

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

PAULO RICARDO SIMAMOTO ACERBI

**O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP PELO STF E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA
DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

UBERLÂNDIA

2018

PAULO RICARDO SIMAMOTO ACERBI

**O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP PELO STF E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA
DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito – Matutino da Universidade Federal de Uberlândia como requisito obrigatório à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Karina Lima Junqueira de Freitas

UBERLÂNDIA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO RICARDO SIMAMOTO ACERBI

O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP PELO STF E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito – Matutino da Universidade Federal de Uberlândia como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Prof.^a Karina Lima Junqueira de Freitas

Orientadora – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia

Prof.^a Tharuelssy Resende Henriques

Convidada – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia

Prof.^a Kelen Zardini dos Santos Freitas

Convidada – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia

Uberlândia, 04 de julho de 2018.

RESUMO

Esta presente monografia se propõe a discutir a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da decisão do STF no HC 126.292/SP, que autorizou a execução antecipada da pena privativa de liberdade do paciente, com a consequente denegação da ordem. Serão analisados os aspectos técnicos da decisão, tendo em primeiro plano o princípio da presunção de inocência. A análise também abrangerá a legislação infraconstitucional pertinente. Será feito um paralelo quanto à execução provisória da pena em outros países ocidentais (alguns adeptos do sistema *Common Law*, outros do *Civil Law*) assim como um panorama acerca da jurisprudência nacional (STJ e STF) sobre o tema.

Palavras-Chave: Presunção de inocência. Execução provisória da pena privativa de liberdade. Constituição Federal. Código de Processo Penal. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This current monography proposes to discuss the constitutionality (or inconstitucionality) of the STF's decision in the HC 126.292/SP, wich authorized the pacient's anticipated custodial sentence, with the consequent denial of the order. The technical aspects of the decision will be analyzed with the presumption of innocence principle on the foreground. The analysis will also cover the relevant infraconstitutional legislation. A comparison will be made regarding the possibility of provisional execution of the custodial sentence in other western countries (some that adhere to *Common Law* system, others that adhere to *Civil Law* system), and also a panorama referred to the national jurisprudence (STF and STJ) concerning the subject.

Key Words: Presumption of innocence. Provisional execution of the custodial sentence. Federal Constitution. Criminal Procedure Code. Jurisprudence. Supremo Tribunal Federal (literal translation: Supreme Federal Court). Superior Tribunal de Justiça (literal translation: Superior Justice Court).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	11
1.1 Noções introdutórias	11
1.2 Da regra probatória (<i>in dubio pro reo</i>)	13
1.3 Da regra de tratamento.....	15
2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM OUTROS PAÍSES.....	18
2.1 Espanha.....	18
2.2 Argentina	19
2.3 Inglaterra.....	21
2.4 Estados Unidos	22
2.5 Canadá	24
2.6 França	25
2.8 Portugal.....	27
3 PANORAMA DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	29
3.1 No Supremo Tribunal Federal	29
3.2 No Superior Tribunal de Justiça	35
4 O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP.....	40
4.1 Contextualização do caso concreto.....	40
4.2 Os argumentos favoráveis à execução provisória da pena privativa de liberdade..	41
4.2.1 Da valoração dinâmica e não absoluta da presunção de inocência.....	42
4.2.2 Do exaurimento do exame da matéria fático-probatória	43
4.2.3 Os recursos extraordinários e a ausência de efeito suspensivo.....	44
4.2.4 A Lei de Ficha Limpa (LC n.º 135/2010).....	44
4.2.5 Da inexistência de revogação das demais formas de prisão	45
4.2.6 A presunção de inocência e a execução penal no estrangeiro	45
4.2.7 Do incentivo a recursos meramente protelatórios	46
4.2.8 Dos eventuais equívocos das instâncias ordinárias	46
4.2.9 Da mutação constitucional e os fundamentos pragmáticos da decisão	47
4.3 Os argumentos contrários à execução provisória da pena privativa de liberdade ..	49
4.3.1 A presunção de inocência e o trânsito em julgado.....	49
4.3.2 As diferenças entre a prisão cautelar e a prisão penal	51

4.3.3 As experiências e práticas de outros países	51
4.3.4 O artigo 105 da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84)	52
4.3.5 O art. 637 do CPP à luz da Constituição Federal	53
4.3.6 Dados estatísticos acerca do provimento de recursos extraordinários criminais.	53
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

A presunção de inocência aparenta ser, em primeiro plano, um tema já demasiadamente discutido, ultrapassado, também pelo fato de ser uma das garantias individuais mais fundamentais para a vida em sociedade (que se dá sob a tutela do Estado), e para a estruturação de um verdadeiro sistema de Justiça. É seguro afirmar que, sem a presunção de inocência, não se poderia vislumbrar o Estado Democrático de Direito, vez que tal preceito tutela a liberdade individual face aos arbítrios do Estado, garantindo enorme segurança jurídica.

A positivação da presunção da inocência em diversas Constituições pelo mundo, incluindo a brasileira, representou a inauguração de uma ordem democrática global, com a superação de regimes autoritários que utilizavam a máquina estatal como forma de perpetuar opressão e dominação.

O princípio da presunção de inocência passou a ser previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro apenas com a vigência da Constituição Federal de 1988. Tal previsão se dá no art. 5º, LVII, do referido diploma constitucional, nos seguintes termos:

*LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;*¹

Até o ano de 1988, portanto, tal princípio não constava expressamente no texto constitucional nacional, e seu significado certamente não era tão abrangente como nos dias de hoje, motivo pelo qual, historicamente, era autorizada a execução provisória da prisão penal, sem maiores discussões sobre o tema.

Alexandre de Moraes (2007) leciona que, em regra, direitos constitucionais definidos como direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. E a própria Constituição Federal, em uma norma síntese, determina tal fato, expressando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.² Não obstante, mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988, prevaleceu até o ano de 2009 na Suprema Corte o entendimento favorável à possibilidade da execução antecipada da pena privativa de liberdade.

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26/06/2018.

² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 93.

No dia 05/02/2009 foi publicado o acórdão do histórico e paradigmático julgamento do HC 84.078-7/MG, que marcou a primeira virada jurisprudencial acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade no plenário do STF. Entendeu-se, no referido julgamento, que a prisão penal antes do trânsito em julgado da decisão condenatória era inconstitucional, por ferir o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF). A votação ficou 7-4, votando pela impossibilidade da prisão antecipada os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, restando vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Não muito tempo depois, o Supremo Tribunal Federal trouxe novamente ao Plenário a matéria relativa à execução provisória da pena, com o escopo de modificar a orientação jurisprudencial fixada no ano de 2009. Tratava-se do HC 126.292/SP, impetrado por Maria Claudia de Seixas em favor do paciente Marcio Rodrigues Dantas, que havia sido condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de roubo majorado (art. 157, §2º, I e II do CP), contra o ato do relator que indeferiu o pedido liminar para que o paciente aguardasse em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

No julgamento deste fatídico HC prevaleceu, por 7-4, o entendimento de que seria constitucional a execução provisória da pena privativa de liberdade, representando nova virada jurisprudencial acerca do tema. Votaram pela constitucionalidade os Ministros Teori Zavascki, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes (que mudou de entendimento, em relação ao seu último voto proferido nesta questão), Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Edson Fachin e Dias Toffoli. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Celso de Melo e Marco Aurélio.

Este trabalho, portanto, se propõe a discutir, como tema central, a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da decisão do STF, através de uma análise técnica, fazendo ponderações, em sede conclusiva, dos argumentos que pareçam ser mais razoáveis e consonantes com a Constituição Federal. Destarte, para fins acadêmicos, a discussão ficará restrita à possibilidade de execução provisória da pena em crimes cuja competência originária não pertença ao Tribunal do Júri, e em crimes cujos autores não possuam foro por prerrogativa de função.

