



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**

**FACULDADE DE DIREITO**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUCAS BRENDON CORREIA BEZERRA**

**O CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA: UM ESTUDO SOBRE A RECENTE  
JURISPRUDÊNCIA DO STF E SUAS REPERCUSSÕES NO SISTEMA PENAL  
BRASILEIRO**

**FORTALEZA**

**2017**

LUCAS BRENDO CORREIA BEZERRA

O CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA: UM ESTUDO SOBRE A RECENTE  
JURISPRUDÊNCIA DO STF E SUAS REPERCUSSÕES NO SISTEMA PENAL  
BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Rebouças.

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

**B469c** Bezerra, Lucas Brendo Correia.  
O cumprimento antecipado de pena : um estudo sobre a recente jurisprudência do STF e suas repercussões no sistema penal brasileiro / Lucas Brendo Correia Bezerra. – 2017.  
70 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,  
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.  
Orientação: Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças.

1. Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. 2. cumprimento antecipado de pena. I. Título.

CDD 340

---

LUCAS BRENDO CORREIA BEZERRA

O CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A  
RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO STF E SUAS REPERCUSSÕES NO SISTEMA  
PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de  
Graduação em Direito da Universidade Federal  
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito. Área de  
concentração: Direito Processual Penal.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Profa. Dr. Sérgio Rebouças (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestre Isaac Rodrigues Cunha  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestrando Thúlio Mesquita Teles de Cravalho  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, agradeço à Deus pelo dom da vida e pela perseverança à qual me foi concedida, sem a qual não teria sido possível chegar até esse ponto.

Em segundo, mas em mesmo grau de relevância, à minha mãe, maior exemplo de mulher guerreira que já tive a oportunidade de conhecer. Àquela que superou e contiuna a superar inúmeras adversidades na vida, mas se mantém sempre firme em seu incasável objetivo de ajudar ao próximo; àquela que me concedeu, com esforço hercúleo, a oportunidade de estudar e me profissionalizar, oportunidade essa que aproveitei e espero honrá-la ao máximo; àquela que nunca deixou faltar nada aos dois filhos que criou praticamente sozinha; àquela que não cansa em superar expectativas e surpreender até mesmo os melhores otimistas, meu muito obrigado!

Agradeço em seguida à minha namorada, Renata, a qual estive ao meu lado, até o momento, por oito anos, sempre me acompanhando nos momentos difíceis, mas também partilhando aqueles algeres, dando-se, aqui, ênfase ao qual sem a sua intervenção, provavelmente eu não teria ingressado neste curso de Direito. Agradeço por estar sempre ao meu lado, em constante evolução pessoal e profissional.

Agradeço também aos grandes amigos que fiz na Faculdade de Direito, os quais tornaram o curso tão prazeroso e estimulante, com muitas risadas e encontros memoráveis, além de um muito relevante estímulo ao estudo. Ao Pedro Erick, pelo seu carisma, gargalhada contagiante e companheirismo; ao Victor Teixeira, pelo seu notável conhecimento jurídico, simplicidade e atos de sexualidade duvidosa; ao Ygor Aquino, pelo seu exemplo de disciplina e honestidade; ao Mário Sérgio, pelo seu enorme coração gentil e por ser um farol da moral e dos bons costumes; ao Rodrigo Cavalcante, por seu bom humor, simpatia e companhia nas voltas da faculdade; ao Messias Marinho, pela sua originalidade exótica, honestidade, carisma e bom humor; ao Lucas Andrade, “cabecinha”, pela simplicidade, carisma e infundável conhecimento jurídico, meu muito obrigado, não só pela amizade, mas pelos frutos que ela proporcionou, como o fato de ter conhecido as

respectivas namoradas, pessoas as quais tenho na mais alta estima e que guardam também um lugar generoso em meu coração.

Agradeço também à orientação desse trabalho, prestada pelo professor Sérgio Rebouças, o qual contribuiu com um notável conhecimento jurídico e uma disponibilidade atenciosa. Agradeço também à banca avaliadora, composta pelo Isaac, com sua atenção e disponibilidade, e pelo Thúlio, amigo que tenho na mais alta estima.

*“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.”*

**(Charles Chaplin)**

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do cumprimento de pena, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória em segunda instância. O método utilizado baseou-se em uma pesquisa aprofundada acerca do teor dos votos determinantes para a fixação dos posicionamentos do STF. O primeiro capítulo busca proporcionar uma contextualização do leitor com o tema. O segundo capítulo traz um delineamento do objeto em estudo, qual seja a abrangência, o histórico e os significados que se podem extrair do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, insculpido no inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. A seguir, no terceiro capítulo, procede-se uma análise sobre o histórico da interpretação do princípio na jurisprudência do tema no STF. Para tanto, analisa-se o inteiro teor dos votos determinantes para a fixação do entendimento. Percebe-se, com isso, que da promulgação da constituição em 1988 até 2009, prevalecia o entendimento de que era possível o entendimento de que era devido o cumprimento de pena a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória em segunda instância. Contudo, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078 MG, fora sedimentado novo posicionamento que preconizava ferir o princípio da presunção de inocência a prisão definitiva do réu na pendência do julgamento de recursos extraordinários, o que seria verdadeiro cumprimento antecipado de pena. Contudo, em 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 SP, o STF reavivou o seu antigo entendimento, gerando grande repercussão e controvérsia no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Esse último posicionamento foi ainda confirmado no julgamento das ações ARE 43 e 44 e no agravo em recurso extraordinário com repercussão geral de número 964.246. No quarto e último capítulo são expostas as conclusões e críticas ao atual entendimento do STF, bem como as repercussões que esse posicionamento implicarão.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Jurisprudência. Cumprimento antecipado de pena.

## ABSTRACT

The present study has as an object of study the evolution of the jurisprudence of the Federal Supreme Court regarding the fulfillment of sentence, as from the res judicata decision on conviction in second instance. The method used was based on an in-depth research on the content of the votes determining the fixation of STF positions. The first chapter seeks to provide a contextualization of the reader with the theme. The second chapter gives an outline of the object under study, which is the breadth, history and meanings that can be extracted from the principle of presumption of innocence or non-guilt, inscribed in item LXVII of art. 5 of the Federal Constitution of 1988. Then, in the third chapter, an analysis is made of the history of the interpretation of the principle in the jurisprudence of the subject in the STF. For this purpose, the entire content of the determining votes for the fixation of the understanding is analyzed. It is thus understood that from the promulgation of the constitution in 1988 until 2009, it prevailed the understanding that it was possible to understand that it was due the fulfillment of sentence after the final sentence of the conviction in second instance. However, in the judgment of *Habeas Corpus* 84,078 MG, a new position had been established that pretended to violate the principle of presumption of innocence to the definitive arrest of the defendant pending the judgment of extraordinary appeals, which would be true advance compliance with punishment. However, in 2016, in the judgment of *Habeas Corpus* 126,292 SP, the STF revived its old behavior, generating great repercussion and controversy in the doctrinal and jurisprudential scope. This last positioning was also confirmed in the judgment of the ARE 43 and 44 actions and in the appeal in extraordinary appeal with general repercussion of number 964,246. In the fourth and last chapter the conclusions and critiques of the current understanding of the STF are presented, as well as the repercussions that this position will imply.

Keywords: Principle of presumption of innocence or not guilty. Jurisprudence. Early enforcement of penalty.

## Sumário

<b>Capítulo 1 - Introdução</b> .....	<b>1</b>
<b>Capítulo 2 - DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE</b> .....	<b>2</b>
<b>2.1 - Da diferenciação entre regras e princípios</b> .....	<b>2</b>
<b>2.2 - Do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade</b> .....	<b>4</b>
2.2.1 - <i>Do histórico</i> .....	4
2.2.2 - <i>Das regras probatória ou de julgamento e de tratamento</i> .....	7
2.2.2.1 - <i>Da regra probatória ou de julgamento</i> .....	7
2.2.2.2 - <i>Da regra de tratamento</i> .....	9
<b>CAPÍTULO 3 - A EVOLUÇÃO (?) JURISPRUDENCIAL NO STF SOBRE A POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE PENA.</b> .....	<b>12</b>
<b>3.1 – Do Habeas Corpus 84.078 MG</b> .....	<b>12</b>
3.1.2 - <i>Voto do ministro Eros Grau</i> .....	13
3.1.3 – <i>Voto do ministro Celso de Mello</i> .....	16
3.1.4 – <i>Voto do ministro Carlos Britto</i> .....	17
3.1.5 – <i>Voto do ministro Cezar Peluso</i> .....	18
3.1.6 – <i>Voto do ministro Marco Aurélio</i> .....	21
3.1.7 – <i>Voto do ministro Gilmar Mendes</i> .....	22
3.1.8 – <i>Decisão</i> .....	23
<b>3.2 Do Habeas Corpus 126.292 SP</b> .....	<b>24</b>
3.2.1 – <i>Voto do ministro Teori Zavascki</i> .....	24
3.2.2 – <i>Voto do ministro Edson Fachin</i> .....	25
3.2.3 – <i>Voto do ministro Luís Roberto Barroso</i> .....	25
3.2.3.1 <i>Parte I - Delineamento da controvérsia</i> .....	25
3.2.3.1.1 <i>Parte I.I - A oscilação da jurisprudência do STF na matéria</i> .....	26
3.2.3.1.2 <i>Parte I.II - A ocorrência da mutação Constitucional</i> .....	26
3.2.3.2 <i>Parte II - Fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau</i> .....	27
3.2.3.2.1 <i>Parte II.I - O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente</i> .....	27
3.2.3.2.2 <i>Parte II.II - A presunção de inocência é princípio e, como tal, está sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais</i> .....	28

3.2.3.2.2.1 Parte II.II.I A presunção de inocência ou de não culpabilidade é um princípio	28
3.2.3.2.2.2 Parte II.II.II. As normas constitucionais em tensão na hipótese .....	29
3.2.3.2.2.3 Parte II.II.III. A necessidade de ponderação e sua efetiva concretização ...	30
3.2.3.2.3 Parte II.III Após condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública .....	31
3.2.3.2.3.1 Parte II.III.I Fundamento infraconstitucional legitimador da prisão após a condenação em segundo grau.....	32
3.2.3.2.3.2 parte II.III.II Uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer.....	33
3.2.3.2.3.3 Parte II.III.III A razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade .....	34
3.2.3.2.4 Parte II.IV Fundamentos pragmáticos para o novo entendimento .....	35
3.2.3.2.4.1 Parte II.IV.I Equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal.....	36
3.2.3.2.4.2 Parte II.IV.II diminuição da seletividade do sistema criminal.....	36
3.2.3.2.4.3 Parte II.IV.III Quebra do paradigma de impunidade.....	36
3.2.3.5 Conclusão.....	37
3.2.4 – Voto Do Ministro Luiz Fux .....	37
3.2.5 – Voto da ministra Carmén Lúcia .....	38
3.2.6 – Voto do ministro Gilmar Mendes .....	38
3.2.7 – Decisão.....	42
<b>3.3 – DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44 .....</b>	<b>42</b>
<b>3.4 – REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 964.246 SÃO PAULO .....</b>	<b>46</b>
<b>3.5 – DO HC 118.770 SP.....</b>	<b>48</b>
<b>CAPÍTULO 4 – CONCLUSÃO .....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>60</b>

## Capítulo 1 - Introdução

O tema principal que permeia este trabalho é o princípio da presunção de inocência e as interpretações que são feitas ao seu respeito, bem como os efeitos dessas leituras. O dito princípio foi previsto expressamente pela primeira vez, no Brasil, na Constituição federal de 1988. Da promulgação da carta política, até meados de 2009, o Supremo Tribunal Federal entendia ser devido o cumprimento de pena a partir do trânsito em julgado em segunda instância. Tal entendimento se dava em razão de se considerar que a partir daquele momento, já estava delineada a culpa do réu, bem como eventuais recursos extraordinários não iriam apreciar matéria de fato, mas apenas questões de direito.

Contudo, em 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078 MG, a Corte Suprema revisou o antigo entendimento, passando a entender ser necessário o trânsito em julgado em todas as instâncias para que o réu fosse considerado culpado. Logo, eventual prisão antes do trânsito em julgado só poderia se dar em função de prisões cautelares e não definitivas.

O entendimento prevaleceu até fevereiro de 2016, quando no julgamento do Habeas Corpus 126.292 SP, o STF reavivou o entendimento que prevalecia antes do julgamento do HC 84.078 MG. Tal virada jurisprudencial gerou grande repercussão tanto na doutrina, quanto entre os operadores do Direito. Afirma-se que a corte suprema atuou em regresso em relação aos direitos fundamentais do acusado.

