

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

Priscilla Miwa Kumode

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO  
PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE:  
uma análise face à mudança de entendimento do Supremo  
Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP**

**CURITIBA**

**2016**  
**PRISCILLA MIWA KUMODE**

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA  
PRIVATIVA DE LIBERDADE: UMA ANÁLISE FACE À MUDANÇA DE  
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO  
HC 126.292/SP**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do Curso de Pós Graduação em  
Direito Aplicado, ofertado pela Escola da  
Magistratura do Paraná.

Professor Orientador Daniel Ribeiro Surdi de  
Avelar

**Curitiba**  
**2016**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Priscilla Miwa Kumode

Título: A presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade: uma análise face à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Banca examinadora

Prof. (a) Dr. (a): \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. (a) Dr. (a): \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Curitiba

2016

*Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente.*

**Evandro Lins e Silva**

*Não importa ao STF saber se os seus julgados serão ou não respeitados pelo governo, se serão ou não acatados pela força, se terão ou não execução material, ante a anarquia ou as multidões revoltadas. Diante dos vossos olhos, venerandos Ministros, não existe senão a letra da lei, na sua vontade expressa ou na sua vontade implícita, a lei nos seus preceitos, a lei no que ela manda, a lei no que ela exige, no que ela impõe.*

**Ruy Barbosa, 1912.**

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Professor Daniel Ribeiro Surdi de Avelar, que atenciosamente me acolheu, pela orientação, ajuda e ensinamentos durante este ano.

À minha mãe, Marina, que sempre apoiou minhas escolhas, incentivando-me a ir atrás dos meus sonhos, pelo carinho, amor e compreensão de todos os dias.

Ao meu namorado, Gustavo, pelo companheirismo e apoio.

## RESUMO

Desde o Direito Romano há elementos de uma presunção de inocência, aplicada quase que exclusivamente como *in dubio pro reo*. Apenas com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, esse princípio é positivado. Ele é introduzido formalmente no Direito Brasileiro com a Constituição Federal de 1988, a qual, em seu art. 5º, inciso LVII atrela a presunção de inocência ao trânsito em julgado. No julgamento do HC 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal havia assentado a incompatibilidade da execução provisória da pena com o princípio da presunção de inocência; porém, recentemente, no julgamento do HC 126.292/SP, a Corte Constitucional passou a admitir a prisão pena antes do trânsito em julgado. Em razão da polêmica mudança de entendimento, que pode afetar milhares de pessoas que aguardam em liberdade a apreciação de seus recursos pelas cortes superiores, o presente trabalho busca analisar e sistematizar os principais argumentos trazidos pelos ministros da Suprema Corte para fundamentar seus votos, tanto em 2009, quanto em 2016.

### Palavras-chave

Presunção de inocência – Regra de tratamento – Execução provisória da pena – HC 84.078/MG - HC 126.292/SP

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	11
1.1. Breve contextualização histórica.....	11
1.2. Execução provisória da pena.....	16
1.2.1. O que é presunção de inocência?.....	20
2. HC 84.078/MG.....	26
2.1. Breve síntese do caso.....	27
2.2. Voto do ministro Eros Grau.....	27
2.3. Voto do ministro Menezes Direito.....	29
2.4. Voto do ministro Celso de Mello.....	33
2.5. Voto do ministro Joaquim Barbosa.....	33
2.6. Voto do ministro Carlos Britto.....	36
2.7. Voto do ministro Cezar Peluso.....	37
2.8. Voto do ministro Marco Aurélio.....	37
2.9. Voto da ministra Ellen Gracie.....	38
2.10. Voto do ministro Gilmar Mendes.....	39
3. HC 126.292/SP .....	41
3.1. Breve síntese do caso.....	41
3.2. Voto do ministro Teori Zavascki.....	42
3.3. Voto do ministro Luís Roberto Barroso.....	47
3.4. Voto do ministro Celso de Mello.....	50
3.5. Voto do ministro Marco Aurélio.....	50
3.6. Voto do ministro Gilmar Mendes.....	51
3.7. Voto do ministro Edson Fachin.....	52
3.8. Voto do ministro Ricardo Lewandowski.....	52
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

## INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência parece, em um primeiro momento, tema comum e ultrapassado, mas basta conhecer um pouco da realidade forense para perceber que as divergências em torno desse direito fundamental são várias. O princípio não está bem consolidado, seja na cultura jurídica dos operadores do direito, seja na própria legislação brasileira.

Dentre os diversos aspectos que envolvem o princípio da presunção de inocência, está entre os de maior importância a prisão, pois que esta afeta um dos principais, quiçá o principal direito fundamental: a liberdade.

O objetivo deste trabalho é discutir a possibilidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, mormente à luz das decisões do Supremo Tribunal Federal, que em tão pouco tempo se alteraram. Em um primeiro momento, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, a Suprema Corte continuava autorizando a prisão após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que ausentes os requisitos da prisão cautelar. Em 2009, foi levada ao Plenário a discussão sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, especialmente em face do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Naquele momento, por 7 votos a 4, prevaleceu o entendimento pela inconstitucionalidade. O Poder Legislativo, buscando adequar a legislação infraconstitucional aos ditames constitucionais, promoveu significativas alterações no Código de Processo Penal. Todavia, em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, com nove novos ministros, reviu seu entendimento e, por 7 votos a 4, voltou a autorizar a execução da decisão condenatória antes de seu trânsito em julgado.

A importância do presente estudo decorre de sua atualidade, em razão da recente reviravolta jurisprudencial, e da possível repercussão dessa mudança em milhares de processos criminais ainda em curso, eis que, com fulcro na decisão do Supremo Tribunal Federal, os tribunais de todo o país poderão expedir mandados de prisão, como, de fato, já estão fazendo.

Em questão de ordem na ação penal nº 675-GO, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, pela expedição *incontinenti* do mandado de prisão para execução provisória da pena imposta ao réu Evandro Stábile, desembargador do Tribunal de Justiça do Mato Grosso condenado a seis anos de reclusão em regime fechado pelo crime de corrupção passiva. A decisão, tomada em 06 de abril de 2016, foi a primeira hipótese concreta

no Superior Tribunal de Justiça a decidir a aplicação do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da interpretação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.<sup>1</sup>

Há, inclusive, magistrados que estão indo além do que decidiu o Supremo Tribunal Federal, determinando o início imediato do cumprimento da pena no caso de condenação pelo Tribunal do Júri. Com fundamento em um dos motivos utilizados pela Suprema Corte no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP – o esgotamento da matéria fática nas instâncias ordinárias – conjugado com a soberania dos veredictos (art. 5º, inc. XXXVIII, alínea c, da CF), têm-se determinado a execução provisória da pena já com a decisão do Conselho de Sentença<sup>2</sup>.

O objetivo do presente estudo é fazer uma análise crítica dos principais argumentos trazidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, em 2009 e 2016, para justificar seus votos: pela possibilidade, ou não, da execução provisória da pena. Embora o STF tenha se posicionado, por maioria, pela possibilidade de execução antecipada da pena, o tema é ainda bastante controverso, especialmente tendo em vista que a decisão não se deu em controle concentrado de constitucionalidade, de modo que os tribunais e juízes singulares têm a possibilidade de decidir de modo diverso, como já fez o ministro Celso de Mello<sup>3</sup> e Ricardo Lewandowski<sup>4</sup>.

Em um primeiro momento serão apresentados, resumidamente, a evolução histórica da presunção de inocência e sua conceituação, bem como os diplomas que preveem o referido princípio e a legislação infraconstitucional relacionada.

---

<sup>1</sup> PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DESEMBARGADOR. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REJEITADOS. EXAURIMENTO DA COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO EM FACE DO RÉU. 1. Com fundamento na alteração de entendimento do STF, preconizada no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena. 2. Verificado o transcurso do prazo para recurso relativo à matéria de fato, após a publicação do acórdão condenatório, opera-se o exaurimento da cognição fática. 3. Na hipótese, o acórdão condenatório foi publicado em 2/2/2016, tendo sido rejeitados os embargos declaratórios na sessão de julgamento do dia 2/3/2016, da Corte Especial. 4. É possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo. Determinada a expedição, incontinenti, do mandado de prisão e da guia de cumprimento provisório da pena. (STJ, Corte Especial, APn 675/GO, Relatora Min. Nancy Andrighi, j. 06/04/2016, DJe 26/04/2016).

<sup>2</sup> Estado do Paraná. 2ª Vara Privativa do Tribunal do Júri de Curitiba. Autos nº 0006546-31.2011.8.16.0013, Juiz Thiago Flôres Carvalho, j. 19/09/2016. Observa-se, contudo, que a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná tem reformado as decisões que ordenam o cumprimento imediato da pena, determinando-se que se aguarde o julgamento de eventual recurso de apelação, o qual pode anular a decisão dos jurados caso manifestamente contrária às provas.

<sup>3</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 135.100/MG, j. 01/07/2016.

<sup>4</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 135.752/PB, j. 27/07/2016.

Em seguida, tratar-se-á dos principais votos que fundamentaram o julgamento do HC 84.078/MG e, após, analisar-se-ão os votos mais representativos proferidos no julgamento do HC 126.292/SP.

# 1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Para que se compreenda os argumentos levantados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de execução provisória da pena, é preciso ter bem claros a evolução histórica e o conceito do princípio da presunção de inocência, bem como sua dimensão no ordenamento pátrio.

## 1.1. Breve contextualização histórica.

Desde antes do Império Romano, é possível notar elementos da presunção de inocência, sem, contudo, ser possível falar em um sistema fundado nesse princípio.

Ao final do século I a.C., e início da era cristã, há registros de que foi conferido ao Imperador Augusto o poder de, em caso de maioria condenatória por apenas um voto, votar pela absolvição do réu. Com o empate da votação, haveria a absolvição.<sup>5</sup>

Percebe-se que, em que pese o sistema funcionasse com a presunção de culpa, havia a noção do *in dubio pro reo*, o que contribui para demonstrar que é possível um sistema ser fundado na presunção de culpa, mas admitir o princípio do *favor rei*. Ambos os conceitos não se confundem e não se identificam, visto que a presunção de inocência vai muito além do que a mera aplicação do *in dubio pro reo*; do contrário, poder-se-ia admitir que a presunção de inocência remonta à época do Direito Romano, o que certamente não corresponde com a verdade.

Também no Império Romano, surgiu a prisão provisória, a qual, contudo, não possuía finalidade cautelar e processual, mas era empregada como forma de antecipação de pena, pois, com o fundamento de garantir a “credibilidade” de sua instituição pública – no caso, o próprio modelo político que se apresentava – e evitar o sentimento de impunidade, procedia-se ao encarceramento.<sup>6</sup>

Já durante a Idade Média, foi praticamente inexistente elementos relacionados à presunção de inocência.

---

<sup>5</sup> SANTALUCIA, Bernardo. *Processo penale: diritto romano*. In: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 16.

<sup>6</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 24-25.

Num primeiro momento, por influência da cultura bárbara, adotaram-se os julgamentos por meio das ordálias, ou juízos de deus. Neles, presumia-se a culpa do acusado, a qual poderia ser desconstruída por ordálias, que, conforme se acreditava, provocariam a proteção divina de quem tivesse razão. Havia os duelos judiciários, as provas de água quente e do ferro em brasa. Basicamente, seria considerado inocente quem sobrevivesse a essas violências, pois se acreditava que deus teria protegido o acusado.

Num segundo momento, com a ascensão da Igreja Católica, abandonaram-se as ordálias e surgiu o período da Inquisição, o qual se baseava em um direito penal do inimigo, que firmemente combatia a heresia. Nesse período, a dúvida do julgador não se resolvia pela absolvição, mas pela redução da pena. E, quanto à prisão provisória, esta funcionava como pena antecipada, sem qualquer cunho processual.

As prisões da Inquisição viviam abarrotadas de presos, grande número dos quais ainda não tivera nenhuma acusação feita contra eles. Podiam ficar encarcerados durante anos, sem ao menos saber a transgressão de que se dizia que eram culpados. Enquanto isso, eles e suas famílias eram privados de toda a propriedade, pois a prisão invariavelmente era seguida do imediato confisco de todos os pertences do acusado – tido, desde a casa até os pratos e panelas. E enquanto o homem definhava na prisão, ainda sem nenhuma acusação feita, suas posses eram vendidas para pagar sua manutenção no cativo.<sup>7</sup>

Percebe-se, pois, que no período da Inquisição católica inexistia qualquer sinal de presunção de inocência. Zanoide de Moraes chega inclusive a afirmar que “talvez seja a Inquisição o mais perfeito antípoda do que se deva entender por um sistema fundado na presunção de inocência”<sup>8</sup>.

Foi com o surgimento do Movimento Iluminista, entre os séculos XVI e XVII, que se começava a falar efetivamente na presunção de inocência. Isso porque, o ser humano deixava de ser visto como inimigo do Estado, e passava a ser fonte e destino de seu poder. Essa corrente político-filosófica estabeleceu a racionalidade como alicerce para a construção de um novo sistema político, social, econômico e jurídico.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Passagem sobre a Inquisição Espanhola, de Michael BAIGENT e Richard LEIGH, *A inquisição*, tradução de Marcos Santarrita, Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 80. Nesse mesmo sentido, João Bernardino GONZAGA, *A inquisição*, p. 29. In: MORAES, Maurício Zanoide de. *Op. cit.*, p. 61-61.

