco, Fernando da Costa Tourinho Filho, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Cândido Dinamarco.

Pois bem, apoiadas à doutrina, somaram-se as vozes (e os votos) de alguns dos ministros do próprio Supremo, que passaram a denunciar as diversas modalidades de prisão anteriores ao trânsito em julgado como incompatíveis com a nova ordem constitucional – sempre ressaltando a legitimidade das prisões temporária e preventiva.

O Ministro Marco Aurélio, p.ex., criticava, no HC 72.366, a regra do artigo 594 do Código de Processo Penal, que exigia o recolhimento do réu à prisão para conhecimento de sua apelação. Conduziria, segundo ele, a uma situação contraditória: para haver correção de uma condenação equivocada, o réu tem de se submeter a ela³.

Em outro trecho, Marco Aurélio atenta que nem mesmo na esfera cível aceitava-se execução provisória de sentença não transitada em julgado, quando se vislumbrasse que a execução provisória poderia acarretar dano irreversível ao sucumbente; mas ainda assim o Tribunal asseverava ser possível a execução “provisória” de sentença condenatória, que invariavelmente acarretaria dano irreparável a réu que viesse a ser absolvido nas instâncias superiores⁴.

Para além de apontar as situações que considera ilógicas, o ministro Marco Aurélio afirma que o rigor do princípio de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” não lhe permite aceitar que um réu que ainda pode ser absolvido veja-se obrigado a recolher-se ao cárcere, sem que haja fundamento cautelar para tal. Não caberia, prossegue, questionar se os recursos excepcionais têm efeito suspensivo ou não: cabe indagar se o cumprimento da prisão harmoniza-se aos preceitos da CF/1988, e a resposta, para o ministro, é negativa.

De maneira semelhante, o ministro Sepúlveda Pertence costumava enfrentar a matéria acerca do cumprimento antecipado de pena de forma inovadora, deixando de lado a jurisprudência conservadora então vigente.

Anotou ele, conforme assente no HC 69.964, que a antecipação na execução da pena era algo que jamais poderia conviver com um princípio que reza que ninguém será considerado culpado sem que exista sentença condenatória transitada em julgado. Para o ministro, tratam-se de coisas inconciliáveis, mutuamente excludentes, que impunham a interpretação expansiva da presunção constitucional⁵.

³ “Tal dispositivo [o artigo 594 do CPP, que exige o recolhimento do réu à prisão para conhecimento da apelação] encerra, para mim, pressuposto objetivo de recorribilidade dos mais extravagantes, porque, repito, é conducente a uma postura do apelante contrária ao desejo de ver reformada a sentença condenatória. Além dos pressupostos gerais, [...] exige-se que ele, ‘espontaneamente’ – entre aspas, porque o vocábulo ganha significado impróprio – inicie o cumprimento da pena.”

⁴ “Nem mesmo no campo patrimonial temos execução provisória com essa extensão. Quando a sentença que se quer executar ainda não está coberta pelo manto da coisa julgada, ocorre a chamada execução provisória, que geralmente, a não ser que aja a prestação de caução, esbarra na garantia do juízo, na penhora. [...] Busca-se, com isso, evitar um prejuízo maior para o devedor. Entrementes, assevera-se que, em questão algo muito caro aos homens, que é a liberdade, possível é ir-se adiante nessa execução dita provisória, mas que inviabiliza, uma vez reformada a sentença condenatória, o retorno ao *statu quo ante*.”

⁵ “Antecipação de execução da pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, *data vènia*, que ‘*hurlent de se trouver ensemble*’.”

Em outro momento, ao refutar os que defendiam a suposta natureza cautelar da prisão antecipada, de forma a afastar a predefinição da culpa, dizia Sepúlveda Pertence no HC 72.366:

Entra, no entanto, aqui, a meu ver, *data venia*, outro princípio constitucional, precisamente aquele que salva a existência de prisões processuais, não obstante a presunção de não-culpabilidade: refiro-me ao inciso LXI do mesmo art. 5º da Lei Fundamental, que admite, sim, prisões, independente de condenação transitada em julgado, mas, afora a prisão em flagrante, exige ordem fundamentada da autoridade judiciária competente. Essa exigência de fundamentação, quando referida à prisão cautelar, não pode ser uma exigência nominalista. É óbvio que, se se exige fundamentação da prisão processual, como garantia constitucional, pretende-se a **demonstração da sua necessidade *hic et nunc***. No caso concreto, a alegada presunção legal de necessidade da prisão cautelar, *data venia*, **choca-se de frente com a exigência constitucional de motivação de qualquer prisão**. (grifos ausentes no original)

E prossegue:

A segurança social há de ser protegida, mas sem prejuízo das garantias constitucionais. Como afirmou a Suprema Corte americana, algumas das garantias mais caras à liberdade humana foram proferidas a propósito de cidadãos não muito respeitáveis.

O ministro Ilmar Galvão, também no HC 72.366, acompanhou a divergência ao entender que as normas determinadoras de recolhimento compulsório do réu, antes de condenação transitada em julgado e fora das hipóteses da prisão cautelar, consagravam em verdade uma presunção oposta àquela tida pela Constituição no inciso LVII de seu artigo 5º. Afirmou, com efeito, que

Foi, sem dúvida, a Constituição de 1988 que, ao dispor, expressamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, conferiu **consequência prática** à presunção de inocência, inaugurando nova realidade jurídica, onde **não** restou espaço para a prisão processual, automática ou obrigatória, que tinha por único pressuposto a **presunção de culpa**, expressamente banida pela nova Carta, **para qualquer efeito, e não somente para aplicação do princípio do ônus da prova**. (grifos ausentes no original)

Tem-se outrossim que, apesar de ter durado por longas duas décadas, a jurisprudência do STF não estava isenta a críticas, as quais partiam muitas vezes de dentro da própria Corte, de forma que já se pavimentava um caminho em direção à mudança.

2. DA MUDANÇA NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO HC 84.078

2.1. Do contexto: gradual ascensão de uma jurisprudência garantista

Como dito anteriormente, vozes dissonantes por um longo período sustentaram a inconstitucionalidade da execução antecipada de pena. No âmbito da Corte Constitucional, os ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa por longo tempo sustentaram tal posicionamento em seus votos, mesmo na época em que a jurisprudência vinha em sentido contrário.

A tais magistrados, juntava-se gradualmente a doutrina, que em certo momento tornou-se majoritária no sentido de privilegiar a liberdade do réu, em contraposição à jurisprudência dominante.

Com o tempo, porém, passou-se a observar o avanço de uma jurisprudência visivelmente mais garantista, que dava uma extensão mais ampla às garantias individuais do acusado, principalmente quanto à presunção de inocência e às regras relativas à prisão, convergindo assim com a orientação sustentada pela doutrina.

Foi em consequência desse movimento que o Supremo proclamou, p.ex., a inconstitucionalidade da redação original do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que proibia a progressão de regime prisional nos crimes hediondos, impondo o cumprimento integral da pena em regime fechado.

A tese que predominou por maioria de votos (seis a cinco) no *habeas corpus* 82.959 afirmava que a tal vedação à progressão de regime violava o princípio da individualização da pena, vez que impunha ao réu invariavelmente o regime fechado, independentemente de sua conduta durante o cumprimento da sanção.

Nesse quadro, restaria inviabilizada a ressocialização do preso, porquanto o apenado não teria qualquer incentivo para adequar sua conduta àquilo que se espera de um cidadão apto à vida em sociedade, posto que já sabedor da irrelevância de seu comportamento durante o cumprimento da pena. Nos termos do voto do relator, ministro Marco Aurélio,

A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social observados os valores mais elevados que o respaldam.

Importante lembrar que após tal julgamento, o legislador alterou, por meio da Lei n.º 11.464/2007, a redação do citado dispositivo, que passou a dispor que a pena resultante de condenação por crime hediondo deveria ser cumprida **inicialmente** em regime fechado.

Porém, ao julgar o HC 111.840, o Plenário do STF novamente decidiu pela inconstitucionalidade da disposição, mais uma vez em razão de violação ao princípio constitucional da individualização da pena, impondo-se sempre a análise dos requisitos do artigo 33, § 2º, do Código Penal, independente da gravidade do delito. Ficou ementado que

Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, **sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.**
(grifos ausentes no original)

A postura notadamente liberal que afluía no STF também se fez notar quando do julgamento da ADI 3.112, na qual se impugnavam diversos dispositivos da Lei n.º 10.826/2003 (Lei de Armas), sendo que as declarações de inconstitucionalidade mais uma vez recaíram sobre disposições acerca da constrição de liberdade do acusado.

O parágrafo único do artigo 14 da lei em questão vedava, aos acusados de porte ilegal de arma de fogo, o direito ao pagamento de fiança para obtenção de liberdade provisória, enquanto o parágrafo único do artigo 15 fazia o mesmo em relação aos acusados do delito de disparo de arma de fogo.

Ambos foram declarados inconstitucionais, sob o argumento de não ser razoável equipará-los aos crimes de elevadíssima gravidade (terrorismo, tortura, tráfico de drogas e crimes hediondos) previstos pela Constituição como inafiançáveis (artigo 5º, inciso XLIII), ainda mais porque são crimes de mera conduta, sem efetiva lesão à vida ou à propriedade. Restou ementado:

A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo”, mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.

Já o artigo 21 da lei, que obstava a concessão de liberdade provisória para os crimes de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito, comércio ilegal e tráfico internacional de armas, previstos nos artigos 16, 17 e 18, foram considerados atentatórios aos princípios de presunção de inocência, do contraditório e do devido processo legal – princípios estes que impediriam a

existência prisões *ex lege*, sem fundamentação judiciária substancial, conforme constou na ementa:

Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.

E ainda, deliberou em seu voto o relator, ministro Lewandowski:

Penso que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em face do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CF).

A prisão obrigatória, de resto, fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), que abrigam um conjunto de direitos e faculdades, os quais podem ser exercidos em todas as instâncias jurisdicionais, até a sua exaustão.

Esses argumentos, no entanto, não afastam a possibilidade de o juiz, presentes os motivos que recomendem a prisão *ante tempus*, decretar justificadamente a custódia cautelar. O que não se admite, repita-se é uma prisão *ex lege*, automática, sem motivação.

Ademais, é interessante trazer algumas questões atinentes à Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas) que foram julgadas pelo Supremo no *habeas corpus* 97.256.

Questionava-se nesta ação a constitucionalidade do § 4º do artigo 33 e do artigo 44 da Lei de Tóxicos, na parte em que se vedava a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos.

A maioria dos ministros votou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de tais imposições, sob o argumento de que malferiam a individualização da pena, assim como aconteceu durante análise de disposições da Lei de Crimes Hediondos, já referida anteriormente.

Afirmou-se que, na fase de dosimetria da sanção, que compreende também definição da espécie e da maneira de cumprimento da pena, defere-se ao juiz ampla margem de discricionariedade, pois ele, tendo contato com o caso concreto e com as circunstâncias do delito, tem maior sensibilidade para perceber a sanção adequada a cada caso. Essa fixação, por envolver alto grau de empirismo, não poderia ser determinada por uma norma geral e abstrata. Assim, ditou a ementa:

A lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como **expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo**. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela **prevalência do razoável sobre o racional**; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que **é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória**. (grifos ausentes no original)

A redação dos dispositivos impugnados consistiria, assim, em verdadeira intromissão do legislador na seara do Poder Judiciário, de maneira que o decano da Corte, Ministro Celso de Mello, foi enfático ao afirmar que o Congresso Nacional acaba por buscar “substituir-se ao próprio magistrado no desempenho da atividade jurisdicional”.

Posteriormente, houve nova impugnação ao artigo 44 da Lei de Drogas, mas agora no tocante à vedação, expressa e absoluta, da concessão de liberdade provisória. O Plenário, ao analisar o HC 104.339, declarou inconstitucional tal disposição, considerando que ela tornava a prisão uma regra e a liberdade a exceção, afrontando aos princípios de presunção de inocência e do devido processo legal – além de impedir que o juiz competente analisasse a efetiva necessidade da prisão cautelar, à luz dos pressupostos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido o voto do ministro Gilmar Mendes, relator:

Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em **inequívoca antecipação de pena**, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais. (grifos ausentes no original)

Por fim, outro relevante julgado foi o do Recurso Ordinário em *habeas corpus* 83.810, quando finalmente se reconheceu a não recepção do artigo 594 do Código de Processo Penal pela Constituição de 1988, sendo que o dispositivo condicionava o conhecimento da apelação ao recolhimento do apelante ao cárcere.

Tal decisão, que representou uma quebra com jurisprudência tradicional e consolidada do Supremo, se deu pelo argumento de que tal condicionamento afrontava o

princípio do devido processo legal. Se existisse necessidade de reclusão do réu, esta deveria encontrar subsídio no artigo 312 do CPP. E ainda, inexistiria motivo para exigir o aprisionamento como requisito de conhecimento de recurso, conforme extrai-se do voto do relator, ministro Joaquim Barbosa:

Creio, no entanto, que à luz dos princípios constitucionais de não-culpabilidade, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, deve prevalecer o inverso, ou seja: **a regra é o acusado ter o direito de recorrer em liberdade**, podendo, independentemente disto, o juiz decretar sua prisão, **caso estejam presentes os pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal**. O conhecimento do recurso, contudo, **não pode estar vinculado ao recolhimento do réu à prisão**. [...]

A prisão no curso do processo é admitida quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*. Assim, a prisão do apelante deve ser vista como **medida cautelar, e não como requisito para o conhecimento da apelação**. [...]

Com efeito, negar trânsito à apelação do condenado em primeira instância, pelo simples fato de ter ele permanecido revel durante a instrução penal, constitui **violação ao princípio constitucional da ampla defesa e à regra do duplo grau de jurisdição**, previstos também em pactos internacionais de que o Brasil é signatário e que são posteriores ao nosso Código de Processo Penal. (grifos ausentes no original)

Desta feita, o acesso ao duplo grau de jurisdição deveria ser garantido ao condenado, independentemente de recolhimento à prisão, sob pena de malferir a presunção da inocência e o princípio da ampla defesa. Aboliu-se, outrossim, mais uma forma de prisão *ex lege*.

Pois bem, os julgamentos supra são indícios claros de que uma nova política criminal avançou no Supremo, e com a oxigenação na composição do Tribunal, passaram-se a ventilar novas ideias acerca de prisão, liberdade e presunção de inocência, de maneira que já a histórica decisão proferida no HC 84.078 encontra-se contextualizada nesse panorama.

2.2. Da nova análise acerca do princípio de presunção de inocência no HC 84.078

Conforme notou-se, o entendimento dos ministros do Pretório Excelso foram se modificando gradualmente, e as diversas modalidades de prisões *ex lege*, decorrentes exclusivamente de disposição legal e sem análise judicial das circunstâncias concretas, ou seja, despidas de fundo cautelar, foram caindo uma a uma.

Restou claro ainda que o Judiciário acabou por adotar uma postura de oposição em relação às políticas criminais adotadas pelo Legislativo: o Congresso se ocupou, na década de

1990, e ainda mais acentuadamente na década de 2000, em criar normas penais e processuais penais especialmente rigorosas para com o acusado, conforme observa-se da Lei de Crimes Hediondos, da Lei de Armas e da Lei de Drogas.

Esses textos legais têm em comum o regramento restritivo quanto à concessão de liberdade provisória, quanto ao regime de cumprimento de pena e quanto à substituição da privação de liberdade por restrição de direitos.

Isso porque fazem parte de um mesmo movimento de política criminal, que propunha a garantia da ordem pública a qualquer custo, ainda que isto significasse a imposição de severas restrições às garantias do possível acusado. E tal política estava em sintonia com os sentimentos de insegurança e impunidade com que conviviam os brasileiros, sendo bem acolhida pela opinião pública.

O Judiciário, porém, seguiu o caminho contrário, enfatizando a proteção às garantias do acusado. Principalmente na segunda metade da década de 2000, multiplicaram-se os julgados (reproduzidos anteriormente) que contrapunham frontalmente a produção legislativa em matéria penal.

Essas diversas manifestações do Supremo Tribunal Federal, no sentido de privilegiar o devido processo e a presunção de não culpa, serviram como freio do afã punitivo do Legislador, incentivando inclusive as diversas reformas do Código de Processo Penal que se concretizaram entre os anos de 2008 e 2011, buscando adequar o diploma – que já então contava com sete décadas de existência – aos preceitos constitucionais de 1988.

E foi nesse contexto que ressurgiu na Suprema Corte a discussão acerca da abrangência do princípio da presunção da inocência (e do momento de seu rompimento), no tocante ao início do cumprimento da sentença condenatória.

Esta matéria, conforme já descrito anteriormente, fora por algumas vezes alvo de debates nas turmas da Corte Constitucional, mas naqueles momentos, a maioria dos ministros optava pela manutenção da jurisprudência tradicional, permitindo a execução de penas com o processo ainda em trânsito. Dessa vez, porém, a corte tinha uma nova composição, o que refletiu na decisão tomada no pleno.

No *leading case*, *habeas corpus* 84.078, relatado pelo Min. Eros Grau, o paciente buscava permanecer em liberdade até que se processasse e julgasse o Recurso Especial que interpusera contra o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Julgava inexistir fundamento para prisão preventiva e, conseqüentemente, razão para recolhimento ao cárcere, o que só deveria ocorrer após findo em definitivo o processo, com julgamento dos recursos interpostos à Corte Superior.