O presente trabalho busca demonstrar o desacerto do atual entendimento. Para tanto, no segundo capítulo, demonstra-se inicialmente do que se trata o princípio em estudo, bem como seu histórico e as regras que dele derivam. No terceiro capítulo, passa-se a realizar um estudo analítico dos julgados paradigmáticos que determinaram os contornos assumidos pelo princípio da presunção de inocência, quais sejam o HC 84.078 MG, o HC 126.292 SP, bem como julgados que confirmaram e sedimentaram o

entendimento firmado nesse último. No quarto e último capítulo elaboram-se conclusões e críticas ao último posicionamento firmado pelo STF.

## **Capítulo 2 - DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE**

Previsto expressamente no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, esse princípio é alvo de muitas discussões, de forma que a seguir abordaremos alguns principais pontos, visando possibilitar uma contextualização sobre a problemática que o envolve.

### **2.1 - Da diferenciação entre regras e princípios**

A doutrina atual classifica as normas constitucionais em duas categorias normativas, tendo como finalidade solucionar a problemática da aplicabilidade e confronto entre as mesmas. Tratam-se das regras e dos princípios.

Ambas as categorias normativas, regras e princípios, descrevem algo que deve ser e algo que não deve ser feito. Se valem, pois, de um caráter deontológico, configurando-se, assim, como verdadeiras normas.

Contudo, quando em conflito as categorias normativas, adotam-se como principais critérios de aplicabilidade a abstração e a generalidade.

As regras possuem reduzido grau de abstração, possuindo, ainda, aplicabilidade imediata, posto que moldadas a uma situação concreta. Não dependem, pois, de maiores interpretações, devendo-se aplicá-las quando ocorrido no plano fático a situação prevista em lei.

Já os princípios são normas com elevado grau de abstratividade, dependendo de uma regulação por parte do legislador, administrador ou juiz para que venham a ter efeitos concretos na legislação.

Para Ronald Dworkin<sup>1</sup>, um princípio normativo e uma regra se assemelham, na medida em que ambos estabelecem obrigações jurídicas. Dessa forma, seria o tipo de obrigação que determinam o principal fator diferenciador entre as espécies normativas, e não o grau de abstração que apresentam.

A regras possuem um modo de aplicação próprio, diferenciando-as qualitativamente, dos princípios

Aplica-se a regra segundo o modo do tudo ou nada. De acordo com Dworkin: “se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão”<sup>2</sup>.

Dessa forma, havendo um conflito entre regras, a solução observará os critérios tradicionais, previstos na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, quais sejam o hierárquico, o da especialidade e o cronológico.

Ainda de acordo com Dworkin, os princípios, por sua vez, não produzem efeitos automáticos, uma vez configurada a situação hipotética que os prevê. Os princípios, contudo, possuem um peso normativo maior que as regras, fazendo com que, em eventual colidência de princípios, não se afaste completamente um ou outro. O que ocorre, na verdade é que haverá um sopesamento entre princípios, verificando-se qual daqueles se aplica ao caso concreto.

Dessarte, percebe-se que, ao revés das regras, os princípios podem influir uns nos outros, e em assim acontecendo, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”<sup>3</sup>.

Portanto, enquanto um princípio pode ser cumprido em maior ou menor grau, as regras ou são cumpridas ou são descumpridas.

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald; Taking rights seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978, p. 24.

<sup>2</sup> DWORKIN, taking, cit., p. 24.

<sup>3</sup> DWORKIN, taking, cit., p. 26.

Exemplo concreto do conflito entre princípios, pode-se abstrair do voto do ministro Luís Roberto Barroso, no HC 126292. O referido ministro ponderou que no cerne da questão havia a colidência entre dois princípios constitucionais: o da presunção de inocência e o da efetividade da Lei penal.

O Douto ministro entendeu que enquanto o princípio da presunção de inocência protege o indivíduo dos efeitos da condenação penal até que seja declarado culpado definitivamente, o princípio da efetividade da Lei penal acautela a própria sociedade.

Dessa forma, optou, não por suprimir o princípio da presunção de inocência, mas por prevalecer a aplicação do princípio da efetividade da Lei penal, concluindo ser este último de maior peso dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Conclui-se, assim, que o critério de aplicabilidade dos princípios não é o grau de abstração dos mesmos, mas a sua relação e relevo para determinado caso concreto.

Em arremate, percebe-se a elevada importância dessa classificação entre as normas constitucionais. Um ordenamento jurídico composto apenas por regras não acompanharia a mutação constitucional, ficando preso à determinadas situações, as quais tendem naturalmente a mudar com o tempo. Por outro lado, um ordenamento composto apenas por princípios colocaria em risco as relações jurídicas, tanto entre indivíduos, como entre particulares e o Estado.

## **2.2 - Do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade**

A seguir abordaremos alguns tópicos relevantes, a fim de se delinear e contextualizar a problemática que o novo entendimento do STF suscita.

### **2.2.1 - Do histórico**

Em sua célebre obra “Dos delitos e das penas”, Cesare Beccaria narra que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”<sup>4</sup>

Para Renato Brasileiro de Lima<sup>5</sup>, tal princípio consiste, no direito de o réu não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, no qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Tal princípio fora pela primeira vez observado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Após esse instrumento normativo, observou-se a sua previsão em outros diplomas internacionais, tais como no art. 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela ONU, o qual assim dispunha:

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

Em seguida, pode-se observar o aludido princípio também aparecer na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 – art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (DE LIMA, Renato Brasileiro, 2016).

O aludido princípio adotaria, pois, três funções: a) estabelecer garantias para o acusado frente ao poder estatal de punir; b) garantir que o indivíduo não sofra restrições à sua liberdade no curso do processo penal (esse é o sentido adotado pelo art. IX da

---

<sup>4</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. Dos delitos e das penas. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro de.; Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 1.824 p.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o qual, contudo, não é observado no Brasil); c) dirigido ao juiz, seria esse último sentido relacionado ao fato de que o julgador deve observar se a acusação provou suas alegações, as quais não sendo provadas, devem conduzir à necessária absolvição do réu.

No Ordenamento jurídico brasileiro, tal princípio só veio a ser previsto expressamente com a entrada em vigor da Constituição da República, de 1988, onde, em seu inciso LVII, do art. 5º, assim dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Confrontando-se os diplomas internacionais com a CF/88, percebe-se que naqueles é utilizada a expressão “presunção de inocência, enquanto nesta se diz que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado”, o que deu origem à expressão “presunção de não culpabilidade, adotada pela doutrina pátria.

Haveria então alguma diferença prática entre as duas expressões? À princípio não. Aliás, segundo o entendimento de Badaró<sup>6</sup>, não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.

Dessa forma, percebe-se que a CF/88 é bem mais abrangente que os mencionados tratados internacionais, uma vez que afirma que somente o trânsito em julgado pode afastar a presunção de inocência do acusado, enquanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prescreve que a presunção de inocência só se estende até a comprovação legal da culpa.

Em arremate, dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário (Dec. 678/92), que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Portanto, é de rigor que se

---

<sup>6</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283.

apliquem as normas pátrias, não obstante haverem normas internacionais que regulam a mesma matéria, uma vez que aquelas são mais favoráveis.

### **2.2.2 - Das regras probatória ou de julgamento e de tratamento**

Do aludido princípio derivam duas regras. A doutrina oscila na nomenclatura adotada para as ditas regras. No presente estudo, adotaremos a denominação utilizada por Renato Brasileiro de Lima e por Sérgio Rebouças, os quais utilizam o nome de regra probatória (utilizada por Renato Brasileiro) e regra de julgamento (utilizada por Sérgio Rebouças) e a regra de tratamento, utilizada por ambos.

#### **2.2.2.1 - Da regra probatória ou de julgamento**

De acordo com a regra de julgamento ou regra probatória, seria da acusação, e não somente dela, o dever de provar os fatos alegados, não restando, ao revés, ao acusado o dever de provar sua inocência. Haveria aqui, pois, uma similitude com o princípio do *in dubio pro reo*, presumindo-se ser inocente o réu, até que se prove o contrário.

Sendo assim, para Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>7</sup>, seriam decorrências lógicas da presente regra: a) é incumbência privativa do acusador comprovar a culpabilidade do acusado; b) a necessidade é de comprovar os fatos imputados e não de refutar os argumentos levantados pela defesa; c) a dita comprovação deve basear-se nos ditames do devido processo legal; d) a impossibilidade de obrigar o acusado em colaborar com a sua acusação.

Nessa acepção é que surge famosa frase utilizada pelos operadores do direito, a qual diz: “É preferível absolver um acusado, do que condenar um inocente”. A razão de ser de tal frase não é outra senão a mensuração entre os prejuízos causados por essa ou

---

<sup>7</sup> “O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)”, em Revista do Advogado, da AASP, nº 42, abril/94, p. 31.

aquela situação: inegavelmente é muito mais penoso que um inocente sofra as agruras do ergástulo, do que um culpado ser inocentado.

Situação distinta ocorre quando se tratam de hipóteses atinentes a causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, sendo ônus da defesa provar a ocorrência dessas. É que ao acusador é devido comprovar a tipicidade da conduta (autoria e materialidade), havendo aí uma presunção relativa de que o fato seja ilícito e o agente seja culpável.

Traçando-se um paralelo com o processo civil, seria o equivalente ao dever do réu de provar os fatos impeditivos do direito do autor. Dessa forma, há aqui uma inversão do ônus da prova no que se refere às causas de exclusão de ilicitude e culpabilidade.

Não obstante, na prática, por muitas vezes a regra de tratamento não é observada, como bem obtempera o Professor Sérgio Rebouças<sup>8</sup>:

Intolerável, no contexto examinado, é o expediente de se formular hipótese acusatória com base em indícios hauridos no procedimento de investigação e se reservar ao acusado o ônus de demonstrar a inexistência da hipótese de fato. É desoladoramente comum o caso em que o órgão de acusação não apresenta nem produz prova em juízo da hipótese acusatória deduzida na inicial e, ao final, pede a condenação do acusado por não ter este provado que era inocente quanto aos fatos a ele imputados. Trata-se de expediente afrontoso ao princípio da presunção de inocência, na vertente probatória que se cuida. Portanto, se o acusador não fizer prova da hipótese alegada, é imperativa a absolvição do acusado, reafirmando-se, assim, seu estado de inocência.

Dessa forma, não trata-se aqui de uma regra de apreciação de provas, mas de um princípio a ser observado no momento de valoração das provas. Não incumbe ao acusado provar sua inocência, mas à acusação provar a culpabilidade daquele. Ainda de acordo com Sérgio Rebouças<sup>9</sup>,

o acusador deve desincumbir-se de seu ônus de provar a hipótese de fato deduzida na inicial e em eventual aditamento. Não se desincumbindo o acusador desse ônus, o acusado deve ser absolvido da imputação, ainda que não produza qualquer contraprova às alegações objeto da hipótese acusatória.

---

<sup>8</sup> REBOUÇAS, Sérgio. Curso de Direito processual penal/ Sérgio Rebouças: Editora Juspodivm, 2017. 1504 p.; pág 115.

<sup>9</sup> REBOUÇAS, Sérgio. Curso de Direito processual penal/ Sérgio Rebouças: Editora Juspodivm, 2017. 1504 p.; pág 113.

Questão relevante a se ressaltar é que o dito princípio vigora até o momento do trânsito em julgado da decisão condenatória. Como consequência, em eventual revisão criminal, que ocorre após o trânsito em julgado, não há falar em presunção de inocência ou *in dubio pro reo*, mas sim em *in dubio contra reum*. Nessa fase, será do réu o interesse em demonstrar a sua inocência, devendo o juiz, em caso de dúvidas, não conceder o pleito defensivo, negando o pedido revisional.

### **2.2.2.2 - Da regra de tratamento**

Já a regra de tratamento relaciona-se à excepcionalidade das prisões processuais, reservando-se tal instrumento a situações estritas, sendo a regra que se responda ao processo em liberdade e a exceção que se esteja preso durante o mesmo.

Segundo Sérgio Rebouças<sup>10</sup>,:

O imputado, segundo a primeira dimensão da garantia em estudo, deve ser tratado como inocente (regra de tratamento), e toda forma de privação ou restrição de liberdade durante a persecução penal só pode se justificar a título cautelar, por necessidade concreta e motivada de garantir determinados objetivos, tais a proteção da ordem pública, da efetividade do processo e da aplicação da lei penal.

Tal regra impede que o Estado trate o acusado como se já fosse culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Sendo assim, imperioso é que não se utilize a prisão como forma de antecipação do cumprimento de pena.