<sup>8</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>9</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op. cit.*, p. 74.

Em 1764, o italiano Cesare Beccaria já advertia que “um homem não pode ser considerado *culpado* antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tirar-lhe a pública proteção, a menos que ele tenha violado os pactos estabelecidos”.<sup>10</sup>

Em 1789, na Revolução Francesa, é redigida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual faz inserir formalmente, pela primeira vez na história, a concepção do princípio da presunção de inocência, com a seguinte redação:

*9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi.*<sup>11</sup>

Percebe-se que a presunção de inocência ali inserida não é um direito absoluto, como não o é nenhum princípio constitucional. A condição de inocente do imputado não impede, pois, a prisão provisória.

Apesar dos avanços trazidas pelas ideias iluministas e revoluções liberais, a tomada do poder por Napoleão Bonaparte impediu o avanço do princípio da presunção de inocência. Não por outra razão, a Constituição francesa de 1795 e o seu Código de Instrução Criminal de 1808 omitiram esse princípio, passando a adotar um modelo misto, em que se fundiam os modelos acusatório e inquisitivo em um único procedimento.

Mais tarde, com a ascensão de governos totalitários por todo o mundo, em especial na Itália e Alemanha, o processo penal foi utilizado, mais uma vez, como instrumento institucionalizador dos desígnios dos ocupantes do poder<sup>12</sup>. O Código de Processo Penal de 1913, seguido pelo código de 1930, produzido no auge do fascismo de Benito Mussolini, sob o manto de um tecnicismo neutro, abandonou a presunção de inocência. Zanoide de Moraes explica o momento histórico que justificou esse retrocesso:

“Presunção de culpa” (de periculosidade, de temibilidade, de heresia ou de insurgência política ou militar) advinda de uma postura embebida e fomentada por uma visão estatal autoritária (fascista e violenta) e pela qual todos, que não estivessem a seu lado (seguidores, adeptos, correligionários, familiares, companheiros de fé ou de partido), são maus (doentes, criminosos, hereges, rebeldes ou um

---

<sup>10</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Silene Cardoso. São Paulo: Ícone, 2006, p. 71.

<sup>11</sup> Tradução: Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

<sup>12</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit.*, p. 120.

perigo social), pela própria e simples condição de não lhe serem afins.<sup>13</sup>

Foi no contexto da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), no auge dos movimentos totalitários fascista e nazista, aos quais em muito se assemelhava o Estado Novo de Getúlio Vargas, que foi editado o atual Código de Processo Penal brasileiro. É certo que, desde 1941, o código sofreu diversas alterações, mas o momento de sua promulgação explica as bases e os princípios que norteiam seus dispositivos. As ideias positivistas e o código de processo penal italiano de 1930 foram tidos como inspiração para a construção da cultura jurídico-criminal brasileira do século XX<sup>14</sup>, o que justifica sua estrutura que rejeita toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência.

Não há dúvida de que o Código de Processo Penal de 1941, promulgado no auge do Estado Novo e quando vigente a Constituição Polaca, foi estruturado na presunção de culpa. Em que pese as diversas reformas que o código recebeu, ainda estão presentes vários dispositivos em desacordo com o princípio da presunção de inocência, bem como a cultura autoritária que foi base para a elaboração do diploma processual.

A título de exemplo, cita-se a prisão provisória obrigatória que existia no Código de Processo Penal até a reforma de 1967. Não obstante a mudança redacional, e o advento da Constituição Federal que positivou o princípio da presunção de inocência, ainda são proferidas diversas decisões com fundamento na gravidade da infração investigada ou imputada ou na presunção de culpa forjada em ideias positivistas do delinquente atávico, mas não descoberto.<sup>15</sup>

Com o término da Segunda Grande Guerra, o mundo viu o poder de destruição criado pelo ser humano e os riscos para a humanidade no caso de uma nova guerra<sup>16</sup>. Estava clarividente a necessidade de se evitar novas guerras. Não por outra razão, logo com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 10 de dezembro de 1948, a III Assembleia Geral da ONU, promulgou a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, a qual, em seu art. 11, consagrou a presunção de inocência<sup>17</sup>. Diversos outros tratados e convenções internacionais foram assinados para o fim de assegurar a paz mundial e as instituições democráticas.

---

<sup>13</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit.*, p. 136.

<sup>14</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit.*, p. 155.

<sup>15</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit.*, p. 164.

<sup>16</sup> A Guerra matou cerca de 55 milhões de pessoas. Cf. SCHMIDT, Mario Furley. *Nova história crítica*, 1ª ed., São Paulo: Nova geração, 2005, p. 584.

<sup>17</sup> “Art. XI, 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Destacam-se, entre eles, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, art. XXVI), Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, art. 6º, §2º), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, art. 48, §1º), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povo/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, art. 7º, § 1º, b), Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, art. 19, e), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, §2º) e Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

A presunção de inocência, como princípio positivado, somente ingressou no sistema jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. LVII<sup>18</sup>, ainda assim, utilizando-se da nomenclatura “não culpado”, o que se justificou em razão da tentativa de melhor apuro técnico da linguagem, em conformidade com o rigor da Escola técnico-jurídica italiana. Mais tarde, com o Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, é devidamente recepcionado ao ordenamento jurídico interno a Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual, em seu art. 8º, 2, traz a seguinte redação: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” Vê-se, pois, que foi adotado expressamente a expressão “presunção de inocência”.

A posição hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica, a despeito das discussões doutrinárias, foi pacificada no RE 466.343-1/SP e reafirmada com a súmula vinculante 25, no sentido de que tem caráter supralegal na medida em que se trata de convenção internacional sobre direitos humanos devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira, porém sem ter se submetido ao processo legislativo estipulado pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal<sup>19</sup>.

É de se pontuar também que, apesar do Supremo Tribunal Federal já ter decidido quanto à posição hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica (e demais tratados internacionais sobre direitos humanos), parte significativa do setor doutrinário defende que a convenção não tem *status* apenas supralegal, mas constitucional. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes afirmam que:

Todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior. Isso quer dizer

---

<sup>18</sup> TOURINHO FILHO, Fernando de Costa. *Processo penal*, v. I, 34 ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

<sup>19</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5240, Rel. Min. Luiz Fuz, Tribunal Pleno, j. 20.08.2015.

que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se complementam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais.<sup>20</sup>

## 1.2. O que é presunção de inocência?

Por proêmio, cumpre afastar argumentos de que não há no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da presunção de inocência, mas apenas o da não culpabilidade, como se fossem conceitos distintos.

Há quem defenda que inocência não se confunde com não culpabilidade, de modo que haveria uma distinção entre a presunção de inocência (prevista no Pacto de São José da Costa Rica) e a presunção de não-culpabilidade (expressão que teria sido adotada pela Constituição Federal de 1988). Vincenzo Manzini, que participou ativamente da elaboração do Código Processual Penal italiano, entendia que, em uma fase preliminar, jamais se poderia afirmar que o acusado era inocente, mas apenas culpado ou não culpado. Isso porque, para ele, a função das normas processuais penais era tutelar, primordialmente, não o interesse privado da inocência, mas aquele público, derivado do interesse estatal punitivo e de defesa social.<sup>21</sup> Zanoide de Moraes resume bem o raciocínio de Manzini:

Manzini admite que haja culpado e não culpado, sem espaço para outra qualificação. Concluir que enquanto o juiz não tenha decidido pela culpa do acusado ele será presumivelmente não culpado, jamais inocente. Por seu prisma ótico de qual seria o escopo do processo penal, ele entende que este instrumento não se presta a analisar se alguém é ou não inocente, mas apenas se é ou não culpado. Nasce, daí, a justificativa para a substituição da “presunção de inocência” iluminista pela “presunção de não culpabilidade”, criada pelo positivismo jurídico italiano do século XIX.<sup>22</sup>

Partindo dessa premissa, e considerando que o constituinte originário optou por adotar o termo “não culpado” em detrimento do vocábulo “inocente”, poder-se-ia concluir que no

---

<sup>20</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71.

<sup>21</sup> Manzini afirma que “*es evidente que el interés fundamental que determina el proceso penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, o sea, el de hacer realizable la pretensión punitiva del Estado contra el imputado, en cuanto resulte culpable; no ya el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculpado.*” *Tratado de derecho procesal penal*, tomo I. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediar, 1948-57, p. 250.

<sup>22</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit.*, p. 129.

Brasil não existe presunção de inocência. No entanto, existem particularidades que permitem inferir o contrário.

Em 1948, quando promulgada a Constituição italiana, o país estava em processo de redemocratização com a recente queda de Benito Mussolini. A adoção do termo “não culpado” (*non è considerato colpevole*)<sup>23</sup> foi uma solução de compromisso entre duas ideologias (humanitária e fascista) que ainda se digladiavam doutrinária e politicamente<sup>24</sup>.

De outra banda, no Brasil, com o fim da ditadura militar, havia um sentimento popular que ansiava a redemocratização e o Estado Democrático de Direito, com o respeito à dignidade da pessoa humana, em total contraposição ao regime anterior. As “Diretas Já”, o maior movimento democrático da história do Brasil<sup>25</sup>, ao menos até as manifestações de junho de 2013, foi o início da derrocada militar.

Para romper com a ordem anterior, fez-se necessária a elaboração de uma Nova Constituição, tendo sido convocada, em 1985, Assembleia Nacional Constituinte, sob presidência do deputado paulista Ulysses Guimarães.

A fim de bem compreender o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, é preciso fazer uma breve análise dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto 91.450 de 18 de julho de 1985, sob presidência do jurista Afonso Arinos, elaborou o Anteprojeto constitucional, o qual trazia, em seu art. 43, § 7º a seguinte redação:

Art. 43 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e decisão fundamentada da autoridade competente, nos casos expressos em lei.  
§ 7º - Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa.

Em 1º de fevereiro de 1987, foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte. A Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, inserida na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, apresentou proposta de redação do anteprojeto para que se atrelasse a inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>26</sup>. Em 01 de junho de 1987, é aprovada emenda de autoria do deputado Délio Braz (PMDB-GO) para suprimir do parágrafo 11 do anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias

---

<sup>23</sup> Art. 27. (2) L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

<sup>24</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit*, p. 225.

<sup>25</sup> SCHMIDT, Mario Furley. *Nova história crítica*, 1ª ed., São Paulo: Nova geração, 2005, p. 765.

<sup>26</sup> “§ 11º Considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Individuais, a palavra “penal”, com o fundamento de que a mudança tornaria o princípio mais abrangente.

É em 15 de junho de 1987 que surge pela primeira vez a mudança de redação para “presunção de não culpabilidade”. O texto de justificativa da alteração revela que a intenção do constituinte originário não foi restringir a aplicação do princípio, estando em total consonância com a ideologia humanista e internacional da presunção de inocência. É o texto da justificativa: “A proposta visa apenas a caracterizar mais tecnicamente a ‘presunção de inocência’, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo.”<sup>27</sup>

Dos debates constituintes, pode-se concluir, com segurança, que, embora tenham sido substituídos os termos (texto normativo), foi mantido o conteúdo material dos trabalhos (a norma), eis que ambas as expressões foram tratadas pelos constituintes em sinonímia.

Além disso, pela interpretação sistemática da Constituição Federal, que no artigo 1º determina que a República Federativa do Brasil será um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, e que no artigo 5º traz a inviolabilidade da liberdade e a segurança jurídica decorrente do devido processo legal, seria incoerente admitir, como direito fundamental do homem, a “não consideração prévia de culpabilidade” na acepção da Escola técnico-jurídica fascista.

Zanoide de Moraes conclui:

Essa impossível coexistência de conteúdos (constitucional brasileiro e ideológico fascista), aliada à análise genético-sistêmica agora empreendida, permitem concluir que, se na escolha formal o constituinte vacilou até tender à aceitação da técnica redacional da “não consideração prévia de culpabilidade”, em essência jamais se afastou da força juspolítica e ideológica da presunção de inocência, nos moldes aceitos e informados pela comunidade internacional no pós-guerra.

Gustavo Badaró é mais incisivo e afirma:

As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar

---

<sup>27</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit*, p. 218.

posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.<sup>28</sup>

No mais, reconhece-se que existe discussão sobre a adequação do uso do termo “presunção”, pois este, em sentido técnico, corresponde a uma ficção criada por lei e se refere, mais intimamente, à distribuição do ônus da prova. Mais correto seria falar em estado de inocência<sup>29</sup>. Contudo, considerando que essa distinção, como a anterior explicada, revela-se inútil do ponto de vista prático e está muito mais afeta a um tecnicismo jurídico do qual este trabalho se afasta, os termos serão utilizados como sinônimos.

Superada a questão terminológica, passa-se à análise do que se deve compreender por presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência é direito fundamental, devendo ser compreendido em sua dimensão subjetiva e objetiva. Como direito subjetivo, garante uma posição de vantagem ou ativa em relação ao Estado e impede ou limita as atuações deste. Do ponto de vista objetivo, estabelece critérios de atuação estatal para a construção de um arcabouço normativo, organizacional e procedimental destinado à maior efetivação do direito fundamental.<sup>30</sup>

A presunção de inocência, em que pese seja, numa visão liberal, primordialmente uma proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, deve ser compreendida também como uma garantia da coletividade. Zanoide de Moraes esclarece que:

Para o bem da evolução da ciência processual penal, não se pode mais aceitar o maniqueísmo de que no processo penal ou se protege o imputado ou se promove uma política repressiva estatal legítima e eficiente. Há de haver uma compatibilização e uma coexistência equilibrada desses interesses.