2.3. Dos fundamentos da inversão jurisprudencial no HC 84.078

2.3.1. Da superação do artigo 637 do Código de Processo Penal pelo artigo 105 da Lei de Execução Penal

A matéria pode ser tratada inicialmente sob a perspectiva de choque de textos legais, porquanto o Código de Processo Penal, em dispositivo com redação dada em 1941, colide frontalmente com o disposto pela Lei n.º 7.210/84, a Lei de Execução Penal.

O artigo 637 do CPP estabelece que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Não seria, no entanto, idôneo a fundamentar o encarceramento do paciente, por estar superado cronologicamente pela LEP, a qual também está em maior sintonia com os preceitos constitucionais inaugurados com a Carta Política de 1988.

A sobreposição ao artigo 637 do CPP se daria pelo artigo 105 da LEP, o qual dispõe que “**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”. Não é outro o argumento presente já no início do voto do relator, ministro Eros Grau, *verbis*:

A Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – **condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória** (artigo 105), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147). Dispõe ainda, em seu artigo 164, que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.

A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Daí a conclusão de que **os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.** (grifos ausentes no original)

Ora, o texto legal de 1984 é taxativo ao condicionar a guia de execução ao trânsito em julgado da sentença. Sem que se possa expedir a guia, ficaria obstado o cumprimento da sanção, por inexistência de título que legitime o cumprimento da sanção – o qual só advirá após o fim definitivo do processo que define a culpa.

Desta maneira, as disposições da LEP estariam em melhor consonância com o texto constitucional em vigência, principalmente porque privilegiam de forma mais adequada o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, o qual, da mesma maneira que a lei, contempla o princípio de não culpabilidade (ou de inocência) até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Outrossim, o Ministro Eros Grau vislumbra que a colisão entre as estas normas legais deve ser resolvida pelo critério temporal, mas também pela análise dos textos legais à luz da Constituição, concluindo em qualquer caso pela superação da regra contida no Código de Processo Penal.

2.3.2. Da inaplicabilidade da Lei 8.038/90 à matéria penal

Tendo em vista o argumento de que a Lei de Execução Penal, de acordo com o critério cronológico, revogou o disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal, poder-se-ia argumentar que a LEP foi igualmente superada com o disposto pelo artigo 27, § 2º, da Lei n.º 8.038/90, que nega efeito suspensivo aos recursos de índole extraordinária (Recurso Especial e Recurso Extraordinário), conferindo-lhes efeito meramente devolutivo.

Porém, o texto da lei em questão também não seria, no entendimento que se sagrou majoritário em 2009, fundamento idôneo para a execução imediata da sentença ou do acórdão condenatório, por não se coadunar com os princípios processuais penais constitucionais que regem esse ramo específico do Direito.

É indiscutível que um dos princípios basilares de um Estado que se rege por uma Constituição, é que esta deve ser o lume sob o qual se lê toda a estrutura normativa do Estado. Ato algum, emanado por qualquer dos Poderes do Estado, pode conflitar com a Lei Maior, e caso o Legislador edite norma que incorra em negação a preceito constitucional, cabe ao judiciário reconhecer a inconstitucionalidade e negar-lhe aplicação (MASSON, 2017).

Segundo o voto do ministro Eros Grau, seria este o tratamento cabível à disposição do § 2º do artigo 27 da Lei n.º 8.038/90, que seria fruto da “política criminal vigorosamente repressiva” das décadas de 1990 e 2000, período em que os diplomas editados pelo Legislador buscavam atender o clamor popular por punições exemplares, mediante encurtamento dos caminhos processuais para aplicação severas punições. É, nas palavras do Ministro, a “substituição da justiça por vingança”. Em momentos como este, prossegue Eros Grau, citando Alberto Silva Franco, é que mais se necessita de uma atuação exemplar do Judiciário:

Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90.

E prossegue:

Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra [força], momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos.

In casu, teria o Legislativo escolhido atuar em contrariedade com o princípio do estado de inocência. O legislador, ao redigir o dispositivo em questão, teria ignorado o marco temporal fixado pelo constituinte originário como o momento de definição de culpa, de forma a adiantar o início do cumprimento da pena.

E neste caso, tendo em vista que os princípios peculiares que regem o processo penal, com os quais não se coaduna a regra descrita no § 2º do artigo 27 da Lei n.º 8.038/90, caberia ao Judiciário reconhecer sua inaplicabilidade em tal matéria penal, relegando sua aplicação aos recursos extraordinários que tratem de matéria civil, conforme concluiu em seu voto o ministro Peluso:

E a questão da falta de efeito suspensivo do recurso? Ela, evidentemente, **não pode ter nenhuma força** contra o princípio constitucional. É de todo em todo inaplicável, não tem eficácia, **não incide nesta matéria**, sob pena de ofensa à garantia constitucional. (grifos ausentes no original)

2.3.3. Da presunção de inocência

Para enfrentamento da matéria posta, talvez a análise mais importante recairia sobre a extensão do princípio da presunção da inocência, proclamada pela Constituição no inciso LVII do artigo 5º, que estabelece que o indivíduo não é culpado até que sobrevenha contra ele decisão condenatória transitada em julgado.

Mais especificamente, cumpriria verificar até qual momento se estende a presunção em questão, e ainda, se o estado de inocência é óbice ao cumprimento de pena antes do marco definido pelo dispositivo constitucional.

Segundo o voto do ministro Celso de Mello, a disposição que consagra a presunção de inocência encerra uma “verdade provisória”, obstando a declaração prematura de culpa e, conseqüentemente, a aplicação antecipada dos efeitos resultantes da perda do *status* de inocente.

Por seu caráter provisório, o estado de inocência não seria perpétuo e inafastável; entretanto, a própria Constituição esclareceria de forma clara o momento de sua cessação: o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Vejamos a lição dada pelo decano:

O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma **verdade provisória**, com caráter probatório, que **repele suposições ou juízo prematuros de culpabilidade**, até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o **trânsito em julgado da condenação penal**. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

Há, portanto, **um momento claramente definido no texto constitucional**, a partir do qual se descaracterizaria a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado **não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem**. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público, um dever de tratamento **que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades**. (grifos ausentes no original)

Com a mesma intenção, de destacar a clareza do marco estabelecido constitucionalmente para o afastamento do estado de inocência, retomamos o voto do ministro Eros Grau:

Aliás, a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado – e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena – anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que **nem a lei, nem qualquer decisão judicial** imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. (grifos ausentes no original)

Outrossim, a maneira como foi redigida a Constituição, com clara indicação de um marco temporal que põe fim a presunção, não permitiria que se faça seu esvaziamento de forma gradual ao longo do processo. A presunção de não culpabilidade deveria cobrir todo o processo de maneira uniforme, em todas as suas fases, até se descaracterizar, de uma só vez, com o trânsito em julgado. Isso quem ensina é mais uma vez o decano da Suprema Corte, ministro Celso de Mello, *verbis*:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição**. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que **só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**, como claramente estabelece, **em texto inequívoco**, a Constituição da República. (grifos ausentes no original)

Desta feita, o condenado que recorre às instâncias superiores seria tão inocente quanto o indivíduo que acaba de ser denunciado, e este por sua vez seria tão inocente quanto o cidadão que jamais foi sequer investigado. De forma simples, o indivíduo seria inocente ou não inocente, culpado ou não culpado, sem possibilidade de se aventar uma posição intermediária entre culpa e inocência.

Cabe aqui fazer uma breve observação para salientar que, na visão dos ministros que rechaçaram o cumprimento provisório da pena, a prisão preventiva, não macula o princípio constitucional da presunção de inocência, já que seu fundamento não é a culpa do réu, nem é intenção do Estado punir o suposto delito (ao contrário do que aconteceria com a prisão antecipada após condenação em segunda instância).

Ainda que também seja decretada com um processo ainda pendente, a preventiva imprescindivelmente estará imbuída da noção de necessidade e de instrumentalidade. É mero meio de se remediar perigo real que a liberdade do réu representa ao processo ou a sua efetividade, no que se chama de *periculum libertatis*. Na forma como preleciona o ministro Celso de Mello em seu voto,

A prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) – que não se confunde com a prisão penal (*carcer ad poenam*) – **não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação**. Não traduz, a prisão cautelar, em face da estrita finalidade a que se destina, qualquer ideia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar “em benefício da atividade desenvolvida no processo penal”. (grifos ausentes no original)

Tanto assim que deverá ser a *ultima ratio* entre as diversas medidas cautelares. Para que se mantenha seu caráter de absoluta excepcionalidade, observa-se sempre o princípio da proporcionalidade em suas diversas facetas (adequação, exigibilidade), bem como fundamenta-se a medida sempre em elementos concretos, que revelem sua indispensabilidade.

E ainda, a decretação da preventiva se dará sempre em decisão precária, possibilitando (impondo, na verdade) sua revogação ou substituição a qualquer tempo, quando

as circunstâncias fáticas evidenciarem que a constrição total à liberdade de locomoção não mais é necessária. O instituto da prisão preventiva não pode desvirtuar-se de modo a saciar a pretensão punitiva, sob pena deslegitimar-se, convertendo-se em uma prisão penal *de facto* – de maneira que bem adverte o ministro Celso de Mello que “o instituto da prisão cautelar – considerada a função exclusivamente processual que lhe é inerente – **não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado**”.

Já o recolhimento à prisão em virtude de acórdão condenatório desvestir-se-ia de fundo cautelar, quer dizer, não estaria calcado na necessidade de segregação para a garantia de algo, tanto que inexistente *periculum libertatis*. Não seria um meio de alcançar algo, mas um fim em si mesmo, pois em verdade, intentaria unicamente castigar, aplicar sanção pela transgressão da lei, punir o suposto criminoso.

E daí viria a ofensa à presunção da inocência, pois ter-se-ia uma situação em que, por força de postulado constitucional, alguém é inocente, mas ainda assim é tratado como se culpado fosse, ao passo que o Estado o equipararia àqueles que já tiveram condenação definitiva.

Desta maneira, tornar-se-ia impossível que convivam, em um mesmo ordenamento, uma regra constitucional que proclama que qualquer pessoa é inocente até que sua culpa fique assentada em juízo definitivo (decisão transitada em julgado) e uma chancela à antecipação da execução da sanção penal.

Tratar-se-iam de coisas antagônicas, que se repelem, sem poder jamais coexistirem. Nesse sentido, é enfático o ministro Eros Grau:

Aqui, mais do que diante de um **princípio explícito de direito**, estamos em face de **regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição**. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente – e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia; porque as palavras são terríveis, denunciam, causticamente – **anoto a circunstância de o vocábulo antecipada, inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada**. Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, **contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena**. (grifos ausentes no original)

Igualmente, o Ministro Sepúlveda Pertence lembrava-se dos franceses, ao citar que são coisas que “*hurlent de se trouver ensemble*”, que “urram por estar juntas”, por serem mutuamente excludentes e impassíveis de harmonização.

Isso pelo simples motivo de que, ao se permitir a prisão antecipada, conclui-se que é aceitável castigar um inocente (pois inocente é o réu durante o processamento dos recursos extraordinários), ideia que a Constituição repele, criando um paradoxo que só se resolve pela desconsideração de uma das normas – da norma legal que impõe a prisão prematura, ou da norma constitucional que a veda.

2.3.3.1. Da presunção de inocência como regra de tratamento

Diante disso tudo, observa-se que o entendimento exarado de forma reiterada pelo STF até o julgamento de 2009 terminaria por restringir a presunção de não culpabilidade de modo a esvaziá-lo de seu viés mais substancial, restando apenas uma regra formal de apreciação de prova. Isso porque, cabe lembrar, conforme o fazem Lima (2017) e Nucci (2017), que o princípio em questão compreende duas facetas: a regra probatória e o dever de tratamento.

Por força da primeira (regra probatória ou de juízo), o ônus da prova cabe à acusação, exclusivamente. A defesa nada é obrigada a provar, pois o acusado já ingressa ao processo na condição de inocente, sua inocência é nata, de maneira que cabe à acusação reunir provas que elidam esse estado. Ou seja, jamais se pode exigir que o acusado prove sua inocência, mas sim que a acusação prove a culpa.

Ademais, tal regra faz militar em favor do acusado o *in dubio pro reo*, ou seja, a dúvida favorece o réu: caso exista dúvida razoável entre a culpa ou inocência do réu, deve prevalecer a última, com a absolvição do acusado. O juiz que não puder afirmar categoricamente que o réu é culpado, tem a dever de absolve-lo.

Mas com a regra probatória, convive um outro viés do princípio da presunção de inocência. É a regra de tratamento, que obriga o Estado a tratar o réu como inocente, até que seja considerado culpado – isso por decisão irrecorrível, findando o processo, segundo o inciso LVII do artigo 5º da CF.

Ou seja, é vedado que o Estado trate o réu como se culpado fosse, tornando ilegítima a imposição ao réu de qualquer medida gravosa que não condiga com o estado de inocência. Qualquer ato estatal que evidencie uma antecipação de juízo condenatório encontra-se em conflito com a regra constitucional de tratamento, e deve ser repelida.

O ministro Eros Grau, ao tocar em tal ponto, tomou a doutrina de Antônio Magalhães Gomes Filho para realçar a dimensão de regra de tratamento da presunção da inocência, afirmando que “não é possível desconhecer que a Constituição instituiu uma verdadeira **garantia de tratamento** do acusado como inocente **até o trânsito em julgado** de sentença condenatória”.

Também Cezar Peluso votou, nos seguintes termos:

O conteúdo jurídico do princípio [de presunção da inocência] é, nada mais nada menos, que a expressão de uma **garantia no sentido substancial**, não no sentido de remédio processual; no sentido substancial de o ordenamento jurídico, em relação ao réu, **não lhe poder impor nenhuma medida que atinja sua esfera ou patrimônio jurídico**, no sentido largo do termo, enquanto não sobrevenha sentença definitiva condenatória. Ou seja, o ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra **qualquer medida gravosa**, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, **ofende a garantia constitucional**. (grifos ausentes no original)

Outrossim, a **antecipação** dos efeitos do juízo de culpabilidade esvaziaria a regra de tratamento da presunção da inocência, justamente o viés mais substancial do princípio em questão. Não há como castigar alguém sem se afirmar que ele é culpado, pois o castigo pressupõe a retribuição por uma infração, e é necessariamente decorrente da ideia de culpa.

Com esse esvaziamento, restaria apenas a regra probatória, além da afirmação – formal, despida de efeito prático – de que o indivíduo não é culpado, ideia que, conforme registrado nos debates realizados em Plenário, gerava assombro ao ministro Cezar Peluso:

O que me perturba o espírito, com o devido respeito, senhor Presidente, é que essa garantia constitucional, que, histórica e dogmaticamente, é uma das mais importantes das ordens jurídico-constitucionais, **possa ser reduzida, na sua eficácia normativa, a casos periféricos** de medidas de natureza puramente material. Noutras palavras, a garantia do art. 5º, inciso LVII, pode correr o risco de ser reduzida a garantia contra medidas de caráter secundário; já não contra aquelas que produzem, em relação à dignidade da pessoa humana, **as restrições e os sacrifícios mais graves**. Noutras palavras, poderemos dar à garantia constitucional do mais amplo espectro uma **eficácia prática reduzida**, que, na prática, servirá, um pouco mais ou um pouco menos, para remediar situações menos importantes, como essa de descontos de vencimentos, ou coisas ainda mais inferiores do ponto de vista das consequências para o homem normal na sua vida rotineira. (grifos ausentes no original)

E posteriormente, prosseguiu o ministro em seu voto:

Outra inteligência, com o devido respeito, esvaziaria essa garantia constitucional ou a **rebaixaria a provisão de ordem absolutamente secundária, senão inútil**, que bem poderia corresponder a absoluta inconseqüência do ponto de vista prático. Por quê? Porque passaria a ser **enunciado de caráter só moral** da Constituição, que consideraria o réu no processo como se fora inocente, **mas para nenhum efeito!** (grifos ausentes no original)

Outrossim, a ênfase destemperada no viés processual e probatório do princípio da presunção da inocência, relegando a segundo plano seu viés substancial, importaria no apagamento de seus efeitos mais relevantes.

2.3.4. Do princípio da isonomia

Mencione-se que o tratamento dispensado aos condenados a penas privativas de liberdade de acordo com a interpretação restritiva do princípio da presunção da inocência também foi visto como uma afronta ao princípio da isonomia, vez que o Pretório pacificamente rechaçava a execução temporã outras espécies de sanção penal.

Com efeito, a LEP condiciona ao trânsito em julgado, de maneira uniforme, o cumprimento de todas as espécies de pena, quer sejam privativas de liberdade, restritivas de direito ou pecuniárias.

Isso é observado no texto do artigo 105 (“**transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade**, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”), do 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 [...]”), e do artigo 167 (“extraída certidão da sentença condenatória **com trânsito em julgado**, que valerá como título executivo judicial [...]).

Tal reiteração não deixaria restar equívoco sobre a opção do legislador: privilegiar a liberdade até o desfecho definitivo do processo. E não era outra a interpretação do Supremo, no que tangia à execução das penas restritivas de direitos e de multa. Tanto assim que o ministro Eros Grau relacionou em seu voto uma série de julgados de ambas as Turmas do STF, (HC 88.413, Primeira Turma, HC 86.498, Segunda Turma, HC 84.859, Segunda Turma, HC 84.587,

Primeira Turma, HC 84.677, Primeira Turma, e outros) que convergiam nessa mesma direção: em todos eles, exigia-se o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

Porém, essa interpretação literal dada aos artigos 147 e 167 não era estendida à norma análoga contida no artigo 105, que trata exatamente da mesma questão – o início da execução a pena –, variando apenas em relação à espécie da sanção imposta, que inclusive, por ser mais severa, deveria envolver uma cautela ainda mais expressiva, conforme delineado pelo ministro Eros:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – **indubitavelmente mais grave** – enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a **aplicação de tratamento desigual a situações iguais**, o que acarreta violação do **princípio da isonomia**. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte **aplique o direito de modo desigual a situações paralelas**. (grifos ausentes no original)

Ainda, é importante lembrar que o Supremo também no Recurso Extraordinário 482.006 se manifestara contrariamente ao conteúdo de lei que impunha gravames ao réu em virtude de este estar sendo processado criminalmente⁶.