No primeiro capítulo será feita análise face ao princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), com a elaboração de breves noções introdutórias, com contextualização

histórica, assim como considerações acerca da presunção de inocência como regra probatória (*in dubio pro reo*) e regra de tratamento.

No segundo capítulo será feita uma análise sucinta acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade em outros países ocidentais (escolhidos dentre aqueles que possuem expressiva influência política sobre nosso país) com o apontamento de eventuais peculiaridades e com o teor de alguns textos de lei, a título comparativo. O objetivo, além de verificar as semelhanças e diferenças quanto à previsão e abrangência do princípio da presunção de inocência em diversos diplomas normativos, é verificar o momento em que é possível a execução da pena privativa de liberdade, assim como o lapso em que se dá o trânsito em julgado das decisões, se isto for característica relevante para a execução da pena.

No terceiro capítulo será feito um panorama acerca da jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF) no tocante à possibilidade (ou impossibilidade) da execução antecipada da pena privativa de liberdade, apontando os momentos em que ora prevaleceram entendimentos favoráveis, ora prevaleceram entendimentos contrários (em face da execução antecipada da pena privativa de liberdade).

No quarto capítulo será abordado de maneira mais específica o julgamento do HC 126.292/SP, com o destaque dos argumentos utilizados pelos Ministros, tanto pela constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, tanto pela inconstitucionalidade de tal execução. Também será feito um breve histórico do caso, a título de contextualização da decisão.

Por último, a título de conclusão, serão feitas ponderações acerca do acórdão pela execução provisória da pena privativa de liberdade, apontando se esta decisão colegiada foi, tecnicamente, acertada ou não (conforme posicionamento doutrinário adotado), com a respectiva justificativa de tal consideração.

1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1 Noções introdutórias

A presunção de inocência surge através de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, que remonta aos tempos do direito romano. Já naquela época, como regra de valoração das provas, existia a máxima do “*in dubio pro reo*”. Entendia-se ser preferível deixar impune o criminoso culpado a condenar um inocente.

Com o passar dos anos e a chegada da Idade Média, a presunção de inocência foi extremamente criticada, ao ponto de ser invertida. Não é por acaso tal período também ser chamado de “Idade das Trevas”. No processo penal daquela época, em plena inquisição, não se partia da inocência do acusado, e sim de sua culpa. Neste sistema, a inocência só era declarada quando o acusado lograsse êxito em prová-la categoricamente. Bastava uma simples suspeita para a formação de um juízo condenatório. A dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e resultava numa semicondenação a uma pena leve.³

Cesare Beccaria, em 1764, já advertia, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode tirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela foi outorgada”.⁴

O direito de não ser declarado culpado enquanto perdura dúvida acerca da culpa ou da inocência do cidadão foi insculpido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Tal artigo prevê, *in verbis*:

*Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.*⁵

³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 142.

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

⁵ MARTÍNEZ, Gregorio Peces Barba. *Textos Básicos sobre Derechos Humanos*. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA Filho, Manoel G. et. al. *Liberdades Públicas*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 26/06/2018.

Em um contexto pós Segunda Guerra Mundial, em virtude das fortes violações aos direitos humanos ocorridas naquele período, surge a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, com o intuito de promover uma maior observância à dignidade da pessoa humana. Tal documento dispõe, em seu art. 11.1: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.”

Comparando o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com o preceito estabelecido pelo art. 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, percebe-se uma modificação na forma de apresentação da presunção de inocência. Enquanto na primeira o princípio é previsto de maneira genérica, na segunda há o acompanhamento de um parâmetro mais garantista: uma expressão do devido processo legal.

São encontrados dispositivos semelhantes na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Dec. 678/92 – art. 8º, §2º): “*Toda pessoa acusada de delito tem direito que se presuma sua inocência enquanto não se comprove sua culpa*”.

No ordenamento jurídico nacional, antes de entrar em vigor a Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção da não culpabilidade somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal. Mesmo quando não expressa nos textos constitucionais, tal princípio é reconhecido como garantia decorrente do Estado de Direito, dos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, ou ainda, das normas de recepção dos direitos estabelecidos nos diplomas internacionais.

Em suma, alguns países optaram por não prever expressamente a presunção de inocência no texto constitucional (como a Alemanha e os Estados Unidos); outros se limitaram a reconhecer a garantia de forma genérica (como a Espanha e o Paraguai); alguns condicionaram a manutenção do status de inocente até a comprovação de culpa (como o Canadá e o México), e outros ao julgamento definitivo (como Itália, Portugal e Brasil).

Com o advento da Constituição de 1988, tal princípio passou a constar expressamente no texto constitucional, em seu art. 5º, inciso LVII, *in verbis*:

*Art. 5º, LVII: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.*⁶

Em síntese, tal princípio pode ser definido como a garantia de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para defender-se (ampla defesa), bem como para destruir a credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Contrapondo tal princípio como previsto na Constituição Federal, em face da redação dos Tratados Internacionais, percebe-se que naqueles há menção à “presunção de inocência”, ao passo que a Constituição de 1988 jamais faz referência à palavra “inocente”, dizendo, por outro lado, que “*Ninguém será considerado culpado...*”.

Segundo Badaró, não existe diferença entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas, vez que a tentativa de apartar ambas as ideias, se é que isto é possível, é inútil e contraproducente, do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação serve, na concepção daquele autor, apenas para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.⁷ Tal consideração é relevante quando consideramos o fato da jurisprudência nacional fazer referência a ambas as terminologias.

1.2 Da regra probatória (*in dubio pro reo*)

Analisando a presunção de inocência, Jeremy Bentham sustenta a tese de que todo juiz deve respeitar fielmente esse princípio, adotando a máxima “é melhor deixar escapar um culpado do que condenar um inocente, ou, em outras palavras, deve cuidar-se muito mais da injustiça que condena do que da injustiça que absolve”.⁸

Sob um prisma ético, no plano constitucional, com prevalência da dignidade da pessoa humana, absolver um ladrão (culpado, mas sem provas robustas de autoria) pode resultar na prática de outros furtos; condenar um inocente (por sopesar a prova sem imparcialidade) é uma desgraça para a pessoa e para toda sua família, envolvendo parentes e amigos, todos que,

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26/06/2018.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

⁸ BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Editora Impr. T. Jordan, 1825, p.19.

conhecedores da sua inocência, desacreditam da Justiça. O mundo está repleto de infratores à lei penal, que estão soltos, porque a máquina estatal não consegue encontrá-los e prendê-los. Ao menos, não se pode partir da mesma premissa no tocante ao inocente, vale dizer, estarem os cárceres repletos de pessoas que nada fizeram de errado em matéria penal. A primeira solução (absolver um culpado) é muito menos grave que a segunda (condenar um inocente), desde que se trabalhe no universo da ética e da honestidade pública.⁹

Destarte, por força da regra probatória, a parte acusadora tem todo o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Ou seja, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe de demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que foi imputado na peça acusatória. O motivo é evidente: as pessoas nascem inocentes, sendo este seu estado natural.

Como consequência da regra probatória, Antônio Magalhães Filho aponta: a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das escusas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de constranger o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio).¹⁰

Tal regra probatória deve ser sempre utilizada quando houver dúvida sobre o fato relevante para a decisão do caso. Para Badaró, cuida-se de uma disciplina do acerto penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza.¹¹

Nesta compreensão, a presunção de inocência confunde-se com o próprio *in dubio pro reo*. E o *in dubio pro reo* não é uma simples regra de apreciação das provas. É, na verdade, uma ferramenta a ser utilizada no momento de valoração das provas. Havendo dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não incumbe a ele a prova de não ter praticado o delito. Cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) o afastamento da presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa a ele atribuída. Portanto, não se justifica, sem basear-

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 82.