E continua:

Dá-se o primeiro passo para se compreender que o processo penal não pode mais ser pensado como um instrumento a serviço do direito de liberdade do cidadão “ou” do direito punitivo do Estado. Com isso, também se superará aquela pergunta que atormenta a muitos: qual interesse deve prevalecer no processo penal, o estatal ou o individual?

---

<sup>28</sup> *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 24.

<sup>29</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 70/2008, p. 269-290, jan./fev. 2008.

<sup>30</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit.*, p. 229 e 241.

Identificando as diversas facetas da presunção de inocência, Alexandre de Moraes fala em: limitação à atividade legislativa, critério condicionador das interpretações das normas vigentes, critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos e obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.<sup>31</sup> Por outro lado, Zanoide de Moraes divide o âmbito de proteção do princípio em norma de orientação legislativa e judiciária, norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo.

Ao presente estudo, importa a presunção de inocência como norma de tratamento.

A garantia de ser tratado como inocente durante a persecução penal significa que os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente pode ser aplicados após o seu trânsito em julgado. Dentre seus efeitos está a execução da pena privativa de liberdade, a qual é o efeito principal da condenação.

### **1.2.1. Execução provisória da pena.**

Inicialmente, cumpre diferenciar a prisão processual da prisão pena.

A prisão processual é medida cautelar pessoal que se subdivide em cinco modalidades: prisão em flagrante<sup>32</sup>, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia. Contudo, após a reforma do Código de Processo Penal de 2008, que corretamente revogou os art. 408, §1º e 594, não mais existe, em tese, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia. Contudo, como se verá mais adiante, o Poder Judiciário persiste em aplicar a prisão como execução provisória.

A natureza cautelar da prisão decorre das características que a definem, quais sejam: instrumentalidade, para assegurar a utilidade e eficácia do processo penal (aplicação do direito material no caso de eventual condenação); acessoriedade, na medida em que não é um fim em si mesmo, mas um mecanismo de um provimento final principal; preventividade, pois sua finalidade é prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum libertatis*); provisoriedade, por ter prazo de duração (até a ocorrência de uma situação processual que não mais justifique a prisão, no caso da provisória; ou até o transcurso

---

<sup>31</sup> *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 385.

<sup>32</sup> Com relação à prisão em flagrante, em razão das mudanças trazidas pela Lei nº 12.403/2011, ela deixou de ser modalidade autônoma de prisão cautelar, tornando-se apenas uma prisão pré-cautelar, eis que não tem aptidão para subsistir autonomamente. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 714.

do lapso de 5 ou 30 dias, no caso da temporária); cognição sumária, eis que se exige apenas *fumus commissi delicti*, e não um juízo de certeza sobre o crime praticado; referibilidade, devendo a tutela cautelar estar vinculada ou conectada diretamente a uma determinada situação concreta de direito material; e proporcionalidade, pois a aplicação, duração, extensão e execução devem ser proporcionais ao delito praticado e ao que se pretende proteger, nunca podendo a medida cautelar ser mais gravosa que o próprio provimento final que se busca assegurar.<sup>33</sup>

A prisão pena, por outro lado, tem como fundamento o preceito secundário (*sanctio iuris*) da norma penal e materializa o fim principal do processo penal: a sanção punitiva estatal.<sup>34</sup>

Percebe-se pelas definições de prisão processual e prisão pena que ambas constituem, do ponto de vista prático, pena privativa de liberdade. Isso traz a falsa ideia de que não há diferença para o réu estar preso como medida assecuratória do processo ou como punição pelo crime supostamente praticado, afinal, nas duas situações estaria com sua liberdade restringida. A única diferença para o preso seria o local de encarceramento.

Nesse sentido, Maurício Kuehne afirma que:

Quanto à possibilidade de absolvição, em grau de apelação, durante a execução provisória da sentença, é preciso lembrar que não existe diferença essencial entre aquele que está preso cautelarmente e é absolvido, e o que se submete a uma execução provisória e obtém a reforma da sentença em segunda instância.<sup>35</sup>

Muito embora o réu fique preso tanto na prisão cautelar quanto na execução provisória da pena, a diferença entre os dois institutos é bastante significativa, haja vista que seus fundamentos e hipóteses de aplicação são completamente distintos. Enquanto a primeira exige fundamentação expressa quanto à presença do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*; a segunda pode ser decretada sem qualquer demonstração de sua necessidade para o processo.

---

<sup>33</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 702 – 708; JARDIM, Afrânio Silva. Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. *Revista de processo*, v. 41/1986, p. 106 – 122, jan./mar. 1986, p. 4-5.

<sup>34</sup> Para Manzini, a pretensão punitiva estatal contra o imputado é o principal interesse do processo penal, e aquilo que o define. Zanóide, por outro lado, pondera que não se pode mais aceitar o maniqueísmo de que o processo penal ou protege o imputado ou promove uma política repressiva estatal legítima e eficiente, deve se conjugar ambos os interesses.

<sup>35</sup> KUEHNE, Maurício. Revisão do decênio da reforma penal (1985-1995) – considerações sobre a “execução provisória da sentença penal”. *Revista dos Tribunais*, v. 725/1996, p. 424, mar. 1996.

Nesse ponto, faz-se necessário um adendo. Como supra mencionado, a prisão provisória tem natureza cautelar e deveria ser aplicada como medida excepcional a fim assegurar o regular prosseguimento do processo e evitar danos decorrentes de sua demora. No entanto, dados estatísticos demonstram que, na prática, a própria prisão processual tem natureza de execução de pena.

Segundo o InfoPen do Ministério da Justiça de junho de 2013, o Brasil contava com mais de 581 mil presos, sendo 41% deles em prisão provisória. Só no Estado do Amazonas, mais de 70% dos encarcerados eram presos provisórios. Já no Estado de São Paulo, 36% deles. Bruno Shimizu afirma, ainda, que o número real é ainda maior, pois os dados consideram apenas os presos sem julgamento, não incluindo os que ainda aguardam o julgamento de apelação.<sup>36</sup>

Assim, caso se utilize argumento estatístico para aproximar a prisão pena provisória da prisão cautelar, mais honesto seria considerar a prisão cautelar uma execução antecipada da pena, que o contrário.

É predominante o entendimento de que a prisão acautelatória é perfeitamente constitucional, pois, num juízo de ponderação e proporcionalidade, naquele momento da prisão preventiva, fazia-se necessária a restrição à liberdade para proteger o próprio desenvolvimento do processo. Como toda garantia constitucional, a presunção de inocência pode ser restringida, devendo, contudo, ser sempre preservado seu núcleo fundamental. Zanoide de Moraes entende que:

Pode-se afirmar que a presunção de inocência é direito fundamental que pode ser restringido, desde que de maneira excepcional, prevista em lei justificada constitucionalmente e aplicada de modo proporcional por decisão judicial motivada em seus desígnios juspolíticos.<sup>37</sup>

A divergência reside quanto à possibilidade da prisão como execução provisória da pena, posto que existiam vários dispositivos infraconstitucionais a justificá-la.

O artigo 393 do Código de Processo Penal<sup>38</sup> trazia dois efeitos da sentença penal condenatória recorrível: ser o réu preso ou conservado na prisão nos casos das infrações

---

<sup>36</sup> Em entrevista à revista Carta Capital, Bruno Shimizu afirma que: “Os dados apontados pelo Depan não mostram um número real porque quando a pessoa tem uma sentença de primeiro grau ela continua sendo inocente até o fim do processo.” Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>>. Acesso em 13/07/2016.

<sup>37</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit.*, p. 342.

<sup>38</sup> Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

inafiáveis e nas afiáveis enquanto não prestar fiança; e ser o seu nome lançado no rol dos culpados.

Alexandre de Moraes entendia que o lançamento do nome no rol de culpados seria o único efeito que deveria ser suspenso até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória por violar o princípio constitucional da presunção de inocência. O STF, inclusive, no julgamento do HC nº 72.171/SP, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, decidiu que o art. 5º, LVII da Constituição Federal “é obstáculo, apenas, a que se lance o nome do rol dos culpados, enquanto não estiver definitivamente condenado, mas não a prisão imediata após o julgamento do recurso ordinário, como previsto no art. 637 do Código de Processo Penal”.

Não obstante essa interpretação, a Lei nº 12.403/2011 revogou o art. 393 do Código de Processo Penal, fazendo cair por terra esse argumento.

O art. 594 do Código de Processo Penal<sup>39</sup>, também revogado, exigia a prisão como requisito para apelar, e o art. 595 completava ao considerar deserta a apelação do réu que fugisse. Além de ambos terem sido devidamente revogados pela Lei nº 11.719/2008, alguns dias antes de sua promulgação, o STJ editou a súmula 347, a qual estabelecia que “o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão.”

Para sustentar a possibilidade de execução provisória no ordenamento jurídico brasileiro, há ainda o art. 669, I do Código de Processo Penal e art. 637 do mesmo diploma legal, o art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90 e as súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal e súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça. Ressalta-se que, embora não tenha sido expressamente revogada, a súmula 9<sup>40</sup> do Superior Tribunal de Justiça perdeu sua razão com a revogação expressa pelo legislador infraconstitucional do art. 594 do Decreto-Lei nº 3.689/1941.

O art. 669, I, do Código de Processo Penal<sup>41</sup> é bastante claro ao autorizar a execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. No entanto, ao exigir a prestação de fiança (que tem natureza cautelar), nos crimes afiáveis, traz a ideia de que a prisão do réu condenado poderia ser uma medida cautelar, e, portanto, uma prisão processual. No entanto,

---

I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiáveis, como nas afiáveis enquanto não prestar fiança.

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

<sup>39</sup> Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

<sup>40</sup> Súmula 9. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

<sup>41</sup> Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo:

I – quando condenatória, para efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiável, enquanto não for prestada a fiança.

na doutrina é predominante o entendimento de que o art. 669, I, CPP traz a ideia de execução provisória da pena. Afrânio Silva Jardim é enfático ao explicar esse posicionamento:

É lógico que a fiança referida nos arts. 393, I, 594 e 669, I, não tem a natureza de contracautela. Se a prisão não é cautelar, a caução aí não funciona como substitutivo de algo que não existe. *In casu*, o legislador permitiu que o réu, mediante determinada quantia, pudesse adiar o começo de sua execução penal, aguardando desfecho do seu recurso. Parece lógico afirmar que a natureza cautelar de uma determinada medida não pode ser depreendida de uma suposta contracautela, mas, inversamente, a caução somente terá natureza de contracautela se funcionar como sucedâneo de uma medida cautelar. É intuitivo.<sup>42</sup>

O art. 637 do Código de Processo Penal<sup>43</sup> e o art. 27, §2º da Lei nº 8.038/90<sup>44</sup> trazem redação semelhante ao dar aos recursos extraordinário e especial apenas efeito devolutivo. Contudo, o art. 27, § 2º da Lei 8.038/90 foi revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, tendo este mantido o afastamento do efeito suspensivo como regra no processo civil na medida em que seu art. 995 dispõe que “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”, e o art. 1.029, § 5º estabelece que “o pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento”. Ou seja, se o efeito suspensivo deve ser requerido, como regra ele não é um dos efeitos da interposição dos recursos extraordinários.

Pois bem, uma vez que os recursos aos tribunais superiores não tem efeito suspensivo, em regra, poder-se-ia dar início ao cumprimento de sentença quando pendente apenas o julgamento desses recursos. O efeito suspensivo é medida especial atribuído apenas quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O dano irreparável ou de difícil reparação no caso da execução provisória da pena privativa de liberdade é notório e dispensa maiores comentários; por outro lado, a probabilidade do provimento do recurso decorre da análise do caso concreto.

---

<sup>42</sup> JARDIM, Afrânio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória. *Revista de Processo*, v. 51/1988, p. 168 – 179, jul./set. 1988.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Art. 27. Recebida pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contrarrazões.

§ 2º Os recursos especial e extraordinário serão recebidos no efeito devolutivo.

Por fim, as súmulas 716<sup>45</sup> e 717<sup>46</sup> do Supremo Tribunal Federal trazem a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A simples leitura desses enunciados faz concluir, num primeiro momento, que se há progressão de regime, antes do trânsito em julgado, é porque se pode executar a pena aplicada mesmo que ainda estejam pendentes recursos.

Essa interpretação é rechaçada por Zanoide de Moraes. A uma porque o texto é claro e não utiliza a expressão “execução provisória”. A duas porque as súmulas apenas atendem à exigência constitucional da proporcionalidade. Estando o réu preso cautelarmente, a medida coativa deve ser revista para conceder ao preso a possibilidade de mudar de regime ou progredir por estágios menos severos de encarceramento, seja em face da pena atribuída na decisão condenatória recorrível seja na pena prevista em abstrato. O que a aplicação da proporcionalidade traz é evitar que a medida restritiva provisória seja pior que a medida eventualmente definitiva.

Já a súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça é bem clara ao autorizar a execução provisória da pena quando dispõe que a interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

Da análise dos dispositivos legais e entendimentos sumulados pelos tribunais superiores supra mencionados, pode-se concluir que são essencialmente os artigos 669, I e 637 do Código de Processo Penal e a súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça que dão substrato para a execução provisória da pena.