Ora, quando não se permite sequer que o réu suporte restrições de cunho patrimonial, que são, *a priori*, reversíveis, não haveria razão em permitir que suporte sanção que recaia sobre sua liberdade, direito de envergadura inegavelmente maior e de reparação absolutamente impossível, posto que indenização alguma seria capaz de apagar as marcas deixadas pelo cárcere. Conforme sustentou Eros Grau,

A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

⁶ Tratava-se de lei estadual que impunha redução salarial a servidores afastados do exercício do cargo em virtude de responderem a processo criminal por crimes funcionais, e naquela ocasião, assentou-se que, apesar de a lei conter previsão de compensação das diferenças em caso de posterior absolvição do agente público, a mera diminuição salarial já acarretaria antecipação da culpa, o que importaria em violação ao princípio do devido processo legal e de presunção da inocência, de maneira que a norma questionada não se coadunava com a Constituição Federal de 1988, não sendo por ela recepcionada.

E no mesmo sentido, manifestou-se o ministro Peluso durante os debates em plenário, registrado nas notas taquigráficas:

Quero mostrar minha preocupação com a coerência com que a Corte deve tratar temas tão próximos. Não vejo como os destinatários das decisões sejam capazes de entender que a Corte reprima a inflição de uma medida de ordem puramente pecuniária no curso do processo penal, e, **por conta dessa mesma pendência**, admita a mais grave de todas as penas na ordem jurídico-constitucional: a restrição, a privação da liberdade. Isto é, não admitimos que se possa impor pena de caráter pecuniário, ou medida gravosa de caráter pecuniário, mas admitimos se possa impor uma medida absolutamente irreversível: a privação da liberdade! (grifos ausentes no original)

Com efeito, como salientou o ministro Ayres Britto, a Constituição outorga à liberdade de locomoção uma proteção ímpar, para tornar sua restrição a exceção das exceções. A mobilização de uma série de garantias e direitos para salvaguardá-la estaria, assim, plenamente justificada, porquanto se trataria da “prima-dona dos direitos individuais”.

Diante disso, compreende-se que o dano a tal direito é de sobremaneira irreparável, impactando de forma ímpar na dignidade do sujeito. Tanto que o ministro prossegue analisando o dano em quatro dimensões: primeiramente, sob o aspecto do impacto emocional, porquanto o réu fica com seu psicológico extremamente abalado (“sua autoestima fica ao rés do chão”), mesmo antes de ser levado ao cárcere, mas simplesmente por saber que pesa contra ele uma ordem de prisão. Depois, cita-se a deterioração do conceito do réu perante sua família, porquanto mesmo o sustento da mesma se vê ameaçado. O terceiro é a desqualificação profissional que sofre o réu, porquanto o fato de sua prisão torna-se conhecida nos meios sociais, e dificulta que o mesmo encontre boas oportunidades de emprego (mesmo que sua prisão seja eventualmente revertida por sentença absolutória). E por último, o réu se vê sua imagem deteriorada perante o meio social, que inevitavelmente fica sabendo de seu encarceramento, e daí originam-se uma série de prejulgamentos que não se alteram mediante simples declaração absolutória e consequente soltura.

Outrossim, estar-se-ia diante de um dano imensurável, infligido de forma injusta e irreversível contra réus que eventualmente venham a ser declarados inocentes pelas instâncias superiores.

Vislumbra-se então que a suma gravidade de uma prisão injusta foi o motivo pelo qual a Constituição foi extremamente criteriosa e restrita quanto às hipóteses autorizadas da medida constritiva, tutelando a liberdade com muito mais afincamento que qualquer outro direito ou garantia individual.

Não haveria, desta maneira, como fragilizar as garantias concernentes à liberdade de locomoção, e ao mesmo tempo enrijecer a proteção a outras liberdades, sem ferir o princípio isonômico.

2.3.5. Da ampla defesa

Tendo em mente a possibilidade de revisão da decisão condenatória nas instâncias superiores, argumenta-se que a manutenção do réu em liberdade até o final do processo (trânsito em julgado) também deveria se dar em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa.

Segundo Lima (2017), esse é o princípio subsidia ao réu diversos instrumentos que maximizam seu poder de resistência contra a pretensão punitiva estatal: tendo em vista o desequilíbrio natural existente entre o réu e o Estado-acusador (que é sempre mais forte), o ordenamento constitucional optou por conferir àquele um tratamento desigual, na tentativa de promover a igualdade material entre as partes durante o processo. Em decorrência disso, o réu recebe diversos “privilégios” em detrimento da acusação, como a possibilidade de manejar *habeas corpus* e de pleitear revisão criminal.

Para garantir a amplitude de defesa exigida pelo inciso LV do artigo 5º da Constituição, seria necessária a observância desse postulado no processo como todo, ou seja, durante todas as suas fases, e não apenas nas instâncias ordinárias. Caso contrário, ter-se-ia um “direito à defesa restrita”, que se contrapõe ao que preceitua a Carta Política. O ministro Eros Grau faz abordagem desse ponto específico:

A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba **todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária**. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando **desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão**. (grifos ausentes no original)

Equivale dizer que o direito de resistência do réu não cessa com a sentença ou com o acórdão condenatório, mas atua também nas instâncias extraordinárias – e mesmo na fase pós-processual, quando se coloca à disposição do condenado o instituto da revisão criminal.

Assim, encarcerar o réu prematuramente, quando a decisão ainda é passível de reforma, privilegia o Estado detrimento do direito do réu, pois providencia-se saciedade imediata à pretensão punitiva, relegando a segundo plano o direito à resistência. Isso significa

inverter o princípio da ampla defesa, porquanto cria-se de uma situação de desequilíbrio que é desfavorável ao réu, que vê restringido seu direito de defesa.

Além disso, é a própria Constituição Federal que outorga as prerrogativas de interposição de Recurso Especial e Extraordinário, propiciando instrumentos que, por força de sua natureza recursal, têm o condão de repelir o trânsito em julgado. São meios constitucionais de defesa, e o réu pode optar ou não em utilizá-los.

Dessa maneira, tratando-se de instrumentos inseridos entre os meios de concretização da ampla defesa, não seria justificável puni-lo por exercer regularmente a faculdade que lhe foi conferida pela Lei Maior do Estado Brasileiro, conforme os dizeres do ministro Celso de Mello:

O fato, Senhor Presidente, é que o Ministério Público, as autoridades judiciárias e policiais não podem tratar, de forma arbitrária, quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o **exercício pleno** de prerrogativas que resultam, legitimamente, do sistema de proteção institucionalizado pelo **próprio ordenamento constitucional** e concebido em favor de qualquer pessoa sujeita a atos de persecução estatal. (grifos ausentes no original)

2.3.6. Do devido processo legal

Existe também a possibilidade de se analisar a prisão antecipada como potencial ofensa ao devido processo legal. Quanto a isso, o ministro Cezar Peluso tece em seu voto uma interessante reflexão sobre a ofensa que um juízo condenatório prematuro, com a imposição precipitada de uma prisão, pode causar a tal princípio.

Explica o ministro que esse relevante princípio do direito está contemplado explicitamente em nossa Constituição, no inciso LIV do artigo 5º, onde se dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, mas desenvolveu-se inicialmente no direito anglo-saxão, lá sendo conhecido como “*due process of law*”.

O princípio em questão ganharia asoberbada importância porque encerra em si uma ideia de que não basta que o processo seja regido pela lei – pois aí bastaria que se chamasse processo legal. Não, o processo legal deve ser qualificado, daí a relevância do adjetivo o precede.

A expressão “*due*” está originalmente atrelada à ideia de justiça, e foi ali colocada com a intenção de indicar, segundo o ministro, “um apelo aos ideais de justiça”. A legitimação do processo não se depende apenas do fiel cumprimento dos mandamentos legais, da sua condução de acordo com as estreitas vias delineadas na lei, mas também precisa corresponder

às concepções da sociedade sobre a **justiça** – que apesar de ser um conceito extremamente abstrato e de difícil definição, é, segundo Peluso, um sentimento inato “que até as crianças têm”.

Logo, o sujeito, réu no processo penal, teria direito a um “**justo processo legal**”, ou nas palavras do ministro Peluso, a um “**processo devido por justiça**”. Daí que na opinião do ministro, não há como ser justo um processo que aplica a sanção antes de se ter definido a culpa:

Não consigo conceber um processo *justo* onde se aplique a alguém, pelo mero fato de ser réu, medida gravosa e de caráter irremediável, como é a privação de sua liberdade. Um processo que permita execução provisória de pena, **sem juízo definitivo de condenação** e, o que releva, **sem reconhecimento definitivo de culpa**, decididamente pode ser *legal*, **mas justo não é**, e, não sendo *justo*, **não é processo que atenda ao princípio constitucional**. (grifos ausentes no original)

Outrossim, ainda que se possa argumentar pela legalidade do processo que impõe uma punição antecipada, por atendidos todos os preceitos legais, este processo não se legitimaria perante a Constituição, por não se enquadrar aos parâmetros exigidos pelo artigo 5º, inciso LIV.

2.3.7. Do princípio da dignidade humana

O princípio da dignidade humana é talvez um dos mais sofisticados entre os muitos abarcados pela ordem constitucional brasileira. Diferentemente dos demais princípios tratados até aqui, a dignidade da pessoa humana não é colocada entre os direitos e garantias individuais, mas é alçado a um *status* de **fundamento** da República Federativa do Brasil, contemplado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Outrossim, o desrespeito à dignidade da pessoa humana constituiria ofensa não apenas ao indivíduo que é o alvo direto do ato praticado, mas abalaria o próprio Estado Brasileiro. Segundo alguns constitucionalistas contemporâneos, trata-se de “superprincípio” do qual derivam outros direitos sumamente importantes, como o direito à vida, à propriedade, à igualdade, à liberdade, à presunção de inocência etc. (FERNANDES, 2017).

Como configura-se um princípio extremamente complexo, a dignidade da pessoa humana é estudada sob diversas dimensões, entre as quais a dimensão da “não instrumentalização do homem”, da “não coisificação” do ser humano. Segundo essa ótica, a pessoa não pode ser tomada como um instrumento, um meio utilizado pelo Estado para atingir

determinado fim – ainda que essa finalidade seja o bem maior. Destarte, a pessoa deveria ser vista como fim em si mesmo.

Nesse sentido, veja-se a argumentação do voto do ministro Gilmar Mendes, que naquele momento apoiava-se na doutrina alemã para defender que a prisão antecipada ofendia esse princípio maior:

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria **grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana**. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana **não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal**, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada. [...]

Na sua acepção originária, este princípio **proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais**. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua **degradação como objeto do processo estatal** atentam contra o princípio da proteção judicial efetiva e **ferem o princípio da dignidade humana**. (grifos ausentes no original)

E o ministro cita, ainda, decisão da Suprema Corte alemã, onde se afirma que “o delincente não pode converter-se em simples objeto da luta contra o crime com violação de seus direitos ao respeito e a proteção de seus valores sociais. Os pressupostos básicos da existência individual e social do ser humano devem ser conservados”.

Outrossim, esse conceito de dignidade humana deslegitimaria a objetificação do réu no processo penal, sua transformação em objeto processual ao invés de sujeito titular de direitos. Suas garantias não poderiam ser simplesmente cassadas em prol de se conferir maior eficiência ao sistema punitivo penal.

Quando Lima (2017) fala dos diversos sistemas penais, menciona a maior adequação do sistema acusatório aos postulados democráticos, em detrimento do sistema inquisitivo, justamente porque no último, o acusado era visto como um objeto qualquer, que podia ser livremente manipulado para que se atingissem as finalidades do processo. Já o sistema acusatório caracterizar-se-ia por uma humanização do réu, por vê-lo como uma pessoa, um indivíduo titular de direitos e garantias, as quais não perde em virtude de estar sendo processado. É justamente essa a característica principal pela qual o sistema acusatório encontra-se mais afinado ao Estado Democrático.

Então, quando se objetiva a efetivação de um Estado Democrático de Direito, é necessário tratar também os criminosos como sujeitos de direitos. Não se pode cair na tentação

de desconsiderar suas garantias, colocando-os na posição de sujeitos de segunda classe – ou pior, de objetos quaisquer –, simplesmente pelo fato de estarem sujeitos à persecução penal do Estado.

Relacionando a presunção de não culpa ao princípio da dignidade da pessoa humana, lecionou Cezar Peluso em seu voto:

O que é, afinal, esse princípio [da presunção da inocência]? É apenas um dos **mais imponentes valores político-ideológicos que o ordenamento jurídico assume em tutela da dignidade da pessoa humana**, que é a do réu no processo penal. Noutras palavras: que a pessoa humana, que seja réu no processo penal, **não perde sua dignidade por sê-lo**. O Estado adota o princípio para resguardar essa condição de dignidade do réu no curso do processo, até que lhe sobrevenha sentença penal condenatória em caráter definitivo. (grifos ausentes no original)

A condenação não importa de maneira alguma na perda da humanidade do sujeito, muito menos a simples condição de alvo de persecução penal pelo Estado pode resultar na eliminação das garantias inerentes a tal condição, conforme adverte em seu voto Celso de Mello:

O fato de alguém – independentemente de sua situação pessoal, social, política, econômica ou funcional – ostentar a condição jurídica de pessoa submetida a atos de persecução penal, mesmo perante órgãos da Polícia Judiciária, **não lhe suprime nem lhe afeta a posição de sujeito de direitos e de titular de garantias indisponíveis**, cuja intangibilidade há de ser preservada pelos magistrados e tribunais, especialmente por este Supremo Tribunal Federal. (grifos ausentes no original)

Não caberia, então, excluir o sujeito socialmente, sem deferir-lhe todos os meios – inerentes à ampla defesa – de reexame da decisão condenatória e das circunstâncias singulares e concretas da infração, que só se cristalizarão em definitivo quando do trânsito em julgado da decisão.

De maneira que impor o cumprimento antecipado da pena de prisão importaria em atentado não apenas contra os direitos do réu, mas contra a os elementos estruturantes do Estado Brasileiro, na medida que vulneraria sua condição de Estado de Direito.

2.3.8. Do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é mais um princípio de grande relevância, sendo inevitável seu enfrentamento quando se trata de matéria penal, que é precisamente o ramo do direito que restringe de forma mais agressiva os direitos e garantias do réu.

O princípio em comento não encontra previsão expressa na CF, mas a doutrina preceitua que o mesmo está inserido no princípio do devido processo, dando-lhe substância.

Segundo a lição de Lima (2017), trata-se aqui de um parâmetro que afere a razoabilidade da medida tomada pelo ente estatal, impondo-lhe uma atuação comedida quanto às restrições e condicionantes impostas às garantias individuais. Em outras palavras, sua maior finalidade é de contenção do poder do Estado, coibindo que este cometa excessos e arbitrariedades contra o povo.

De forma que, quando se pensa em aplicar um ato de constrição às liberdades individuais, tal ato deve enfrentar três julgamentos distintos, sendo que só atendendo aos três requisitos ele se legitimará perante o princípio da proporcionalidade.

Em um primeiro momento, examina-se se o ato pretendido é **adequado** ao fim que se busca atingir, ou seja, se sua prática produzirá o efeito desejado. Entendendo-se que o ato é adequado, forçoso aferir se ele é **necessário**, ou seja, se não é possível sua substituição por um ato menos gravoso, capaz de produzir o mesmo resultado. E finalmente, verifica-se a **proporcionalidade em sentido estrito**, ou seja, estabelece-se um juízo que pondera entre o benefício e o malefício que será causado, devendo o ato ser praticado apenas quando os benefícios suplantem os malefícios que advirão.

Analisa-se então se a antecipação da sanção condenatória a esses requisitos contidos pelo princípio da proporcionalidade.

O ministro Gilmar Mendes tratou o tema em seu voto, e naquela oportunidade entendeu que a antecipação dos efeitos da condenação não observava a proporcionalidade, na acepção da **necessidade**. Isso porque a submissão obrigatória do réu ao cárcere torna-se desnecessária, quando se faculta ao magistrado a análise dos elementos concretos para, à luz dos pressupostos elencados no CPP, decidir pela necessidade ou não da prisão (que se dará na forma de prisão cautelar e provisória, que não aponta para a culpabilidade ou para a condenação do réu). São esses os termos do voto do ministro:

Parece certo, ademais, que tal exigência **impede a aplicação do princípio da proporcionalidade in concreto**, tomando como absoluta uma valoração que se assenta exclusivamente num juízo de desvalor genérico – a prática de determinado delito. Semelhante critério viola sem dúvida o princípio da proporcionalidade já na sua acepção de necessidade, ou em outros termos, **sobre a existência de outro meio igualmente eficaz e menos gravoso**.

Na espécie, já se demonstrou à saciedade, a partir dos votos vencidos acima referidos, que os eventuais objetivos de semelhante medida podem ser **integralmente alcançados com a adoção da prisão provisória**.