¹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. “O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)”, em *Revista do Advogado*, da AASP, n.º 42, abril/94, p. 31.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 285.

se em provas concretas e idôneas, a formulação de qualquer juízo condenatório, que deve sempre fundar-se em elementos de certeza, para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica. Tais elementos, ao eliminarem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem atos eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, deste modo, quaisquer dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que parem sobre a convicção do julgador, que poderiam levá-lo a pronunciar o *non liquet*.¹²

Por fim, necessário apontar que o *in dubio pro reo* somente incide até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Estabelecido um juízo de culpabilidade encoberto pela coisa julgada, não há mais que se falar em *in dubio pro reo*. Portanto, na revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, prevalece o *in dubio contra reum*. O ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal (CPP, art. 621) recai única e exclusivamente sobre o postulante, razão pela qual, em caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional.

1.3 Da regra de tratamento

A constrição cautelar da liberdade, sempre dotada do caráter de excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, quando preenchidos os requisitos elencados pelo Código de Processo Penal (arts. 312 e 313). Portanto, a regra é responder ao processo penal em liberdade, sendo a prisão a exceção. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal.¹³

Por força da regra de tratamento insculpida no princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não findo o processo criminal.

Como dito anteriormente, o princípio da presunção de inocência não obsta, todavia, a prisão cautelar ditada por razões excepcionais e tendentes a garantir a efetividade do processo. Se tal princípio for interpretado de maneira absoluta, nenhuma medida cautelar poderá ser

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 6ª edição, revista ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 45.

¹³ Entendimento pela impossibilidade da execução provisória ou antecipada da sanção penal: Guilherme de Souza Nucci, Nestor Távora, Aury Lopes Jr., Renato Brasileiro, e outros. Em sentido contrário: Rogério Sanches Cunha, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e outros.

aplicada ao acusado, o que certamente inviabilizaria o processo penal. O inciso LVII do texto constitucional, portanto, não obsta a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal no curso do processo, cuja permissão decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI). É possível a conciliação de ambos os incisos desde que a medida cautelar não perca o caráter de excepcionalidade, sua qualidade instrumental, e seja necessária à luz do caso concreto.

Há entendimentos de que o dever de tratamento atua em duas dimensões: a) interna ao processo: funciona como dever imposto, inicialmente, ao magistrado, considerando que o ônus da prova recai sobre a acusação, devendo a dúvida favorecer o acusado. Destarte, as prisões cautelares devem ser utilizadas de maneira excepcional, quando constatada a necessidade da medida extrema como forma de garantir a eficácia do processo; b) externa ao processo: o princípio da presunção de não culpabilidade e as garantias constitucionais da imagem, da dignidade e da privacidade demandam uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, funcionando como limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.¹⁴

Em relação à dimensão externa do processo, merece menção a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *J. vs. Peru* (2013), no qual foi imputada responsabilidade ao Peru pela violação do estado de inocência insculpido no art. 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica. A Sra. J. foi presa durante o cumprimento de medida de busca e apreensão residencial. Processada criminalmente por terrorismo e associação ao terrorismo, por supostamente estar vinculada com o grupo armado *Sendero Luminoso*, foi absolvida em junho de 1993. Imediatamente após ser liberta, deixou o território peruano. Em dezembro do mesmo ano, a Corte Suprema Peruana cassou a sentença absolutória, determinou um novo julgamento e decretou sua prisão. Para a CIDH, os distintos pronunciamentos públicos das autoridades estatais, sobre a culpabilidade da Sra. J, violaram o estado de inocência, princípio que veda a condenação pelo Estado, mesmo que informal, com a emissão de juízo perante a sociedade e contribuindo para formação da opinião pública, antes da existência de uma decisão judicial condenatória. Para a Corte, a apresentação da imagem da acusada para a imprensa, escrita e televisiva, ocorreu quando ela estava sob absoluto controle do Estado, por meio de seus funcionários. A Corte acentuou que manter a sociedade informada sobre investigações criminais não impede o estado de inocência, desde que tal informação seja veiculada com a contextualização necessária e com discrição, de tal modo a garantir o estado

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 47/48.

de inocência. Assim, o pronunciamento público sobre processos penais, sem a devida cautela, produz, na sociedade, a indevida crença sobre a culpabilidade do acusado.¹⁵

Por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, portanto, é inadmissível que tal medida seja utilizada como meio de antecipação da reprimenda, pois este instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se comprovada, com base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do acusado.¹⁶

¹⁵ Neste sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 135-137.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 6ª edição, revista ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 46.

2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM OUTROS PAÍSES

Este capítulo tratará da execução provisória da pena em alguns países ocidentais com expressiva relevância geopolítica em face do Brasil. Foram escolhidos países que adotam o sistema *Common Law* (Reino Unido, Estado Unidos e Canadá) e *Civil Law* (Espanha, Argentina, França, Alemanha, Portugal).

2.1 Espanha

A presunção de inocência encontra-se expressa na Constituição Espanhola de 1878, no nº 2 do artigo 24¹⁷, inserido no título de direitos e deveres fundamentais, *in verbis*:

*Artículo 24 (...) 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. (...)*¹⁸

Muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora, neste país, o princípio da efetividade das decisões condenatórias. Tem-se que, com este princípio, se o acusado foi condenado em processo no qual lhe foi garantido o contraditório e a ampla defesa, no qual foram observadas todas as provas, está respeitado o princípio da presunção de inocência. A sentença condenatória, portanto, já é plenamente executável, mesmo que não esteja findado o processo.

Segue manifestação do Tribunal Constitucional espanhol:

Sin merma del equivocado enfoque em que se mueve el recurrente – constreñido a la presunción de inocencia -, la efectividad de las sanciones, no entra en colisión con la presunción de inocencia; la propia legitimidad de la potestad sancionatoria, y la sujeción a un procedimiento contradictorio, abierto al juego de la prueba según las pertinentes reglas al respecto, excluye toda idea em confrontación con la presunción de inocencia. (Tribunal Constitucional de España. Sentencia en Recurso

¹⁷ *Artigo 24 (...) 2. Da mesma forma, todos possuem direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar-se dos meios de prova pertinentes para sua defesa, a não declarar contra si mesmos, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência. (Tradução livre)*

¹⁸ ESPANHA. Constituição (1978). Constitución Española de 1978. Madrid, 29 de dezembro de 1978. Disponível em: <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf> Acesso em 27/06/2018.

de Amparo 66/1984. Fecha de Aprobación 06/06/1984. No mesmo sentido, a Sentencia en Recurso de Amparo 220/91. Fecha de aprobación 15/07/1991.)¹⁹

Destaca-se ainda que o artigo 983 do Código de Processo Penal Espanhol²⁰ admite a possibilidade de manter em cárcere aquele que foi absolvido em instância inferior, mas contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior, vejamos:

Artículo 983. Todo processado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente, a menos que el ejercicio de un recurso produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelacion, lo cual se ordenará por auto motivado.²¹

2.2 Argentina

O ordenamento jurídico da Argentina também contempla, no artigo 18 da Constituição Nacional²², o princípio da presunção de inocência, *in verbis*:

Art. 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.²³

¹⁹ *Sem prejuízo do equivocado enfoque em que se move o recorrente – restrito à presunção de inocência – a efetividade das sanções não entra em colisão com a presunção de inocência; a própria legitimidade do poder sancionatório, e a sujeição a um procedimento com contraditório, aberto ao jogo de provas segundo as regras pertinentes a respeito, exclui toda a ideia em confronto com a presunção de inocência. (Tribunal Constitucional da Espanha. Sentença em Recurso de Amparo 66/1984. Data de Aprovação 06/06/84. No mesmo sentido, a Sentença em Recurso de Amparo 220/91. Data de aprovação 15/07/1991.) (Tradução livre)*

²⁰ ESPANHA. Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de setembro de 1882. LEC, Madrid, setembro de 1882. Disponível em: < <https://conflegal.com/20171101-ley-enjuiciamiento-criminal-actualizada/> > Acesso em 27/06/2018.