Como toda lei infraconstitucional, em especial o Código de Processo Penal, o qual, como visto, foi promulgado durante um governo golpista e de inspiração fascista, tendo por base um sistema inquisitório e pautado na presunção de culpabilidade, deve ser interpretado à luz da Constituição e seu princípio fundamental da presunção de inocência.

---

<sup>45</sup> Súmula 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

<sup>46</sup> Súmula 717. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de que o réu se encontrar em prisão especial.

## 2. HABEAS CORPUS 84.078/MG

O HC 84.078-7/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, foi o caso paradigma para a mudança de entendimento. Até 2009, os tribunais em geral, inclusive o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, admitiam, em regra, a execução provisória da pena. Como bem observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, “o grande argumento da corrente, até aqui majoritária, é o de que, não sendo providos os efeitos suspensivos, os recursos não suspendem a prisão.”<sup>47</sup> Haviam julgados em sentido contrário<sup>48</sup>, como ainda há decisões para ambos os lados, até porque o tema nunca foi objeto de controle concentrado de constitucionalidade, não tendo efeito vinculante para os demais órgãos.

### 2.1. Breve síntese do caso

Tratava-se de *habeas corpus* impetrado por Omar Coelho Vítor, condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 14, inciso III, alínea *c* e *d*, ambos do Código Penal), contra o Superior Tribunal de Justiça, que denegou *habeas corpus* para que o recorrente aguardasse o julgamento de recurso especial em liberdade:

*HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITOS SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.*

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em Segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Precedentes do STF e do STJ.

Ordem denegada.

---

<sup>47</sup> Em debates no julgamento do HC 84.078/MG.

<sup>48</sup> HC 90.229-4/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/12/2007; HC 84.029-9/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/06/2007.

Ao paciente/impetrante foi decretada prisão preventiva com fundamento em indícios de que teria o intento de se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar sua fuga.

Na 1ª Turma, foi rechaçada a base empírica de sustentação da prisão preventiva, razão pela qual o ministro Eros Grau passou a analisar a possibilidade da prisão como execução antecipada da pena. Após ter o ministro relator votado pela concessão da ordem, o ministro Carlos Britto pediu vista e propôs remessa do feito ao Pleno, haja vista que a 1ª e a 2ª Turma tinham entendimentos opostos.

Votaram contra a possibilidade de execução provisória da pena os ministros Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Passa-se à análise dos argumentos apresentados pelos ministros para autorizar ou negar a execução antecipada da pena.

## **2.2. Voto do ministro Eros Grau.**

O voto do ministro Eros Grau é construído em dois principais argumentos: art. 164 da Lei nº 7.210/84 que teria superado o art. 637 do Código de Processo Penal; e aplicação isonômica em face do entendimento da Corte em aplicar a pena restritiva de direitos apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 147 da Lei nº 7.210/84).

Pois bem.

O art. 164 da Lei de Execução Penal<sup>49</sup>, ao prever que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial, revogou o art. 637 do Código de Processo Penal, seja em razão do critério temporal (*lex posterior derogat lex priori*), seja por estar mais adequada à ordem constitucional vigente.

Além disso, o ministro relator ressaltou que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal vinham interpretando o art. 147 da Lei de Execução Penal<sup>50</sup> de forma a afastar a possibilidade de execução da sentença sem que se desse o seu trânsito em julgado. Nesse sentido: HC 88.413, 1ª Turma, rel. Cezar Peluso, dj. 19/06/2006; HC 86.498, 2ª Turma, rel.

---

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.

Eros Grau, dj. 19/05/2006; HC 84.859, 2ª Turma, rel. Celso de Mello, dj. 14/12/2004; HC 84.587, 1ª Turma, rel. Marco Aurélio, dj. 19/11/2004; HC 84.741, 1ª Turma, rel. Sepúlveda Pertence, dj. 18/02/2005.

Por um questão de isonomia e coerência, não se poderia vedar a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença com fundamento no princípio constitucional da presunção de inocência, mas permitir a execução da pena privativa de liberdade, indubitavelmente mais grave, enquanto não sobreviesse título condenatório definitivo.

De fato, na situação supra descrita não há tratamento isonômico para hipóteses paralelas. Contudo, faz-se a ressalva de que esse argumento pode ser também utilizado para autorizar não só a execução antecipada da pena privativa de liberdade, quanto da pena restritiva de direitos. Isso porque, caso se entenda que a execução da pena antes do trânsito em julgado não viola disposição constitucional, a fim de se dar tratamento isonômico, o correto seria executar provisoriamente também as penas restritivas de direito e, assim, a mudança jurisprudencial teria que adequar o entendimento outrora pacificado.

O ministro Eros Grau também ponderou que o Supremo Tribunal Federal não pode sucumbir ao desejo das massas e da mídia, a qual tem ânsia de punição sempre que se noticia algum crime específico e que choca a sociedade. Foi nesse casuísmo que o legislador da década de 1990 aprovou a Lei nº 8.072/90, sobre crimes hediondos, e a Lei nº 8.038/90. Eros Grau afirma que “a produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas.”<sup>51</sup> É nesse mesma toada que recentemente foi editada a Lei nº 12.737/2012, apelidada de Lei Carolina Dieckmann, e a volta da discussão sobre a redução da maioria penal, em razão de casos como a morte de Victor Hugo Deppman<sup>52</sup>, Liana Friendenbach<sup>53</sup>, João Hélio Vieitis<sup>54</sup> e Galdino Jesus dos Santos<sup>55</sup>. À Corte Constitucional cumpre o exercício da prudência do direito para fazer prevalecer a força normativa da Constituição contra esses casuísmos.

---

<sup>51</sup> Ministro Eros Grau no voto proferido no julgamento do HC 84.078/MG

<sup>52</sup> Victor Hugo Deppman foi morto por um adolescente durante um assalto. O crime foi praticado 3 dias antes do menor completar 18 anos.

<sup>53</sup> Liana Friendenbach foi sequestrada, estuprada, torturada por 5 dias e morta com 16 facadas por Champinha, na época adolescente.

<sup>54</sup> João Hélio, de 6 anos, foi arrastado por 7 km durante o roubo do carro de sua mãe. Dentre os assaltantes estava um menor de idade.

<sup>55</sup> Cinco jovens, dentre eles um adolescente, atearam fogo e mataram o índio Galdino quando este dormia em um ponto de ônibus.

Além disso, rechaçou a afirmação de que ao se proibir a execução provisória da pena os tribunais superiores seriam inundados com recursos de natureza extraordinária. Não porque de fato não o seriam, mas porque não se pode afastar uma garantia constitucional com fundamento na conveniência dos magistrados, incitando-se à jurisprudência defensiva.

Por fim, exigiu coerência do Supremo Tribunal Federal, pois se este vigorosamente prestigia a presunção de inocência em nome da garantia da propriedade, deve fazer o mesmo quando se trate da garantia da liberdade. No julgamento do RE 482.006, a Corte havia considerado inconstitucional lei estadual mineira que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal por prática de crime funcional, ainda que houvesse previsão de devolução das diferenças em caso de absolvição.

### **2.3. Voto do ministro Menezes Direito.**

O ministro Menezes Direito diverge do voto do ministro Eros Grau e traz diversos argumentos.

O primeiro deles reside no fato de os recursos excepcionais não admitirem discussão da matéria de fato, mas apenas de tese jurídica. Defende, assim, que é nas instâncias ordinárias que o julgamento se conclui. Além disso, os recursos extraordinário e especial seriam desprovidos de efeito suspensivo, não podendo o judiciário por via interpretativa atribuir efeito que a lei não dá, exceto excepcionalmente.

Percebe-se que, ao se considerar que o julgamento termina com o esgotamento da matéria de fato, ainda que pendente discussão afeta à questão de direito, o Judiciário está restringindo o arco temporal da garantia constitucional da presunção de inocência ou alterando o significado de trânsito em julgado.

De fato, não é elemento essencial da presunção de inocência que este estado vigore temporalmente até o trânsito em julgado. O ministro Menezes Direito menciona, inclusive, voto do ministro Celso de Mello, em que este afirma que “o Pacto de São José da Costa Rica, que institui a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não impede – em tema de proteção ao *status libertatis* do réu (art. 7º, n. 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional”.

O que os tratados internacionais sobre direitos humanos estabelecem é que se presume a inocência do acusado “enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), ou “enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (Convenção Europeia de Direitos Humanos) ou “até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Em tese, portanto, à luz dos tratados internacionais de direitos humanos, seria possível considerar a “culpa” legalmente comprovada quando estabelecida em decisão condenatória, ainda que esta possa ser impugnada por recurso, seja ordinário ou extraordinário. Não por outra razão, como afirmou o ministro Menezes Direito, “a prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como, por exemplo, os Estados Unidos da América (Subseção “b” do § 3.582, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do US Code), o Canadá (arts. 679 e 816 do Criminal Code) e a França (art. 367 do Code de Procédure Pénale).”

Entretanto, é preciso verificar que a Constituição Brasileira de 1988, diferente das Constituições dos Estados Unidos da América, do Canadá e da França, vai além na proteção da dignidade da pessoa humana e atrela a presunção de inocência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró ponderam:

Não pode o STF, com a devida vênia e o máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídica. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial.

É temerário admitir que o STF possa ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Trata-se de conceito assentado, como fonte e história.<sup>56</sup>

Além disso, o fato dos recursos de caráter excepcional admitirem a discussão de matéria exclusivamente de direito não impede que a futura decisão mude significativamente a situação do réu. Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró explicam:

---

<sup>56</sup> *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória* (parecer). Consulate: Maria Cláudia de Seixas. 2016, p. 17.

Há diversos temas, envolvendo questões predominantemente de direito, e passíveis de ataque em recurso especial e extraordinário, que podem permitir uma alteração da decisão condenatória, seja para reformá-la para um resultado absolutório, seja para reduzir substancialmente a pena imposta, muitas vezes até mesmo alterando a espécie de pena privativa de liberdade, quando não ocorre a extinção da punibilidade pela prescrição. Também é possível que o recurso seja provido por violação de regra legal ou garantia constitucional de natureza processual, implicando a anulação do acórdão condenatória do tribunal local, para que outro seja proferido, observando-se corretamente o dispositivo de lei federal ou a regra constitucional tida por contrariada ou violada. E há muitos temas aptos a serem questionados que podem levar a tais resultados.<sup>57</sup>

O ministro Menezes Direito também critica que se erija a norma do art. 5º, inciso LVII, CF como absoluta. Isso porque, para ele, não haveria diferença entre a prisão decorrente de uma faculdade processual e a prisão decorrente da aplicação da lei penal, eis que ambas não deixam de constituir violação ao princípio. Afirma que os princípios não seguem a regra do “tudo ou nada”, conforme ensinou Dworkin, mas que isso não significa que posam ser aplicados de forma discriminatória a situações que envolvam o mesmo conflito. Ou seja, se a prisão como execução provisória viola a presunção de inocência, também viola a prisão cautelar, uma vez que também se dá antes do trânsito em julgado.

A lógica desenvolvida parece convencer, mas, como dito alhures, a prisão processual e a prisão pena são completamente distintas.

O princípio da presunção de inocência, por óbvio, não é absoluto e admite restrições desde que, num juízo de ponderação e proporcionalidade, seja necessária sua mitigação. Como asseveram Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró, a relativização admitida e demarcada da presunção de inocência está na prisão cautelar.<sup>58</sup>

Menezes Direito argumenta que o caráter preventivo da pena é que justifica a privação de liberdade do condenado antes mesmo do esgotamento das instâncias extraordinárias.

Se o elemento retributivo compreende uma compensação à sociedade pela violação de uma de suas regras mais caras e não ganha sentido sem a definição de culpa, o elemento preventivo coaduna-se com a execução provisória da pena privativa de liberdade na medida em que revela um componente essencial do sistema repressivo. É esse componente que pode justificar a privação da liberdade do condenado mesmo antes do esgotamento das instâncias extraordinárias que por

---

<sup>57</sup> *Op. cit.*, p. 25.

<sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 10.

definição não suspendem o julgado proferido nas instâncias ordinárias.

Ora, não é necessário que se defenda a execução provisória da pena privativa de liberdade para que se atinja a finalidade preventiva da pena, eis que a prisão preventiva, devidamente fundamentada, pode ser aplicada com o fim de se prevenir a fuga, por exemplo.

Não se nega que a prisão provisória tenha um caráter punitivo, porque certamente o é, o que justifica inclusive o instituto da detração da pena. Contudo, o fundamento para a prisão cautelar é diverso da prisão pena, eis que naquele não basta que se demonstre o *fumus commissi delicti*, é preciso que esteja presente também o *periculum in mora*. Com o devido respeito, diferentemente do que afirmou o ministro Menezes Direito em seu voto, ao se admitir a prisão cautelar e se inadmitir a prisão para execução da pena, não se está reconhecendo ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo. Isso porque a aplicação da pena será garantida, mas apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não há nenhuma urgência, ao menos na análise da norma em abstrato, que justifique a prisão pena antes do trânsito em julgado. De modo diverso, caso não se aplique a prisão preventiva, quando efetivamente necessária, torna-se inviável o próprio processo.