Da mesma forma preleciona Gustavo Badaró<sup>11</sup>, quando afirma que

---

<sup>10</sup> REBOUÇAS, Sérgio. Curso de Direito processual penal/ Sérgio Rebouças: Editora Juspodivm, 2017. 1504 p.; pág 108.

<sup>11</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Processo penal [recurso eletrônico] / Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. recurso digital (Universitária, 1). p. 53

Por fim, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. É manifestação clara deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias. A presunção de inocência não veda, porém, toda e qualquer prisão no curso do processo. Desde que se trate de uma prisão com natureza cautelar, fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero, a prisão será compatível com a presunção de inocência. Outra repercussão da presunção de inocência, como regra de tratamento do acusado, é a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da pena. Estes três significados podem ser extraídos, sem qualquer exclusão, da garantia constitucional do art. 5º, LVII

Consectário lógico dessa vertente normativa é que se diferencie pena-prisão de prisão provisória:

...a primeira é a pena privativa de liberdade, fundamentando-se na responsabilidade penal reconhecida na sentença condenatória; a segunda tem por fundamento a necessidade cautelar, devendo estar baseada em motivos concretos (base empírica idônea), e não na possibilidade de futura condenação.<sup>12</sup>

A aludida regra atua em duas dimensões, sendo estas a interna e a externa ao processo. A) interna: as hipóteses autorizadoras do cárcere cautelar devem restringir-se a situações excepcionalíssimas; B) externa: devem ser respeitados os princípios constitucionais da presunção de inocência, da imagem, da dignidade da pessoa humana, bem como à privacidade, devendo-se, pois, evitar publicidade excessiva e estigmatizada do acusado.

Bem assim é que a Lei 11.403/2011 introduziu significativas alterações no Código de Processo Penal, ressaltando a idéia de excepcionalidade da prisão processual, buscando extinguir a sua utilização como forma de cumprimento antecipado de pena. Demais disso, observe-se a nova redação do art. 283 do CPP, em que se diz que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

---

<sup>12</sup> REBOUÇAS, Sérgio. Curso de Direito processual penal/ Sérgio Rebouças: Editora Juspodivm, 2017. 1504 p.; pág 109.

A princípio estaria afastada, de modo cristalino, a possibilidade de cumprimento definitivo de pena na pendência de julgamento de recurso, ainda que especial ou extraordinário.

Contudo, em decisão recente, o Superior Tribunal Federal, revisou antigo entendimento, firmado no julgamento realizado em 2009 do HC 84.078 MG, que determinava a impossibilidade de cumprimento definitivo de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória em todas as instâncias.

Na decisão exarada no HC 126.292, o STF, por decisão apertada (7 a 4), reacendeu antigo entendimento que vigorava antes do julgamento do HC 84.078 MG, voltando a corte suprema a entender pela possibilidade de cumprimento de pena após o trânsito em julgado em segunda instância, bem como pela aplicabilidade do art. 637 do CPP, o qual diz: “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.”

Em interessante artigo escrito por Aury Lopes Jr., assim se posicionou o eminente jurista<sup>13</sup>:

O Brasil recepcionou, sim, a presunção de inocência e, como ‘presunção, exige uma pré-ocupação nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente. É a presunção de inocência um ‘dever de tratamento’ no terreno das prisões cautelares e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena é exatamente tratar como culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado. Não sem razão o artigo 5º, LVII determina (dever de tratamento) que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado.

Pela importância e amplitude dessa temática jurisprudencial, passa-se a detalhar tal mudança de entendimento em capítulo próprio do presente estudo.

---

<sup>13</sup> LOPES JUNIOR, Aury. LIMITE PENAL: Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. Consultor Jurídico: Conjur, São Paulo, p.1-2, 04 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#top>>. Acesso em: 10 jun. 2017

## **CAPÍTULO 3 - A EVOLUÇÃO (?) JURISPRUDENCIAL NO STF SOBRE A POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE PENA.**

O tema em questão é alvo de bastantes controvérsias, de forma que ao longo dos anos, desde a promulgação da Constituição de 1988, sempre houveram opiniões diversas. Dessa forma, trataremos a seguir das principais decisões acerca do tema.

### **3.1 – Do Habeas Corpus 84.078 MG**

Em 2009, quando do julgamento do HC 84.078 MG, o STF firmou entendimento de que só seria possível o cumprimento de pena após o trânsito em julgado da decisão condenatória em todas as instâncias, excetuando-se as prisões cautelares, conforme se demonstra:

HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau. Informativo nº 534 do STF – Brasília, 6 de fevereiro de 2009. Ainda no sentido de que a prisão sem fundamento cautelar, antes de transitada em julgado a condenação, consubstancia execução antecipada da pena, violando o disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição do Brasil: STF, 2ª Turma, HC 88.174/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 12/12/1996, DJe 092 30/08/2007. E também: STF, 2ª Turma, HC 89.754/BA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/02/2007, DJe 04 26/04/2007; STF, 2ª Turma, HC 91.232/PE, Rel. Min. Eros Grau, j. 06/11/2007, DJe 157 06/12/2007; STJ – HC 122.191/RJ – 5ª Turma – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – Dje 18/05/2009

Tratava-se de um Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário com pedido de liminar em que se atribuía constrangimento ilegal por parte do STJ, em razão do tribunal determinar o cumprimento de pena a partir da condenação em segundo grau de jurisdição.

O paciente havia sido denunciado pela prática do delito previsto no art. 121, §2º, I e IV c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

O Tribunal do Júri havia acolhido a tese de homicídio privilegiado e condenado o réu a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. O Ministério Público recorreu, o que deu ensejo a novo julgamento pelo tribunal popular, condenando o acusado, dessa vez, a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão. A defesa então interpôs recurso extraordinário e especial, sendo apenas o último admitido.

O Ministério Público então representou pela necessidade da prisão preventiva do réu, em razão de esse estar dilapidando o seu patrimônio, o que seria ato tendente a possibilitar uma evasão à aplicação da lei penal. A defesa, por sua vez, impetrou o habeas corpus 84.078 MG, alegando que o réu pretendia tão somente mudar de ramo comercial, o que tornaria infundado o cárcere cautelar do paciente, sem discutir, contudo, a possibilidade de execução de sentença condenatória na pendência de recurso sem efeito suspensivo.

Passa-se adiante à uma análise do teor dos votos determinantes para a fixação do entendimento de que só seria possível o cumprimento de pena após o trânsito em julgado, em todas as instâncias, da decisão condenatória.

### **3.1.2 - Voto do ministro Eros Grau**

O ministro, de início, reconheceu que admitir a prisão do réu após o julgamento da apelação, apresenta contornos de execução antecipada de pena.

Ressaltou o teor dos artigos 637, do CPP , 105, 147 e 164, da Lei de execuções penais, bem como o art. 5, LVII, da CF/88, os quais assim dispõem:

Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, **para a execução da sentença**. (Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941)

Art. 147. **Transitada em julgado** a sentença que aplicou a **pena restritiva de direitos**, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, **promoverá a execução**, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984).

Art. 105. **Transitando em julgado** a sentença que aplicar **pena privativa de liberdade**, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984).

Art. 164. Extraída certidão da **sentença condenatória com trânsito em julgado**, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984).

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

(...)

**LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;** (Constituição federal de 1988)

Afirma, pois, que se é vedada a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, com mais razão deveria também esse ser o tratamento dado à pena privativa de liberdade, posto que muito mais grave.

Sendo assim, alega que a nada se prestaria a Constituição se admitisse que o réu fosse tratado como culpado - e aqui quer dizer ser tratado como culpado, podendo inclusive ser decretada a sua prisão - antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Portanto, só seria admissível a prisão do réu, antes do trânsito em julgado, a título cautelar (prisão em flagrante, temporária ou preventiva).

A ampla defesa, afirma, é realmente ampla, atuando em todas as instâncias processuais, inclusive nas de natureza extraordinária. Impor a execução da pena após julgamento da apelação seria uma desproporção tremenda entre a pretensão punitiva do Estado e o desejo de inibir essa pretensão por parte do acusado.

Passa em seguida a analisar o caráter garantista do legislador da década de 80, usando como exemplo a reforma do penal de 1984 e a Constituição Federal de 1988. Na década de 90, contudo, passou-se a observar preceitos penais marcados pelo repressivo insano e pelo excesso de criações punitivas. Seria, pois, um casuísmo do legislador, imbuído por casos emblemáticos, como na elaboração das leis 8.078/90 e 8.038/90.

Nesse momento, a imprensa e a sociedade, em verdadeiro tribunal de exceção, lincham e julgam sob a premissa de que todos são culpados até que se prove o contrário, exatamente o oposto do que a Constituição assevera.

Conclui, portanto, que há verdadeira afronta ao texto do art. 5º, inciso LXVII, da CF/88, em se permitir que seja executada a sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Afirma ainda que em se tratando de prisão da qual há recurso pendente, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de cumprimento antecipado de pena.

Dessa forma, a antecipação do cumprimento de pena apenas se justificaria a título de conveniência para os magistrados, não para o Processo Penal. A grande quantidade de recursos especiais e extraordinários, a alegação de que “ninguém mais será preso”, são traduções do que se pode chamar de jurisprudência defensiva, o que vem a reduzir ou até mesmo a amputar garantias constitucionais, não podendo as cortes superiores se lograrem a esse preço.

Apresenta ainda o argumento, utilizado em sentido contrário ao seu, de que os réus utilizam-se de infundáveis e infundados recursos apenas para postergar a execução da pena. Afirma que nas sociedades democráticas, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos e não objetos processuais, sendo inadmissível a sua exclusão social sem que sejam aferidas as singularidades de cada infração penal, o que só pode ser feito após o trânsito em julgado.

Diante do que expôs, concedeu a ordem, entendendo pela necessidade de que o réu aguarde em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória.

### **3.1.3 – Voto do Ministro Celso de Mello**

Inicia seu pronunciamento ressaltando a excepcionalidade das prisões cautelares, bem como o necessário dever de fundamentação das decisões, baseando-se em fatos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos definidos em lei, não sendo as mesmas dadas ao arbítrio dos magistrados.

Adverte que a prisão cautear, *carcer ad custodiam*, não se confunde com a prisão punitiva, *carcer ad poenam*, não tem, portanto, aquela, função punitiva, mas sim função assecuratória em relação ao processo.

Significa, portanto, que, em função do caráter exclusivamente processual que detém, não pode a prisão preventiva ser utilizada como antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, o que resultaria em grave comprometimento ao princípio da liberdade.

Prossegue afirmando que o fato de alguém, independente da situação econômica, ser um sujeito de direitos, lhe garante a condição jurídica de pessoa submetida aos atos da persecução penal, assegurando-lhe, portanto, garantias indisponíveis, as quais devem ser asseguradas pelos magistrados e tribunais.

Decorrente disso é que ninguém pode ser tratado como culpado antes que sobrevenha contra ele sentença judicial transitada em julgado, tratando-se de efeito constitucional compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Relembra que a prerrogativa básica de que todos se presumem inocentes até que se prove a sua culpa é retratada não só na constituição brasileira, mas também em importantes declarações internacionais de Direitos Humanos, como na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e da Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos

Direitos Fundamentais da União Européia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Em seguida, aborda a regra probatória, decorrente do princípio da presunção de inocência, preceituando-se que cabe exclusivamente à acusação comprovar a culpa do acusado e jamais o contrário, como previa Decreto lei nº 88/1937.

Acentua que, ao contrário do que dizem outros ministros, a presunção de inocência não se esvazia conforme progredem as fases da persecução penal, significando, portanto, que mesmo após uma condenação em segunda instância, ainda subsistirá a presunção de inocência, só podendo ser ilidida com o trânsito em julgado da condenação.

Nesse sentido foi que acompanhou integralmente o voto do ministro Eros Grau.

### **3.1.4 – Voto do ministro Carlos Britto**

Iniciou seu voto destacando que entende tratar-se de mais do que uma garantia, mais do que um direito substantivo de matriz constitucional, restando, portanto, o indivíduo, enquanto não advier uma sentença condenatória transitada em julgado, acobertado pela presunção de não culpabilidade.

Passa a se referir, em seguida, ao inciso LXVI do art. 5 da constituição, o qual diz “ninguém será preso, senão em flagrante delito...”, deixando claro que a regra é a liberdade e a prisão a excessão. Ninguém, em regra, será preso. Portanto, o flagrante configura uma relativização desse postulado. Contudo, não há outra excessão que enseje uma prisão automática, como faz o flagrante. Em seguida, continua o inciso: “...ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...”. Essa segunda excessão, contudo, pode se dar em qualquer fase do processo.