²¹ *Artigo 983. Todo processado absolvido pela sentença será colocado imediatamente em liberdade, a menos que o ajuizamento de um recurso produza efeitos suspensivos ou existam outros motivos legais que tornem necessário o adiamento do desencarceramento, o qual se ordenará por auto motivado. (Tradução livre)*

²² ARGENTINA. Constituição (1994). Constitución de la Nación Argentina. Buenos Aires, 22 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>> Acesso em 27/06/2018.

²³ *Art. 18. Nenhum habitante da Nação pode ser condenado sem juízo prévio fundado em lei anterior ao início do processo, nem julgado por comissões especiais, ou retirado dos juizes designados pela lei antes do início da causa. Ninguém pode ser obrigado a declarar contra si mesmo; nem preso senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente. É inviolável a defesa em juízo da pessoa e dos direitos. O domicílio é inviolável, como também a correspondência e os papéis privados; e uma lei determinará em quais casos e com quais justificativas poderá se proceder a sua invasão e ocupação. Restam abolidos para sempre a pena de morte por*

O disposto em tal artigo não impede, porém, que a pena venha a ser executada antes de seu trânsito em julgado. O Código de Processo Penal Federal²⁴ diz que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida de imediato, nos termos do artigo 494. A execução imediata da sentença é, inclusive, prevista expressamente no artigo 495 do Código de Processo Penal, esclarecendo que tal execução somente poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, contra condenado gravemente enfermo ou caso a execução da pena puder colocar em risco sua vida. Vejamos:

“Pena privativa de la libertad

Art. 494. - Cuando el condenado a pena privativa de la libertad no estuviere preso, se ordenará su captura, salvo que aquélla no exceda de seis (6) meses y no exista sospecha de fuga. En este caso, se le notificará para que se constituya detenido dentro de los cinco (5) días. Si el condenado estuviere preso, o cuando se constituyere detenido, se ordenará su alojamiento en la cárcel penitenciaria correspondiente, a cuya dirección se le comunicará el cómputo, remitiéndosele copia de la sentencia.”²⁵

Suspensión

Art. 495. - La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1º) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses al momento de la sentencia. 2º) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio. Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente.”²⁶

causas políticas, todos os tipos de torturas e chicotadas. Os cárceres da Nação serão saudáveis e limpos, para a segurança e não para o castigo dos réus neles detidos, e toda medida que a pretexto de precaução os aflija além do que aquela exija, será responsável o juiz que a autorizar. (Tradução livre)

²⁴ ARGENTINA. Ley n.º 23.984, de 4 de setembro de 1991. Código Procesal Penal. Buenos Aires, setembro de 1991. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>> Acesso em 27/06/2018.

²⁵ *Pena privativa de liberdade Art. 494. – Quando o condenado a pena privativa de liberdade não estiver preso, se ordenará sua captura, salvo se aquela não exceda seis (6) meses e não exista suspeita de fuga. Neste caso, será notificado para que seja detido dentro dos cinco (5) dias. Se o condenado estiver preso, ou quando o condenado for detido, se ordenará seu alojamento na prisão penitenciária correspondente, a cujo endereço se comunicará o cálculo, enviando cópia da sentença. (Tradução livre)*

²⁶ *Suspensão Art. 495. – A execução de uma pena privativa de liberdade poderá ser diferida pelo tribunal de juízo somente nos seguintes casos: 1º) Quando deva cumpri-la uma mulher grávida ou que tenha um filho menor de seis (6) meses no momento da sentença. 2º) Se o condenado se encontrar gravemente ferido e a imediata execução colocar em perigo sua vida, segundo a opinião de peritos designados ex officio. Quando cessarem essas condições, a sentença se executará imediatamente. (Tradução livre)*

2.3 Inglaterra

O direito inglês é reconhecido internacionalmente pela tradição em matéria de direitos civis que protegem o indivíduo face aos arbítrios do Estado. Pode-se afirmar que as ideias iniciais do princípio da presunção de inocência em todo o mundo são oriundas do corpo da Carta Magna da Inglaterra, de 1215.²⁷ O capítulo 39 dizia que os julgamentos deveriam ocorrer em “harmonia com as leis do país”, vejamos:

*Chapter 39 “No free man shall be taken or imprisoned or disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”.*²⁸

Em leitura posterior da Carta em 1354, Eduardo III trocou a expressão supracitada por “processo devido em direito (*due process of law*)”. Quase 800 anos depois, tal expressão ainda persiste como referência do princípio (princípio do devido processo legal) em legislações de todo o mundo.

No século XVII já era reconhecido na Inglaterra o direito de responder ao processo em liberdade, desde que fosse prestada a fiança. Entretanto, tal possibilidade não era prevista para alguns crimes considerados mais graves. O “*Habeas Corpus Act 1679*” previa:

*A Magistrate shall discharge prisoners from their Imprisonment taking their Recognizance, with one or more Surety or Sureties, in any Sum according to the Magistrate’s discretion, unless it shall appear that the Party is committed for such Matter or offenses for which by law the Prisoner is not bailable.*²⁹

A legislação atual que trata da liberdade durante o processamento de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do “*Supreme Court Act 1981*”. Este diploma garante ao recorrente a liberdade mediante o pagamento de fiança enquanto a Corte faz o exame do mérito do recurso. Tal direito, entretanto, não é absoluto, não sendo garantido em todos os processos (alguns crimes não são afiançáveis nesta hipótese).

²⁷ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 2003.

²⁸ Capítulo 39 “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.” (Tradução livre)

²⁹ O Magistrado deverá libertar os prisioneiros da prisão, tomando sua fiança, com uma ou mais garantias, de qualquer valor, de acordo com a sua discricionariedade, a menos que seja aparente que o fato foi cometido com determinados propósitos ou com crimes que pela lei o prisioneiro não possa ser liberado por fiança. (Tradução livre)

A libertação pela fiança não ocorre automaticamente. Cabe às Cortes competentes o julgamento dos recursos pela concessão do direito à fiança. Destarte, em regra, o recorrente condenado aguarda a decisão da Corte preso. Vigora na Inglaterra o princípio da aplicabilidade imediata das sentenças condenatórias (*“sentence of imprisonment takes effect immediately unless the person is released”*³⁰).³¹

O *“Criminal Justice Act 2003”* restringiu substancialmente o procedimento de liberdade provisória, com abolição da possibilidade de recorrer perante a *“High Court”* versando sobre o mérito da liberação do condenado sob pagamento de fiança até o julgamento de todos os recursos, ficando tal matéria sob competência quase que exclusiva da *“Crown Court”* (a *“Crown Court”*, juntamente com a *“High Court”* e a *“Court of Appeal”* formam a Suprema Corte de Judicatura da Inglaterra e País de Gales, a *“Supreme Court of Judicature in England and Wales”*). Em raras exceções, caso preenchidos os rígidos requisitos da Revisão Judicial, poderá ser o mérito revisto pela *“High Court”*.³²

A partir do *“Act”* de 2003, o condenado a crimes relacionados a drogas da “Classe A” (o Direito Penal Britânico divide os crimes de droga segundo uma classificação das substâncias entorpecentes) perdia o direito de liberdade provisória sob pagamento de fiança, devendo aguardar preso o julgamento do seu recurso junto às Cortes superiores.