Por fim, o ministro traz em seu voto a ideia de que o respeito ao preceito constitucional estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos. Essa linha argumentativa é combatida com precisão por Zanoide de Moraes:

Quando o juiz decide buscar tal eficiência, reduzindo as garantias constitucionais – no caso, a presunção de inocência – deixa de apontar as falhas do Legislativo e do Executivo em cumprirem seu “dever estatal de proteção” e seu dever de “organização e procedimento” para a efetivação dos direitos fundamentais. Por outro lado, também erra perante o sistema processual pois, ao invés de apontar suas falhas e os impositivos constitucionais que impõem a sua mudança, preferem um Código de Processo Penal desatualizado, ineficiente, despreparado para as necessidades do mundo atual e, principalmente, desconforme à presunção de inocência e a vários outros preceitos constitucionais.<sup>59</sup>

Ou seja, as mazelas decorrentes da multiplicidade de recursos não pode ser combatida com desrespeito às garantias constitucionais. Antes, que se proceda a uma reforma do

---

<sup>59</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit*, p. 454.

processo penal brasileiro, em especial do ultrapassado Decreto-lei nº 3.689/41, e que se faça um Poder Judiciário mais eficiente, a fim de dar soluções rápidas aos processos, afinal é a demora na prestação jurisdicional que causa o sentimento de injustiça, tanto para a sociedade quanto para o acusado que tem sobre si um processo que perdura por anos, e não o princípio da presunção de inocência.

#### **2.4. Voto do ministro Celso de Mello.**

O ministro Celso de Mello discorre sobre a diferença entre a prisão cautelar e a prisão penal, sendo que a primeira, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, não objetiva infligir uma punição à pessoa que sofre a sua decretação, funcionando apenas como instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal. De outra banda, a prisão penal, como pena antecipada, é, a seu ver, completamente proibida pela Constituição Federal, a qual, de maneira muito nítida, estabelece limites que não podem ser transpostos pelo Estado e seus agentes.

No mais, ressalta que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição.

De fato, não se pode aceitar uma visão “gradualista” da presunção de inocência, pois ela não deixa de esconder o ranço técnico-positivista da “presunção de culpa”, uma vez que seu fundamento está na certeza de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória. Vê-se que a lógica que sustenta essa culpa gradativa desconsidera a importância da cognição do tribunal *ad quem* e crê que a análise do juízo *ad quo* pela condenação prevalecerá e, “portanto, enquanto se aguarda um desfecho já esperado, mantém-se a pessoa presa provisoriamente”<sup>60</sup>.

O argumento de que a presunção de inocência vai diminuindo gradativamente na medida em que se avança um grau de jurisdição não pode, portanto, ser aceito, pois inverte a lógica da presunção de inocência, e passa a trabalhar com a presunção de culpa, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988 e incompatível com um Estado Democrático de Direito.

#### **2.5. Voto do ministro Joaquim Barbosa.**

---

<sup>60</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op cit*, p. 455.

O ministro Joaquim Barbosa inicia seu voto dizendo que as decisões prolatadas pelos juízos ordinários devem ser levadas a sério, por serem presumidamente idôneas para o ofício que lhes compete exercer, do contrário melhor seria que todas as ações fossem processadas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, ninguém questiona que os órgãos prolores de decisões de mérito são presumidamente idôneos quando proferem suas decisões. Aliás, o fundamento para existir o duplo grau de jurisdição não é a dúvida quanto à idoneidade da decisão proferida pelo juízo singular, mas a garantia de uma melhor justiça, maior confiabilidade no sistema, maior experiência dos juízes de segundo grau.

Ora, se o escopo fosse realmente de dar credibilidade a uma decisão condenatória de primeiro ou segundo grau de jurisdição, melhor não seria que todas as ações fossem julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, mas que simplesmente não se chegassem recursos para seu julgamento e que passasse a ser uma verdadeira Corte Constitucional. Não é o que se defende, mas o que se tenta é mostrar a fragilidade de tal argumento.

O ministro segue afirmando que a adoção da tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causaria verdadeiro estado de impunidade, em especial nos casos em que o sentenciado tenha a seu dispor um defensor que se utilize de uma infinidade de recursos com o fim único de protelar o trânsito em julgado.

De outro lado, tem-se que levar em consideração o perigo de se pressupor que todos os recursos são meramente protelatórios e de se executar a pena de quem, após o julgamento dos recursos excepcionais, é tida por inocente. O ministro Cezar Peluso, no debate desse julgamento histórico, ponderou:

Mas vejam os riscos que implicam para o Tribunal assumir a responsabilidade de deixar sem resposta satisfatória ainda que fosse um único caso da prisão de um inocente ou daquele que afinal vem a ser reconhecido, nas instâncias extraordinárias, como inocente! Um único caso seria suficiente. Lembro-me do que Beccaria dizia – aliás, precisamos retornar à Beccaria: o que ganha a humanidade com a condenação de um inocente? Aliás, o ministro Ricardo Lewandowski demonstrou que, só no âmbito do **habeas corpus**, a ordem é concedida em um terço dos casos!

O ministro Joaquim Barbosa também sustenta que a EC nº 45, que condicionou a admissibilidade do recurso extraordinário à demonstração da repercussão geral, tinha a intenção de autorizar a execução provisória da pena privativa de liberdade, contra a qual estejam pendentes de julgamento, apenas, os recursos excepcionais. Traz, ainda, dados

estatísticos que mostram que a maioria esmagadora das questões que chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal não preenchem os requisitos constitucionais de admissibilidade e que apenas 4% dos recursos admitidos foram providos.

Ocorre que, aceitar o argumento estatístico é retornar à presunção de culpa, na medida em que, conforme argumentava Manzini, a presunção é meio de prova indireta pelo qual se extrai um dado absoluto ou relativo de uma base de experiência comum, e, como a maior parte dos acusados são, ao final, condenados, se houvesse alguma presunção, certamente ela seria de culpa e não de inocência.<sup>61</sup>

O art. 105 da Lei de Execução Penal não seria óbice para a execução provisória, eis que aquele dispositivo estaria tratando da expedição da guia de execução definitiva e não da guia de recolhimento provisório antes do trânsito em julgado. Sustenta a execução provisória no art. 637 do Código de Processo Penal.

É preciso retomar o voto do ministro Eros Grau quando este afirma que “os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.”

O ministro Joaquim Barbosa faz também a ressalva de que sempre que o condenado entender que está sofrendo constrangimento ilegal contra a sua liberdade, por força de uma nulidade gravíssima e insanável no processo a que respondeu, poderá se socorrer do remédio constitucional *habeas corpus*, de modo que não haveria prejuízo ao réu e, assim, evitar-se-iam injustiças.

Entretanto, os danos desse raciocínio são patentes. A uma porque inverte a lógica da presunção de inocência para a presunção de culpa após a decisão de segundo grau de jurisdição, o que é expressamente vedado pela Constituição Federal. Se a regra passa a ser a execução e, apenas excepcionalmente, poderiam os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal apreciar o pedido de *habeas corpus*, passa-se a presumir a culpa do réu, o qual precisa provar sua inocência.

A duas porque, se um dos motivos para se “ponderar” uma regra tão clara como a do art. 5º, LVII da Constituição Federal é diminuir a impunidade, principalmente em relação àqueles que “podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação permite”<sup>62</sup>, os que poderão impetrar diversos *habeas corpus* para ver sua prisão ilegal sanada a tempo serão certamente os mais abastados. Segundo o levantamento de 2013

---

<sup>61</sup> Portanto, conclui que “*se trataría, a lo más, de una ficción, si algo parecido hubiera en nuestro derecho positivo, como sueñan algunos*”. *Tratado de derecho processual penal*, tomo I. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediar, 1948-57, p. 256.

<sup>62</sup> Ministro Menezes Direito em voto proferido no julgamento do HC 84.078/MG, p. 10.

da ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos) e do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), o Brasil conta com 11,8 mil juízes, 9,9 mil promotores e apenas 5 mil defensores. O déficit total de defensores públicos no país era, em 2013, de 10.578 defensores, considerando a proporção de 10 mil pessoas com até três salários mínimos por defensor como parâmetro. Só no fórum criminal da Barra Funda, em São Paulo, cada defensor público era responsável por 2,5 mil processos criminais. Certamente, a aplicação da execução provisória da pena prejudicará não quem tem condições de arcar com os custos de um advogado particular.

E, por fim, se o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece suas dificuldades em concretizar o direito à razoável duração do processo, o que resulta muitas vezes em prescrição intercorrente, parece que a demora para se julgar os recursos de caráter excepcional fará com que aquele que cumpre provisoriamente a pena a cumpra por completo e perca, assim, também a finalidade do próprio recurso.

No mais, o ministro Joaquim Barbosa reafirma argumentos já levantados pelo ministro Menezes Direito: (i) o princípio da presunção de inocência não é absoluto; (ii) os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo; (iii) nos recursos excepcionais não são analisados fatos e provas, mas apenas matéria de direito; (iv) em todas as nações civilizadas se admite a execução provisória da pena; (v) o transcurso do tempo torna ineficiente os fins da pena: prevenção geral e especial.

## **2.6. Voto do ministro Carlos Britto.**

O ministro Carlos Ayres Britto inicia seu voto ressaltando que a liberdade de locomoção é a prima-dona dos direitos individuais, tanto que o *habeas corpus* precedeu a todos os outros remédios constitucionais e ações de urgência: mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular.

Além disso, verifica que o princípio da presunção de não culpabilidade já é relativizado pela própria Constituição quando, em seu art. 5º, inc. VXI, traz as hipóteses de prisão: flagrante delito, ordem escrita e fundamentada e transgressão militar.

Menciona, ainda, a irreparabilidade do dano decorrente da prisão corporal, a qual tem dimensão quádrupla: abalo psíquico do preso, desprestígio familiar, desqualificação profissional e desprestígio social.

Observa também que a sociedade não fica desguarnecida ao se prestigiar o princípio da presunção de inocência, na medida em que o juiz sempre pode, com base no art. 312 do Código de Processo Penal, decretar a prisão cautelar por decisão devidamente fundamentada.

Por fim, diferencia a aplicação da presunção de inocência na esfera criminal da esfera eleitoral, pois nesta reina o coletivo e a representatividade popular, obedecendo a outros critérios, a outros vetores e a outros parâmetros constitucionais.

## **2.7. Voto do ministro Cezar Peluso.**

O ministro Cezar Peluso observa que qualquer medida gravosa antes do trânsito em julgado, cuja justificação seja exclusivamente um juízo de culpabilidade, é inconstitucional, pois viola o princípio da presunção de inocência.

Ora, a sentença condenatória, assim como a decisão de segundo grau que a confirma é decorrente de um juízo de cognição plena, o qual tem certeza da culpabilidade do sentenciado. O fundamento para a prisão, neste caso, é a culpabilidade do réu, que já estaria provada. Como a única causa jurídica que explica a privação de liberdade é a demonstração de culpa, há patente violação do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, na medida em que a garantia fundamental deve ter eficácia até o momento do trânsito em julgado, que não se dá enquanto pendente o julgamento de recursos de natureza excepcional.

Além disso, o ministro relembra a irreversibilidade da medida de prisão e o sentimento de injustiça que traz a todos quando alguém privado de liberdade é ao final considerado inocente.<sup>63</sup>

## **2.8. Voto da ministra Ellen Gracie.**

A ministra Ellen Gracie afirma que a presunção de inocência, após a decisão em segundo grau de jurisdição, deixa de existir e é substituída por um juízo de culpabilidade.

Esse argumento, como já exaustivamente rebatido, retoma a lógica de Vincenzo Manizini de presunção de culpabilidade e, portanto, afronta a própria literalidade do art. 5º, inc. LVII da Constituição Federal, sendo despiciendas maiores explicações.

---

<sup>63</sup> Esse sentimento de injustiça que uma prisão injusta causa na sociedade é bem exemplificado pelo sucesso do recente documentário “Making a murder”, que retrata a história de um réu preso por 18 anos pela prática de um crime de estupro que não cometeu. Em menos de um mês do lançamento do documentário, mais de 300 mil norte-americanos assinaram petição para pedir que o governo perdoasse o réu. Cf. Journal Independent Disponível em <<http://www.independent.co.uk/arts-entertainment/tv/news/making-a-murderer-380000-people-sign-petition-to-pardon-steven-avery-a6804691.html>>. Acesso em 20/07/2016.

A ministra, além de fazer uma diferenciação, com a devida vênia, ultrapassada entre presunção de inocência e de não-culpabilidade, praticamente reduz sua aplicabilidade à dimensão probatória<sup>64</sup>, desconsiderando-o como norma de tratamento e de juízo. Ao sistema fundado na presunção de inocência, não basta apenas a aplicação do *in dubio pro reo*, do contrário admitir-se-ia que no Império Romano já se adotava a presunção de inocência. Contudo, como explica Zanoide de Moraes, “o sistema funcionava com a presunção de culpa e o *in dubio pro reo*.” E conclui:

A observação atenta dessa fase do sistema processual penal romano contribui para desmitificar ao menos duas falsas impressões: a primeira é que o sistema que aceita o *in dubio pro reo* está fundado na presunção de inocência e, a segunda, que se o sistema processual é de modelo acusatório sempre haverá presunção de inocência.<sup>65</sup>

Ao aplicar o princípio da proporcionalidade, defende que o meio termo entre o excesso e a insuficiência é dar eficácia à decisão condenatória mantida pelo tribunal. Além disso, afirma que a prisão nesse caso não seria antecipação de pena, mas prisão provisória, principalmente porque se cumpre a medida em presídio próprio.