Em seguida, passa a analisar a gravidade de que reveste o cárcere corporal, ressaltando a irreparabilidade do dano, o qual se divide em quatro dimensões.

Primeiramente o abalo psíquico, sendo o indivíduo fortemente afetado psicologicamente com a ordem de prisão. Em segundo lugar, o desprestígio familiar, causando verdadeira comoção doméstica, afetando ainda o trabalho, o que atinge o próprio sustento da família. Em terceiro, a desqualificação profissional, de forma que a informação de que o indivíduo foi preso afeterá nas suas chances de conseguir um emprego. Por último, o desprestígio social, que abala a imagem do indivíduo perante a sociedade.

Poder-se-ia, pois, afirmar que restaria desguarnecida a sociedade com essa interpretação. Contudo, ainda restam ao juiz as prisões cautelares, sobretudo a prisão preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Todavia, muita dificuldade tem os tribunais pátrios em conceituar um dos bens acautelados pela prisão preventiva, qual seja a ordem pública.

Ordem pública, seria, portanto, a categoria jurídica relacionada ao acautelamento do meio social.

Portanto, uma vez fundamentada decisão que decreta o cárcere cautelar, haverá a conciliação entre valores constitucionais de primeira grandeza: a liberdade individual de um lado e o postulado da justiça penal eficaz do outro. Ressalta, porém, que a eficácia da justiça penal não se alcança com o sacrifício do devido processo legal.

Votou, dessa maneira, pela concessão da ordem.

### **3.1.5 – Voto do ministro Cezar Peluso**

Inicia seu voto ressaltando o histórico do princípio. Recorda que o princípio foi utilizado pela primeira vez como objeto normativo em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa, por inspiração da obra de Beccaria. Afirmava o autor que o réu não poderia ser considerado culpado, nem a sociedade negar-lhe proteção pública, senão antes da sentença do juiz. Beccaria defendia que a sociedade depositava nas mãos do Estado parte de sua liberdade para que com ela o Estado a proteja na substância residual dessa mesma liberdade.

Tal necessidade se dava, portanto, diante da arbitrariedade em que era envolto o processo penal da época, o qual era utilizado como instrumento de defesa dos interesses do monarca e de perseguição política.

Daí é que se permitiam todos os tipos de tortura a fim de se obter a confissão, tida até então como a rainha das provas.

Observa, assim, que o princípio da presunção de inocência surge como uma reação política contra a maneira como o réu era tratado no processo penal.

Em segundo momento, surge novamente a relevância do princípio na Itália, nos debates que levaram à sua constituição de 1948, em que se discutiam os fins do processo e as alternativas quanto à condição processual do réu.

De um lado prevalecia o entendimento de que o processo penal se dava à defesa do réu e da cidadania, pensamento esse encabeçado por Carrara. A outra corrente, que tinha em Ferri o seu principal expoente, sustentava que o processo era instrumento de defesa da sociedade e do Estado.

O debate, portanto, já não girava mais sobre o modo de tratamento a ser adotado em relação ao réu, mas ao modelo de processo que o Estado deveria adotar.

O terceiro momento foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a partir do qual os tribunais pelo mundo passaram a dar especial importância ao alcance do princípio, no que se refere à distribuição do ônus da prova no processo penal.

Enfatiza que quando se fala em presunção de inocência, na verdade, utiliza-se uma metáfora, pois não há nenhuma presunção.

Explica que no Direito há duas espécies de presunção: a *iuris* e a *hominis*. A *iuris* é técnica operacional, pela qual o Direito cria suas realidades de acordo com aquilo

que, fora do Direito, ordinariamente acontece. Já a *hominis* é técnica ou modalidade de raciocínio que se dá, sobretudo, na convicção do juiz, em que se parte de fato conhecido e, por indução e experiência, chega-se à existência de fato desconhecido.

O princípio da presunção de inocência, por seu turno, não é dado estatístico, no qual a maioria dos réus seriam inocentes no processo penal. Logo não é e nem poderia ser presunção *iuris*. Não é também forma de raciocínio do juiz, pelo que não se pode chamar de presunção *hominis*. O nome “presunção” se justificaria pelo só fato de assim ter sido utilizado na Declaração de 1789.

Não significa, tampouco, algum juízo sobre a culpabilidade ou inocência do réu. Adotar essa interpretação seria substituir-se a um juízo empírico, o que está longe do significado, da finalidade e do alcance do princípio.

O que seria então esse princípio?

É um dos mais relevantes valores político-ideológicos que o ordenamento jurídico assume na tutela da dignidade da pessoa humana, no caso, o réu no processo penal. O Estado, portanto, adota esse princípio para resguardar essa dignidade do réu no curso do processo, até que haja o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Diante disso é o que o princípio da presunção de inocência se torna a expressão de uma garantia substancial, no sentido de que o ordenamento jurídico não pode impor ao réu nenhuma lesão ou ameaça de lesão que atinja a esfera ou patrimônio jurídico, em sentido lato, do réu, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Demais disso, qualquer medida que aplique, por força de lei, ao réu no curso do processo, que não possa ser explicada por outro motivo que não um juízo de culpabilidade, não pode ser aplicada, senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória, sob pena de ofensa à garantia constitucional.

A razão de ser é visível. Ora, os riscos da irreversibilidade dos danos da privação de liberdade de um inocente são gritantes. Nem a sociedade, nem a humanidade ganham nada com a prisão de um inocente; pelo contrário.

Então qual seria o verdadeiro alcance desse princípio?

Seu alcance é elucidado por outro princípio, o do devido processo legal. O processo legal não é apenas o regulado por lei, pois bastaria isso para ser legal. Exige-se mais que isso. É necessário que seja devido. Ou seja, de acordo com a consituição, além de devido, é preciso que o processo responda à uma concepção de justiça de uma certa época, de uma certa sociedade, em suma, devido por justiça.

Não poderia, portanto, ser justo um sistema em que impõe a um indivíduo medida tão gravosa e de caráter irremediável como é a privação de liberdade pelo só fato de esse alguém ser réu em um processo penal. Não sendo justo, logo, não atende ao princípio constitucional.

Outra interpretação esvaziaria o princípio de qualquer efeito prático. Passaria a ser enunciado tão somente de caráter moral, o qual consideraria o réu como inocente, mas para nenhum efeito.

Diante do que expôs, seguiu integralmente o voto do relator, concedendo a ordem.

### **3.1.6 – Voto do ministro Marco Aurélio**

Inicia seu pronunciamento questionando se é possível agasalhar, no âmbito do Direito Penal, as duas espécies de execução: definitiva e provisória.

O que prevalece no campo patrimonial? Se o recurso possuir tríplice efeito: obstaculizar a formação da coisa julgada, o efeito devolutivo e o suspensivo, não será possível qualquer tipo de execução. Se possuir, contudo, apenas os dois primeiros

efeitos, será possível, com as devidas cautelas, a execução provisória e, portanto, precária, da pena.

Os atos de constrição, por seu turno, esbarram na necessidade de garantia do juízo para aquele que deseja ver satisfeito o seu título executivo judicial. Tal ocorre, porque é possível retornar-se ao *status quo ante*.

Já quando trata-se da liberdade, uma vez inocentado o réu, impossível será restituir o indivíduo à sua liberdade anterior da mesma forma. Haverá tão somente espaço para pleitear-se uma indenização, o que, de forma alguma, será suficiente para compensar o que foi perdido.

Questionou ainda a constitucionalidade do verbete de número 267 do STJ, o qual diz: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”

Nesse sentido, acompanhou o relator e votou pela concessão da ordem.

### **3.1.7 – Voto do ministro Gilmar Mendes**

Observa o ministro que já houvera se manifestado em outras ocasiões no sentido de ser inconstitucional o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ressalta, porém que tema de muita relevância do direito criminal é a repressão à criminalidade. Contudo, para esse fim, detém o magistrado de ferramentas como as prisões cautelares.

Não obstante isso, ainda fala-se na inefetividade da justiça criminal no país. O ministro, então, apresentou dados de uma pesquisa realizada pelo CNJ em 2008, que demonstrava um elevado índice de presos no Brasil, dos quais cento e oitenta e nove mil

eram presos provisórios. Muitos estavam nessa condição há dois ou três anos. Em alguns casos mais graves, nem sequer a denúncia havia ainda sido oferecida.

Alguns casos saltavam aos olhos, como eram alguns do Estado do Piauí, em que alguns presos possuíam o chamado “inquérito de capa preta”, em que a polícia informava ao judiciário que aqueles não deveriam ser soltos. É um verdadeiro Estado de coisas inconstitucional, o qual, muitas vezes, contava com a conivência da justiça e do Ministério Público.

Em relação aos Habeas Corpus, afirma o ministro, que no ano de 2007, dos que foram conhecidos pelo Tribunal, trinta por cento desses foram providos. Isso é, mesmo depois de terem passado por todas as instâncias ordinárias e, inclusive, pelo STJ.

Conclui, dessa forma, que, tendo em vista a efetividade da justiça criminal, há meios e modos de lidar com esse tema, haja vista a própria visão ampla da prisão preventiva, de modo que a torne mais precisa, uma vez que há abusos no seu uso.

Por fim destaca o processo de mutação constitucional, de forma que o posicionamento adotado por outros integrantes do Tribunal, no sentido de permitir o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, era certo ao seu tempo, assim como é certo o posicionamento que se toma a partir dessa decisão.

Nesse sentido foi que acompanhou o voto do relator e concedeu a ordem, no sentido de que não é constitucional o cumprimento definitivo de pena antes do trânsito em julgado em todas as instâncias da decisão condenatória.

### **3.1.8 – Decisão**

Nesses termos é que em 05 de fevereiro de 2009, vencidos os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Carmén Lúcia e Menezes Direito, em sessão do Tribunal Pleno, fora concedida a ordem de *Habeas Corpus*, firmando-se a tese de que inconstitucional é o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

### **3.2 Do Habeas Corpus 126.292 SP**

No julgamento do HC 126292, em fevereiro de 2016, mudando o entendimento adotado pelo STF desde a promulgação da constituição de 1988 até 2009, alguns ministros do STF passaram a entender pela possibilidade de cumprimento de pena após o trânsito em julgado em segunda instância da decisão condenatória.

Tratava-se de *habeas corpus* impetrado em favor de paciente que fora condenado pela prática do delito previsto no art. 157, §2º, inc. I e II, à pena de 5 (anos) e 4 (quatro) meses de reclusão. O tribunal de Justiça de São Paulo, após negar provimento à apelação do réu, determinou a expedição do mandado de prisão. A defesa, então, questionou perante os tribunais superiores a legitimidade de tal determinação.

O cerne da questão, pois, era delineado pela inconstitucionalidade do cumprimento definitivo de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, com base no art. 5º, inciso LVII da Constituição.

#### **3.2.1 – Voto do ministro Teori Zavascki**

Segundo o ministro Teori Zavascki, relator do julgamento,

“Realmente, 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. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.”

Concluiu afirmando que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.”

Dessa forma foi que votou pela não concessão da ordem.

### **3.2.2 – Voto do ministro Edson Fachin**

O ministro Edson Fachin, em seu voto, expôs que o princípio da presunção de inocência não é absoluto e deve ser interpretado sistematicamente, em conjunto com as demais normas constitucionais. Argumentou que as instâncias extraordinárias não se ocupam de analisar matéria fática dos recursos, mas tão somente questões de direito.

Dessa forma, sustentou que:

“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.”

Ponderou que, de fato, existem decisões teratológicas emanadas nas instâncias ordinárias, o que, contudo, não justifica o efeito paralisante da eficácia de absolutamente todas as condenações criminais assentadas em segundo grau.

### **3.2.3 – Voto do ministro Luís Roberto Barroso**

O ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez divide seu voto em três partes, conforme a seguir explanadas:

#### **3.2.3.1 Parte I - Delineamento da controvérsia**

Nesse trecho, o ministro apenas explanou do que se tratava o caso. Tratava-se, pois, de habeas corpus impetrado em favor de réu condenado por cometer o delito previsto no art. 157, §2º, inc. I e II, sendo-lhe aplicada a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Fora determinada, então, após o julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a expedição do mandado de prisão. Em sucessivos habeas corpus, a defesa suscitou perante o STJ e perante o STF a legitimidade da

determinação do Tribunal. Reside, portanto, o cerne da questão em saber se é constitucional o cumprimento definitivo de pena, mesmo antes do definitivo trânsito em julgado da decisão condenatória.