A regra é, portanto, aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena imposta na sentença condenatória, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

2.4 Estados Unidos

A presunção de inocência não encontra previsão expressa no texto constitucional americano, mas é tida como corolário da 5ª, 6ª e 14ª emendas. Um caso que destacou a importância desta garantia para os estadunidenses foi o célebre caso *“Coffin versus United States”*, em 1895.³³ Segue trecho da decisão da Suprema Corte:

The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law. (...) Concluding, then, that the presumption of innocence is evidence in favor of the accused, introduced by the law

³⁰ *“Sentença de prisão têm efeito imediatamente, a não ser que a pessoa seja liberada.”* (Tradução livre)

³¹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro, p. 17.

³² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro, p. 17.

³³ Ibid., p. 18.

in his behalf, let us consider what is 'reasonable doubt.' It is, of necessity, the condition of mind produced by the proof resulting from the evidence in the cause. It is the result of the proof, not the proof itself, whereas the presumption of innocence is one of the instruments of proof, going to bring about the proof from which reasonable doubt arises; thus one is a cause, the other an effect. To say that the one is the equivalent of the other is therefore to say that legal evidence can be excluded from the jury, and that such exclusion may be cured by instructing them correctly in regard to the method by which they are required to reach their conclusion upon the proof actually before them; in other words, that the exclusion of an important element of proof can be justified by correctly instructing as to the proof admitted. The evolution of the principle of the presumption of innocence, and its resultant, the doctrine of reasonable doubt, make more apparent the correctness of these views, and indicate the necessity of enforcing the one in order that the other may continue to exist.³⁴

O Código de Processo Penal Americano (*Criminal procedure Code*), vigente em todos os Estados da Federação, vai além e dispõe, em seu artigo 16, que “*se deve presumir inocente o acusado que até o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo*”. Conclui-se que a garantia da presunção de inocência, que compõe o devido processo legal, encontra-se presente desde os primórdios das fundações constitucionais, mesmo que de maneira implícita na Constituição.³⁵

Fato é, contudo, que o Código dos Estados Unidos (*US Code*) prevê a execução imediata das decisões penais condenatórias. A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, salvo raras exceções. Vejamos:

US Code, Subsection b, Section 3582, Subchapter D, Chapter 227, Part II, Title 18:
b) Effect of Finality of Judgment.--Notwithstanding the fact that a sentence to imprisonment can subsequently be-- (1) modified pursuant to the provisions of subsection (c); (2) corrected pursuant to the provisions of rule 35 of the Federal Rules of Criminal Procedure and section 3742; or (3) appealed and modified, if outside the guideline range, pursuant to the provisions of section 3742; a judgment

³⁴ *O princípio segundo o qual existe uma presunção de inocência em favor do acusado é, sem dúvida, legal, axiomático e elementar e seu reforço provém da fundação da administração de nossa lei criminal. (...) Conclui-se, então, que a presunção de inocência é evidente em favor do acusado, introduzida pela lei à seu favor, vamos considerar o que seja “dúvida razoável”. É, necessariamente, a condição da mente produzida pela prova resultante da evidência na causa. É o resultado da prova, e não a própria prova, uma vez que a presunção da inocência é um dos instrumentos da prova, para trazer a prova da qual surge uma dúvida razoável; portanto uma é a causa, o outro é um efeito. Dizer que são equivalentes é dizer que a evidência legal pode ser excluída do júri, e que tal exclusão pode ser sanada através de instruí-los corretamente de acordo com o método pelo qual são requeridos a chegar à conclusão em face da prova diante deles; em outras palavras, que a exclusão de um importante elemento da prova poderia ser justificada pela instrução correta quanto à prova admitida. A evolução do princípio da presunção de inocência, e seu resultado, a doutrina da dúvida razoável, torna mais aparente a exatidão dessas visões, e indica a necessidade de reforçar uma para que a outra continue a existir. (Tradução livre) Coffin versus United States, 156 U.S. 432 (1895) Inteiro teor (data de acesso: 15/06/2018): <<http://supreme.justia.com/us/156/432/case.html>>*

³⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro, p. 18-19.

*of conviction that includes such a sentence constitutes a final judgment for all other purposes.*³⁶

O *US Code* também prevê formas de se aguardar em liberdade enquanto tramita o recurso da defesa, através do instituto da fiança (*Bail appeal*) ou da suspensão da pena durante o processo (*held in abeyance while appeal*). Entretanto, tais institutos são limitados e suas aplicações são raras, tendo em vista os rígidos e numerosos requisitos a serem preenchidos.

Verifica-se, interpretando sistematicamente o *US Code* e o *Criminal Procedure Code*, que há um grande respeito pelas decisões dos juízos de primeira instância, sendo suas decisões cumpridas imediatamente, vez que não há óbice legal para tanto. Pelo contrário, lá a execução da sentença é medida que se impõe, como regra, em virtude de lei.

2.5 Canadá

Assim como a Inglaterra, o Canadá não possui uma Constituição “unificada”. Um dos documentos que compõe a “Constituição” canadense é a Carta de Direitos e Liberdades. Vejamos o que prevê a seção 11, “d”, deste documento:

*Section Eleven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: “11. Any person charged with an offence has the right (d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”;*³⁷

Neste país, no entanto, a força da presunção de inocência não obsta o início da execução da sentença logo após exarada. O Código Criminal dispõe que uma corte deve, assim que possível, depois de considerado culpado o autor do fato, conduzir os procedimentos para imposição da sentença.³⁸ Vejamos:

³⁶ *Código dos Estados Unidos, Subseção b, Seção 3582, Subcapítulo D, Capítulo 227, Parte II, Título 18: b) Efeito ou Finalidade do Julgamento.—A despeito do fato da sentença de prisão poder ser subsequentemente— (1) modificada nos termos das disposições da subseção (c); (2) corrigida nos termos das disposições da regra 35 das Regras Federais de Procedimento Criminal e seção 3742; ou (3) apelada e modificada, se fora do intervalo de diretriz, nos termos das disposições da seção 3742; o julgamento de condenação que inclui tal sentença constitui um julgamento final para todos os outros propósitos.* (Tradução livre)

³⁷ *Seção Onze da Carta Canadense de Direitos e Liberdades: “11. Qualquer pessoa acusada de uma ofensa tem o direito de ser presumida inocente até a prova da culpa de acordo com a lei, em um julgamento justo e com audiência pública por um tribunal independente e imparcial”;* (Tradução livre)

³⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro, p. 20.

*Section 720: "A court shall, as soon as practicable after an offender has been found guilty, conduct proceedings to determine the appropriate sentence to be imposed."*³⁹

A Suprema Corte Canadense já fixou entendimento (no julgamento do caso *R. v. Pearson (1992) 3 S.C.R. 665*) que a presunção de inocência não implica na impossibilidade de prisão de um acusado antes que seja estabelecida a culpa em caráter definitivo.

Assim como no modelo estadunidense, a pena é automaticamente executada após sentença de primeiro grau, via de regra. A concessão da fiança é excepcional, pois possui rígidos requisitos elencados no *Criminal Code*, válido em todo o território do Canadá.

2.6 França

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi adotada pela Constituição Francesa de 1958 como carta de direitos fundamentais. A Declaração assegura no art. 9º que “todas as pessoas são consideradas inocentes até que sejam declaradas culpadas”, e representa um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-revolução francesa.