Configurada a desnecessidade da medida, tendo em vista sua flagrante inadequação, não há dúvida de que, na espécie, a adoção de fórmulas genéricas, calçadas na mera antecipação da execução da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo à disposição da defesa, resulta ofensiva ao princípio da proporcionalidade na sua acepção de necessidade. (grifos ausentes no original)

Dessa maneira, percebe-se que quando o magistrado não é legalmente obrigado a determinar o encarceramento prévio do réu, ele pode analisar as circunstâncias concretas do processo, e concluir, p.ex., que a adoção de alguma das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, seria suficiente para tutelar a paz social, não restringindo tão agressivamente os direitos do réu.

Ou ainda, em último caso, não estaria impedido de determinar a prisão preventiva do réu, mas o faria de forma motivada, apenas quando as circunstâncias fáticas indicassem ser tal medida indispensável.

De maneira que, se existem cautelares que resguardam satisfatoriamente a sociedade contra criminosos perigosos, sem avançar de forma tão incisiva sobre os direitos e garantia do réu, a antecipação de pena não passaria pelo crivo da proporcionalidade.

2.4. Das divergências

A votação que representou a quebra para com a jurisprudência tradicional e consolidada da Corte não representou, por certo, uma unanimidade, de maneira que ficaram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Nos votos dos julgadores vencidos, preponderaram argumentos relativos ao esgotamento do exame da matéria de fato nas instâncias ordinárias; à ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários em virtude da natureza e à finalidade de tais recursos; à existência de outras modalidades de prisão anteriores ao trânsito em julgado; à necessidade de um sistema penal mais efetivo; à forma como o tema é encarado em outros países; e à própria noção que se tem do princípio de presunção da inocência, que deveria ser encarado mais como regra probatória do que como regra de tratamento.

Esses são precisamente argumentos que serão retomados futuramente, quando do histórico julgamento de 2016, conforme se verá logo à frente.

3. DA RETOMADA DA ORIENTAÇÃO TRADICIONAL NO HC 126.292

3.1. Dos fundamentos

A motivação principal da mudança jurisprudencial (na verdade, da reversão na mudança ocorrida poucos anos antes) seria uma tentativa de aplicar o princípio da presunção da inocência, preservando seu núcleo, mas sem desvalorizar outros princípios fundamentais.

Isso porque, segundo o entendimento que predominou, a interpretação da presunção da inocência que torna inexecutável a sentença condenatória até o trânsito em julgado era demasiadamente extensiva, e impedia que fossem observados outros princípios também caros à sociedade e ao Estado.

Dessa maneira, partiu-se para uma leitura mais amena do princípio em questão, que o faz incidir com maior rigor durante a tramitação do processo nas instâncias ordinárias, e que o relativiza (ou até mesmo o inverte) quando se chega às instâncias extraordinárias.

3.1.1. Da elisão gradual da presunção de inocência em virtude da apuração da culpa durante o processo

Conforme deixou-se entrever na introdução acima, a argumentação a favor de uma maior efetividade do sistema punitivo prega a elisão gradual do princípio de presunção de inocência ao longo do processo.

Com o gradual esvaziamento do princípio conforme transcorrem as fases processuais, o golpe derradeiro (marco final de incidência da presunção) seria dado pela condenação em segunda instância, momento em que se fixaria em definitivo o juízo de culpa, ainda que se careça do final definitivo do processo.

Outrossim, aquele que interpõe o Recurso Extraordinário ou o Recurso Especial ingressaria já como culpado nos Tribunais Superiores, no âmbito dos quais buscaria obter nova definição jurídica aos fatos que lhe definiram a culpa (os quais já estão sedimentados), e conseqüentemente uma melhora em sua situação jurídica.

Dessa maneira, a elisão do estado de inocência se daria em virtude do próprio desenvolvimento do processo, durante o qual se apuram os fatos e reúnem-se as provas acerca da culpa e da autoria delitiva.

O juiz de primeiro grau deveria sempre partir, em homenagem ao princípio da presunção da inocência, do pressuposto de que o réu é inocente. Caso a acusação não

desempenhe sua atividade de maneira satisfatória, trazendo aos autos elementos robustos para demonstrar ser o réu o cometedor do ilícito, cabe ao juiz decidir pela absolvição do imputado. Nas palavras do ministro relator, Teori Zavascki:

Antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, **no que se refere ao ônus da prova da incriminação** –, a presunção de inocência. (grifos ausentes no original)

Porém, sendo a presunção de inocência um pressuposto, ou um ponto de partida, a atividade de instrução probatória tenderia justamente para sua substituição por uma convicção calcada em elementos empíricos, e que por se fundar em uma avaliação dos elementos materiais, afastaria a suposição abstrata trazida pela constituição.

Quer dizer, valeria a máxima clássica da presunção de inocência: o sujeito presumir-se-ia culpado **até prova em contrário**, e não até trânsito em julgado da sentença condenatória.

Outrossim, conforme se descortinam as provas, a presunção seria gradualmente substituída por um juízo de inocência ou de culpabilidade, e ao final das atividades de instrução, caberia ao magistrado pronunciar-se pela absolvição ou pela condenação. Foi exatamente essa a maneira como escolheu pronunciar-se o ministro Luiz Fux em seu voto:

Presunção de inocência é o que está escrito na 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”. **Não há necessidade do trânsito em julgado**. (grifos ausentes no original)

Além disso, a prolação de sentença demandaria não apenas que o juiz se convença da culpa, mas também de fundamentação substancial da decisão, com demonstração clara dos motivos determinantes. A sentença condenatória deverá resultar da interpretação lógica do quadro probatória, e deverá conter demonstração sólida da culpa do réu, sem deixar dúvida razoável.

Nesses termos, a sentença condenatória representaria, *a priori*, um “acentuado juízo de consistência da acusação”, porquanto estaria lastreada em um robusto conjunto probatório que conduz à ideia de que o réu cometeu o fato típico; de maneira que o rigor condutor de uma decisão condenatória concreta seria suficiente para superar a ideia abstrata trazida pela constituição de que o réu é inocente. A esse respeito, afirmou Zavascki:

A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da **logicidade extraída dos elementos de prova** produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, **fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa** – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. (grifos ausentes no original)

Mas apesar da robustez da sentença condenatória, tal decisão deveria ficar temporariamente suspensa em sua efetividade, aguardando a decisão de segunda instância, porquanto a culpabilidade definida pelo juiz ainda pode ser modificada mediante decisão da corte de apelação, porquanto esta goza da possibilidade de revisitar em sua totalidade os elementos do processo, toda a matéria decidida pelo juízo singular pode ser alvo de debate, reinterpretação e modificação, sendo plenamente possível que da reavaliação do quadro probatório resulte o reconhecimento da inocência do réu. Veja-se o voto de Zavascki:

É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica **definitivamente** exaurido o exame sobre os **fatos e provas** da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o **duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza**, mediante **ampla devolutividade** da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau. (grifos ausentes no original)

Ademais, essa rediscussão dos fatos e realizada por magistrados veteranos, reunidos em órgão colegiado, que tem esse formato justamente para diminuir as chances de prevalência de uma decisão equivocada, potencializaria a chance de acerto dos magistrados. Essa é a narrativa do ministro Edson Fachin, que segue transcrita:

O caso concreto tem, para sua esmerada solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos **três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras**, os quais, em grau de recurso, devem **reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças**.

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são **soberanas** no que diz respeito à **avaliação das provas e à definição das versões fáticas** apresentadas pelas partes. (grifos ausentes no original)

Dessa maneira, imperioso reconhecer que o juízo de culpa emitido pelo juízo de piso não é definitivo até que seja impossível a rediscussão dos fatos que a definem, o que acontece quando se encerra a análise do caso em duplo grau de jurisdição.

Desse momento em diante, o juízo acerca da matéria fática encontra-se consolidado, impassível de ser novamente ser debatido ou de ser modificado, conforme também afirmou o ministro Zavascki:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das **instâncias ordinárias** que se **exaure a possibilidade de exame de fatos e provas** e, sob esse aspecto, a própria **fixação da responsabilidade criminal** do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária **não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição**, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de **preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa**. (grifos ausentes no original)

O mesmo entendimento foi esposado ainda pelo ministro Roberto Barroso, que assim sintetizou:

Não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso **gradativamente menor** na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há **sensível redução** do peso do princípio da presunção de inocência e **equivalente aumento** do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há **demonstração segura** da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por **finalizada a apreciação de fatos e provas**. (grifos ausentes no original)

E ainda, o ministro Luiz Fux argumentou que haveria, já em segundo grau, coisa julgada parcial, em relação à culpa do agente, ou seja, sua responsabilização pelo fato delituoso:

É possível se entrever uma **imutabilidade** com relação à **matéria de mérito da acusação das provas** e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações [sic] devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitem em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna **indiscutível, imutável**, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a

presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se **entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento**. [...]

A presunção de inocência cessa a partir do momento em que se **comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição**, encerrando um julgamento **impassível de ser modificado** pelos Tribunais Superiores. (grifos ausentes no original)

De maneira que, se depreende que os juízos ordinários (de primeira e de segunda instância) seriam os órgãos soberanos para a apreciação das provas, das versões divergentes sobre os fatos, o que impossibilitaria rediscussão sobre a culpa do réu, que deve prevalecer a partir de então.

3.1.2. Da função das instâncias ordinárias e extraordinárias

Conforme se depreende da leitura do item anterior, há um necessário debate acerca das próprias funções das instâncias ordinárias e das instâncias extraordinárias no julgamento do processo, de forma que é necessário ter noção do alcance e da matéria tratada nos recursos dirigidos a cada uma dessas instâncias.

Os recursos extraordinários são, segundo Neves (2017, p. 1555), aqueles que têm “o objetivo de viabilizar no caso concreto uma melhor aplicação da lei federal e constitucional, permitindo que por meio deles se preservem tais normas legais”.

Outrossim, tais recursos visam atender diretamente ao interesse da sociedade na aplicação escoreta e uniforme da lei e da Constituição, preservando a coerência do sistema normativo. Podem sim satisfazer também os interesses da parte recorrente, mas não é essa sua finalidade, conforme conclui o processualista:

É natural que, nesse caso, o recurso servirá **mediatamente** ao recorrente, porque o seu provimento o beneficiará, mas o importante é lembrar que **não é esse o objetivo do legislador ao prevê-los**, sendo essa vantagem obtida pelo recorrente uma mera **consequência prática** verificada no caso concreto. (grifos ausentes no original)

Ademais, conforme anota Bueno (2016), os recursos extraordinários têm fundamentação vinculada, e apenas se pode alegar um prejuízo específico, previamente previsto pela lei – *in casu*, no REsp e no RE, somente se alega matéria de direito, nas hipóteses previstas pelo artigo 102, inciso III, alíneas, e pelo artigo 105, inciso III, alíneas, ambos da Constituição Federal.

Os recursos de natureza ordinária, por outro lado, são todos aqueles que não se classificam como extraordinários, ou seja, que não visam tutelar o ordenamento jurídico ou a uniformidade na aplicação da lei, mas sim o interesse subjetivo do recorrente. E ainda, são de fundamentação livre, ao passo que qualquer matéria pode ser discutida por meio deles, possibilitando a revisão do caso em sua totalidade (NEVES, 2017).

Pois bem, tendo em vista as peculiaridades dos recursos extraordinários, que são cabíveis em hipóteses restritas, bem como o fato de que apenas até o segundo grau de jurisdição é que se discute a *quaestio facti*, o ministro Teori conclui que seria impossível a redefinição do juízo de culpa nas Cortes Superiores.

Consequentemente, seria remota a possibilidade de reversão do decreto condenatório, o que recomendaria que o réu ingressasse nas cortes superiores já despido do estado de inocência:

Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, **âmbito de cognição estrito à matéria de direito**. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em **fatos e provas insuscetíveis de reexame** pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a **relativização** e até mesmo a própria **inversão**, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. [...]

A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o **núcleo essencial** do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo **ordinário** criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. [...]

Os recursos de natureza extraordinária **não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos**. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. [...] O Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo **irrelevante**, para esse efeito, **as circunstâncias do caso concreto**. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado **infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente**. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores **não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa**, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. (grifos ausentes no original)

Diante da peculiar função dos recursos de índole extraordinária, critica também o ministro Edson Fachin, em seu voto, o “agigantamento dos afazeres do Supremo”, razão pela qual defendeu o “desapego à literalidade do texto constitucional”:

Há, todavia, [...] um **agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal**, que decorre da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais. Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a **tutela da ordem jurídica constitucional**, em detrimento de uma **inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos**. [...]

Interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” **sem o apego à literalidade** com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu. (grifos ausentes no original)

E ainda, explica como a leitura dos preceitos constitucionais deve resultar em uma visão que restringe o acesso ao Pretório, ao invés de ampliá-lo:

Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para **revisar “injustiças do caso concreto”**. [...]

Ainda, o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de **absoluta excepcionalidade**. [...]

A finalidade que a Constituição persegue **não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional** com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de **estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação** das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. [...]

A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e **apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais**. [...]

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu **uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias**. (grifos ausentes no original)

A conclusão a que se chega, adotando a postura dos ministros citados, é que se deve garantir a excepcionalidade do acesso aos Tribunais Superiores, ainda que isso importe em tolerar eventuais injustiças contra os condenados, porquanto estas deveriam ser corrigidas nas instâncias comuns.

3.1.3. Do acesso às instâncias superiores no direito comparado

Os ministros, para reforçar seus argumentos, colacionaram também pesquisas que demonstram que, fora do Brasil, segue-se a regra de uma absoluta excepcionalidade em se permitir que o réu recorra em liberdade, ainda mais quando se trata de recorrer às Cortes Superiores.

Outrossim, a definição da culpa logo após definição da *quaestio facti* seria plenamente compatível com o Estado Democrático, tanto é que se citam exemplo de diversas nações democráticas (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, Portugal, Espanha e Argentina) que aplicam a presunção de inocência apenas até a prolação de sentença condenatória, ou quando muito, até o resultado da apelação, mas jamais até o pronunciamento da Corte Suprema⁷.

Dessa maneira, a mudança na posição do Supremo faria com que o Brasil leia o princípio da mesma maneira que o restante do mundo, e não mais de forma isolada.

3.1.4. Do equilíbrio entre a presunção de inocência e os demais preceitos fundamentais tutelados pelo Estado

Além do argumento da demonstração gradual da culpa, outro elemento chave para a mudança jurisprudencial foi a afirmação da necessidade de não se ler a presunção da inocência isoladamente, com princípio absoluto, mas sim ao lado dos diversos preceitos fundamentais a serem promovidos pelo Estado e ao lado dos diversos outros direitos a serem tutelados.

Segundo muito se falou, a leitura que vinha prevalecendo acerca da presunção de inocência, vinha deixando inoperante o Estado, no sentido de que ele não conseguia dar uma resposta efetiva ao cometimento de delitos, assistindo de mãos atadas os criminosos que cometiam delitos, e posteriormente lançavam mão de inumeráveis recursos, logrando êxito em driblar a punição cabível.

Nesse sentido, estaria se tornando demasiadamente fácil que um réu, condenado nas instâncias ordinárias, dirija seus esforços e recursos para a obtenção de uma prescrição,

⁷ No voto do relator, ministro Teori Zavascki, transcreve-se o estudo de Frischeisen, Garcia e Gusman, *Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078* (in: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.).

estendendo ao máximo o período entre a publicação do acórdão e o início do cumprimento da sanção.

A prescrição, concebida como uma “punição” a um Estado que tarda excessivamente em exercer seu poder punitivo, encontra sentido, segundo Greco (2015), no próprio esquecimento do delito, na inutilidade da punição como método de prevenção, na dificuldade de se obterem provas, e na irrazoabilidade de se permitir que um erro pretérito persiga o delinquente por toda a vida. Em razão disso, se não se efetiva a punição nos prazos estabelecidos pelo artigo 109 do Código Penal⁸, opera-se essa causa extintiva da punibilidade, prevista no artigo 107, inciso IV, do mesmo código⁹.

Pois bem, a relativa facilidade em se obter uma prescrição teria em larga escala estimulado a interposição de recursos descabidos, como meros subterfúgios para furtar-se à justiça. Segundo Teori Zavascki,

A jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem **permitido e incentivado**, em boa medida, a **indevida e sucessiva interposição de recursos** das mais variadas espécies, com **indisfarçados propósitos protelatórios** visando, não raro, à configuração da **prescrição da pretensão punitiva ou executória**.

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, **não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional**. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um **mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal**. (grifos ausentes no original)

Ademais, a punição não se tornaria inócua apenas quando fica impossibilitada a aplicação da sanção: quando a punição demora a ocorrer, também ver-se-ia severamente prejudicadas a função retributiva e preventiva da pena, conforme anota o ministro Roberto Barroso:

⁸ “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; em três anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.”

⁹ “Extingue-se a punibilidade [...] pela prescrição, decadência ou preempção.”

É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, **tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal**. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que **frustra a função de prevenção especial do Direito Penal**. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime **não têm estímulos para não fazê-lo**, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes **tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais** tutelados por este ramo do direito. (grifos ausentes no original)

Ainda, essa ineficiência imposta faria com que o Estado deixe de observar o princípio da “vedação da proteção ineficiente”. Esse viés do princípio da proporcionalidade é discutido também pelo ministro Barroso, que discorre sobre sua dimensão positiva, e sobre a imposição de uma atuação efetiva do Estado para cumprimento de seus deveres constitucionais, principalmente no que tange à tutela dos direitos e garantias fundamentais do povo. Veja-se:

O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão **positiva**, referente à **vedação à proteção estatal insuficiente** de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando **deixa de agir** ou quando **não atua de modo adequado e satisfatório** para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais. (grifos ausentes no original)

Conforme se vê, tem-se aí um Estado que fica impedido de atuar, e dessa que dessa maneira cai em descrédito, perdendo a confiança daqueles que se encarregou de defender, e que igualmente não é temido por aqueles que pensam em praticar ilícitos, ou que já o fizeram e não têm motivos para não tornar a delinquir.