Em que pese o argumento trazido, o que diferencia a prisão como antecipação de pena da prisão provisória é o seu fundamento e não o nome ou o local de cumprimento da medida, embora a existência de presídio próprio respeite à proporcionalidade. Como bem consignado pelo ministro Sepúlveda Pertence: “(...) quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena”<sup>66</sup>. Falta à prisão decorrente de condenação mantida em segundo grau o requisito do *periculum libertatis* para que tenha natureza cautelar e, portanto, só poderia ser antecipação de pena.

## **2.9. Voto do ministro Marco Aurélio.**

O principal argumento levantado pelo ministro Marco Aurélio é a irreversibilidade da medida de prisão. Enquanto no campo patrimonial, a execução provisória é possível por permitir o retorno ao *status quo ante*, em caso de provimento do recurso especial ou

---

<sup>64</sup> “Entendo que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina judicial da prova (CF, art. 5º, LIV).” P. 5.

<sup>65</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>66</sup> Voto do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do HC 69.964, de relatoria do ministro Ilmar Galvão, dj. 01/07/1993.

extraordinário interposto pelo executado; no campo da liberdade de ir e vir, é impossível devolver a liberdade perdida.

Admitindo-se a execução provisória da pena, estar-se-ia dando maior proteção ao patrimônio que à liberdade. Isso porque, no campo patrimonial, o art. 520, inc. IV do Código de Processo Civil, exige, no cumprimento provisório de sentença, que o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, fique condicionado à prestação de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada no próprios autos.

Por outro lado, na execução provisória da pena privativa de liberdade, não há exigência de qualquer garantia. A execução provisória da pena, nesse sentido, seria o esgotamento completo do processo penal, o qual, em verdade, deixa de ter qualquer sentido, quando antes de seu fim, o imputado já cumpriu sua futura e eventual pena.

## **2.10. Voto do ministro Gilmar Mendes.**

A execução antecipada da pena, ao ver do ministro Gilmar Mendes, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade.

Ofende a presunção de inocência, na medida em que “o fato de que o imputado tenha que ser considerado não culpado, obriga a não castigá-lo por meio da prisão preventiva”<sup>67</sup>.

Haveria também ofensa à própria concepção de dignidade humana, pois este não permite que o ser humano se torne objeto da ação estatal. “O ser humano não pode converter-se em simples objeto da luta contra o crime com a violação de seus direitos ao respeito e a proteção de seus valores sociais.”<sup>68</sup>

O terceiro princípio ofendido pela execução antecipada da pena é a proporcionalidade. Explica que, no conflito entre dois bens constitucionais, há de perquirir-se se o ato impugnado afigura-se adequado, necessário e proporcional em sentido estrito. A execução provisória da pena já é barrada na acepção de necessidade, pois seus objetivos podem ser alcançados de outro meio igualmente eficaz e menos gravoso: como as cautelares, ainda que seja a prisão provisória.

---

<sup>67</sup> Voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 84.078/MG, p. 8.

<sup>68</sup> Voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 84.078/MG, p. 10.

Rebate, ainda, a preocupação levantada pela ministra Ellen Gracie quanto ao fato de se alterar uma jurisprudência velha de vinte anos e se concluir que a Suprema Corte esteve equivocada todo esse tempo. Na verdade, não se deve chegar a essa conclusão, pois se estaria diante de uma hipótese de mutação constitucional.

Conforme explica Pedro Lenza, a mutação constitucional é a alteração da constitucional do ponto de vista informal, em que se muda o sentido interpretativo da regra enunciada, mantendo-se o texto inalterado. O novo sentido do mandamento constitucional, decorrente de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, deve ter lastro democrático para que seja legítima.<sup>69</sup>

Nesse sentido, a mudança interpretativa do Supremo Tribunal Federal, que antes admitia a prisão pena antes do trânsito em julgado, deve ser visto não como incoerência de entendimento, mas adequação do tema à nova ordem constitucional.

No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.<sup>70</sup>

Além disso, diz ser natural que, num primeiro momento, faça-se a interpretação da nova Constituição à luz da situação jurídica pré-existente, o que justificaria a jurisprudência velha de 20 anos que se vinha adotando, afinal, até o advento da Constituição Federal de 1988 não havia no ordenamento jurídico pátrio o atrelamento da presunção de inocência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

<sup>69</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, 19ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 168-169.

<sup>70</sup> Voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 84.078/MG, p. 18.

### 3. HABEAS CORPUS 126.292/SP

Cerca de seis anos após o julgamento do HC 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal afetou novamente ao Plenário a matéria relativa à execução provisória da pena, com o escopo de modificar a orientação jurisprudencial.

A matéria parecia pacificada, em especial após as modificações legislativas trazidas pelas Leis nº 11.689/2008, 11.719/2008 e 12.403/2011, as quais revogaram os artigos 393, 408, §1º, 594 e 595 do Código de Processo Penal, acabando com a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia. No entanto, o Supremo Tribunal Federal retrocedeu e voltou a adotar entendimento antes superado, sob alegada mutação constitucional.

#### 3.1. Breve síntese do caso.

Tratava-se de *habeas corpus* impetrado por Maria Claudia de Seixas em favor do paciente Marcio Rodrigues Dantas, que foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, §2º, I e II, do Código Penal), contra o relator que indeferiu o pedido liminar para que o recorrente aguardasse em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória:

As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289/508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo *writ* (HC 228.757/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).

Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator.

Votaram a favor da possibilidade de execução provisória da pena os ministros Teori Zavascki, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Edson Fachin e Dias Toffoli. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Celso de Mello e Marco Aurélio.

Como no capítulo anterior, analisar-se-ão os principais votos que representam melhor os argumentos trazidos pelos ministros para defender ou afastar a constitucionalidade da execução provisória da pena.

### **3.2. Voto do ministro Teori Zavascki.**

O ministro Teori Zavascki, relator do HC 126.292/SP, para sustentar a constitucionalidade da execução antecipada da pena, traz essencialmente cinco argumentos, todos já levantados e discutidos no âmbito do julgamento do HC 84.078/MG, e um argumento relativamente inovador, embora implícito em outros votos.

O principal deles: nas instâncias ordinárias é que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas, sendo este o momento em que se fixa a responsabilidade criminal do acusado.

Como discutido na análise do voto do ministro Menezes Direito, o exaurimento do exame da matéria probatória não é sinônimo de trânsito em julgado e são inúmeras as possibilidades de discussão de matéria de direito que ensejam a mudança de julgamento.

A alegação de inversão da culpabilidade após a decisão em segundo grau de jurisdição, além de não ter qualquer substrato normativo, eis que os artigos 637 do Código de Processo Penal e 27, §2º, da lei nº 8.038/90 (este revogado pelo Código de Processo Civil de 2015) falam apenas que os recursos extraordinários não terão efeito suspensivo e não em inversão da presunção de culpabilidade, viola frontalmente o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o qual autoriza a mencionada inversão apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Além disso, essa lógica de presunção de culpabilidade é contrária ao Estado Democrático de Direito, sendo adotada pelos Estados totalitários, como a Itália fascista.

O ministro Teori Zavascki menciona também a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), julgada constitucional<sup>71</sup>, a qual alterou o art. 1º, I da lei complementar 64/1990<sup>72</sup>, consagrando

---

<sup>71</sup> ADC 29 e 30 e ADI 4578.

expressamente como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado.

Como bem ressaltado pelo ministro Carlos Ayres Britto em seu voto no julgamento do HC 84.078/MG, a aplicabilidade da presunção de inocência na esfera eleitoral é diferente da esfera penal. “É que a esfera eleitoral é o reino do coletivo ou da representatividade popular, obedecendo a outros critérios, a outros vetores e a outros parâmetros constitucionais”<sup>73</sup>.

Ainda que se entenda questionável a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da lei complementar 135/2010, mormente à luz do art. 15, III da Constituição Federal, o qual expressamente atrela a perda ou suspensão dos direitos políticos à **condenação transitada em julgado**, enquanto durarem seus efeitos, é certo que a liberdade de locomoção é direito individual de maior importância – nas palavras do ministro Ayres Britto, a prima-dona dos direitos individuais -, e, portanto, não pode ter tratamento equiparado ao direito de elegibilidade.

Outro argumento trazido pelo ministro Teori Zavascki decorre do Direito Comparado. Afirma, citando a ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886, de 28/10/2005, que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução

---

EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

<sup>72</sup> 1º São inelegíveis:

I – Para qualquer cargo:

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fê pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
3. contra o meio ambiente e a saúde pública;

(...)

<sup>73</sup> Voto do ministro Carlos Ayres Britto no julgamento do HC 84.078/MG, p. 7.

de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”. Cita países, reconhecidamente democráticos, que admitem a execução provisória da pena: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

Dos países mencionados, observa-se que apenas a Constituição de Portugal traz a presunção de inocência atrelada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Países como Estados Unidos, Argentina e Alemanha<sup>74</sup> sequer mencionam explicitamente em seus textos constitucionais a presunção de inocência, embora estejam presentes como princípios implícitos e decorram do Pacto de São José da Costa Rica<sup>75</sup> ou da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Assim, uma vez que as Constituições dos países mencionados não trazem redação semelhante à brasileira, a qual vai mais além na proteção dos direitos individuais e estabelece um marco temporal exato para o término do estado de inocência, não seria adequada a análise comparada.

A Constituição brasileira de 1988 seguiu os modelos italiano e português, dando efetividade máxima ao compromisso do Estado Brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana.

Na doutrina italiana, Chiavario assevera que:

“L’articolo 27 comma 2° Const., agganciando la durata della ‘presunzione di non colpevolezza’ alla pronuncia della ‘condanna definitiva’, attribuisce **una portata generale alla garanzia dell’effetto sospensivo delle impugnazione contro le sentenze penali di condanna.**”<sup>76</sup>

No constitucionalismo português, Canotilho e Vital Moreira afirmam ser um dos elementos da presunção de inocência a proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares.<sup>77</sup>

Assim, como já mencionado alhures, a presunção de inocência por si só, como princípio, não exige a condenação definitiva<sup>78</sup>, mas a Constituição brasileira traz a

---

<sup>74</sup> Gilmar Mendes, no voto proferido no julgamento do HC 126.292/SP, explica que na Alemanha há norma expressa no Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung*) dispondo que as “sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado”. Com o fim de compatibilizar a presunção de inocência com a prisão antes do trânsito em julgado, a jurisprudência alemã tem exigido a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva. Posicionamento compatível com o que sempre entendeu a jurisprudência e doutrina majoritária.

<sup>75</sup> Estados Unidos da América assinou o tratado, mas não o ratificou.

<sup>76</sup> Mario Chiavario, *Processo e garanzie della persona*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1984, v. II, p. 129. Citado por Badaró, p. 13.

<sup>77</sup> José Joaquim Gomes Canotilho e Vidal Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*. São Paulo: RT; Coimbra, PT: Coimbra Ed., 2007. v. I, p. 518. Citado por Badaró, p. 13.

peculiaridade de estabelecer expressamente um marco temporal final, o qual é claro e preciso, não admitindo interpretação (*in claris cessat interpretatio*).

O ministro relator ainda retoma o sentimento de impunidade que causa a protelação para o início da execução da pena. Nesse ponto, é importante consignar que não se pode suprimir direitos fundamentais por ineficiência da administração da justiça, por excessos de recursos disponíveis na legislação pátria, e por falta de recursos com o fim de se concretizar o princípio da duração razoável do processo. As mesmas considerações feitas no ponto 2.3, quando se analisou o voto do ministro Menezes Direito são aqui aplicadas.

Por fim, o argumento relativamente novo levantado pelo ministro Teori é de que os recursos de natureza extraordinária não tem por finalidade específica examinar a justiça o injustiça de sentenças em casos concretos, mas preservar o direito objetivo, a autoridade e uniformidade da aplicação das normas.

Contudo, como bem observa Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

Nos modelos como o brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao julgarem, respectivamente, o recurso extraordinário e o especial, não se limitam a resolver em abstrato a questão de direito constitucional ou federal posta em discussão, mas além disso, e a partir da premissa adotada “aplicam o direito aos fatos” (CPC, art. 1.034, *caput*), julgando a causa ao dar ou negar provimento ao recurso, não seria exagero ver nesse modelo, ainda que em recursos nos quais não se discuta a questão fática, um predomínio da função de proteção do direitos subjetivo do recorrente e, somente em caráter secundário, a tutela da constituição ou da lei federal, enquanto direito objetivo. Seriam, pois, recursos mais voltados à tutela do *ius litigatoris* do que do *ius constitutionis*.<sup>79</sup>

É bem verdade que, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi inserido como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, e há agora a possibilidade de sobrestamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, fortalecendo-se a tais recursos o aspecto da tutela da Constituição ou de lei federal. Isso, no entanto, não significa que tenham deixado de proteger,

---

<sup>78</sup> Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró ao analisar os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, Convenção Europeia de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, afirmam que “Em todos esses casos, é possível, do ponto de vista hermenêutico, considerar que a “culpa” estará legalmente comprovada, provada ou estabelecida, com uma decisão que aprecie o mérito da causa. Isto é, com uma sentença condenatória, mesmo que impugnada por meio de recurso. Ou com o julgamento em segundo grau, ou em qualquer outro marco anterior ao trânsito em julgado da condenação penal. Ou seja, em tese o acusado poderia ser presumido inocente, somente até que fosse proferida uma sentença condenatória, mesmo que esta seja impugnada, ou ainda, o julgamento da apelação.” *Op. cit.*, p. 15 – 16.