### **3.2.3.1.1 Parte I.I - A oscilação da jurisprudência do STF na matéria**

Afirma que de 1988 até 2009 vigorava o entendimento de que não se impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp). Ressalta que isso decorria do fato de que tais recursos não serem dotados de efeito suspensivo e nem se prestarem a reformular a decisão, mas tão somente a constatar eventuais inconstitucionalidades ou ilegalidades, sem reexaminar fatos ou provas.

Ato contínuo, afirma que na data de 5 de fevereiro de 2009, houve uma virada jurisprudencial, passando-se a fazer uma leitura literal do art. 5º, LXVII, da CF/88, quando do julgamento do HC 84.078.

Na dita ocasião, fora feita uma interpretação absoluta do aludido dispositivo constitucional, passando-se a entender ser impossível que houvesse o cumprimento provisório de pena antes do trânsito em julgado da decisão. Cita trecho da ementa, o qual preceitua: “a ampla defesa engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”

### **3.2.3.1.2 Parte I.II - A ocorrência da mutação Constitucional**

Em seguida, explana que houve mutação constitucional, de forma a alterar o entendimento da norma em questão, sem contudo, alterar o seu texto, alterando, pois, o entendimento que havia sido modificado em 2009.

Argumenta que a mudança de entendimento promovida no julgamento do HC 84.078 trouxe três consequências, quais sejam; a) um incentivo à interposição de recursos protelatórios. Afirma que tal expediente abarrotava a máquina judiciária, em nada

contribuindo para o desfecho justo do processo, visando apenas postergar a prisão do acusado. Para reforçar sua posição, apresentou estatística que demonstra que entre 01 de janeiro de 2009 a 19 de abril de 2016, em 25.707 decisões de recursos criminais pelo STF, menos de 0,1% das decisões foram absolutórias; b) a capacidade de recorrer em todas as instâncias é restrita a poucas pessoas, tornando essa prática seletiva, aproveitando apenas aos mais abastados, uma vez que os mais pobres não têm recursos financeiros para tanto e nem a Defensoria Pública possui estrutura para essa prática; c) por último, afirma que o entendimento firmado em 2009 contribuiu para um descrédito das instâncias ordinárias perante a sociedade, uma vez que, em muitos casos a espera pelo julgamento dos recursos extraordinários faz com que se alcance a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Portanto, afirma que necessário se faz uma interpretação mais condizente com a realidade de nosso ordenamento, “em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com *status* constitucional.”

### ***3.2.3.2 Parte II - Fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau***

O ministro, nesse tópico, optou por fazer uma subdivisão de seu argumento, de forma que analisaremos os pormenores de cada um dos pontos.

#### ***3.2.3.2.1 Parte II.I - O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente***

Afirma inicialmente que o princípio da presunção de inocência não veda a prisão antes do trânsito em julgado da decisão. Por outra via, aduz que o que determina seja cumprida a pena de prisão é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme o art. 5º, LXVI, da CF/88, sendo exceção apenas a prisão em flagrante.

A seguir apresenta-se importante trecho de sua decisão, na qual aduz:

15. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

Em apertada síntese, percebe-se que o Douto ministro afirma que o réu pode ser preso, mesmo que não considerado culpado, bastando que haja ordem escrita e fundamentada de autoridade competente.

### ***3.2.3.2.2 Parte II.II - A presunção de inocência é princípio e, como tal, está sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais***

Dada a relevância e amplitude que esse princípio suscita, o ministro subdividiu este tópico da forma como adiante se analisa.

#### ***3.2.3.2.2.1 Parte II.II.I A presunção de inocência ou de não culpabilidade é um princípio***

Nesse ponto, o ministro alega que a presunção de inocência é um princípio e não uma regra, de forma que não é absoluto, admitindo-se sua relativização quando confrontado com outros preceitos constitucionais, desde que se mantenha o seu núcleo essencial.

Dessa forma, obtempera que que o art. 283 do CPP não serve para impedir a prisão após a condenação em segundo grau, uma vez que já há certeza da materialidade e autoria do fato. Ressalta que interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.

### **3.2.3.2.2.2 Parte II.II.II. As normas constitucionais em tensão na hipótese**

Nesse ponto, expõe a colidência de dois princípios constitucionais, quais sejam a presunção de inocência e efetividade da lei penal.

Quanto à presunção de inocência, observa que o interesse se lastreia em não permitir que o réu sinta qualquer efeito da condenação penal, até a definitiva confirmação de sua responsabilidade criminal. Para tanto afirma que

No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, devem haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

Por outra via, encontra-se o princípio da efetividade da lei penal, o qual prevê objetivos, prevenção geral e específica, e bens jurídicos, vida, dignidade humana, moral, etc., ambos tutelados pelo Direito Penal. Ressalta que tais objetivos possuem previsão específica na Constituição, como no arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança).

Destaca que:

Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediatemente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros.

Conclui-se, dessa forma, que pretende o ministro demonstrar que havendo colidência entre os aludidos princípios, deve haver a prevalência do que tutela a efetividade do sistema penal.

Ousamos discordar, de forma que a nosso ver, muito mais caro ao Estado Democrático de Direito é a preservação da liberdade do indivíduo. No mesmo sentido se

posiciona Guilherme de Souza Nucci <sup>14</sup>, ao se referenciar aos princípios consequenciais decorrentes da prevalência do interesse do réu, afirmando que:

O primeiro deles espelha que, na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu - e sua liberdade - e o poder-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo disso está na previsão de absolvição quando não existir prova suficiente da imputação formulada (art. 386, VII, CPP). Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário. Por isso, a sua posição, no contexto dos princípios, situa-se entre aqueles vinculados ao indivíduo, sendo, ainda, considerado como constitucional implícito. Na realidade, ele se acha conectado ao princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, CF), constituindo autêntica *consequência* em relação ao fato de que todos os seres humanos nascem livres e em estado de inocência. Alterar esse estado dependerá de prova idônea, produzida pelo órgão estatal acusatório, por meio do devido processo legal, gerando certeza no espírito do julgador.

### **3.2.3.2.2.3 Parte II.II.III. A necessidade de ponderação e sua efetiva concretização**

Nesse trecho do voto, o ministro destaca que à medida que o processo percorre seu trâmite normal e vai se mantendo a culpa do réu, o princípio da inocência vai perdendo sua força, uma vez que provas são produzidas e a condenação é mantida.

Exemplifica que na fase pré-processual, em que há mera imputação e que não são as provas produzidas sob o crivo do contraditório, o aludido princípio é soberano, enquanto que

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.

Em sequência, afirma que aos tribunais superiores não procedem ao revolvimento de provas e fatos, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, além de que aqueles não possuem efeito suspensivo.

Outrossim, entende que:

---

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015. Bibliografia. ISBN 978-85-309-6334-7. p. 73

Portanto, 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 credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

Prossegue sua manifestação afirmando que o princípio da proporcionalidade não detém apenas uma dimensão negativa, vedando os excessos em detrimento dos direitos fundamentais. Afirma, pois que há uma segunda vertente, a positiva, no que se refere à vedação à proteção insuficiente do Estado dos direitos e princípios constitucionais. Portanto, estaria também o Estado violando a Constituição quando se omite ou quando não atua de modo eficaz e satisfatório na proteção dos direitos e garantias constitucionais.

Relacionando-se ao tema em questão, afirma que negar a possibilidade de cumprimento provisório de pena a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória em segundo grau, seria uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas.

Conclui este ponto aduzindo que:

Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

Ousamos discordar do ministro. Todavia, a fim de se evitar repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao capítulo referente às conclusões, no qual se combaterá especificamente esse ponto.

### ***3.2.3.2.3 Parte II.III Após condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública***

Buscou o ministro, nesse ponto, legitimar uma pretensa exigência legal de que o indivíduo cumpra, de modo definitivo, a pena após a condenação em segundo grau, o que explicou detalhadamente nos seguintes tópicos.

#### ***3.2.3.2.3.1 Parte II.III.I Fundamento infraconstitucional legitimador da prisão após a condenação em segundo grau***

Neste ponto o ministro pretende concretizar sua fundamentação com preceitos legais, além dos constitucionais. Contudo, a nosso ver, andou mal o ministro, uma vez que utiliza como justificativa do cumprimento antecipado de pena uma exigência, segundo ele, de ordem pública, qual seja assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do Sistema Penal.

Ora, o cidadão, sujeito de direitos, não pode sucumbir a uma pretensão de manutenção da credibilidade do Poder Judiciário. O devido processo legal não se presta a isso. Muito mais relevante é o direito constitucional de um réu, tecnicamente considerado inocente, recorrer em liberdade enquanto não decretada definitivamente a sua culpa.

Para abalisar seu posicionamento, utiliza-se do instituto da prisão preventiva, o qual está previsto art. 312 do CPP, autorizando o cárcere cautelar quando presentes a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, nas seguintes hipóteses: a) por conveniência da instrução criminal: para evitar a atuação indevida do réu sobre a colheita de provas e sua eventual influência negativa sobre as testemunhas; b) garantia da aplicação da lei penal: busca-se aqui evitar que o réu se furte da aplicação da pena prevista em lei; c) garantia da ordem pública e ordem econômica: esse o ponto de maior destaque.

Afirma o ministro que o STF tem entendido que a garantia da ordem pública e econômica visa 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.

Como exemplo de sua afirmação, cita o HC 89.238, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29.05.2007, onde se lavrou:

Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC's 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e **iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal. (grifo nosso)**

Conclui, dessa forma, por dizer que após uma condenação em segundo grau, duas certezas são construídas: a prova da materialidade e a autoria do crime. Diante disso, 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, sacrificando, dessa maneira, diversos princípios inerentes à coletividade em nome de um formalismo estéril.

#### **3.2.3.2.3.2 parte II.III.II Uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer**

Neste ponto, o ministro atenta para o fato de que alguns processos, em razão da quantidade excessiva de recursos interpostos pela defesa, chegam a alcançar a prescrição, restando impunes os réus em razão da demora.

Como exemplo, cita o AI 394.065-AgR-ED-EDED-EDv-AgR-AgR-AgR-ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber, relativo a crime de homicídio qualificado cometido em 1991:

Proferida a sentença de pronúncia, houve recurso em todos os graus de jurisdição até a sua confirmação definitiva. Posteriormente, deu-se a condenação pelo Tribunal do Júri e foi interposto recurso de apelação. Mantida a decisão condenatória, foram apresentados embargos de declaração (EDs). Ainda inconformada, a defesa interpôs recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram manejados novos EDs.

Mantida a decisão embargada, foi ajuizado recurso extraordinário, inadmitido pelo eminente Min. Ilmar Galvão. Contra esta decisão monocrática, foi interposto agravo regimental (AgR). O AgR foi desprovido pela Primeira Turma, e, então, foram apresentados EDs, igualmente desprovidos. Desta decisão, foram oferecidos novos EDs, redistribuídos ao Min. Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Min. Gilmar Mendes. Da decisão do Min. Gilmar Mendes, que inadmitiu os EDiv, foi ajuizado AgR, julgado pela Min. Ellen Gracie. Da decisão da Ministra, foram apresentados EDs, conhecidos como AgR, a que a Segunda Turma negou provimento. Não obstante isso, foram manejados novos EDs, pendentes de julgamento pelo Plenário do STF. Portanto, utilizando-se de mais de uma dúzia de recursos, depois de quase 25 anos, a sentença de homicídio cometido em 1991 não transitou em julgado.

Dessa forma é que, segundo o ministro, a interposição sucessiva de recursos não é utilizada em decorrência da ampla defesa, mas como uma ferramenta espúria com a única finalidade de alongar indefinidamente o processo, visando, com isso, alcançar-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

### **3.2.3.2.3.3 Parte II.III.III A razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade**

Aqui o ministro afirma que quando o réu é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido muito tardiamente, cria-se um descrédito para o sistema penal e para o próprio Poder Judiciário. Dessa forma, o acusado passa a crer que não há punição, o que de certa forma, seria um incentivo à reiteração delitiva, frustrando o princípio da prevenção do Direito Penal.

A sociedade, por sua vez, entende de duas formas: a) aos que pretendem cometer algum crime, não vêem qualquer desestímulo, uma vez que provavelmente não serão punidos; b) aos que não pretendem cometer nenhum crime, gera-se um sentimento de descrença no poder do Estado em tutelar os bens jurídicos protegidos por este ramo do Direito.

O ministro ressalta, contudo, a possibilidade de se recorrer aos tribunais superiores para corrigir eventuais abusos, por meio de *habeas corpus*, bem como a possibilidade de se requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no Resp.