Nesse quadro, seria necessário resgatar a confiança das pessoas nas instituições do Estado, incumbidas de prestar proteção à população, garantindo-lhe uma proteção efetiva à segurança, à vida, ao patrimônio etc. E aquele que poderia promover a operacionalização dos preceitos fundamentais seria justamente o Estado Juiz, mediante aplicação de punições efetivas exemplares, que desencorajem a prática de ilícitos e façam a população sentir-se segura e amparada. Dessa maneira, afirma Zavascki:

Cumpra ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo – único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal –, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de **harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado**. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (grifos ausentes no original)

Outrossim, seria bem-vinda uma interpretação menos extensiva da presunção da inocência, para atender às demandas da sociedade que se vê oprimida, porquanto, conforme afirma Barroso, “a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”. Ou ainda, conforme afirma o ministro Luiz Fux,

Ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. **Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência**. (grifos ausentes no original)

De maneira que se concluiu que a restrição do âmbito de incidência da presunção de inocência seria mecanismo legítimo e adequado ao resgate das efetividade da jurisdição penal e do crédito da população no Estado.

3.1.5. Da natureza principiológica da presunção de inocência como autorizadora de sua mitigação

O ministro Roberto Barroso dedicou-se em seu voto a explicar a razão pela qual a presunção de inocência poderia ser legitimamente relativizada, sem perder sua essência nem ser desrespeitada, permitindo um sopesamento entre ela e os demais preceitos constitucionais defendidos pelo Estado.

Segundo ele, substituição da presunção de inocência pelo juízo de culpa que aos poucos se consolida, estaria fundada no fato de que a presunção de inocência é princípio, e não regra constitucional.

Outrossim, quando colocada ao lado de outros princípios, deve-se utilizar um julgamento de proporcionalidade para definir qual deve se apresentar de forma mais expressiva e qual deve ser visto com menos força – *in casu*, o princípio de presunção de inocência deveria perder força, enquanto os demais princípios deveriam ganhar efetividade.

Inicia o ministro sua explanação fazendo breve conceituação da divisão das normas constitucionais em regras e princípios. As primeiras, afirma, são descrições abstratas de condutas, e quando ocorre a subsunção de uma situação concreta à hipótese descrita na regra, esta será aplicável para reger a situação sob análise. Segundo o ministro, sua aplicação se opera “na modalidade ‘tudo ou nada’: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida”.

Já os princípios não se aplicam desta maneira, mas devem ser vistos como “valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados [...] na medida das possibilidades fáticas e jurídicas”. Desta feita, sua aplicação pode ser graduada, o princípio pode incidir na situação concreta com maior ou menor intensidade, e nos casos de colisão entre princípios, o julgador deverá aplica-los de acordo com critérios de ponderação, sem que isso ofenda a constituição.

Outrossim, segundo o raciocínio do ministro, a presunção de inocência não encerra uma regra (tanto que se permitem as prisões cautelares, anteriores ao juízo de culpa e ao trânsito em julgado), de modo que “pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo”.

No caso posto, o princípio da presunção de inocência haveria de ser ponderado ao lado dos preceitos citados anteriormente – efetividade da jurisdição e da lei penal, “em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal”, e dessa ponderação o ministro conclui:

O sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é **superado** pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da **mínima probabilidade de reforma da condenação**, como comprovam as estatísticas. (grifos ausentes no original)

Em outras palavras: colocada a situação concreta de colisão entre presunção da inocência e efetividade da proteção prestada pelo Estado, a última deveria ganhar maior peso, restringindo-se o âmbito de aplicação da primeira.

3.1.6. Da necessidade da prisão antecipada para garantia da ordem pública

O ministro Barroso esposou também seu entendimento de que a execução imediata da decisão condenatória exarada em segundo grau de jurisdição poderia ser vista, ainda, como uma medida cautelar, amparada pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, porquanto a manutenção do réu em liberdade importaria de desestabilização da ordem pública – um dos motivos idôneos para motivar a prisão preventiva.

Ao comentar sobre os requisitos analisados para ser possível a decretação de prisão preventiva, Nucci (2017) ensina que deve estar provada a materialidade do delito, devem haver indícios suficientes de autoria, e deve ocorrer alguma das hipóteses descritas no artigo 312 do CPP (garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, e a garantia da aplicação da lei penal).

Sinteticamente, a necessidade de prisão para garantia da aplicação da lei penal fica evidenciada quando o réu volta sua atuação contra o processo, visando frustrar sua finalidade útil, ou seja, a aplicação da sanção. O exemplo mais clássico dessa hipótese, utilizado também por Nucci, é a fuga deliberada do agente para evitar a reprimenda.

Já prisão preventiva por conveniência da instrução criminal é possível quando réu atua visando impedir a correta apuração dos fatos por meio do processo, perturbando seu desenvolvimento procedimental da instrução. Os exemplos mais comuns são a destruição de documentos, adulterações em objetos e cenas de crime, intimidação de testemunhas etc.

Por fim, a preventiva decretada para garantia da ordem pública¹⁰ é a mais ampla das hipóteses do artigo 312, mas em suma, pode-se afirmar que busca manter a ordem social. É decretada quando a manutenção do réu em liberdade causa profundo abalo à sociedade, provoca caos, desordem e instabilidade – é o caso, por exemplo, do réu que mostra habitualidade no mundo do crime e a intenção de seguir praticando ilícitos, aterrorizando a comunidade local.

Pois bem, anotados alguns conceitos importantes sobre as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, entende o ministro Barroso que o sentimento de impunidade reinante na sociedade, nascido em virtude da liberdade do condenado em segunda instância, com o conseqüente descrédito no Estado e na Justiça, seria suficiente para fundamentar uma prisão preventiva visando assegurar a ordem pública. Diz ele em seu voto:

¹⁰ A garantia da ordem econômica é, segundo Nucci, espécie deste gênero, mas visa especificamente evitar sério abalo à economia ou ao mercado financeiro.

Ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau – e há! –, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. [...]

O artigo 312 do Código de Processo Penal prevê três situações em que a decretação da prisão preventiva é justificada, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria [...]. Em relação à garantia da ordem pública [prevista pelo artigo 312 do CPP como situação que justifica a decretação da prisão preventiva], o Supremo Tribunal Federal tem entendido que ela compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a **credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário**. [...]

Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a **eficácia do direito penal** exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. Estão em jogo aqui a **credibilidade do Judiciário** – inevitavelmente abalada com a demora da repressão eficaz do delito –, sem mencionar os **deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal**. (grifos ausentes no original)

De maneira que conclui o ministro pela necessidade da prisão, após a condenação em segunda instância, como medida cautelar, que visa resguardar a ordem pública.

3.1.7. Dos mecanismos aptos remediar os efeitos de condenações equivocadas

Argumentou-se, por fim, que a mudança na jurisprudência, com retomada da execução antecipada da pena, não deixaria desguarnecidos de defesa aqueles que fossem vítimas de eventuais juízos condenatórios precipitados no âmbito das instâncias inferiores.

Pelo contrário, existiriam diversos instrumentos que não carregam consigo os mesmos prejuízos à efetividade da jurisdição penal, e que são aptos e suficientes a remediar tais excepcionalidades.

Entre esses instrumentos, destaca-se o *habeas corpus*, remédio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal¹¹, que segundo anota Moraes (2017), teve sua gênese entre os romanos, mas se desenvolveu de maneira substancial ingleses, e atualmente figura em nosso ordenamento como uma ação autônoma que tem por função, conforme assinalado no texto constitucional, tutelar a liberdade de ir, vir e permanecer do indivíduo, ou seja, tutela a liberdade de locomoção em sentido lato, não apenas no âmbito criminal.

¹¹ “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

Constitui-se, como dito, em ação autônoma – ainda que prevista dentro do título do Código de Processo Penal que tutela os recursos – que encontra poucas restrições em seu âmbito de cabimento: para que possível seu manejo, basta a existência de constrangimento arbitrário, real ou potencial, ao direito de livre locomoção da pessoa¹². Ainda, devido à sua urgência, a estrutura do *habeas corpus* não tem grandes formalidades, e sua tramitação é marcada pela celeridade, sendo geralmente impetrado com pedido de concessão de liminar, bem como acompanhado dos elementos de prova que dão suporte ao pedido (LIMA, 2017).

Pois bem, essas características do *habeas corpus* seriam suficientes a repelir os efeitos de condenações equivocadas, tornando o remédio constitucional até mesmo mais satisfatório que os próprios recursos extraordinários, porquanto é processado e analisado mais rapidamente.

Além disso, haveria sempre a possibilidade de se pleitear, nos Recursos Especial ou Extraordinário, a concessão de efeito suspensivo *ope judicis*¹³, de maneira que a manifesta plausibilidade do recurso poderia levar o relator a sustar os efeitos do decreto condenatório até a apreciação do mérito do recurso, evitando assim que ocorram danos aos direitos do recorrente.

Com efeito, foi essa a inteligência de Zavascki, conforme nota-se de seu voto:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: **equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias**. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá **outros mecanismos** aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. **Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo** ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos **inteiramente adequados e eficazes** para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo **plausibilidade jurídica do recurso**, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a **ação constitucional do *habeas corpus*** igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado **não estará desamparado da tutela jurisdicional** em casos de flagrante violação de direitos. (grifos ausentes no original)

E de maneira semelhante votou Gilmar Mendes:

¹² O âmbito de aplicação do *habeas corpus* é tão grande que pode ser manejado a qualquer momento, mesmo nas fases pré ou pós processuais, e ainda, pode ser solicitado como salvo conduto, antes que se concretize a restrição abusiva à liberdade de locomoção.

¹³ Efeito suspensivo não automático, que depende de análise e deliberação da autoridade judicial para ser concedido.

Se porventura houver a caracterização – que sempre pode ocorrer – de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. E **os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada.**

Logo, não estamos aqui a fazer tábula rasa e a determinar que se aplique, sem qualquer juízo crítico, a condenação emitida pelo juízo de segundo grau. **Haverá sempre remédios, e o bom e forte *habeas corpus* estará à disposição dos eventuais condenados**, como acontece de resto com os vários recursos extraordinários para os quais nós acabamos por conceder efeito suspensivo. Poderemos fazê-lo também em sede de *habeas corpus*. (grifos ausentes no original)

De maneira que, segundo o entendimento majoritário, qualquer dessas vias resguardaria, de maneira adequada e suficiente, os interesses dos recorrentes, sem impossibilitar de forma absoluta a efetividade do sistema penal.

3.2. Das divergências

Dentre os ministros que tomaram parte na votação, quatro restaram vencidos, sendo eles os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Os fundamentos de seus votos foram principalmente a literalidade do texto constitucional, cuja clareza não permitiria leitura diferente daquela que vigeu de 2009 a 2016: a culpa seria pressuposto da pena, e só ficaria definida com o trânsito em julgado do decreto condenatório. Enquanto não preenchida tal condição, não poderia o Estado tratar o réu como culpado, para efeito algum, sob pena de ofender o princípio da presunção da inocência, que vige em todas as fases do processo.

Uma interpretação que se afastasse da literalidade importaria em modificação da Constituição, operada pelo Judiciário, e não pelo Legislativo, conforme sustentou o ministro Marco Aurélio, bem como o ministro Ricardo Lewandowski, respectivamente:

O preceito, a meu ver, **não permite interpretações**. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, **onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação**, sob pena de se **reescrever a norma jurídica**, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da **autocontenção**. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa.

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional [o ministro Cezar Peluso inspirou emenda constitucional que abolia o RE e o REsp, e criava em seu lugar ações rescisórias específicas para os mesmos fins, abreviando o trânsito em julgado] [...]. Mas essa ideia **não prosperou no**

Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade **não encerra garantia**, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado. (grifos ausentes no original)

Não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a **taxatividade** desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém **até o trânsito em julgado**. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*. (grifos ausentes no original)

O ministro Celso de Mello trilhou o mesmo caminho, e também criticou aqueles que buscam interpretar a presunção de inocência de acordo com os entendimentos firmados em outras nações, advertindo ainda que a interpretação que se perfilhava majoritária naquele momento flertava com o autoritarismo:

Se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, **não impõem a necessária observância do trânsito em julgado** da condenação criminal.

Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, **a proteção à presunção de inocência**. [...]

Tenho para mim que essa **incompreensível repulsa à presunção de inocência**, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente **incompatível com os padrões do regime democrático**. (grifos ausentes no original)

Marco Aurélio falou ainda da irreversibilidade da pena de prisão, que tornaria incabível a execução antecipada da sentença condenatória, enquanto o ministro Lewandowski enfatizou que a antecipação da pena não é possível sequer quando se tem uma pena pecuniária:

Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. **Pressuposto** da execução provisória é a **possibilidade de retorno ao estágio anterior**, uma vez reformado o título.

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, **a liberdade será devolvida ao cidadão?** Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é **negativa**. (grifos ausentes no original)

Em se tratando de dinheiro de propriedade [sic], o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para **evitar qualquer prejuízo, a restituição integral**

do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte do Tribunais Superiores. [...]

[Mas] em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que **a pessoa tem que ser provisoriamente presa**, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, **não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis**, se me permite o termo. (grifos ausentes no original)

Os ministros também criticaram a mudança jurisprudencial quando o entendimento anterior fora firmado tão recentemente, apenas sete anos antes, afirmando que mudanças abruptas como aquela colocariam em cheque a segurança jurídica, conforme mencionou a ministra Rosa Weber.

4. DA REPERCUSSÃO DO JULGAMENTO

4.1. Da reação da comunidade jurídica

A parcela majoritária da doutrina não recebeu com bons olhos o novo posicionamento do Supremo, e boa parcela dos estudiosos do direito teceram duras críticas ao tribunal.

Távora e Alencar (2017) criticaram a decisão, afirmando que a necessidade de se dar maior efetividade ao sistema penal não autoriza ignorar o postulado constitucional em questão, e também que o Supremo silenciou quanto à previsão legal do artigo 283 do CPP, o qual condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado. Ainda, afirmam que os argumentos utilizados como fundamentos pelos julgadores são inconstitucionais, e que o artigo 637 do CPP (que nega efeito suspensivo ao RE e ao REsp) foi revogado tacitamente pela Constituição de 1988.

Oliveira (2017) igualmente manifestou que a decisão do STF ofende a Constituição, porquanto o Pretório teria indevidamente ressignificado o conceito de trânsito em julgado, afastando-se da definição que foi adotada no direito brasileiro, ou seja, de que transita em julgado a decisão quando não impugnável por recurso, de qualquer natureza que seja. O processualista afirma a antecipação da execução penal não pode ser alterada sequer pela via legislativa, mas apenas mediante emenda constitucional; ensina que a legislação do Brasil, ao contrário de legislações estrangeiras, não prevê recurso contra decisão transitada em julgado; e que a redação atual do artigo 283 do CPP veda expressamente a execução antecipada da pena.

Lima (2017) afirma que o entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional vai de encontro à própria Constituição Federal, e também ao Código de Processo Penal. Na sua opinião, a maior efetividade do sistema punitivo não pode ser lograda mediante afrontas à CF e às garantias por ela criadas.

Nucci (2016) também analisou a questão e afirmou que a decisão se distanciou da Constituição, porquanto segundo a Lei Maior, aquele que não foi condenado em definitivo ainda é inocente, e inocentes não cumprem pena, pouco importando se o recurso por ele interposto possui ou não efeito suspensivo. Apesar disso, não critica de forma tão enfática a decisão, afirmando que há de se considerar a função política do Supremo Tribunal Federal, que levou a Corte, nesse momento, a privilegiar a segurança pública em detrimento das garantias do réu.

O renomado penalista Dotti (2016), em artigo no qual tratou especificamente de caso no qual a sentença foi logo aplicada com fundamento no princípio da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri, alertou para o “desmonte de princípios e regras constitucionais e legais”, afirmando que o STF afrontou o princípio constitucional de presunção de inocência, o princípio da divisão tripartite das funções estatais, e a regra legal contida no artigo 383 do CPP.

D’Urso (2016) pronunciou-se poucos dias após a decisão do Supremo, e criticou duramente o Tribunal, classificando como “retrocesso” e “desastre humanitário” a decisão. Segundo ele, o papel do STF seria resguardar a Lei Maior, contra tudo e contra todos, inclusive contra as majorias – papel esse que se assoberbaria principalmente em situações de crise. Entretanto, a Corte preferiu curvar-se à opinião e ao clamor público, mesmo que para isso tenha sido necessário trair o princípio insculpido na constituição. Como consequência da postura retomada pelo Supremo, teria restado mutilada a Constituição e abertas as portas para o erro judiciário e para as injustiças.

El Tasse (2016) não foi menos ácido em suas críticas: o Supremo teria se equivocado na análise do direito comparado, importando procedimentos e conceitos sem observar as peculiaridades e diferenças dos sistemas normativos estrangeiros e do sistema brasileiro. A postura do STF teria se tornado, segundo o professor, mais autoritária até mesmo do que aquela adotada durante a ditadura militar, porquanto a um só tempo se restringe a via do *habeas corpus*, não o admitindo quando houver previsão de outro recurso cabível, mas se firma que os mesmíssimos recursos não obstam o aprisionamento do réu.