<sup>79</sup> *Op. cit.*, p. 22.

ainda que em caráter secundário, o direito do recorrente na causa concreta, posta em discussão no processo.<sup>80</sup>

Por fim, é válido citar a crítica feita por Lenio Streck ao voto do ministro Teori Zavascki: a decisão do Supremo Tribunal Federal é resultado de controle de constitucionalidade incidental, uma vez que a matéria foi levada ao Plenário e, portanto, deveria ter declarado inconstitucional algum artigo do Código de Processo Penal, e não apenas ter feito uma interpretação da Constituição, que julga inconstitucional o próprio texto constitucional.<sup>81</sup>

O artigo do Código de Processo Penal a que Lenio Streck se refere é o 283, com a redação dada pela lei nº 12.403/2011, o qual dispõe 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”.

Vê-se que referido artigo é expressamente contrário ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal, tratando-se de regra, e não de princípio, deveria ser aplicado pelo “tudo ou nada”, ou é ou não é inconstitucional, não sendo adequada qualquer ponderação.

O próprio ministro Teori Zavascki, quando ainda ministro do Superior Tribunal de Justiça, afirmou, no voto da reclamação nº 2.645, j. 18/11/2009, que “o que não se admite, porque então haverá ofensa à Constituição, é que os órgãos do Poder Judiciário pura e simplesmente neguem aplicação aos referidos preceitos normativos, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade (súmula vinculante 10/STF).”

A fim de resolver essa omissão, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram no Supremo Tribunal Federal ações declaratórias de constitucionalidade, com pedido liminar, requerendo o reconhecimento da legitimidade constitucional da redação do art. 283 do Código de Processo Penal. Na ADC 43, o PEN sustenta que o dispositivo é uma interpretação possível e razoável do princípio da presunção de inocência. Já na ADC 44, a OAB argumenta que a nova redação do mencionado artigo do Código de Processo Penal, dada pela lei nº 12.403/2011, buscou harmonizar o

---

<sup>80</sup> *Op. cit.*, p. 23.

<sup>81</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Opinião: Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*, publicada em 19/02/2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em 30/03/2016.

direito processual ao ordenamento constitucional, espelhando e reforçando o princípio da presunção de inocência.<sup>82</sup>

Ante a propositura dessas ações declaratórias de constitucionalidade, Lenio Streck conclui que:

Está, assim, a nossa Suprema Corte em uma sinuca de bico. Para manter a sua decisão, terá que dizer que o artigo 283, aprovado pelo legislador no ano de 2012, fere a Constituição. E terá que dizer as razões pelas quais ocorre esse mal ferimento. E também terá que dizer porque, neste caso, a Constituição dispensa a intermediação do legislador ordinário, já que este nada mais fez do que dizer a mesma coisa que o constituinte originário em uma cláusula pétrea.<sup>83</sup>

### 3.3. Voto do ministro Luís Roberto Barroso.

O ministro Luís Roberto Barroso organiza seu voto em três fundamentos jurídicos e três fundamentos pragmáticos, e completa bem o voto do ministro Teori Zavascki.

Inicialmente, para justificar a mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal recorre à mutação constitucional, afirmando que em 2009 houve uma primeira mutação e que em 2016 uma nova mudança.

Como já explicado, a mutação constitucional decorre de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, do que seja ético e justo. A alteração na realidade fática que afirma ter ocorrido para justificar a modificação da interpretação constitucional foi “o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”: incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios, seletividade do sistema penal que favorece os abastados<sup>84</sup>, prescrição da pretensão punitiva.

O que se percebe é que nenhum desses fatores decorre de uma nova realidade desenvolvida a partir de 2009. Todos esses critérios fáticos foram levados em consideração no julgamento do HC 84.078/MG, até mesmo porque já naquela época se tinha um judiciário

---

<sup>82</sup> Notícias do STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em 28/07/2016.

<sup>83</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Opinião: Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!*, publicado em 29/02/2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em 30/03/2016.

<sup>84</sup> Ao autorizar-se a execução provisória da pena, corre-se um grande risco de afetar principalmente os mais pobres, os que compõe a esmagadora maioria dos presos e investigado. Dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo revelaram que, nos meses de fevereiro, março e abril de 2015, cerca de 64% das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo com recursos da Defensoria Pública de São Paulo são revertidas nos Tribunais Superiores. Conforme dados disponibilizados pela página oficial da DPE-SP na rede social do Facebook, em 18 de fevereiro de 2016. Disponível em <<https://www.facebook.com/DefensoriaPublicaSP/posts/989530717784130:0>>. Acesso em: 20/02/2016.

moroso, alto índice de criminalidade, impunidade e seletividade do sistema penal. Ou seja, não houve qualquer mudança fática a justificar uma mutação constitucional. Nesse sentido afirmou Lenio Streck:

Parece evidente, também, que não houve mutação constitucional, porque é consabido que mutação apenas tem como consequência uma nova norma para um texto já existente. Só que a mutação, para ser mutação, tem uma condição: *a de que a nova norma não seja, ela mesma, um novo texto.*<sup>85</sup>

Quanto aos argumentos jurídicos trazidos para justificar a prisão pena antes do trânsito em julgado, afirma que a Constituição Federal trata a culpabilidade e a prisão como coisas distintas, que não se confundem. O imputado deve ser presumido inocente até o trânsito em julgado, mas a prisão pode ser decretada antes, pois decorre de uma decisão escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária, em conformidade com o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal.

Como já mencionado, o cumprimento de uma pena pressupõe a culpa, o que é incompatível com a presunção de inocência. Portanto, o inciso LXI deve ser interpretado de forma compatível com o inciso LVII, eis que ambos são princípios e não se aplicam pela regra do “tudo ou nada”. Quando o constituinte fala em prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, certamente se refere à prisão cautelar ou à prisão pena decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, no mesmo sentido do art. 283 do Código de Processo Penal.

Seguindo em seu voto, o ministro diz aplicar a técnica de ponderação, chegando à conclusão de que a prisão pena antes de transitada a decisão condenatória não atinge o núcleo essencial do princípio fundamental. Causa estranheza o resultado da aplicação dessa técnica, eis que, no julgamento do HC 84.078/MG, o ministro Gilmar Mendes também afirma ter ponderado os princípios, chegando a uma conclusão diametralmente oposta: de que a execução antecipada da pena fere a dignidade humana, a presunção de inocência e a proporcionalidade.

Dentre os fundamentos pragmáticos apresentados, merece destaque a suposta redução no grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro que sobrevirá com a possibilidade de execução antecipada da pena.

---

<sup>85</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Opinião: Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!*, publicado em 29/02/2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em 30/03/2016.

Afirma Barroso que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo condenadas, não cumprem a pena ou a procrastinam por mais de 20 anos, pois possuem condições para manter advogado que interponha um recurso atrás do outro e, assim, evite o trânsito em julgado.

Deve-se observar, contudo, que, ao se adotar como regra a prisão após a decisão em segundo grau de jurisdição, os maiores prejudicados serão aqueles que não possuem condições financeiras para pagar um advogado, que, como bem anotou o ministro, são os que superlotam as prisões brasileiras.

Isso porque, ao se adotar como regra a prisão, o réu, para revertê-la precisará interpor recurso, seja um *habeas corpus*, seja um requerimento de tutela de urgência para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário. E, como bem observado, a grande maioria da população carcerária não tem recursos para contratar um advogado, precisando se socorrer à defensoria pública, a qual, em que pese o excelente trabalho realizado, tem um elevado déficit de defensores. Quem, certamente, ficará preso enquanto aguarda a decisão de um Judiciário reconhecidamente moroso será o pobre. No Direito Penal, o tempo é precioso não apenas para o Estado-acusador, mas também, e principalmente, para o réu, que tem interesse em um julgamento célere.

Como já mencionado, 41% dos presos no Brasil são provisórios, ou seja, estão aguardando um pronunciamento final do Judiciário encarcerados. A eles, um processo com duração razoável é providencial. Mais ainda quando se verifica que, em 37,2% dos casos em que há aplicação de prisão provisória, os réus não são condenados à prisão ao final do processo ou recebem penas menores que seu período de encarceramento inicial<sup>86</sup>.

Completando seu raciocínio, o ministro Barroso supõe que a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal trará impacto positivo no número de pessoas presas temporariamente, pois a maior eficiência do sistema diminuirá a “tentação dos juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução”.

Infelizmente, essa é uma realidade<sup>87</sup>, e precisa ser mudada. Mas a mudança deve decorrer da correta aplicação da Constituição Federal pelos juízes e promotores e não pela

---

<sup>86</sup> Pesquisa feita pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) em parceria com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>>. Acesso em 13/07/2016.

<sup>87</sup> No documentário “Sem Pena”, o defensor público Bruno Shimizu faz uma crítica contundente à essa visão: “os juízes conseguem contornar a lei, dar nós na lei para manter pessoas presas. Esses juízes, então, que recebem os flagrantes, o que que eles tem feito. Se a pessoa não tem carteira de trabalho assinada, eles mantêm a pessoa presa; se a pessoa não tem um endereço fixo, ela é mantida presa; então muitas vezes ela é mantida presa porque é moradora de rua. Além disso, a lei veio dizer que não cabe mais prisão preventiva, quer dizer, a pessoa não pode responder ao processo presa por um crime de furto simples, e mesmo nesses casos as pessoas têm sido

supressão de garantias fundamentais. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró afirmam que:

Se o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, por insuficiência física e material que geram incapacidade do Poder Judiciário julgar, em tempo razoável os processos, não se pode pagar o preço da ineficiência com a supressão de garantias processuais dos acusados.<sup>88</sup>

### 3.4. Voto do ministro Celso de Mello.

O ministro Celso de Mello fundamenta seu voto em um argumento simples e de peso: a manifesta clareza do texto constitucional. Segundo seu entendimento, há um momento visivelmente definido a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, não trabalhando a Constituição com esvaziamento progressivo desta à medida em que se sucedem os graus de jurisdição.

Observa que a Constituição brasileira é mais intensa na proteção da presunção da inocência, sendo inadequado invocar a experiência norte-americana ou francesa, entre outros

---

mantidas presas. O juiz fixa fiança, essa pessoa nunca vai conseguir pagar essa fiança, então enquanto ela não recolhe a fiança, continua presa. Eu chutaria que mais da metade das pessoas que estão presas poderiam estar soltas simplesmente se a lei fosse aplicada e, inclusive isso que acabou virando quase um mantra que “no Brasil o que há é impunidade”, isso é uma mentira deslavada. Há impunidade para determinadas classes muito específicas. Também outra coisa que se diz: “aqui no Brasil a pessoa é presa, fica 1/6 da pena e já sai. Isso é uma grande mentira, as penas de até 2 anos de regime fechado tem sido cumpridas em regime integral fechado. Quando a pessoa é pobre, ela não progride de regime, pois o processamento de reconhecimento desse direito à progressão de um regime fechado para um semi-aberto na vara de execução demora mais do que a pena. Quando o juiz efetivamente reconhece que a pessoa tem direito à progressão, ela já cumpriu a pena inteira. O que a gente tem no fórum criminal da Barra Funda é uma grande loteria com a vida alheia. Se você for pensar em um tráfico de droga que a pessoa tenha 5 a 10 pedras de crack ou 10g de maconha, dependendo do juiz que ela caia, ela pode receber uma pena de 1 ano e 8 meses em regime aberto substituída por prestação de serviços à comunidade ou 8 anos em regime fechado pelo mesmo fato. Eu não preciso nem dizer que os tribunais superiores, STJ e STF, eles entendem que a pena correta nesse caso é 1 ano e 8 meses de prestação de serviços à comunidade. Se a pessoa não é um grande traficante, aquele traficante que acaba até vendendo droga para sustentar o próprio vício, essa pessoa não pode ficar 8 anos presa, mas os juízes acham que essa vai ficar 8 anos presa. E não é tanto pelo fato, mais pelo estereótipo mesmo. Eu já ouvi isso de juízes e promotores quando há uma situação de dúvida em relação a prova de o promotor argumentar, óbvio que informalmente na sala de audiência, no seguinte sentido: aqui neste caso a gente não tem certeza que foi ele quem roubou ou não, mas se ele for condenado aqui pelo menos ele responde pelo outro que não descobriram. Então, parte-se do pressuposto que essa pessoa que está respondendo por um processo, ela na verdade cometeu já muitos crimes, que é uma presunção que vem do senso comum rasteiro e que é absolutamente inconstitucional. Mas que essa pessoa, porque ela é negra, porque ela é pobre, porque ela veio de uma favela, ela já cometeu muitos crimes. E agora que a gente deu a sorte de pegar, então a gente tem que manter essa pessoa presa o máximo de tempo possível para evitar que ela cometa outros crimes. A postura do Ministério Público e do Judiciário aos réus é, sem querer generalizar, preconceituosa. Encarceramento da pobreza mesmo. Esse senso comum que a gente vê nos programas de fim de tarde que usam o crime como entretenimento, isso afeta também essas pessoas que a sociedade entende como sendo doutores da lei. Na verdade, o Judiciário se comporta, na maioria das vezes, como um absoluto senso comum de toga.”