O Código de Processo Penal Francês, todavia, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo com a pendência de outros recursos (como o recurso de cassação, semelhante ao recurso especial do nosso ordenamento jurídico, porém, com desfecho diverso: o Tribunal de Cassação não reforma a decisão, a cassa, se incompatível com o ordenamento jurídico, remetendo o processo ao Tribunal competente para novo julgamento).⁴⁰

Conclui-se, portanto, pela possibilidade, no sistema francês, da execução provisória da pena privativa de liberdade, sem que esta represente ofensa ao princípio da presunção de inocência insculpido na Constituição Francesa. É oportuno frisar, todavia, que apesar deste princípio possuir a mesma denominação em vários países, é expresso de maneiras diferentes pelos diversos ordenamentos jurídicos vigentes pelo mundo. Fato é que, tal princípio, assim como insculpido na Constituição Francesa, expressa um significado muito menos abrangente que aquele previsto em nossa Constituição Federal, pois não faz menção ao trânsito em julgado, é apenas uma regra de tratamento antes da formação da culpa em juízo, mediante uma sentença.

³⁹ Seção 720: “Um tribunal deve, assim que praticável, após um infrator ser considerado culpado, conduzir procedimentos para determinar a sentença apropriada a ser imposta.” (Tradução livre)

⁴⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro, p. 21.

2.7 Alemanha

O período pós-nazismo e a herança das regras liberais da antiga República Federal Alemã inspiraram no pensamento jurídico, não só daquele país, um grande e efetivo respeito às liberdades civis e os direitos e garantias do cidadão frente ao Estado. Neste prisma, ganha destaque também o princípio que aqui mais interessa, o princípio da presunção de inocência.

Não são todos os recursos previstos pelo Código de Processo Alemão que possuem efeito suspensivo (ou seja, que obstem a execução da pena). Muito embora o modelo alemão exija o trânsito em julgado para a execução da pena imposta na decisão condenatória, tal trânsito se dá após a decisão do *Bundesgerichtshof* (BGH), tribunal equivalente ao Superior Tribunal de Justiça de nosso país.

Após a decisão de um juiz de primeiro grau, é possível a impetração de recurso perante o tribunal local. Desta decisão do órgão colegiado, é cabível o recurso de revisão, chamado de *Revision*, que é endereçado ao BGH.⁴¹ Tal recurso possui natureza processual e tem efeito suspensivo, sendo incabível a execução da sentença nas instâncias ordinárias. O trânsito em julgado só se dá após o julgamento do *Revision*.

Por outro lado, não existe recurso ao Tribunal Federal Constitucional (que equivale ao Supremo Tribunal Federal). Há apenas a Reclamação Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) e, especialmente em matéria penal, a Revisão Criminal (*Wiederaufnahme des Verfahrens*). Ambas só podem ser ajuizadas após o trânsito em julgado das decisões, e não possuem efeito suspensivo. As partes podem solicitar, preliminarmente, a suspensão do trânsito em julgado, o que raramente se concede.⁴²

⁴¹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e Gusman, Fábio. Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.078.

⁴² Id., Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro, p. 20.

2.8 Portugal

O Princípio da Presunção da Inocência encontra-se previsto no n° 2 do art. 32 da Constituição Portuguesa de 1976⁴³, dentre os Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais, que estabelece:

Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

O Código de Processo Penal Português estabelece, em seu artigo 408, o efeito suspensivo dos recursos. Todavia, é cediço na jurisprudência portuguesa que tal efeito não se aplica ao Tribunal Constitucional. Neste sentido, segue decisão do Tribunal da Relação de Lisboa:⁴⁴

*I – o art. 408 do CPP refere-se a recursos ordinários da ordem jurídica comum com o regime previsto no mesmo diploma, não se aplicando o respectivo efeito suspensivo aos recursos para o Tribunal Constitucional. II – Assim, após a prolação pelo STJ [Supremo Tribunal de Justiça] de acórdão condenatório em pena de prisão, o arguido preso preventivamente passará à situação de cumprimento de pena, ainda que haja sido interposto recurso para o Tribunal Constitucional*⁴⁵

O Tribunal Constitucional Português faz interpretação do Princípio da Presunção de Inocência com restrições, por não considerá-lo absoluto. Fundamenta que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões da mais alta corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de maneira absoluta implicaria no impedimento da execução de qualquer medida privativa de liberdade, até mesmo as prisões cautelares. Vejamos o teor do Acórdão abaixo colacionado:

(...) Da literalidade de tal preceito resulta que o Diploma Básico não impõe, quanto àquela exceção ao direito à liberdade e segurança, que o acto judicial determinativo da privação da liberdade tenha de assumir característica de definitividade, pelo que se há de concluir que, neste particular, o legislador constituinte remeteu para a normação ordinária a questão da imediata exequibilidade das sentenças judiciais condenatórias impositoras de pena de prisão ou da aplicação de uma medida de segurança.

⁴³ PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa, Lisboa, 2 de abril de 1976. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf>> Acesso em 27/06/2018.

⁴⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro, p. 22.

⁴⁵ Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 1999, Coletânea de Jurisprudência XXIV, tomo 4, pág. 160.

Por outro lado, a presunção de inocência que é constitucionalmente definida pelo n.º 2 do artigo 32.º até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, não pode ser chamada à colação para efeitos de daí se extrair a impossibilidade de execução da pena de prisão determinada por uma sentença que se considere como provisoriamente transitada em julgado. E provisoriamente, note-se, pois que está unicamente sujeita à condição resolutive de alteração da decisão tomada em sede recursória, decisão essa que confirmou as questões de facto ou de direito que levaram ao juízo constante da sentença impositora de pena de prisão e que, por motivos ligados a uma actuação, considerada pelo tribunal de recurso como manifestamente obstativa ao cumprimento do julgado por este tribunal, levou o mesmo a extrair traslado e a determinar que o processo fosse remetido ao tribunal recorrido, a fim de aí prosseguirem seus termos.

Sustentar-se que a presunção de inocência inserta no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição acarreta, inelutavelmente, a impossibilidade de ser executada a decisão judicial antes do respectivo trânsito, implicaria, no limite, que seriam contrárias a tal preceito disposições legais de onde resultasse *verbi gratia*, que era possível a execução de uma medida de coacção de prisão preventiva, determinada obviamente por acto judicial, enquanto este se não tornasse firme na ordem jurídica. Não foi, seguramente, com esse propósito que o legislador constituinte, arvorou a garantia da presunção de inocência. (...) ⁴⁶

Conclui-se, portanto, que no modelo português a execução da pena é possível apenas após o julgamento de recurso pelo Supremo Tribunal de Justiça (equivalente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro), vez que eventual recurso ao Tribunal Constitucional possui carácter extraordinário, a este não se estendendo o efeito suspensivo estabelecido no art. 408 do Código de Processo Penal português.

⁴⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 547/04 no processo 679/2004, 3.ª Seção, Relator Conselheiro Bravo Serra, data do julgamento: 21/07/2004.

3 PANORAMA DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

A seguir, será feita uma análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) acerca da possibilidade (ou impossibilidade) do encarceramento a título de cumprimento de pena após o esgotamento das instâncias ordinárias (juiz singular e Tribunal de segunda instância).

3.1 No Supremo Tribunal Federal

Antes da vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal já decidia pela incompatibilidade do efeito suspensivo com o Recurso Extraordinário. Em caso de destaque, o julgamento do *Habeas Corpus* n.º 59.757⁴⁷ teve como resultado a denegação da ordem, sob o argumento de que “o Recurso Extraordinário não importa a suspensão dos efeitos da sentença condenatória”.

Após a promulgação da Constituição Federal vigente, o STF sustentou o posicionamento de julgados anteriores, interpretando de forma restritiva o princípio da presunção de não culpabilidade que a nova Constituição instituiu. Temos como exemplo os julgamentos dos *Habeas Corpus* 67.857⁴⁸, 67.968⁴⁹, 68.037⁵⁰ e 68.342⁵¹.