O criminalista Hireche (2016), membro das comissões de atualização do Código Penal e da Lei de Execução Penal, atentou para o fato de que a nova orientação da Suprema Corte teve como efeito diminuir a relevância do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Além disso, afirmou que não cabe justificar o malferimento a garantias fundamentais do cidadão com a inefetividade e na morosidade da Justiça, e que há de se ter cuidado porque se lidam com bens irrecuperáveis: o tempo e a liberdade do indivíduo.

Ainda, os penalistas Badaró e Lopes Júnior (2016) confeccionaram parecer no qual opinam contra a mudança jurisprudencial operada pelo STF. Após fazerem ponderações sobre o significado e a importância do princípio de presunção de inocência e sobre a forma como foi tratado pela Constituição de 1988, concluem os professores que o princípio deve vigorar até o trânsito em julgado da condenação, conforme a literalidade do texto da Lei Fundamental, e que é inconstitucional o cumprimento antecipado da pena. Veja-se:

O texto constitucional brasileiro é expresso em estabelecer um marco temporal para a garantia da presunção de inocência, que nos precisos termos do inciso LVII do caput do art. 5º, vigora “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendida essa expressão, em seu significado técnico, de **momento da passagem da sentença da condição de mutável à de imutável**, marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada. [...]

Durante o prazo recursal em que é possível a interposição de recurso especial ou extraordinário, ou mesmo após a interposição de tais recursos, mas antes do seu julgamento final, ainda não houve o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, vigorando a regra de tratamento do acusado, decorrente da presunção de inocência, que veda equipará-lo ao condenado por sentença definitiva, sendo inconstitucional antecipar o seu cumprimento de pena. (grifos ausentes no original)

Também o professor Silveira (2016) elaborou, a pedido do IASP, parecer sobre a questão, concluindo que a decisão do STF no HC 126.292 violou o princípio da presunção da inocência, nos moldes em que foi previsto pela Constituição Federal de 1988. Segundo ele, a redação constitucional não deixa margem para a aplicação antecipada da pena, sendo irrelevante o fato de os Tribunais Superiores não apreciarem matéria probatória. Ainda, afirmou que a interpretação dada pelo Supremo só poderia ser cabível se houvesse alteração do texto constitucional por meio de emenda.

Conforme se nota, a grande parcela dos juristas brasileiros repeliu a constitucionalidade da decisão do STF, o que não surpreende, tendo em vista que a doutrina, muito antes da jurisprudência, já afirmava a impossibilidade de imposição de pena com o processo ainda não findo, com o advento da Constituição Federal de 1988.

4.2. Da reação das entidades e associações

Não apenas a doutrina colocou-se em oposição ao Supremo, mas também diversas entidades ligadas à advocacia, à defensoria pública e à questão carcerária, que divulgaram notas contrapondo a decisão do Supremo.

O Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) afirmou¹⁴ em nota subscrita por seu presidente que a decisão do STF foi um “retrocesso inaceitável” quanto a princípio que estrutura um sistema processual penal democrático. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) afirmou¹⁵

¹⁴ *Nota do IAB sobre a decisão do STF no HC 126.292-SP.* Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/noticias/nota-do-iab-sobre-a-decisao-do-stf-no-hc-126-292-sp>>. Acesso em out. 2017.

¹⁵ *Nota da OAB em defesa das garantias individuais.* Disponível em: <<http://www.oabrs.org.br/canoas/noticias/nota-oab-em-defesa-das-garantias-individuais/20498>>. Acesso em out. 2017.

que a reforma de decisão condenatória nas Cortes Superiores “produzirá danos irreparáveis na vida das pessoas que forem encarceradas injustamente”. A Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (ANADEF) afirmou¹⁶ que a decisão trouxe “decepção aos que têm como missão a defesa dos direitos humanos, dos direitos e garantias fundamentais”. E até mesmo a Pastoral Carcerária da Convenção Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) afirmou¹⁷ que a decisão do STF sepultou o princípio da presunção da inocência. Diversas outras entidades trilharam o mesmo caminho, afirmando descontentamento com a postura do Supremo, e manifestando-se pela restauração da orientação garantista.

Por outro lado, há de se observar que algumas entidades que congregam membros do Ministério Público e do Judiciário posicionaram-se favoravelmente à mudança jurisprudencial promovida pelo Supremo.

A Associação de Juízes Federais do Brasil (Ajufe) afirmou em nota¹⁸ que a decisão do STF foi acertada na medida em que se evitará a interposição de recursos meramente protelatórios, e também porque dará maior efetividade à jurisdição criminal, bem como privilegiará as decisões das instâncias ordinárias. A Associação Nacional de Procuradores da República (ANPR) afirmou¹⁹ que a decisão emprestará maior celeridade e efetividade à justiça, bem como contribuirá para o combate à impunidade. E ainda, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) felicitou a decisão do Supremo por valorizar o primeiro e o segundo grau de jurisdição, indicando ainda a necessidade de formulação de legislação que empreste maior efetividade ao sistema de justiça criminal brasileiro²⁰.

Ou seja, conforme se nota, as entidades ligadas ao direito de defesa e ao sistema carcerário viram com maus olhos a decisão do STF, enquanto as entidades que congregam membros do Judiciário e do Ministério Público festejaram a nova orientação da Corte, destacando seu papel no combate à impunidade.

¹⁶ *Nota oficial da ANADEF*. Disponível em: <<http://www.anadef.org.br/component/content/article/1-latest-news/4042-nota-oficial-da-anadef>>. Acesso em out. 2017.

¹⁷ *Nota pública: A presunção de inocência, o STF e o encarceramento em massa*. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/nota-publica-a-presuncao-de-inocencia-o-stf-e-o-encarceramento-em-massa.html#sthash.Bi52Y4EM.dpuf>>. Acesso em out. 2017.

¹⁸ *Nota sobre a decisão do STF que permitirá a prisão após a condenação em 2ª instância*. Disponível em: <<http://www.ajufe.org/imprensa/notas-publicas/nota-sobre-a-decisao-do-stf-que-permitira-a-prisao-apos-a-condenacao-em-2-instancia/>>. Acesso em out. 2017.

¹⁹ *Para ANPR, prisão depois de decisão em 2ª instância é avanço*. Disponível em: <<http://anpr.org.br/noticia/4441>>. Acesso em out. 2017.

²⁰ *Nota pública sobre a execução da sentença condenatória antes do trânsito julgado*. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/nota-publica-sobre-a-execucao-da-sentenca-condenatoria-antes-do-transito-julgado/>>. Acesso em out. 2017.

4.3. Das ações de declaração de constitucionalidade

Seguindo a decisão que prevaleceu no HC 126.292, foram ajuizadas duas Ações de Declaração de Constitucionalidade que buscavam, mediante reafirmação da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, restaurar o entendimento que dava mais força ao princípio da presunção da inocência.

A ADC 43 foi proposta pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), e foi subscrita, entre outros, pelo famoso advogado Antônio Carlos de Almeida Castro, conhecido como Kakay.

Na ação, o partido político busca que o Supremo se pronuncie sobre o artigo 283 do CPP, afirmando que a nova orientação abraçada pelo STF contrariava tal dispositivo, e somente se manteria se fosse declarada a inconstitucionalidade do texto legal. Transcreve-se trecho da inicial²¹:

A retomada do entendimento pretérito do próprio Supremo Tribunal Federal foi levada a termo sem que a Corte tenha examinado a constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP, introduzido em 2011, o qual estabeleceu a necessidade do trânsito em julgado da condenação como condição para que tenha lugar o início do cumprimento da pena de prisão. Ao reabilitar a antiga interpretação, o Supremo Tribunal Federal não examinou questão essencial para o adequado tratamento da matéria. Para fixar o parâmetro segundo o qual a decisão penal condenatória pode ser objeto de execução provisória, o Supremo Tribunal Federal, *data vênia*, teria que ter declarado a inconstitucionalidade do artigo art. 283 do CPP: não se pode conferir a este dispositivo legal sentido compatível com a decisão recentemente proferida no julgamento do Habeas Corpus n° 126.292. (grifos no original)

O PEN afirmou-se também que cabe ao Legislativo estabelecer os parâmetros de aplicação do princípio de presunção de inocência, o que foi feito mediante edição da Lei n.º 12.403/2011, lei que deu nova redação ao artigo 283 do CPP e estabeleceu legalmente a necessidade do trânsito em julgado para o início de cumprimento da pena. Ou seja, com a alteração do dispositivo em questão, teria o legislador regulamentado o âmbito de aplicação do preceito constitucional, optando pelo entendimento por aplicar o princípio de forma mais ampla, com vedação da execução antecipada de pena.

Por fim, afirmou-se que o agasalhamento do novo entendimento sobre a prisão prévia ao trânsito em julgado da condenação cria uma nova modalidade de prisão, não prevista

²¹ Íntegra disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>>. Acesso em out. 2017.

em lei, porquanto o artigo 283 do CPP apenas prevê duas modalidades de prisão: a prisão de fundo cautelar (quer preventiva, quer temporária), e a prisão penal, em virtude de condenação definitiva. A postura do STF teria deixado de observar, desta maneira, o princípio da divisão dos Poderes, praticando uma ingerência do Judiciário no campo de competência do Legislativo.

Já a ADC 44²² foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Subscrita pelo jurista Lenio Luiz Streck, entre outros, a intenção da ADC é igualmente fazer com que o STF enfrente o preceito legal do artigo 283 do CPP, que coloca o trânsito em julgado da condenação como condição para execução da pena. No entendimento da OAB, para se manter a jurisprudência firmada recentemente pelo Supremo, seria necessária a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo.

Afirmou-se na ação que haveria uma “constitucionalidade espelhada” do artigo 283 do CPP, ou seja, que o dispositivo legal basicamente repete as normas constitucionais. Especificamente, estariam reproduzidos no texto do CPP o conteúdo dos incisos LVII e LXI da Constituição Federal (o primeiro dispõe sobre a presunção da inocência, o segundo sobre as hipóteses de prisão).

E por consequência não haveria como declarar inconstitucional dispositivo questionado, porquanto significaria declarar inconstitucional a própria norma constitucional ali espelhada, e o próprio Supremo Tribunal brasileiro já rechaçou a tese das normas constitucionais inconstitucionais anteriormente.

Outrossim, conclui a OAB:

- (a) no Brasil, nem a doutrina, nem a jurisprudência dessa e. Suprema Corte aderiram à tese de Otto Bachof a respeito da existência de normas constitucionais inconstitucionais;
- (b) isso significa dizer que, no ordenamento jurídico brasileiro, as normas constitucionais originárias são todas elas constitucionais, restando à jurisdição constitucional, por meio da hermenêutica, a tarefa de harmonizar os sentidos do texto;
- (c) então, se uma norma infraconstitucional reproduz uma norma constitucional, a única conclusão possível é que ela – a norma infraconstitucional – somente poderá ser declarada constitucional em sede de controle concentrado;
- (d) eis, portanto, a **constitucionalidade espelhada** do artigo 283 do Código de Processo Penal. (grifos do autor)

Logo depois, a OAB pede ao Supremo que não se permita a “superinterpretação” do texto constitucional, ou seja, que não se defira ao Judiciário, na condição de intérprete, o

²² Íntegra disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>. Acesso em out. 2017.

poder de avançar além dos limites colocados pela própria Constituição, sob pena de reescrevê-la, fazendo do intérprete o papel de legislador positivo. Completa:

Se há um sentido claro e inequívoco, uma interpretação desviante pode vir a distorcer o sentido do texto a tal ponto que haverá não mais “aquele texto”, mas, sim, “**um novo texto**”. [...]

A melhor doutrina constitucional contemporânea diverge em muitos pontos, mas há um sobre o qual está de acordo. É a tese de texto e norma são coisas diferentes. A norma é o resultado da interpretação do texto. Mas isso não significa que a norma possa ser qualquer uma; **não se pode atribuir qualquer norma a um texto**, ou seja, **não se pode fazer uma livre atribuição de sentido ao texto constitucional**. (grifos ausentes no original)

Desta maneira, afirma a OAB que o STF, ao prolatar a decisão no HC 126.292, reescreveu indevidamente a norma constitucional, dando um novo sentido à expressão “trânsito em julgado”, prevista como condição de execução da sentença condenatória penal.

Termina classificando a decisão como “mutilação inconstitucional”, citando o abalo à segurança jurídica trazida pela nova orientação, e pedindo a aplicação do artigo 283 para desconstituir a orientação recentemente adotada.

4.4. Dos desdobramentos no próprio Tribunal

4.4.1. Das decisões do Plenário nas ADCs 43 e 44 e no ARE 964.246

O plenário apreciou conjuntamente, aos 05 de outubro de 2016, os pedidos de cautelar contido nas ADCs 43 e 44, denegando-as.

A votação não teve alteração substancial: os ministros que restaram vencidos no HC 126.292 novamente foram vencidos, entre eles o relator, ministro Marco Aurélio, que votou pela concessão da cautelar pleiteada. Seus fundamentos foram os mesmos apontados anteriormente, ou seja, a clareza dos dispositivos presunção de inocência, porquanto afirmou que “descabe, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo”. E afirmou ainda que “o princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos”. Desta maneira, entendeu que “o preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir”.

Já o entendimento vencedor, que denegou a concessão da cautelar, afirmou que o entendimento firmado no início de 2016 é plenamente harmônico com o artigo 283 do CPP. Julgando constitucional o preceito legal, mas conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição, o ministro Edson Fachin, que abriu a divergência, afirmou que “é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”, pelos mesmos fundamentos levaram à alteração jurisprudencial meses antes.

Interessante anotar que o único ministro que por ocasião da apreciação das ADCs modificou (ainda que não completamente) seu entendimento foi o ministro Dias Toffoli, que acompanhou parcialmente o voto do relator para concessão cautelar. A nova orientação seguida por Toffoli foi de que dever-se-ia aguardar até que a decisão do Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso por entender que “o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual”.

Porém, conforme se anunciou anteriormente, o entendimento intermediário adotado por Dias Toffoli não prosperou, prevalecendo o entendimento de que nem o REsp, nem o RE, obstam a execução da pena.

Posteriormente, já no final de 2016, o Plenário tornou a apreciar a matéria em questão, no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246, julgado pelo Plenário Virtual aos 10 de novembro de 2016.

Os ministros mantiveram os entendimentos esposados na análise das cautelares das ADCs 43 e 44, ou seja, mais uma vez sagrou-se vencedor o entendimento de que a pendência de análise de recurso de natureza extraordinária não tem condão de impedir a imediata execução da decisão condenatória confirmada pela corte de segunda instância, vencidos os ministros Toffoli, Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, sem que houvesse manifestação da ministra Rosa Weber.

O que diferiu o julgamento do ARE 946.246 dos demais citados anteriormente (HC 126.292 e medidas cautelares nas ADCs 43 e 44) foi que neste julgamento, ficou reconhecida a repercussão geral da matéria, de maneira que o entendimento firmado se torna vinculante, devendo ser observado pelas demais instâncias. Veja-se então que ficou ementado:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL

RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 964246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016)

Ou seja, teoricamente a matéria acerca do cumprimento antecipado de pena estaria pacificado, no sentido de que o acórdão condenatório é exequível tão logo couber contra ele apenas recurso de natureza extraordinária – entendimento esse que seria vinculante, em virtude da repercussão geral reconhecida quanto a tal matéria.

4.4.2. Da realização antecipada de julgamento pelo júri

Após o entendimento de que não é imprescindível a imutabilidade da sentença condenatória para que o réu seja preso, já houve manifestação no Supremo no sentido de que a interposição de REsp ou RE contra acórdão que confirma a decisão de pronúncia também não lhe obsta a efetividade, ainda que o CPP afirme em seu artigo 421, *caput*, que “**preclusa a decisão de pronúncia**, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri [para designação de sessão de julgamento]”.

É esse o entendimento que se colhe do HC 131.715, julgado pela Segunda Turma do STF em 06 de setembro de 2016, sob a relatoria do ministro Teori Zavascki. Nele, prevaleceu, nos termos do voto do relator, que

Em se tratando de recurso desprovido de efeito suspensivo, a suspensão do processo principal até a preclusão da pronúncia, consoante interpretação literal do art. 421 do CPP (“Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri”), parece colidir com os próprios interesses processuais do acusado, levando-se em conta seu manifesto interesse na designação da sessão do Júri. Compreender em sentido diverso representaria sonegar-lhe o direito ao recurso. A apontada distorção fica ainda mais evidente devido ao encarceramento do paciente que perdura 6 anos, sem, como dito, qualquer previsão para julgamento. [...]