#### **3.2.3.2.4 Parte II.IV Fundamentos pragmáticos para o novo entendimento**

Aqui o ministro ressalta as decisões judiciais, sobretudo quando tratam de questões constitucionais e dos chamados “casos difíceis”, possuem uma função eminentemente política, seja pela atribuição de sentido a cláusulas abertas, seja pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis, bem como em razão das consequências práticas de suas decisões. Sendo assim, a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade

Em seguida, destaca duas funções do pragmatismo: a) contextualismo: a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; b) consequencialismo: dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

Nesta baila é que o ministro entende que o entedimento fixado em 2009 pelo STF produziu três efeitos negativos: a) o incentivo à interposição de recursos protelatórios; b) o agravamento da seletividade do sistema penal; c) o descrédito do sistema penal perante a sociedade.

Para ele, o novo entendimento possibilitará três consequências benéficas: a) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, b) a redução da seletividade do sistema penal, e c) a quebra do paradigma de impunidade. Tais consequências são a seguir explicadas.

#### **3.2.3.2.4.1 Parte II.IV.I Equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal**

Primeiramente, ressalta o ministro que a execução da pena após o trânsito em julgado em segunda instância contribui para um maior equilíbrio e funcionalidade da justiça criminal. É que, segundo ele, haverá, assim, um desestímulo à interposição infundável de recursos inadmissíveis com intenção tão somente protelatória.

Em segundo lugar, aduz que, dessa forma, será reestabelecida o prestígio e a autoridade das decisões proferidas nas instâncias ordinárias. Afirma que no cenário brasileiro, as varas e tribunais de justiça passaram a ser tão somente instâncias de passagem, sendo a regra, quando deveria ser a exceção, que a decisão final seja exarada pelos tribunais superiores.

#### **3.2.3.2.4.2 Parte II.IV.II diminuição da seletividade do sistema criminal**

Nesse ponto, ressalta que apenas aqueles que detém elevado poder aquisitivo é que podem custear uma defesa protelatória, levando a impunidade ou à punição tardia. Afirma que a maioria da população carcerária do país é composta por presos que ainda não foram condenados em primeiro ou em segundo grau de jurisdição, a título de prisão preventiva.

Sendo assim, afirma que com a certeza de que os condenados a partir de segunda instância irão cumprir pena definitiva, os juízes não cederão à tentação de prender os réus durante a instrução criminal, por temer a impunidade do sistema penal.

#### **3.2.3.2.4.3 Parte II.IV.III Quebra do paradigma de impunidade**

Para o ministro, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal.

Portanto, para se evitar a morosidade do cumprimento de pena e o conseqüente decrédito do sistema penal e do resguardo das legítimas demandas da

sociedade por um direito penal sério, deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior efetividade ao sistema processual penal

### **3.2.3.5 Conclusão**

Com base no exposto, firmou o ministro a seguinte tese de julgamento: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”.

### **3.2.4 – Voto Do Ministro Luiz Fux**

O ministro Luiz Fux aduziu que o princípio da presunção de inocência, desde as suas raízes, baseia-se na regra básica de que alguém é inocente até que seja considerado culpado. Tanto é assim que o aludido princípio assim está descrito 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, pois, necessidade do trânsito em julgado.

Dessa forma, afirma ser impossível que um indivíduo seja considerado culpado em todas as instâncias e chegue ao STF como sendo presumidamente inocente.

Em seguida, afirma haver uma singularidade processual em relação à coisa julgada, de forma que o STF já admite a existência da coisa julgada em capítulos. Resultado prático desse entendimento é que só serão devolvidos aos tribunais superiores questões federais e constitucionais, não se discutindo mais questões de cunho probatório, sendo essas últimas alcançadas pela coisa julgada material.

Acrescenta, por fim a observância da mutação constitucional, de forma que, para ele, não mais é aceitável para a sociedade que se mantenha a presunção de inocência de um acusado que recorre incessantemente. Dessa forma, conclui, há verdadeira disfunção, uma vez que após a condenação, o próximo marco interruptivo da

prescrição é o cumprimento de pena. Poderá a defesa, pois, recorrer de modo *ad infinitum*, sem que se interrompa a prescrição, mesmo que não haja inércia do Ministério Público. Considera, pois, ser essa uma situação teratológica.

Conclui sua manifestação afirmando que:

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, votou seguindo o entendimento dos outros ministros, posicionando-se pela mudança de entendimento da corte suprema.

### **3.2.5 – Voto da ministra Carmén Lúcia**

A ministra Carmen Lúcia seguiu o entendimento dos ministros, posicionamento este que ela já havia adotado em outras ocasiões, sendo vencida nestas.

Em suas razões, as quais foram utilizadas em outros julgamentos com a mesma matéria, afirmou que não lhe parecia haver ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena determinado quando já exaurida a fase de provas, que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito.

Citou ainda a Súmula 279 do STF, a qual não permite revisão de provas nesta sede.

Por fim, alega que o que preleciona a Constituição é a não culpa antes do trânsito em julgado, e não a não condenação, sendo esse também o posicionamento dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Dessa forma, votou no mesmo sentido dos demais ministros.

### **3.2.6 – Voto do ministro Gilmar Mendes**

O ministro Gilmar Mendes iniciou seu voto ressaltando que havia composto a maioria que firmou o entendimento no HC 84.078, mas que não sabia à época, os efeitos prejudiciais que seu posicionamento causariam.

Afirma que nos últimos tempos, diante de muitas questões e reflexões, percebeu que seria a hora de rever seu posicionamento, em razão da ocorrência de casos graves que põem em risco a efetividade da justiça.

Em seguida, ressaltou a crescente ocorrência de casos em que há a prescrição da pretensão punitiva do Estado, mas não em razão da inércia dos magistrados, mas sim em função da número excessivo de processos e de recursos protelatórios.

Adiante, passa a analisar a questão em seu aspecto teórico, em relação ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Afirma que ao longo do desenho jurídico, o legislador lhe dá com o aludido princípio de forma variada: para que se autorize a busca e apreensão, bastam indícios; já para um recebimento de denúncia, necessiata-se de algo mais denso, exigindo a idéia da materialidade.

Portanto, o núcleo essencial do aludido princípio seria a atribuição do ônus de provar a autoria e a materialidade do crime à acusação. Sendo assim, estar-se-à falando de um direito fundamental processual de âmbito negativo.

Ato contínuo, vedaria o princípio que o réu fosse tratado como culpado até o trânsito em julgado da decisão. Contudo, o delineamento do que vem a ser considerado como culpado, depende da intervenção do legislador.

Diante disso, seria largo o espaço de conformação do legislador, não vedando a lei que se atribuam diferentes tratamentos, de forma mais gravosa progressivamente, ao acusado, conforme a imputação evolui. Exemplifica:

Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões” – art. 240, §1o, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Dessa forma, conclui que é aceitável que seja o réu tratado de forma mais gravosa, conforme evolua o estágio do procedimento, desde que não se atinja o núcleo central do princípio da presunção de inocência.

Afirma, assim, que ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, as instâncias soberanas para apreciar fatos e provas já exauriram sua jurisdição. Portanto, cabe aos tribunais superiores tão somente a análise de questões que possuam uma repercussão geral em relação à sociedade. Conclui ainda que os recursos especiais e extraordinários não possuem efeito suspensivo automático, sendo este somente concedido em hipóteses excepcionalíssimas.

Dessarte, atesta que, nesse nível do processo, é completamente compatível com o princípio da presunção de inocência o cumprimento de pena, ainda que pendentes recursos. Como exemplo de seu posicionamento, assim dispõe:

Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1o, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10).

Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012).

Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. Igualmente, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso.

Em seguida, utiliza-se do direito comparado a fim de embasar sua fundamentação. Atesta que nem todas as declarações de Direitos Humanos prevêm a não culpabilidade, sendo que as que prevêm, em sua maioria, determinam que a presunção de inocência somente subsiste até a comprovação da culpa. Assim exemplifica:

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, §2º, que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Disposições semelhantes são encontradas no direito francês (artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), canadense (seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e russo (artigo 49 da Constituição).

Todas escolhem, como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Resta saberem em que momento isso ocorre.

Observa que nesses ordenamentos, embora fique afastada a presunção de inocência, ainda há o direito de recurso, devendo esses serem julgados prontamente em razão do princípio da duração razoável do processo.

Nesse ponto, discordamos do ministro, aduzindo ao entendimento perfilhado por Aury Lopes Jr.<sup>15</sup> Quando afirma que:

Foram generalizações que desconsideraram as inúmeras diferenças entre os sistemas jurídicos, que começam na investigação preliminar (nos Estados Unidos o modelo é policial, mas eles possuem — no âmbito estadual — mais de 17 mil agências policiais... na França o modelo é de Juiz de Instrução e na Alemanha, desde 1974, é um modelo de promotor investigador), passando pelo julgamento de primeiro grau (há uma distinção crucial: são países que adotam um julgamento colegiado já em primeiro grau, completamente distinto do nosso, cujo julgamento é monocrático (juiz singular), passando pelas diferenças no sistema recursal e desaguando na absoluta diferença do sistema carcerário (sobre isso, nem preciso argumentar...). Sem falar na diversidade de políticas criminais e processuais. Ademais, muitos desses países não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois, são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada que já se operou. É uma estrutura completamente diferente. Para além disso, há uma diferença crucial e não citada: nossa Constituição prevê — ao contrário das invocadas — a presunção de inocência ATÉ o trânsito em julgado. Essa é uma especificidade que impede o paralelismo, uma distinção insuperável.

Em seguida, passa a analisar o ordenamento pátrio, aduzindo que possuímos um intrincado sistema judiciário. Na base, existem duas instâncias com ampla competência para apreciar fatos e provas, havendo, logo acima, duas instâncias

---

<sup>15</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Limite penal: Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. Consultor Jurídico: Conjur, São Paulo, p.1-2, 04 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#top>>. Acesso em: 10 jun. 2017

extraordinárias. Afirma que o acesso a essas últimas é bastante amplo, só não sendo admitidos os recursos em escassas oportunidades.

Contudo, mesmo nessas restritas ocasiões, a apreciação dos recursos demanda muito tempo, de forma que, diante da estrutura atual do sistema judiciário brasileiro, essas cortes supremas não estão vocacionadas a dar uma resposta rápida às demandas que lhes são apresentadas.

Portanto, conclui que importante é que se tenha o princípio da presunção de inocência como relevante no ordenamento pátrio, mas suscetível de ser conformado, tendo em vista as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal.

Ressalta que, na eventualidade de haver abuso na decisão condenatória, ainda haverão os recursos às instâncias superiores, aos quais poderão ser conferidos o efeito suspensivo, havendo ainda o bom e forte remédio constitucional de *habeas corpus*.

No sentido de tudo o que foi exposto, o ministro revisitou seu entendimento e votou pela denegação da ordem, passando a entender que possível é se cumpra definitivamente a pena após o trânsito em julgado em segunda instância.

### **3.2.7 – Decisão**

Vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente), prevaleceu o entendimento, em sessão realizada no Plenário do STF, no dia 17 de fevereiro de 2016, de que é possível o cumprimento de pena após a condenação ou manutenção da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição.

## **3.3 – DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44**

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediram a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em

segunda instância. Alegaram que o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126292, em fevereiro de 2016, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”.

O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão do dia 5 de outubro de 2016, prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

Destaque-se que o relator das ações votou pela concessão da liminar, entendendo pela impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado. Contudo, divergiram do relator alguns ministros.

O ministro **Edson Fachin** asseverou que a Constituição não assegura ao réu um terceiro ou quarto grau de jurisdição, mas que cabe às instâncias superiores a análise tão somente de questões que possuam repercussão geral, que transbordem ao processo em que o recorrente é acusado. Portanto teriam essas últimas instâncias o dever de uniformizar a jurisprudência constitucional e infraconstitucional.

Por último, afastou a tese de vedação à irretroatividade da interpretação constitucional prejudicial ao réu, afirmando que esse princípio só se aplica às leis penais e não à jurisprudência.

Sendo assim, conferiu, a seu ver, interpretação conforme a Constituição ao artigo 283 do CPP, afastando a tese segundo a qual aquela norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias. Defendeu ainda que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

O ministro **Roberto Barroso** seguiu a divergência e entendeu que é legítima a execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado, afim de garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados.

Defendeu que a presunção de inocência é princípio e não regra, podendo ser relativizada quando em contraste com outros princípios de igual ou maior estatura, como é o princípio da efetividade da justiça penal.

Contextualizou a discussão afirmando que o entendimento anterior do STF era grosseiramente injusto, uma vez que produziu distorções na finalidade do princípio, permitindo a interposição infundável de recursos, inibindo a ocorrência do trânsito em julgado, a seletividade do sistema penal e o descrédito da justiça, o que, ao seu ver, contribui para o aumento da criminalidade.