A primeira decisão que gerou uma discussão mais abrangente sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, após a vigência da Constituição Federal de 1988, foi o julgamento, em 1992, do *Habeas Corpus* 69.964⁵², cuja relatoria ficou a cargo do Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão. Neste caso, a alegação do impetrante trazia como principal argumento o princípio da presunção de não culpabilidade insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, vez que o paciente havia sido recolhido à prisão para cumprimento de

⁴⁷ STF. HABEAS CORPUS: HC 59757 MG. Relator: Ministro Soares Munoz. DJ: 11/05/1982. STF, 1982. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=59757&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

⁴⁸ STF. HABEAS CORPUS: HC 67857 SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho. DJ: 19/06/1990. STF, 1990. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102473>> Acesso em 26/06/2018.

⁴⁹ STF. HABEAS CORPUS: HC 67968. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ: 28/08/1992.

⁵⁰ STF. HABEAS CORPUS: HC 68037 RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho. DJ: 10/05/1990. STF, 1990. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70680>> Acesso em 26/06/2018.

⁵¹ STF. HABEAS CORPUS: HC 68342 SP. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 10/05/1991.

⁵² STF. HABEAS CORPUS: HC 69964 / RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ: 18/12/1992. JusBrasil, 1993. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708218/habeas-corpus-hc-69964-rj>> Acesso em 26/06/2018.

pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O Pleno do Tribunal denegou a ordem, seguindo jurisprudência até então pacífica, tanto do STF, quanto do STJ. Vencidos, contudo, os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio.⁵³ Segue o teor da ementa daquele julgado:

HABEAS CORPUS. PACIENTE RECOLHIDO A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE PROGRESSÃO DE REGIME. **Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF.** De outra parte, não configura constrangimento ilegal a falta de progressão no regime de cumprimento da pena, se o paciente ainda se acha, a requerimento próprio, fora do sistema penitenciário, em prisão especial, onde se torna impossível, por absoluta falta de meios, a realização do exame criminológico que, no caso, constitui pressuposto necessário a concessão do benefício (art.112, parágrafo único, c/c art. 8., da LEP). Pedido indeferido. HABEAS CORPUS – 69964, julgamento em 18/12/1992, Relator ILMAR GALVÃO (grifos meus)

No julgamento do *Habeas Corpus* 72.366⁵⁴, em 1995, a Suprema Corte decidiu pela recepção do art. 594 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal. Ficou estabelecido que a necessidade de recolher-se à prisão para interpor recurso de apelação não feriria o princípio da presunção de inocência. Disse na ocasião, o Ministro Relator Néri da Silveira, após citar vasta jurisprudência de vários Tribunais, que:

“a matéria tem sido debatida no Plenário (HC68.726-1/130, dentre outros) e a orientação da Corte é no sentido da validade e da recepção do art. 594 do CPP, no sistema da Constituição de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos postos em tal norma, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário.”

Após esse histórico julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu inúmeras vezes no mesmo sentido, vejamos:

Presunção de não culpabilidade. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença

⁵³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro, p. 10.

⁵⁴ STF. HABEAS CORPUS: HC 72366 SP. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ: 13/09/1995. STF, 1995. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=72366&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator.⁵⁵

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. FALTA DE JUSTA CAUSA.

I - Em se tratando de ação penal instaurada diante da prática de crimes contra a ordem tributária, a existência de justa causa impõe o esgotamento da esfera administrativa.

II - Não existe nulidade do processo penal quando, em hipótese de crime contra a ordem tributária, a condenação é amparada em crédito tributário definitivamente constituído.

III - O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeitos suspensivo, razão pela qual não impedem a execução provisória da pena.

IV - Ordem denegada.⁵⁶

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.

2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória.

3. Habeas corpus denegado.⁵⁷

Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Execução provisória da pena. Pendência de julgamento dos Recursos especial e extraordinário. Ofensa ao princípio da presunção da inocência: não-ocorrência. Precedentes.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência.

2. Habeas corpus indeferido.⁵⁸

⁵⁵ STF. HABEAS CORPUS: HC 80535 SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 12/12/2000. STF, 2000. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=80535&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

⁵⁶ STF. HABEAS CORPUS: HC 85616 AM. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 24/10/2006. STF, 2006. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=85616&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

⁵⁷ STF. HABEAS CORPUS: HC 91675 PR. Relator: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 04/09/2007. STF, 2007. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91675&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

⁵⁸ STF. HABEAS CORPUS: HC 90645 PE. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Menezes Direito. DJ: 11/09/2007. STF, 2007. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91675&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

No mesmo sentido, o julgamento dos *Habeas Corpus* 70.798⁵⁹, 71.723⁶⁰ e 72.168⁶¹.

Entretanto, há julgamentos contrários a essa posição majoritária e antiga no STF, que decidem pela proibição da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, como é o caso do HC 83.592/RJ⁶², do HC 83.173 QO⁶³, do HC 84.802/SP⁶⁴ e do HC 85.209/SC⁶⁵, dentre outros. Nestes julgados, entendeu-se que os Recursos Especial e Extraordinário, mesmo desprovidos de efeito suspensivo, obstam a execução provisória da pena. Vejamos suas ementas, na ordem de menção:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO EM LIBERDADE. INOCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 594 do Código de Processo Penal não estabelece hipótese de prisão compulsória ou de execução provisória da sanção imposta, mas sim de prisão preventiva. 2. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a custódia do paciente somente pode ser decretada quando tiver índole cautelar, ou seja, quando presentes os requisitos e pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Ordem concedida, para garantir que o paciente apele em liberdade, porque inexistente fundamentação cautelar para sua prisão.
(HC 83592, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Primeira Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 23-04-2004 PP-00025 EMENT VOL-02148-05 PP-01003)

Habeas corpus: Apelação em liberdade: sentença que, sem fundamentação cautelar, cingindo-se a invocar o art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, ordenou a prisão imediata da paciente - que é primária e a quem não se atribuem maus antecedentes: questão pendente de decisão do Plenário, no qual já conta com diversos votos

⁵⁹ STF. HABEAS CORPUS: HC 70798 RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 14/12/1993. STF, 1993. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=70798&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

⁶⁰ STF. HABEAS CORPUS: HC 71723 SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ: 14/03/1995. STF, 1995. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=71723&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

⁶¹ STF. HABEAS CORPUS: HC 72168 RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 28/03/1995. STF, 1995. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=72168&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

⁶² STF. HABEAS CORPUS: HC 83592 RJ. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 10/02/2004. STF, 2004. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=83592&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

⁶³ STF. QUESTÃO DE ORDEM NO HABEAS CORPUS: HC 83173 QO SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 16/03/2004. STF, 2004. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=83173&classe=HC-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

⁶⁴ STF. HABEAS CORPUS: HC 84802 SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 19/10/2004. JusBrasil, 2005. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767037/habeas-corpus-hc-84802-sp/inteiro-teor-100483197>> Acesso em 26/06/2018.

⁶⁵ STF. HABEAS CORPUS: HC 85209 SC. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 19/10/2004. STF, 2005. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=85209&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

favoráveis à tese da impetração: "inadmissibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade" (Rcl. 2391, Inf./STF 334): deferimento da liberdade provisória da paciente, até que se complete a decisão plenária da questão constitucional.

(HC 83173 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 02-04-2004 PP-00017 EMENT VOL-02146-04 PP-00756 RTJ VOL-00191-03 PP-00999)

PRISÃO – PRONUNCIAMENTO CONDENATÓRIO – IMPROPRIEDADE. A condenação, por si só, não respalda a prisão do agente.