Aliado as particularidades do caso, agregue-se o entendimento firmado, *mutatis mutandis*, no HC 126.292 (Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki), de que a interposição de recursos de natureza extraordinária não obsta o início do cumprimento de pena ao criminalmente condenado quando exauridos os pronunciamentos das instâncias ordinárias acerca da condenação. Invocou-se, em suma, a cognição exauriente dos fatos e provas realizada pelas instâncias ordinárias, o restrito crivo possível de apreciação em sede de recursos

extraordinários, além da inexistência de efeito suspensivo decorrente da interposição de tais vias processuais (cf. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, da Lei 13.105/2015). Nessa perspectiva, à míngua de qualquer particularidade identificada nos recursos excepcionais advindos do procedimento especial do júri, é crível concluir que **a preclusão do art. 421 do CPP, obstativa do curso do processo, se concretiza, em verdade, com a definição da matéria pela instância ordinária.** (grifos ausentes no original)

E pode-se colher ainda a decisão proferida no HC 134.900, julgado também pela Segunda Turma, aos 11 de outubro de 2016, sob relatoria do ministro Gilmar Mendes, na qual se seguiu a mesma orientação, conforme se observa da ementa:

Habeas corpus. 2. Roubo, homicídio qualificado, lesão corporal de natureza grave e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Pronúncia. 3. Excessiva demora na realização do julgamento de mérito de recurso especial interposto no STJ. Ausência de prestação jurisdicional. Violação ao direito fundamental à razoável duração do processo. 4. Constrangimento ilegal configurado. 5. A pendência de recursos especial e extraordinário, que tenham sido interpostos contra a decisão de pronúncia, não deve ser óbice à realização do julgamento pelo Tribunal do Júri. **O artigo 421 do Código de Processo Penal, no que condiciona a realização do Júri à preclusão da decisão de pronúncia deve ser interpretado como significando o esgotamento dos recursos ordinários.** 6. Réu preso há mais de 5 anos. Pedido de revogação da prisão preventiva. Questão ainda não analisada pelo STJ (supressão de instância). Num juízo prévio, a custódia encontra-se justificada na necessidade de garantir a ordem pública (gravidade dos delitos). 7. Ordem parcialmente concedida, para determinar o imediato julgamento do Recurso Especial n. 1.486.316/RS no STJ, sem prejuízo de que o Juiz Presidente do Tribunal do Júri tome desde logo as providências necessárias à realização do Júri. (HC 134900, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2016) (grifos ausentes no original)

Resta ressaltar que o HC 132.512, no qual se questiona tal matéria, está afetada ao Órgão Pleno do STF, que deverá se pronunciar sobre a possibilidade da realização antecipada do julgamento pelo Tribunal do Júri, antes da preclusão da decisão de pronúncia.

4.4.3. Das decisões dissonantes na própria Corte

Apesar de, como já foi dito, a orientação seguida no HC 126.292 já ter sido referendada pelo Plenário no julgamento das ADCs 43 e 44, bem como ter sido reconhecida a repercussão geral no ARE 964.246, a aplicação de tal orientação ainda encontra resistência ferrenha na própria Corte.

Foi o que se observou, p.ex., no HC 135.100, ação na qual o ministro Celso de Mello acatou pedido de liminar para suspender a execução de mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob o pretexto de não ter ainda ocorrido o trânsito em julgado da condenação, pressuposto da execução da pena. Consignou o decano da Corte:

AFIRMAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A CONDENAÇÃO CRIMINAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, NÃO OBSTANTE AINDA RECORRÍVEL, AFASTA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E FAZ PREVALECER A PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE DO RÉU (VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR). **INVERSÃO INACEITÁVEL QUE OFENDE E SUBVERTE A FÓRMULA DA LIBERDADE**, QUE CONSAGRA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA, A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. PRERROGATIVA ESSENCIAL QUE **SOMENTE SE DESCARACTERIZA COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL** (CF, ART. 5º, INCISO LVII). CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO QUE IGUALMENTE DESRESPEITA A PRÓPRIA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, QUE IMPÕE, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E/OU RESTRITIVAS DE DIREITOS, O PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO (LEP, ARTS. 105 E 147). INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO JULGAMENTO PLENÁRIO DO HC 126.292/SP: DECISÃO MAJORITÁRIA (7 VOTOS A 4) PROFERIDA EM PROCESSO DE PERFIL MERAMENTE SUBJETIVO, DESVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE (CF, ART. 102, § 2º, E ART. 103-A, “CAPUT”). PRECEDENTE QUE ATUA COMO REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA, E NÃO COMO PAUTA VINCULANTE DE JULGAMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. [...] (HC 135100 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 01/07/2016) (grifos ausentes no original)

Também o ministro Ricardo Lewandowski, ao analisar o pleito de concessão de cautelar no HC 135.752, decidiu por não aplicar o precedente que se firmara na Corte. Transcreve-se o dispositivo da decisão:

Destarte, defiro o pedido de medida liminar para suspender, integral e cautelarmente, a execução provisória das penas impostas ao ora paciente na EXECPR 1/PB (0000811-22.2016.4.05.0000), em trâmite no Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até final julgamento deste recurso de *habeas corpus*, vedada, em consequência, por ora, a efetivação da prisão em decorrência da condenação criminal que lhe foi imposta. [...]

Tal decisão, entretanto, foi proferida por Lewandowski durante recesso forense. Logo que retornou à atividade, o relator da ação, ministro Edson Fachin, revogou a decisão do colega. Veja-se que afirmou o seguinte:

A decisão proferida no HC 126.292/SP realmente não ostenta caráter *erga omnes* ou vinculante, nada obstante impende que a Corte confira estabilidade a sua própria jurisprudência, ressalvados por evidente doutos entendimentos divergentes na fixação de teses majoritárias. Entendo que a decisão tomada pelo Plenário não teve, a rigor, como base apenas peculiaridades do referido caso concreto, tanto que culminou na edição de tese que, dentre outras funções, exerce a tarefa de indicar, em sentido geral, a compreensão da Corte Suprema sobre dada matéria. [...]

Posto isso, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF, nego seguimento ao *habeas corpus*, com prejuízo da liminar anteriormente deferida e da extensão conferida a corrêu.

Demonstre-se ainda o que foi decidido pelo ministro Marco Aurélio no HC 142.357, por ele relatado. Ao analisar o pedido de cautelar na citada ação, o ministro também optou em não aplicar a orientação firmada por maioria pelo STF, com as seguintes afirmações:

Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no habeas corpus nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. **Precipitar o cumprimento da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis.** Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem do processo-crime – apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da sanção. O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a 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”. Constrição provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de pena antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar. **A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a possibilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia.** É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão. O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do *habeas corpus* nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado *habeas corpus* –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República. Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por 6 votos a 4, e o seria, presumo, por 6 votos a 5, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

Defiro a medida acauteladora para suspender a execução provisória do título condenatório. Recolham o mandado de prisão ou, se já cumprido, expeçam alvará de soltura, a ser implementado com as cautelas próprias: caso o paciente não se encontre preso por motivo diverso do retratado no processo nº 0005357-36.2014.8.22.0501, da Primeira Vara Criminal da Comarca de Porto Velho/RO, considerada a execução açodada, precoce e temporã da pena.

Por fim, interessa trazer à luz algumas decisões que vem proferindo monocraticamente o ministro Gilmar Mendes. No HC 146.815, em qual atua como relator, Mendes (que até então vinha perfilhando-se à maioria e aplicando a orientação de que o RE e o REsp não obstam o cumprimento da decisão condenatória exarada nas instâncias ordinárias) acatou o pedido de liminar para sustar a execução antecipada da pena, até a análise do recurso interposto ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, decidiu:

No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Ainda, no julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.5.2017), manifestei minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ. [...] Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido de medida liminar, para suspender até o julgamento do mérito deste writ, o início da execução provisória da pena a qual o paciente foi condenado nos autos da Ação Penal 10352-75.2012.4.01.3801, da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG.

Veja-se então o que o ministro argumentou em seu voto no HC 142.173, ao qual fez referência em sua decisão monocrática:

No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

Assinalo também minha preocupação com a decretação da prisão preventiva, de modo padronizado, sem que o magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema.

Registro também que o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória.

Observe-se, também, que o ministro proferiu decisão idêntica no HC 147.953, concedendo a liminar para suspender a execução provisória da pena até exame do AREsp interposto no STJ, o que denota que o ministro realmente firmou-se em um novo entendimento.

Ao que se vislumbra que a inauguração de uma nova orientação jurisprudencial na Suprema Corte (na verdade, o resgate da orientação mais antiga) criou uma complexa divisão entre os ministros, com alguns ministros observando a jurisprudência recente, e outros (inclusive um dos quais vinha compondo a maioria no Plenário) decidindo em sentido diverso, isso mesmo com a reafirmação da orientação majoritária pelo Plenário em duas outras ocasiões, inclusive com o reconhecimento de repercussão geral.

4.4.4. Da sinalização de nova reversão jurisprudencial

Levando em conta que o placar das decisões que vem permitindo a execução provisória da pena tem sido apertado, inicialmente de sete votos a quatro (no HC 126.292), e posteriormente de seis votos a cinco (com a parcial mudança de posicionamento do ministro Dias Toffoli na análise das cautelares nas ADCs 43 e 44), a mudança no entendimento de um único ministro seria suficiente para reverter mais uma vez a jurisprudência.

O ministro Gilmar Mendes já externou recentemente, em mais de uma oportunidade, que atualmente tende a determinar a soltura de réus condenados em duplo grau

de jurisdição. Sua postura tem sendo extremamente vacilante: até 2009, compunha a maioria que aceitava a constitucionalidade da prisão antecipada, em 2009 tomou parte da maioria que sustentou a inconstitucionalidade de tal medida, em 2016 voltou a perfilhar-se com aqueles que votaram pela constitucionalidade da prisão sem trânsito em julgado, e posteriormente vem concedendo liminares contra tal orientação.

Apesar da hesitação do ministro, que vem trocando de lado com constância em questão de meses, parece que se a questão retornar ao Plenário em breve, seu voto será no sentido de impedir a prisão antecipada, ao menos enquanto pendente recurso no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Não bastando as instabilidades nos votos de Mendes, há de se levar em conta que houve mudança na composição do Tribunal – com a vacância provocada pela morte do ministro Teori Zavascki, o Presidente da República, Michel Temer, indicou para a Suprema Corte o constitucionalista Alexandre de Moraes.

Após a indicação, durante sabatina pelo Senado em fevereiro de 2017, Moraes foi questionado diretamente sobre a matéria, e sua resposta foi incisiva:

Defendo o mesmo posicionamento desde 1998, o posicionamento de que o princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal, não impede nem as prisões preventivas nem as prisões em segundo grau por decisão de segundo grau. [...] Quem deve decidir sobre isso [a prisão] é o tribunal de segunda instância, exatamente porque – e esse é o fundamento jurídico que coloco – são a primeira e segunda instâncias que podem analisar os fatos, o mérito da questão, ou seja, são as primeira e segunda instâncias que podem analisar provas.²³

Entretanto, quando questionado sobre a mesma matéria poucos meses depois, o ministro amenizou seu discurso, e limitou-se em afirmar ao jornal O Estado de S. Paulo que

Isso vai chegar ao Supremo. Aí, nos autos, vou me manifestar. Não antecipo porque é proibido pela Lei Orgânica da Magistratura. **O que eu disse na sabatina foi que isso não é inconstitucional.** Adotar um ponto ou o outro não é inconstitucional. O que venho reiterando é que o Supremo precisa resolver logo. Não é justo que um ministro dê a liminar e alguém responda em liberdade e outro a rejeite e a pessoa responda presa. Isso não é justiça, é loteria.²⁴ (grifos ausentes no original)

²³ CCJ – Sabatina de Alexandre de Moraes – 21/02/2017 (Parte I). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ejaXcVrGnAc>>. Acesso em nov. 2017.

²⁴ Moraes não vê “lógica jurídica” para Congresso esvaziar Lava Jato. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/blogs/direto-da-fonte/moraes-nao-ve-logica-juridica-para-congresso-esvaziar-lava-jato/>>. Acesso em nov. 2017.

De maneira que tal suavização no discurso do ministro foi vista por alguns como sinal de mudança em seu posicionamento.

Destarte, tendo em vista que a reversão de um único voto é suficiente para reverter a jurisprudência firmada no HC 126.292, não será surpresa se, em nova análise da matéria, o Plenário do Supremo rejeitar a execução provisória da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os argumentos expostos, somos levados a concluir que a orientação jurisprudencial que melhor se afina aos preceitos constitucionais é aquela que foi firmada em 2009, no HC 84.078, e que orientou as decisões do Pretório até o início de 2016.

Isso porque entendemos, da mesma maneira que concluíram os ministros que restaram vencidos no HC 126.292, bem como a parcela amplamente majoritária da doutrina, que a Constituição Federal colocou, em seu artigo 5º, inciso LVII, uma **condicionante** ao cumprimento de pena, que é o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O dispositivo constitucional em questão é **taxativo**, e delimita de forma clara o momento em que o sujeito é culpado. Antes que a decisão condenatória transite em julgado, a pessoa (qualquer pessoa) é inocente. Não porque não se tem ainda provas, não porque não se consolidou a autoria ou a materialidade delitiva, não porque inexistente condenação fundamentada, mas porque a Constituição Federal assim o diz.

A Lei Maior não faz ressalvas, não coloca que o sujeito é inocente até que se prove o contrário, ou mesmo até que a decisão passe pelo crivo do duplo grau de jurisdição. Não, o sujeito somente passa a ser culpado quando a condenação que pesa contra ele é **definitiva**, é **imutável**, é **insuscetível de ser revisada**, ao menos no bojo do mesmo processo (faça-se tal ressalva por ser possível absolvição por meio de revisão criminal, que é, contudo, uma ação excepcionalíssima e de via extremamente estreita).

O princípio de presunção da inocência foi, sem dúvida, colocado na Constituição como limitação ao exercício do poder punitivo do Estado, que só poderá ser exercido quando transposto este óbice. E não foi colocado como uma barreira que cede aos poucos, ou gradualmente, como quiseram argumentar alguns ministros no HC 126.292. Não, a presunção de inocência cobre **uniformemente** todo o processo, vige durante **todas as fases** da persecução penal, desde a fase investigatória até a fase dos recursos extraordinários.

Não existe, com efeito, pessoa meio culpada ou meio inocente. Ou se é um, ou se é outro, sem espaço para posição intermediária. E enquanto não se é culpado, ou seja, enquanto se é inocente, não existe fundamento idôneo para o Estado dispensar tratamento não condizente com tal condição, sem que se caracterize um Estado autoritário, que em prol da pacificação social entende cabível a punição de inocentes.

Há de se lembrar, então, que as normas são frutos da interpretação do texto, mas que o intérprete deve desenvolver sua atividade de acordo com certos parâmetros, com certos **limites**, de modo que sua discricionariedade na interpretação do texto não é plena.

Pelo contrário, quando se foge demasiadamente daquilo que está explicitamente consagrado na literalidade do texto, não há uma atividade interpretativa de revelação da norma contida no texto, mas sim a **criação de uma nova norma**: é o intérprete reescrevendo a norma, substituindo o texto legal por suas próprias impressões subjetivas.

E foi o que aconteceu com a mutação na orientação endossada pelo Supremo em 2016: o texto constitucional é suficientemente claro, sendo suficientemente sua **interpretação semântica** para extração da norma que estabelece que a inocência do indivíduo deve ser respeitada até que sobrevenha trânsito em julgado da condenação, momento a partir do qual se admite que o mesmo é culpado, cabendo a aplicação das sanções correspondentes ao delito praticado; mas ainda assim foi ignorado.

Ademais, há de se considerar que o dispositivo constitucional que consagra a presunção de inocência encontra-se suficientemente **explicitado** nos diplomas editados pelo Legislativo, que principalmente ao alterar o artigo 283 do Código de Processo Penal, **conformou** a norma constitucional de maneira que a presunção de inocência deva abranger todo o processo, somente se tornando possível a concretização do *jus puniendi* quando advinda a coisa julgada.

Ainda assim, a maioria dos ministros optou por passar por cima do texto constitucional, suprimindo a aplicação da garantia em questão. A norma foi **reescrita** de forma a afirmar que “ninguém será considerado culpado até condenação em segunda instância”. O Judiciário, nesse momento, deixou de atuar como intérprete, e encarnou o papel de legislador para conferir novo texto à Constituição, de maneira a atender às pressões sociais, que exigem do Estado uma postura mais rigorosa no tocante à política criminal.

Não bastando a **usurpação da função legislativa** pelo Supremo, necessário lembrar que houve a agravante de o Tribunal legislar *contra constitutionem*, para restringir garantia individual que se qualifica como **cláusula pétrea**, ao que seria vedado até mesmo ao Legislativo, de acordo com o artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, implementar emenda constitucional tendente a restringi-la.

Outrossim, se nem mesmo o Legislativo, detentor do poder constituinte derivado e legítimo criador da norma constitucional, detém legitimidade para restringir o âmbito de incidência da cláusula em questão, muito menos o poderia o Judiciário, que conforme delineado anteriormente não trabalha com a criação normativa, mas sim com a interpretação do texto para extração da norma preexistente. O Supremo, ainda assim, dirigiu sua atuação à burla da **vedação formal**, para restringir a cláusula pétrea pela via interpretativa – outro ponto que desqualifica a orientação tomada pelo Plenário.

Pouco interessa aqui o panorama internacional quanto à interpretação dada ao princípio de presunção da inocência e sua extensão. Os ministros ignoraram – deliberadamente – que os sistemas de outros países não funcionam da mesma maneira como o sistema punitivo brasileiro. O estudo do direito comparado deve visualizar os sistemas jurídicos dos países em questão em sua **inteireza**, bem como considerar as **peculiaridades** de cada um deles, porquanto o direito se desenvolve em cada nação de uma maneira única.

Desta maneira, não é suficiente mera **importação** de conceitos e fórmulas desenvolvidos em outros países, sem observância das características do sistema jurídico nacional, sob pena de se criarem aberrações, verdadeiras quimeras, com a mescla irrefletida de conceitos e sistemas de justiça totalmente distintos. Respalda-se nos conceitos de “presunção de inocência” cunhados em sistemas jurídicos estrangeiros é falacioso, porquanto omite-se o fato de que em outros países, as constituições não exigem a definitividade do pronunciamento condenatório como pré-requisito de executividade da pena. Negligencia-se que o sistema constitucional brasileiro é próprio, único, não melhor ou pior que os sistemas estrangeiros, mas **diferente**, por uma série de fatores que levaram o constituinte a redigi-la dessa e não daquela maneira.