O ministro **Teori Zavascki** acompanhou a divergência, reafirmando o seu entendimento proferido no HC126292, do qual foi relator.

Afirmou que “A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país”. Se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro elas não podem esvaziar o sentido público de justiça. Disse ainda que “o processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social”.

Por fim, afirmou que o julgamento da apelação encerra o exame sobre fatos e provas, o que delimita a abrangência do segundo grau de jurisdição.

O ministro **Luiz Fux**, acompanhou a divergência, aduzindo que tanto o STF, como o STJ possuem meios de controle quanto às eventuais ilegalidades nas prisões decorrentes de sentença proferida em segunda instância, qual seja a suspensão de ofício das condenações em sede de *habeas corpus*.

Afirmou também que se não quisesse a constituição que fosse possível a prisão a partir da condenação em segunda instância, assim o teria manifestado no inciso LXVI de seu art. 5º, em que trata das prisões. Alegou ainda que é preciso olhar não somente para o direito fundamental do réu, mas também para o direito fundamental da sociedade em ver a lei penal ser aplicada.

O ministro **Dias Toffoli** acompanhou parcialmente o voto do relator, acolhendo sua posição subsidiária, no sentido de que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STJ.

Fundamentou sua posição sustentando 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.

De acordo com o ministro, a Constituição Federal exige que haja a certeza da culpa para fim de aplicação da pena, e não só sua probabilidade, e qualquer abuso do poder de recorrer pode ser coibido pelos tribunais superiores. Para isso, cita entendimento adotado pelo STF que admite a baixa imediata dos autos independentemente da publicação do julgado, a fim de evitar a prescrição ou obstar tentativa de protelar o trânsito em julgado e a execução da pena.

O ministro **Gilmar Mendes** votou com a divergência, avaliando que a execução da pena, havendo decisão de segundo grau, não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência. Ressaltou que, no caso de se constatar abuso na decisão condenatória, os tribunais disporão de meios para sustar a execução antecipada, e a defesa dispõe de instrumentos como o habeas corpus e o recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo.

Ressaltou também que o sistema estabelece um progressivo enfraquecimento da ideia da presunção de inocência com o prosseguimento do processo criminal. “Há diferença entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau”, afirmou. Segundo o ministro, países extremamente rígidos e respeitosos com os direitos fundamentais aceitam a ideia da prisão com decisão de segundo grau.

A ministra **Carmén Lúcia**, presidente do STF, negou o pedido de cautelar nos pedidos. Ela lembrou, em seu voto, posicionamento proferido em 2010 sobre o mesmo tema, quando acentuou que, quando a Constituição Federal estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, não se exclui a possibilidade de ter início a execução da pena.

Para a presidente, uma vez havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas. “A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo”.

### **3.4 – REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 964.246 SÃO PAULO**

Tratou-se aqui de agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em ação penal na qual o recorrente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e à pena pecuniária de 13 (treze) dias

multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu, ora recorrente, e determinou expedição imediata de mandado de prisão, para início da execução da pena.

No recurso extraordinário, a defesa alegou ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, dispositivo constitucional que garante o direito de ninguém ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de onde, segundo sustentou, decorre o direito de não ser preso antes do trânsito em julgado, quando apenas então se poderá realizar a execução da pena imposta.

Sustentou, ademais, que ainda que os recursos cabíveis contra o acórdão da apelação (recursos Especial e Extraordinário) sejam despidos de eficácia suspensiva, certo é que há presunção constitucional de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Afirmou a parte recorrente que existiria repercussão geral da matéria, conforme estabelecia o art. 543-A, § 2º, do CPC/1973, uma vez que claramente extrapolaria os interesses subjetivos das partes, atingindo todos os cidadãos que tem o direito de ver respeitados os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição. Requereu, por fim, o provimento do recurso extraordinário para que a execução aguarde o trânsito em julgado.

Nos termos da relatoria do ministro Teori Zavaski, foi reafirmada a jurisprudência adotada recentemente pelo STF, possibilitando o cumprimento de pena, a partir do trânsito em julgado em segunda instância.

Nesse sentido é que foi editada a seguinte ementa:

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

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber.

Percebe-se, assim, a atual solidificação desse entendimento na jurisprudência brasileira, abandonando-se de vez o entendimento que havia prevalecido em 2009, produzindo, inclusive, reflexos em outras áreas do processo penal, como adiante se observa.

### 3.5 – DO HC 118.770 SP

Mais recentemente, em 07 de março de 2017, tendo sido publicado no DJ em 24 de abril de 2017, foi exarada sentença da primeira turma do STF no HC 118.770 SP, na qual estendeu-se ao Tribunal do Júri o entendimento de que seria possível o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado definitivo. Contudo, nesse caso, seria após uma condenação em primeiro grau.

O ministro Luís Roberto Barroso, relator da ação, assim entendeu:

...a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, artigo 5º, XXXVIII, C), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/1988, artigos 5º, *caput* e LXXVIII e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo

Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas.

Percebe-se aí a perpetuação do sistema da culpabilidade progressiva, passando-se a relativizar a presunção de inocência do réu conforme se percorrem as fases do processo. Ocorre que agora estamos a falar de uma condenação em primeiro grau.

Da análise do voto do ministro relator, pudemos analisar que pouca referência se faz a obras doutrinárias ou a precedentes que caminhem nesse sentido, o que não poderia ser diferente, uma vez que o entendimento majoritário sempre foi o de que o veredicto popular, não obstante seja soberano, não autoriza o cumprimento imediato de pena.

A título ilustrativo, cite-se o magistério de Eugênio Pacelli<sup>16</sup>, quando aduz que:

Como tivemos oportunidade de analisar, nos estudos referentes à prisão, não se admite mais a privação da liberdade como mera decorrência da condenação em primeiro grau. Já foram revogados o art. 594 (pela Lei nº 11.719/08), e o art. 393 e art. 595, todos do CPP (estes, pela Lei nº 12.403 – art. 4º). A prisão, ainda quando determinada na fase decisória, deverá manter a sua natureza cautelar, resultando mais da necessidade de se tutelarem os interesses da jurisdição, quando reclamará ordem escrita e fundamentada (na sentença), que pelo só fato da condenação em primeira instância. Isso se deve à exigência do princípio constitucional da inocência (art. 5º, LVII). **De se ver, ainda, que a Lei nº 11.719/08 e também a Lei nº 11.689/08 (do júri) deixaram esse entendimento de modo expresso na legislação codificada.** Basta ver o disposto no art. 387, parágrafo único, e art. 413, § 3º, ambos do CPP, a dispor que tanto a manutenção da prisão daquele que já estiver preso quanto a decretação da prisão preventiva por ocasião da sentença condenatória e da decisão de pronúncia demandarão ordem escrita e fundamentada do juiz. Com isso, podemos afirmar que a apelação interposta contra sentença condenatória terá sempre o efeito suspensivo. Quando, na própria sentença, houver de ser decretada a custódia daquele que se encontrava em liberdade, tal não decorrerá do fato da condenação em si, mas da adoção de medida cautelar, possível ainda naquela fase procedimental. O mesmo ocorrerá no caso do réu já preso antes da sentença condenatória: a prisão teria outra fundamentação, já explicitada por ocasião de sua decretação, não constituindo, também ela, efeito da condenação. **(grifo nosso)**

Autorizar tal situação não seria concretizar a soberania do tribunal popular, mas conceder-lhe caráter arbitrário e incontrastável, uma vez que se estaria admitindo a infabilidade dos julgadores. Fosse essa a intenção do legislador, não haveria sequer a previsão normativa de recurso contra aquelas decisões.

---

<sup>16</sup> PACHELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-970-1025-1 1. Processo penal 2. Processo penal – Brasil I. Título. p. 411

Ademais, trata-se de situação completamente distinta da analisada no HC 126.292, uma vez que lá estava-se a tratar do efeito suspensivo nos recursos extraordinários, ao passo que aqui trata-se de uma condenação em primeiro grau, o que, em via recursal, se permitirá uma ampla análise das provas. Dessa forma, é possível que se determine, se for o caso, um novo julgamento pelo tribunal popular, mas dessa vez com outros integrantes.

Concluimos, dessarte, que houve grave equívoco por parte do ministro relator, Luís Roberto Barroso, ao procurar equiparar duas situações completamente distintas, buscando estender de toda sorte os fundamentos, já equivocados, proferidos no HC 126.292, a questões que tratam de matérias distintas.

#### **CAPÍTULO 4 – CONCLUSÃO**

Várias são as críticas que se podem fazer ao presente entendimento adotado pelo STF quanto ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado definitivo da pena. Entretanto, nos concentraremos em alguns pontos determinantes para a adoção desse posicionamento.

A alegada **inefetividade do sistema penal** foi um ponto bastante referenciado nas decisões. Alega-se que a incessante interposição de recursos faz com que o processo se alongue demasiadamente, chegando por vezes a se alcançar a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Ora, mas não seria a interposição de recursos uma prerrogativa básica decorrente do princípio da ampla defesa?

Assim dispõe o art. 5, inciso LV da CF/88 – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Sendo assim, é um direito fundamental do réu que se utilize de recursos aptos a ilidir a pretensão punitiva do Estado. Não poderia, por decorrência lógica, essa garantia constitucional ser utilizada contra o próprio destinatário do princípio.

Por outro lado, muitos ministros sustentaram que a presunção de inocência é um princípio e não uma regra, podendo ser relativizado quando em colidência com outro princípio, havendo aí uma verdadeira **colidência entre princípios**. Razão lhes assiste nesse ponto.

Todavia, o princípio ao qual alegam estar em colidência com o da presunção da inocência é o da efetividade do sistema penal. Seria realmente este último preponderante em relação àquele? Muito mais nos parece que a Suprema Corte sucumbiu ao clamor social por uma justiça vingativa. Não se nega que o indivíduo que cometeu um crime deverá pagar pelo seu erro. Afirma-se, todavia, que deverá pagar tão somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Contudo, segundo o art. 5, inciso LXVI da constituição, o indivíduo só será considerado culpado após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Perceba-se que não há no texto legal qualquer distinção sobre em qual grau de jurisdição se refere a expressão “trânsito em julgado”, devendo-se, pois, entender que se trata de todas as instâncias.

Se estivéssemos tratando de uma questão patrimonial, uma posterior reversão da sentença condenatória devolveria o indivíduo ao *status quo ante*. Ocorre que quando se trata de matéria criminal, a questão muda de figura, pois passa-se a atingir a liberdade do indivíduo, segundo maior bem do ser humano, só cedendo lugar à própria vida.

Durante o voto do ministro Ricardo Lewandovick, exarado no HC 126.292, quando ele tratava desse mesmo tema, o ministro Marco Aurélio chegou a interrompê-lo, proferindo as seguintes palavras: “Mas o Estado está muito bem financeiramente, poderá indenizar o inocente colocado, por erro Judiciário, atrás das grades.” [sic]

Ou seja, chegou-se ao ponto em que é preferível indenizar um inocente que foi preso, à manter um réu potencialmente inocente em liberdade, como se fossem bens equivalentes. A liberdade jamais poderá ser compensada com pecúnia. Trata-se de verdadeira aberração emanada da Corte que tem como principal função resguardar os postulados da constituição.

Ainda assim, fala-se em inefetividade dos sistema penal. Será mesmo ineficiente? Em pesquisa realizada pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e divulgada em 23 de fevereiro de 2017, constatou-se que o Brasil possui 654.372 presos, dos quais, 221.054 são presos provisórios<sup>17</sup>. Essa quantidade massiva de presos seria sinal de ineficiência do sistema penal? Creio que não.

Compactua de nossa posição o jurista Aury Lopes Jr., quando afirma que<sup>18</sup>:

Alguém fez um estudo de impacto carcerário dessa decisão? Como o STF reconhece o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário e admite a execução antecipada da pena? Eis um ponto que realmente me chamou a atenção. Será que tem o STF a dimensão do impacto que tal decisão terá no aumento da população carcerária brasileira? E ainda, como o STF reconhece: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) a existência de uma situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema (ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798).

O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto proferido no HC 126.292 SP, levantou um ponto no mínimo curioso. Afirmou que na realidade judiciária brasileira, apenas quem tem capacidade financeira abastada é que tem a possibilidade recorrer incessantemente às instâncias extraordinárias, ocorrendo, dessarte, uma **seletividade do sistema penal**. Bem verdade é que pessoas mais humildes não conseguem recorrer diversas vezes às últimas instâncias, nem a Defensoria Pública possui recursos para tanto.