<sup>88</sup> *Op. cit.*, p. 37.

Estados democráticos, cujas Constituições não impõe a necessária observância do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

### **3.5. Voto do ministro Marco Aurélio.**

O ministro Marco Aurélio manteve-se coerente com o seu voto proferido em 2009, rechaçando a possibilidade de execução provisória da sentença.

Reconheceu que a delinquência é maior, até mesmo em razão do crescimento demográfico desenfreado, que a Justiça é morosa, que o tempo é precioso tanto para o Estado-acusador quanto para o acusado, enfim, que a época é de crise. Justamente por essa razão, afirmou que a proteção aos direitos humanos deve ser maior, bem como a segurança jurídica. O quadro caótico é o mesmo de 6 anos atrás, e ponderou que o Supremo não pode em um dia decidir de um modo e no outro dia de forma completamente oposta.

Nesse sentido foi também o voto da ministra Rosa Weber, que afirmou ter dificuldade em aceitar a revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte, até mesmo porque, o que existe para a sociedade é a instituição e não cada membro individualmente considerado. Também reconheceu que existem questões pragmáticas envolvidas, mas que a alteração da compreensão da Corte Constitucional sobre o texto constitucional não deve ser o caminho para solucioná-las.

### **3.6. Voto do ministro Gilmar Mendes.**

O ministro Gilmar Mendes mudou de orientação. Em 2009, quando do julgamento do HC 84.078/MG, entendeu que a execução antecipada da pena violava os princípios da dignidade humana, da presunção de inocência e da proporcionalidade. Em 2016 não enfrentou os argumentos por ele mesmo, outrora, levantados, e votou pela constitucionalidade da execução provisória da pena.

Para fundamentar sua decisão, trouxe casos específicos que revelam como a demora no cumprimento da pena compromete a efetividade da justiça. Além disso, afirmou que o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal não precisa o que é ser considerado culpado, de modo que não obstaría que o legislador infraconstitucional tratasse de forma progressivamente mais gravosa o imputado. A presunção de não-culpabilidade poderia ser mitigada de acordo com o estágio do processo, desde que não atingisse o seu núcleo fundamental.

É importante ressaltar, contudo, que, se existe um núcleo fundamental do princípio da presunção de inocência, é nele certamente que está a prisão pena. O cumprimento desta antes do trânsito em julgado exaure a razão de ser do processo penal e torna inócuo o recurso especial ou extraordinário que venha a ser provido.

Ao final, reforçou novamente a necessidade de se dar credibilidade à justiça, lembrando que o ministro Cezar Peluso, quando Presidente do Supremo Tribunal Federal, ofereceu proposta de emenda constitucional (conhecida como PEC dos recursos) para que o Brasil seguisse o modelo europeu de controle concentrado, em que há o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau. Essa proposta até o momento não prosperou no Poder Legislativo e, como bem notado pelo ministro Marco Aurélio, “tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais”<sup>89</sup>.

### **3.7. Voto do ministro Edson Fachin.**

Além de seguir, no plano constitucional, os fundamentos trazidos à baila pelo ministro relator; no plano infraconstitucional, argumentou que as regras da Lei de Execução Penal que exigem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início da execução foram revogadas pela lei nº 9.038/90, eis que seu art. 27, §2º afirmava que os recursos extraordinário e especial seriam recebidos apenas no efeito devolutivo. Nesse ponto, importante ressaltar que o referido artigo foi revogado pelo Código de Processo Civil de 2015.

### **3.8. Voto do ministro Ricardo Lewandowski.**

O atual Presidente do Supremo Tribunal Federal manteve seu entendimento de que não há como ultrapassar a taxatividade do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal.

Defendeu que, em matéria penal, a interposição, pela defesa, de recursos de caráter excepcional e de agravo contra decisão denegatória obsta a eficácia imediata da decisão condenatória, pois ainda presente a presunção de inocência, em conformidade com o disposto constitucional. Ou seja, em matéria penal, os recursos teriam, sim, efeito suspensivo, não podendo lei infraconstitucional dispor de modo diverso. Nesse sentido, o art. 637, do CPP não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

---

<sup>89</sup> Voto do ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 126.292/SP, p. 3.

De fato, como explicam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, a decisão sempre nasce ineficaz, pois sujeita à condição suspensiva: o trânsito em julgado. Esta tese é a que melhor se afeiçoa ao processo penal, explicando a razão pela qual na maioria dos casos a sentença não produz efeitos (como ocorre com a sentença condenatória), podendo excepcionalmente surtir efeitos desde logo (como no caso da sentença absolutória). Assim, concluem que:

Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar, para o processo penal, que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não-culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo dos recursos extraordinários, com relação à aplicação da pena, deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária (art. 637 CPP) ser revistas à luz da Lei Maior.<sup>90</sup>

Revelou também indignação com o fato de, na história brasileira, sempre se dar mais importância ao bem ‘propriedade’ em detrimento do valor ‘liberdade’. Cita dispositivos penais que punem mais rigorosamente crimes contra o patrimônio que crimes contra a vida. Além disso, observa que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu art. 520, sobre cumprimento provisório da sentença, a necessidade de prestação de caução suficiente e idônea para o levantamento de depósito em dinheiro.

Se em matéria patrimonial, o legislador se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo no caso de reversão da sentença pelos Tribunais Superiores, no mínimo deveria fazer o mesmo quando tratasse de matéria penal, seara de natureza mais grave e norteada pelo princípio da fragmentariedade e da *ultima ratio*. Ocorre que, quando se trata de liberdade, a reversibilidade da execução provisória é impossível.

Ainda que se sustente a possibilidade de indenização por prisão injusta, com fundamento no inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal, é de se reconhecer que o Estado não tem condições financeiras para suportar o custo dessas indenizações. E, ainda que tivesse, poder-se-ia justificar que a execução antecipada da pena não é passível de indenização por não decorrer de erro judiciário, eis que, no momento da sua decretação, havia elementos suficientes de materialidade e autoria, bem como previsão legal que autorizava a

---

<sup>90</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*, 4ª ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57-58.

prisão. Do contrário, ter-se-ia que admitir indenizações a todos os presos preventivos que venham ao final ser absolvidos, por haver ‘erro judiciário’ no momento da análise da materialidade e autoria. Mas não é isso que ocorre, com razão, pois a prisão preventiva só se aplica quando presente o *periculum in mora*. No momento específico da decretação, a prisão era necessária e justa, face aos elementos que existiam naquele instante.

Ao final, o ministro Lewandowski lembrou que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido, o que ficara assentado no julgamento da ADPF 437 e RE 592.581, com a quarta maior população de presos, em termos mundiais, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia, estes dois últimos de tradição não democrática e aquele que sequer ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. Apontou, ainda, que dos 600 mil presos no Brasil, 40% deles são presos provisórios, sendo um contrassenso autorizar a prisão dos condenados em segundo grau, eis que o número de presos crescerá em dezenas ou centenas de milhares.

Trouxe, ainda, dados estatísticos bastante contrastantes com os expostos pelo ministro Roberto Barroso e Teori Zavascki, na medida em que afirma que entre 2006 e 2016, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos, sendo que 3,3% providos parcialmente, chegando-se a quase um terço de modificações em instância extraordinária.

## 6. CONCLUSÃO

A partir de tudo o que foi traçado nos capítulos anteriores, é preciso, por fim, tecer algumas considerações de forma a retomar e sintetizar os pontos essenciais deste estudo.

Viu-se que o princípio da presunção de inocência é inerente ao Estado Democrático de Direito, sendo previsto em diversos tratados internacionais sobre direitos humano. No Brasil, está positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a qual, a exemplo da Constituição italiana e portuguesa, estabelece um marco temporal para que se deixe de falar em presunção de inocência: o trânsito em julgado.

O Código de Processo Penal foi editado em momento histórico não democrático, trazendo muitos dispositivos incompatíveis com a atual ordem constitucional.

Com o HC 84.078/MG, os ministros, por maioria, entenderam que a execução provisória da pena era inconstitucional. Dentre os argumentos trazidos, destacam-se a irreparabilidade do dano decorrente de uma prisão injusta, a revogação tácita do art. 637 do Código de Processo Penal pelo art. 164 da Lei de Execução Penal e a incompatibilidade da execução antecipada da pena com os princípios da dignidade humana, proporcionalidade e presunção de inocência.

Recentemente, no julgamento do HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal mudou seu posicionamento, muito em razão da troca da maioria de seus membros (nove), pois não houve mudança fática significativa que justificasse a retomada de entendimento superado, muito embora os ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Luiz Fux afirmem que a impunidade e os recursos tenham aumentado em razão da adoção de entendimento anterior.

Os principais fundamentos trazidos para justificar esse entendimento foram: (i) a matéria fática se exaure com a decisão de segundo grau de jurisdição, sendo o momento em que se tem a certeza da materialidade e autoria do crime, o que é contraditório com o próprio conceito de trânsito em julgado; (ii) outros países notadamente democráticos permitem a execução da pena antes do trânsito em julgado, comparação inadequada em razão da particularidade da Constituição brasileira; (iii) trata-se de princípio, não sendo absoluto (é nesse sentido que se autoriza a prisão preventiva, mas não a prisão antecipada); (iv) a adoção novamente desse velho entendimento diminuirá a tentação dos juízes prenderem o investigado logo no início do processo (o que é manifestamente ilegal, pois os juízes só podem autorizar a prisão mediante decisão devidamente fundamentada em requisitos previstos em lei).

Concluiu-se, pois, que a execução provisória da pena é incompatível com o princípio da presunção de inocência, eis que este é expressamente atrelado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido, deve-se interpretar o art. 637 do Código de Processo Penal, dispositivo legal que trata da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários em matéria penal, em conformidade com a Constituição Federal, de modo que não se dê efeito suspensivo para as sentenças penais absolutórias, por exemplo, mas que se atribua efeito suspensivo às sentenças penais condenatórias, uma vez que ele decorre do próprio texto constitucional.

Apesar da recente revisão jurisprudencial, é certo que ela não tem efeito vinculante aos juízes e tribunais, devendo-se aguardar o pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal com o julgamento das ações direta de constitucionalidade 43 e 44, em que, para manter o entendimento de que a execução provisória da pena é constitucional, terão que declarar inconstitucional o art. 283 do Código de Processo Penal, pois este é claro ao autorizar a prisão em apenas 4 hipóteses: flagrante delito, prisão preventiva, prisão provisória e sentença condenatória transitada em julgado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G.E. do Nascimento e, *Manual de direito internacional público*, 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2011

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória* (parecer). Consulente: Maria Cláudia de Seixas. 2016.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Silene Cardoso; apresentação, revisão técnica e notas de José Geraldo Poker. São Paulo: Ícone, 2006.

BRANDÃO, João Pedro Pereira. A execução antecipada da pena nos Tribunais Superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado Cruz. *Garantias processuais nos recursos criminais*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 70/2008, p. 269-290, jan./fev. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Recursos no processo penal*, 4ª ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória. *Revista de Processo*, v. 51/1988, p. 168-179, jul./set. 1988.

\_\_\_\_\_. Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. *Revista de processo*, v. 41/1986, p. 106-122, jan./mar. 1986.

KUEHNE, Maurício. Revisão do decênio da reforma penal (1985-1995) – considerações sobre a “execução provisória da sentença penal”. *Revista dos Tribunais*, v. 725/1996, p. 424, mar. 1996.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, 19ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*, 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANZINI, Vincenzo. O. *Tratado de derecho processual penal*, tomo I. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediar, 1948-57.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. I, 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos garantistas – uma análise da legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. *Revista dos Tribunais*, v. 899/2010, p. 386-430, set. 2010.

SCHMIDT, Mario Furley. *Nova história crítica*, 1ª ed., São Paulo: Nova geração, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Opinião: Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!*, publicada em 29/02/2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em 30/03/2016.

\_\_\_\_\_. *Senso incomum: Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo*, publicado em 25/02/2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>>. Acesso em 30/03/2016.

\_\_\_\_\_. *Opinião: Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*, publicado em 19/02/2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em 30/03/2016.

SUANNES, Adauto. Presunção de culpa. *Revista dos tribunais*, v. 931/2013, p. 207-214, mai. 2013.

### **Jurisprudência:**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 16/10/2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em 08/07/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 08/07/2016.

TV JUSTIÇA. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>>. Acesso em 08/07/2016.

### **Material em meio eletrônico:**

Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em 08/07/2016.

CARTA CAPITAL. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>>. Acesso em 20/07/2016.

FACEBOOK. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em <<https://www.facebook.com/DefensoriaPublicaSP/posts/989530717784130:0>>. Acesso em: 20/02/2016.

INDEPENDENT. Disponível em <<http://www.independent.co.uk/arts-entertainment/tv/news/making-a-murderer-380000-people-sign-petition-to-pardon-steven-avery-a6804691.html>>. Acesso em 21/07/2016.

ITÁLIA. Constituição. Disponível em <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em 01/07/2016.

VEJA. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/brasil/dez-anos-depois-o-que-fazer-com-champinha/>>. Acesso em 17/07/2016.

### **Documentário:**

Sem Pena. Direção: Eugênio Puppó. Brasil: Espaço Filmes, 2014.