Ora, se a Constituição Brasileira optou por nadar contra a corrente do plano internacional, privilegiando a liberdade do indivíduo em detrimento do *jus puniendi* estatal, cabe apenas aplicá-la. Parece absurdo que se queira **aplicar constituições estrangeiras** em detrimento de nossa Constituição Federal, sob o pretexto de que as normas alienígenas atendem de maneira mais satisfatórias as demandas da sociedade. Ainda que possamos criticar as escolhas feitas pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987, não há opção que não se submeter a ela.

Ou seja, ainda que se possa sugerir um texto diferente (e supostamente melhor) sobre a presunção de inocência, não há opção que não aplicar a Constituição que temos, independentemente da nossa opinião sobre ela. A Constituição é a norma **soberana** que estrutura o Estado Brasileiro, e todo e qualquer ato deve ser regido e submetido a ela, sendo que nenhuma norma, nacional ou estrangeira, pode a ela se sobrepor. Negar-lhe aplicação para conformá-la aos moldes internacionais significa abdicar não só da soberania do Estado Brasileiro, mas das lutas e conquistas históricas e sociais que construíram nossa Lei Maior.

Ainda, importa rechaçar a alegação dos ministros de que é justificável a imposição antecipada do cumprimento de pena, tendo em vista a necessidade de se evitar a utilização procrastinatória dos recursos de natureza extraordinária, que são manejados de forma a postergar a execução da pena até que se opere a prescrição punitiva.

Fica evidente que a orientação adotada parte do ponto de que, de maneira geral, o réu que interpõe recursos aos Tribunais Superiores os maneja como mero subterfúgio para postergar a aplicação de uma punição justa, ou mesmo com o fito de frustrar em absoluto a aplicação da justiça, por meio da prescrição da pena. Outrossim, os ministros optaram por **presumir**, de forma ampla e genérica, **a má-fé dos recorrentes**.

Essa postura contraria frontalmente um princípio do direito universalmente aceito: o princípio da **presunção boa-fé**, que se resume no brocardo de que “a boa-fé se presume, a má-fé tem de ser provada”. Ou seja, abstratamente, deve-se partir do pressuposto de que os atos das pessoas estão guiados pela boa-fé, pela probidade, pela lealdade. Pelo contrário, a má-fé deverá ser sempre provada, ou seja, demonstrada **concretamente**.

Entretanto, conforme se viu, os ministros exoneraram os magistrados de comprovar qualquer circunstância concreta da necessidade da segregação antecipada. Pelo contrário, deve o réu provar, por meio de um *habeas corpus* ou de um pedido de cautelar no recurso, que não está agindo de má-fé. Decidir nesse sentido, não custa salientar mais uma vez, vai na contramão do princípio geral de presunção de boa-fé, princípio esse que é a base da convivência em sociedade.

Temos também que a argumentação retomada em 2016 não passa pelo crivo do princípio da **proporcionalidade**. Esse princípio tem assoberbada importância, porquanto busca justamente criar uma situação de equilíbrio entre os direitos e garantias individuais e os anseios coletivos da sociedade, freando por vezes o Estado, para evitar situações de autoritarismo e de imposição de medidas restritivas desnecessárias ou demasiadamente gravosas (LIMA, 2017).

Para se dizer que um ato atende ao princípio em questão, devem ser analisados uma série de quesitos. Sob a ótica da **adequação**, não há como negar que a antecipação do cumprimento da pena é **apta** a evitar (ou desencorajar) a utilização protelatória de recursos extraordinários, bem como para evitar situações de impunidade, porquanto os apelos extremos não mais teriam condão de obstar o encarceramento de réus que abusam do direito de recorrer, sem fundamento para tal.

Entretanto, não se pode dizer que tal medida é **necessária**, pois existem outros meios de se coibir a postergação indevida do cumprimento da pena, sem imposição um gravame abstrato, a todo e qualquer réu que, condenado em segunda instância, decida apelar às Cortes Superiores.

Com efeito, o próprio Supremo já decidiu, na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 839.163, relatado pelo ministro Dias Toffoli e julgada em 05 de novembro de 2014, que nem mesmo o direito à ampla defesa é absoluto. Outrossim, quando elementos do

caso concreto evidenciarem que a interposição dos recursos tem cunho manifestamente protelatório, com a intenção de se alcançar a prescrição – ou seja, quando caracterizado o **abuso do direito de recorrer** –, ficaria o relator autorizado a certificar o trânsito em julgado do feito, com baixa dos autos para início do cumprimento da pena.

Esse entendimento, que prevaleceu por unanimidade no Pleno do STF, já é **suficiente** para repelir a utilização de recursos protelatórios, com mero intuito de retardar ou evitar o cumprimento da pena, sem que se imponha de forma geral e abstrata a prisão a toda e qualquer pessoa que recorre aos Tribunais Superiores. Ou seja, atinge-se a mesma finalidade, mas com um **gravame menor**, de maneira que a orientação firmada em 2016 não se afina ao princípio da proporcionalidade, sob a ótica da necessidade.

E ainda, é discutível se a argumentação que prevaleceu em 2016 é **proporcional em sentido estrito**. Seria proporcional encarcerar réus em razão de mera possibilidade **abstrata** de que seus recursos venham a ser futuramente desprovidos? A nós, parece óbvio que não. Nada ganha a sociedade com a condenação injusta de um inocente, que jamais terá restituído o tempo que passou encarcerado. Outrossim, fazendo um juízo de **ponderação**, observa-se que o **custo** da prisão antecipada **suplanta** de sobremaneira os **benefícios**, fazendo com que mais uma vez, não esteja atendido o princípio da proporcionalidade.

Finalmente, não é possível deixar de criticar a situação teratológica que foi criada em relação ao cumprimento das diferenças espécies de pena.

Criou-se um quadro de quebra da **isonomia**, porquanto os apenados recebem tratamento processual diverso, meramente em razão da **espécie de pena** à qual são condenados: enquanto a presunção de inocência favorece o condenado a penas **pecuniárias** ou **restritivas de direitos** até que a sentença condenatória transite em julgado, o mesmo não acontece com aqueles que são condenados a penas **privativas de liberdade**, na medida em que estes somente são considerados inocentes até a confirmação da sentença em segunda instância.

Inexiste fundamento legal ou constitucional que legitime essa diferenciação. A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVII, não estabelece qualquer **distinção** quanto ao momento de descaracterização do estado de inocência, seja em razão da natureza ou da gravidade do crime, seja em razão da espécie de pena imposta. Pelo contrário, estabelece que **toda** a pessoa é inocente até o trânsito em julgado; ou seja, em relação ao princípio de presunção de inocência, o tratamento é **uniforme**, independentemente da sanção que venha a ser imposta ao réu.

De igual maneira, a Lei de Execução Penal trata de maneira **análoga** a execução de qualquer tipo de sanção penal. A redação dos dispositivos que tratam de cada espécie de pena,

inclusive, são bastante semelhantes. No artigo 105, afirma-se que “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, [...] o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. Mais à frente, no artigo 147, afirma-se que “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 [...]”. E o artigo 164 diz que “extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, [...] requererá, em autos apartados, a citação do condenado para [...] pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora”.

Ou seja, a LEP **não distingue**, em momento algum, a condição básica para início da execução de pena, e em qualquer dos casos, independentemente da natureza da sanção, exige que a condenação tenha transitado em julgado.

Mas além da ausência de fundamento normativo para disparidade no tratamento dos réus em razão da espécie de pena aplicado, o que causa maior perplexidade é o fato paradoxal de que o Supremo Tribunal Federal cerca de garantias **bens jurídicos restituíveis**, como a propriedade (no caso de penas pecuniárias), mas ao mesmo tempo permite que o Estado interfira na **liberdade** do indivíduo, sendo que nessa situação, o retorno ao *status quo*, a restituição do tempo em que o sujeito permaneceu encarcerado, bem como a reversão do abalo psicológico por ele sofrido, é **absolutamente irreversível**, ainda que potencialmente indenizável – isso, obviamente, após uma *via crucis* processual.

Causa espanto que um sistema jurídico cerque de cuidados o patrimônio, impedindo a execução provisória da sentença, mesmo na seara cível, quando não houver possibilidade de restauração do estado anterior; mas ao mesmo tempo permita a constrição da liberdade de pessoas que sequer são juridicamente culpadas.

Sintetizando isso tudo, fica claro que o Supremo, para cumprir seu dever de **guardião das normas constitucionais**, deveria **admitir seu erro** e **retomar a jurisprudência que firmara em 2009**. A pressão popular e o espetáculo promovido pela imprensa não são idôneos para justificar que se ignore preceito claro da Constituição, pois esta é soberana.

Não se ignora a relevância da necessidade de se **aprimorar o sistema punitivo** e de se promover **melhoras na segurança pública**, mas tais objetivos não podem ser alcançados a **qualquer custo**, muito menos com o **sacrifício da própria Constituição Federal** e das garantias nela consagradas. Tanto a liberdade quanto a segurança devem ser valorizadas, mas é necessária **prudência**, para que não se caia em extremos de se privilegiar uma delas a ponto de sacrificar totalmente outra: se a liberdade sem segurança implica em um estado de caos e desordem generalizada, a segurança sem liberdade implica em escravidão e autoritarismo (BAUMAN; DESSAL, 2017), de modo que tampouco é desejável. Daí a necessidade de

encontrar um **ponto de equilíbrio**, com a promoção da segurança sem anular a liberdade, e vice-versa – sem que se caia nas tentações dos extremos do abolicionismo penal ou do Estado de polícia e da política de lei e ordem.

Ainda, não se subestima o argumento de que o sistema recursal brasileiro é em diversos pontos **arcaico**, excessivamente **formalista** e em muitos pontos consagra **burocracias desnecessárias**. Nosso processo penal deixa, sem dúvidas, diversas brechas para que alguns réus desvirtuem institutos processuais, utilizando-os como ardis para furtarem-se à efetivação da justiça; o que fomenta, não sem razão, um sentimento geral de impunidade e de insatisfação com as instituições estatais, e o descrédito da população no Poder Judiciário.

A título de exemplo, soa absurdo e sem razão a faculdade do artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal, que possibilita ao réu interpor a apelação criminal com a indicação de que apresentará em segunda instância suas razões recursais. Nesse proceder, a apelação é **interposta perante o juízo monocrático**, os autos são **remetidos ao Tribunal, distribuídos à câmara julgadora**, e **só então as razões serão apresentadas** pelo apelante. Após, os autos terão de ser **devolvidos ao juiz de piso**, que deverá **fazer carga dos mesmos ao promotor de justiça**, para que **só então este possa contra-arrazoar e devolver o processo** ao juiz singular, que **remeterá os autos de volta à segunda instância**, para que sejam **encaminhados ao procurador de justiça**, que deverá **apresentar o parecer**, e finalmente **os autos serão devolvidos mais uma vez à câmara julgadora** para análise do recurso. Uma via extremamente **tortuosa e desnecessária**, tendo em vista que em nada prejudica o arrazoamento em primeira instância. Arrazoar em segunda instância apenas faz fluir um tempo maior entre a interposição e o julgamento da apelação – ou seja, em regra, tal via será percorrida apenas para **retardar o andamento do processo**.

Entretanto, até que haja **revogação** do dispositivo em questão, não existe motivo para sonegar ao recorrente a faculdade posta. O impasse em questão, bem como as demais reformas processuais necessárias para a promoção da efetividade da prestação jurisdicional, deve ser resolvido pelo **Legislativo**, cabendo cobrar que o Congresso Nacional se posicione e tome as medidas tendentes a sanar tais absurdos (para a hipótese colocada, a título de informação, existem diversos projetos de lei, oriundos tanto da Câmara dos Deputados quanto do Senado Federal, que buscam revogar o § 4º do artigo 600 do CPP, mas não se nota empenho dos parlamentares em dar-lhes seguimento).

Especificamente quanto à antecipação no momento de **desconfiguração da presunção de inocência**, temos que é **impossível**, quer pela via interpretativa (como fez o Supremo), quer por meio de reforma constitucional, permitir que se inicie o cumprimento de

pena antes do **trânsito em julgado** da condenação, sob pena de ofensa a tal postulado constitucional, que na qualidade de cláusula pétrea não pode sofrer modificação que o restrinja.

Entretanto, não defendemos o posicionamento extremo de que é absolutamente impossível fixar o julgamento pelo tribunal de apelação como momento definidor do trânsito em julgado: a nosso ver, o abreviamento do processo poderia sim ocorrer, em caso de **alteração dos artigos 102, inciso III, e artigo 105, inciso III, da Constituição Federal**, que dispõem sobre o Recurso Especial e sobre o Recurso Extraordinário, respectivamente.

Se tais recursos fossem transformados em **sucedâneos recursais externos**²⁵, perdendo seu *status* de recurso, o processo se encerraria após o julgamento em segunda instância, levando ao trânsito em julgado da sentença e consequentemente à possibilidade de execução do decreto condenatório exarado nas instâncias ordinárias.

Existe, inclusive, proposta de emenda constitucional nesse sentido: a PEC n.º 15/2011 (apelada de “PEC Peluso”, em homenagem ao ministro aposentado do STF Cesar Peluso, que a inspirou) propunha que os artigos da CF que tratam do REsp e do RE fossem alterados para dispor sobre a **ação rescisória especial e sobre a ação rescisória extraordinária**.

Outrossim, o acesso aos Tribunais Superiores para atacar as decisões exaradas em juízo de apelação não se daria mais mediante recurso, mas em **ações autônomas de impugnação**, que não obstam o trânsito em julgado da condenação e, consequentemente, a execução dos decretos condenatórios proferidos em duplo grau de jurisdição.

Entretanto, a proposta original foi demasiadamente desconfigurada durante a tramitação no Senado, e foi apresentado substitutivo que deixa intactos os artigos 102 e 105, modificando apenas o artigo 96 da CF para adicionar-lhe parágrafo único que afirma que “os órgãos colegiados e tribunais do júri poderão, ao proferirem decisão penal condenatória, expedir o correspondente mandado de prisão, independentemente do cabimento de eventuais recursos”.

Não há entender que tal emenda não ofende, da mesma maneira que ofendeu o julgamento do STF em 2016, o princípio da presunção de inocência insculpido no artigo 5º, porquanto permitiria a prisão sem trânsito em julgado. Em virtude do que dispõe o artigo 60, § 4º da CF, a emenda, da maneira como foi transformada, seria **inconstitucional**.

²⁵ Sucedâneos recursais são meios de impugnação das decisões judiciais que não se tipificam como recursos, porquanto não apresentam cumulativamente as cinco características dos recursos (voluntariedade, taxatividade, desenvolvimento no próprio processo em que se deu a decisão impugnada, manejo pelas partes, terceiros prejudicados ou Ministério público, e objetivo de reformar, anular, integrar ou esclarecer a decisão impugnada). Quando o sucedâneo se desenvolve no mesmo processo em que se deu a decisão questionada, classifica-se como sucedâneo recursal interno; quando dá origem a um novo processo, classifica-se como sucedâneo recursal externo (NEVES, 2017).

Em síntese, conclui-se ser necessária a implementação de **reformas processuais e principalmente no sistema recursal**, tendentes a aparar arestas que dão espaço para a protelação e para a impunidade, o que causa um **sentimento justificado de insegurança** na população brasileira, e a faz clamar por um sistema de justiça efetivo e por um Estado que resguarde satisfatoriamente bens jurídicos extremamente relevantes como a vida, o patrimônio e a própria liberdade de trânsito.

Não obstante, tais reformas passam necessariamente por **mudanças na seara normativa**, e não é esse o papel do Supremo Tribunal Federal, que como órgão do Judiciário, não tem o poder de reescrever normas constitucionais, principalmente quando claras, inequívocas, e cobertas pelo *status* de cláusula pétrea. O **Congresso Nacional** é o órgão que pode (e deve) implementar mudanças, tanto no âmbito constitucional quanto no âmbito legal, tendentes a aprimorar o processo penal e o sistema recursal a ele inerente.

Nem mesmo a inércia do Legislativo em atender às demandas populares legítima que o Judiciário tome para si tal papel, e o ativismo (vacilante e pendular) do STF tem sido deveras prejudicial, porquanto ao invés de pacificar a questão, **tem causado instabilidade e insegurança jurídica**.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (parecer)*. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em out. 2017.
- BAUMAN, Zygmunt; DESSAL, Gustavo. *O Retorno do Pêndulo: sobre a psicanálise e o futuro do mundo líquido*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Decisão do STF de antecipar cumprimento de pena é desastre humanitário*. 2016. Disponível em: <<http://durso.com.br/decisao-do-stf-de-antecipar-cumprimento-de-pena-e-desastre-humanitario/>>. Acesso em out. 2017.
- DOTTI, René Ariel. *Execução imediata da condenação pelo júri – um equivocado exemplo de ativismo judicial*. 2016. Disponível em: <<https://dotti.adv.br/execucao-imediata-da-condenacao-pelo-juri-um-equivocado-exemplo-de-ativismo-judicial/>>. Acesso em out. 2017.
- EL TASSE, Adel. *A volta da “execução provisória” da pena*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234134,11049-A+volta+da+execucao+provisoria+da+pena>>. Acesso em out. 2017.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1.
- HIRECHE, Gamil Föppel El. *Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de emergência*. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>>. Acesso em out. 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- MARQUES, José Frederico. *Pareceres*. 1. ed. São Paulo: AASP, 1993.
- MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência*. 2016. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-a-presuncao-de-inocencia-2>>. Acesso em out. 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Parecer*. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-presuncao-inocencia-final.pdf>>. Acesso em out. 2017.