---

<sup>17</sup> <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>, acessado em 22 de maio de 2017.

<sup>18</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Limite penal: Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Consultor Jurídico: Conjur, São Paulo, p.1-2, 04 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#top>>. Acesso em: 10 jun. 2017

Mas seria então o fato de um indivíduo possuir recursos financeiros um fator impeditivo ao seu direito de ampla defesa? Nos parece absurdo que alguém responda que sim. Ora, o fato de a maioria dos réus não conseguir levar seus recursos às instâncias extraordinárias não impede que os que conseguem, o façam.

Portanto, mais nos parece esse argumento uma tentativa desesperada de sustentar posicionamento tão retrógrado.

Mais uma vez o ministro Luís Roberto Barroso tocou em um ponto bastante controverso. Alega ele que diante de vários casos em que ocorre a prescrição da pretensão punitiva do Estado, o Poder Judiciário acaba por **perder a credibilidade** perante a sociedade, e que, em certo ponto, seria isso um incentivo à criminalidade.

Ora, não pode o poder judiciário sucumbir aos reclamos da sociedade por uma justiça vingativa. A justiça não se presta a isso e nem tem a necessidade de estar sob os holofotes.

Na mesma linha, esse é o entendimento de Aury Lopes Jr., quando afirma que<sup>19</sup>:

Mas uma advertência final, para uma mínima compreensão dos perigos que encerra o argumento do STF: se uma decisão penal precisa corresponder às expectativas sociais criadas, que se institua a pena de morte, a tortura para obter a confissão, a prova ilícita para qualquer das partes, o julgamento imediato e sem dilação probatória, a prisão cautelar como regra, a prisão em flagrante prendendo por sí só e já autorizando a condenação sem processo, etc. Perigoso, não?

O legislador, vez por outra, edita leis mais gravosas em razão de crimes que geram grande repercussão, como foi o caso da Lei dos crimes hediondos. O magistrado, por sua vez, não deve seguir o exemplo.

---

<sup>19</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Limite penal: Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Consultor Jurídico: Conjur, São Paulo, p.1-2, 04 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#top>>. Acesso em: 10 jun. 2017

Não é razoável, portanto, que o STF, em virada jurisprudencial, que toma as feições de lei nova, retroceda à um posicionamento que já havia sido revertido à duras penas.

Fora alertado ainda que uma fração mínima dos recursos extraordinários efetivamente mudam a situação do réu. Utilizou-se tal argumento para sustentar a mínima probabilidade de que as instâncias superiores venham a absolver o réu, autorizando-se, dessa forma, o cumprimento antecipado de pena, uma vez que muito provavelmente aquele continuará sendo considerado culpado.

Somos de posição diametralmente oposta. Entendemos que havendo a possibilidade, por menor que seja, de que o réu seja absolvido, deverá manter-se a presunção de inocência do réu, guardando-se o devido respeito ao postulado constitucional de que algém só será considerado culpado após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ora, pensar de forma diferente seria autorizar que alguém seja condenado, mesmo sem ser considerado culpado, não obstante o esforço de alguns ministros em autorizar o sistema de culpabilidade progressiva, em que tão menos inocente é um indivíduo, quanto mais se percorram as fases do processo.

A título ilustrativo, citamos um exemplo. Imagine-se um vidro repleto com milhares de doces idênticos, em que apenas um deles está letalmente envenenado. Teria alguém coragem de ingerir um doce que seja? Queremos crer que não.

O mesmo exemplo se aplica aqui, porém de forma inversa. Mesmo que hajam milhares de réus realmente culpados, em havendo apenas um inocente, deve-se manter a dúvida, não permitindo-se que se generalize uma presunção de culpabilidade.

Outra questão de grande repercussão refere-se ao efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinários.

Com o advento do entendimento estabelecido no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078 MG, tais recursos impediam o cumprimento definitivo de pena, uma vez

que para isso, exigia-se o trânsito em julgado da decisão condenatória em todas as instâncias. Contudo, esse não é mais o entendimento adotado pela corte suprema, a qual reavivou o entendimento que permite o cumprimento de pena, a partir do trânsito em julgado em segunda instância.

Efeito suspensivo, reitera-se, é “a continuidade da suspensão da eficácia imediata da providência de mérito do julgado (execução antecipada ou provisória), até que a impugnação seja apreciada e decidida.”<sup>20</sup>

A regra geral, no processo penal, é que se atribua efeito suspensivo para os recursos ordinários, o que não ocorre quando se trata dos recursos extraordinários.

Assim dispõe Sérgio Rebouças<sup>21</sup>:

A decisão judicial, só pelo fato de estar sujeita a recurso, não tem eficácia imediata. Daí que se diga que a decisão já nasce com eficácia suspensa. A mera recorribilidade, assim, tem o efeito de suspender a eficácia do ato decisório sujeito a impugnação, até que sobrevenha (a) a preclusão consumativa, pela interposição efetiva do recurso; (b) a preclusão temporal ou a coisa julgada, pela não interposição do recurso.

O Código de Processo Civil de 2015, que tem aplicabilidade subsidiária ao processo penal, contudo, assim estabelece em seu art. 995, *caput*: “Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.” Em contrapartida, assim estabelece o parágrafo único do mesmo artigo:

A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Impende registrar, todavia, que recursos como a apelação e os embargos de declaração são dotados de efeito suspensivo. Dessarte, a regra geral a que se refere o *caput* do artigo 995 do CPC/15 é aplicável aos recursos de natureza extraordinária, sejam de natureza civil ou penal, e, somente no processo penal, ao recurso em sentido estrito.

---

<sup>20</sup> Rebouças, Sérgio. Curso de Direito processual penal/ Sérgio Rebouças: Editora Juspodivm, 2017. 1504 p.; pág 1273

<sup>21</sup> Rebouças, Sérgio. Curso de Direito processual penal/ Sérgio Rebouças: Editora Juspodivm, 2017. 1504 p.; pág 1272

Quanto ao recurso extraordinário, de competência do STF, observam-se as matérias impugnáveis por meio desse instrumento no art. 102, III, da Constituição federal, quais sejam: i) contrariedade a dispositivo constitucional; ii) declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; iii) declaração de validade de tratado ou de lei federal contestado em face da Constituição; iv) declaração de validade de lei local contestada em face de lei federal.

Portanto, observa-se que nenhuma das hipóteses admite o reexame de matéria fática ou probatória, delimitando-se tão somente à análise de questões de direito. Deve-se isso à própria excepcionalidade que circunda esse recurso. A esse respeito, inclusive, já fora editada a súmula 279, do STF: “Para simple reexame de prova não cabe recursos extraordinário.”

Por essa razão é que o recursos extraordinário, em regra, é recebido apenas no efeito devolutivo, conforme a regra do art. 637, do CPP, que assim dispõe: “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.”

Essa, inclusive, foi a interpretação adotada no julgamento do HC 126.292, como já antes demonstrado.

Contudo, como bem ressaltaram alguns ministros, pode o efeito suspensivo ser atribuído, em caráter excepcional, como acima exposto.

Para que se atribua esse efeito, portanto, deverá a parte se utilizar do procedimento disposto no art. 1.029, §5º, do CPC/2015.

Portanto, por uma questão de proporcionalidade, possível também é a aplicação do efeito suspensivo no âmbito processual penal, uma vez que este último se dedica à tutela do direito fundamental à liberdade.

Situação similar se aplica ao recurso especial, de competência do STJ, sendo as seguintes as hipóteses de cabimento: i) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; ii) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; iii) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Percebe-se aqui também que não há reexame de provas no âmbito desse recurso. O STJ também editou uma súmula a esse respeito, qual seja o verbete de nº 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

O STJ, contudo, distingue reexame de provas e reavaliação de provas. Segundo Sérgio Rebouças<sup>22</sup>, “a reavaliação significa a apreciação jurídica incidente sobre a prova tomada como incontroversa, para o efeito de verificar a legalidade e a idoneidade do meio, sem incursão em seu conteúdo”. A grande importância prática da diferenciação é que na última hipótese é admitido o processamento do recurso, enquanto na primeira, em que se busca simples reexame de provas, não.

Portanto, quanto ao efeito suspensivo, é aplicada a mesma regra do recurso extraordinário, tendo a decisão, em regra, eficácia imediata.

Diante do exposto, se percebe a abrangência do recente entendimento do STF, tratado no presente trabalho. Não mais ficará suspensa a eficácia das decisões que condenam ou mantêm a condenação penal em segunda instância. Deverão, portanto, os condenados em segundo grau, cumprir a pena que lhes foi cominada, mesmo na pendência de recursos extraordinários.

Que efeitos esperar disso?

A consequência prática que se pode esperar desse entendimento, tendo em vista que os tribunais pátrios tem aderido a esse posicionamento, é o aumento do número de presos definitivos no Brasil.

---

<sup>22</sup> Rebouças, Sérgio. Curso de Direito processual penal/ Sérgio Rebouças: Editora Juspodivm, 2017. 1504 p.; pág 1387

Estaria, portanto, o STF atuando em retrocesso no que diz respeito aos direitos fundamentais? Entendemos que sim. Assim dispõe José Roberto Machado<sup>23</sup>:

As questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação. A partir daí, não há mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos fundamentais reconhecidos, o processo é de agregar novos direitos ditos fundamentais ou humanos.

Este tribunal, inclusive, já se posicionou em sentido contrário a essa possibilidade, como adiante se observa:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.” (ARE-639337- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO).

Demais disso, agiu o STF também em sentido contrário ao que dispõe o art. 29, b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que assim preceitua:

Art. 29 Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido que:

(...)

b) limitar o gozo e exercício de quaisquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de lei de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados

<sup>23</sup> Machado, José Roberto. Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso, *in* <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso>, acessado em 22 de maio de 2017.

Portanto, notório é que estamos a presenciar tempos sombrios na jurisprudência pátria, assumindo a Corte Suprema de nosso país posição que vai na contra mão da tendência mundial de se evitar a prisão e buscar meios alternativos para o cumprimento de pena.

Mais que isso, está-se aqui diante de um retrocesso em relação à jurisprudência do próprio STF, ao passo em que reavivou entendimento que já havia sido superado por ocasião do emblemático julgamento do HC 84.078 MG. Cedeu aquela corte à pressão popular. Não é contudo, função deste tribunal proferir decisões que caiam nas graças da população em geral. Deve, antes, proferir decisões que se apeguem a conceitos técnicos e jurídicos.

Nos resta agora esperar que, assim como fora superado o entendimento adotado no HC 84.078 MG, seja em um futuro breve superado o entendimento adotado no HC 126.292 SP.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy **Processo penal** [recurso eletrônico] / Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. - Rio de Janeiro : Campus : Elsevier, 2012. recurso digital (Universitária, 1)

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm) > . Acesso em : 29 set. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm) > . Acesso em : 29 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: BRASIL. STF. Ag.reg. no **Recurso Extraordinário Com Agravo 639.337** São Paulo nº 639.337. Brasília, .

BRASIL. STF. **Are nº 43**. Relator: MARCO AURÉLIO. Brasília, DF, 5 de outubro de 2016. Brasília, .

BRASIL. STF. **Are nº 44**. Relator: MARCO AURÉLIO. Brasília, DF, 5 de outubro de 2016. Brasília, .

BRASIL. STF. **Habeas Corpus nº 118.770** Relator: LUÍS ROBERTO BARROSO. Primeira Turma. Brasília

BRASIL. STF. **Habeas Corpus nº 126.292**. Relator: TEORI ZAVASCKI. Tribunal Pleno. Brasília

BRASIL. STF. **Habeas Corpus nº 84.078**. Relator: EROS GRAU. Tribunal Pleno. Brasília, .

BRASIL. STF. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Com Agravo 964.246** São Paulo nº 964.246. Brasília, DF, 3 de novembro de 2016. Brasília,

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Harvard University Press, 1978.

FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. Editora: Saraiva, 2008.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>, acessado em 22 de maio de 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de.; **Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed.** rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 1.824 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Limite penal: Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico.** Consultor Jurídico: Conjur, São Paulo, p.1-2, 04 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#top>>. Acesso em: 10 jun. 2017

MACHADO, José Roberto. Direitos humanos: **Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso**, in <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>, acessado em 22 de maio de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci.** - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015. Bibliografia. ISBN 978-85-309-6334-7

**O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**”, em Revista do Advogado, da AASP, nº 42, abril/94, p. 31.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal / Eugênio Pacelli.** – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-970-1025-1

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito processual penal/ Sérgio Rebouças:** Editora Juspodivm, 2017. 1504 p