(HC 84802, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 25-02-2005 PP-00029 EMENT VOL-02181-01 PP-00168)

PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE - RAZÃO DE SER - ALCANCE. O princípio da não-culpabilidade - inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal - decorre da ordem natural das coisas, sobrepondo-se, em termos de valores, ao pragmatismo, a presunções, tendo em conta pronunciamento judicial passível de modificação na via recursal. PENA - CUMPRIMENTO - DECRETO CONDENATÓRIO - AUSÊNCIA DE IMUTABILIDADE - RECURSO - EFEITO. A relação entre o princípio da não-culpabilidade e o recurso sem efeito suspensivo, presente a execução da pena, é de dependência, superpondo-se a garantia de natureza constitucional à disciplina processual comum relativa aos efeitos do recurso. PENA - EXECUÇÃO - PREMISA. Condição inafastável à execução da pena, sempre de contorno definitivo, é a preclusão, na via da recorribilidade, do decreto condenatório. Vale dizer, sem título judicial condenatório coberto pela coisa julgada formal e material, descabe dar início à execução da pena, pouco importando tenha o recurso apenas o efeito devolutivo.

(HC 85209, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 05-05-2006 PP-00018 EMENT VOL-02231-02 PP-00224 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 393-399)

Em fevereiro de 2009, foi julgado o histórico HC 84.078/MG⁶⁶, que representou a virada jurisprudencial contra a execução provisória da pena na Corte Constitucional, repercutindo em toda a atividade jurisdicional. Merece transcrição a ementa deste belíssimo e paradigmático julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

⁶⁶ STF. HABEAS CORPUS: HC 84078 MG. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 05/02/2009. STF, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em 26/06/2018.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.
4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.
5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".
6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.
7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.
8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.
(HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Entre os anos de 2009 e 2016, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a tese de que a execução provisória da pena afrontaria o preceito estabelecido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, o princípio da não culpabilidade. Hoje, o panorama a respeito da execução da pena antes do trânsito em julgado é bastante dividido, em que pese a tradição de se admitir a possibilidade e o atual entendimento prevalente neste sentido. O tema voltará a ser discutido

pelo Pleno do Tribunal no julgamento de mérito das ADCs 43 e 44. O entendimento de que a execução provisória da pena privativa de liberdade viola a Constituição já encontra maioria dentre os Ministros, havendo assim, real possibilidade de inversão, novamente, da jurisprudência desta Corte.

3.2 No Superior Tribunal de Justiça

Com algumas discordâncias, o entendimento que prevalece no STJ é no sentido da autorização da execução provisória da pena privativa de liberdade após o esgotamento das instâncias ordinárias (1ª e 2ª instância), quando houver trâmite de Recurso Especial ou Extraordinário contra acórdão condenatório. Tal circunstância se dá, preponderantemente, pelo fato de o STF ter fixado, no ano de 2016, o entendimento que autoriza tal execução. Em respeito às decisões prolatadas pela mais alta Corte do país, o STJ submeteu-se novamente a este entendimento, guiando-se pela uniformidade de jurisprudência e pela segurança jurídica.

Merecem transcrição as súmulas 9 e 267 deste Superior Tribunal:

Súmula 9 – STJ: A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Súmula 267 – STJ: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

Com a volta da discussão desta polêmica pelo pleno do STF, e com a acentuação da divisão da questão nesta Corte, a nova tese de inadmissibilidade da execução provisória voltou a figurar no Superior Tribunal de Justiça, especialmente na 6ª Turma, que já possuía o seguinte informativo:

Informativo nº 0460
Período: 13 a 17 de dezembro de 2010.

SEXTA TURMA

SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESUNÇÃO. INOCÊNCIA.

In casu, a paciente foi condenada, como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, à pena de um ano e oito meses de reclusão em regime inicial fechado, sendo-lhe assegurado o direito de recorrer em liberdade. O tribunal a quo, contudo, ao negar a apelação interposta pela defesa, expediu mandado de prisão, o que, segundo o impetrante, causou inegável constrangimento ilegal à paciente. A Turma concedeu a ordem de habeas corpus ao entendimento de que a execução provisória da pena privativa de liberdade, em princípio, é vedada sob pena de pôr em xeque a presunção de inocência. Assim, na hipótese, se o processo ainda não alcançou termo,

pois foi interposto agravo de instrumento contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, não havendo qualquer alteração processual a revelar necessidade de encarceramento cautelar, reconheceu-se que não se afigura plausível a privação da liberdade da paciente. Precedentes citados do STF: HC 79.812-SP, DJ 16/2/2001; HC 84.078-MG, DJe 26/2/2010; do STJ: HC 125.294-SP, DJe 26/10/2009, e AgRg no HC 105.084-SP, DJe 30/3/2009. HC 170.945-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 14/12/2010.

Em suma, a 5ª e 6ª turma divergem quanto à possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade. Enquanto a 5ª Turma sustenta o trânsito em julgado da análise fático-probatória (que se dá com o esgotamento da 2ª instância), a 6ª Turma invoca a inafastabilidade do trânsito em julgado (em todas as instâncias, incluindo STJ e STF) para fins de execução da pena. A 5ª Turma admite excepcionalmente, entretanto, o recebimento dos Recursos Constitucionais (Recurso Especial e Recurso Extraordinário) com efeito suspensivo, o que obsta, nesta hipótese, a execução antecipada da pena.

Destarte, a 6ª Turma considera a presunção de inocência um princípio inafastável, cuja incidência se dá mesmo quando ajuizado Recurso Especial ou Extraordinário, que, por força do artigo 637 do Código de Processo Penal, não possuem, em regra, efeito suspensivo. Assim, esta Turma afasta a incidência da Súmula 267 do STJ e classifica seu novo entendimento como uma evolução na interpretação da execução provisória da pena. Uma das decisões emblemáticas, neste sentido, foi aquela proferida no Agravo Regimental na Medida Cautelar 12493⁶⁷, pois verifica-se a repetição dos argumentos em outros acórdãos. Desta maneira, segundo este entendimento, a prisão do acusado somente seria admitida quando revestida de elementos de cautelaridade, com a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva (artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal) ou da prisão temporária (art. 1º, incisos I e II ou incisos I e III, cumulativamente, da Lei 7.960/89). Vejamos o teor da ementa da decisão supracitada:

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA RECURSAL ORDINÁRIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.

1. A excepcionalidade da prisão cautelar, no sistema de direito positivo pátrio, é necessária consequência da presunção de não-culpabilidade, inculpada como garantia individual na Constituição da República, somente se a admitindo nos casos legais de sua necessidade, quando certas a autoria e a existência do crime (Código de Processo Penal, artigo 312). (...)

10. Esta Corte Superior de Justiça, por outro lado, à luz da disciplina constitucional da liberdade, vem mitigando os termos estritos dos artigos 393, inciso I, combinado

⁶⁷ STJ. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR: AgRg na MC 12493 SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. DJ: 26/04/2007. STJ, 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisa livre: AgRg na MC 12493. Acesso em 26/06/2018.

com o artigo 594, e 408, parágrafo 2º, todos do Código de Processo Penal, para estender a presunção juris tantum da desnecessidade da constrição cautelar, que milita em favor do réu primário e de bons antecedentes a todo aquele que, solto, responde ao processo da ação penal e que assim deve permanecer mesmo após o decreto condenatório, ressalvadas as hipóteses de presença dos pressupostos e motivos da custódia cautelar elencadas no artigo 312 do Código de Processo Penal, suficientemente demonstrados pelo Juiz.

11. Por imperativo lógico e decorrência da inafastável incompatibilidade da execução provisória da resposta penal com a garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade, esse entendimento há de projetar a sua eficácia também na instância excepcional, posição que passo a adotar doravante, embora já estivesse presente, faz muito, como tenho declinado sucessivas vezes, na minha compreensão da essência de um sistema processual penal ajustado aos imperativos do Estado de Direito.

12. Havia, contudo, como há ainda, o óbice do enunciado nº 267 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, de observância obrigatória pelos seus Ministros, que afasto, porque vencido sistematicamente na Sexta Turma e porque inviabilizados, no âmbito da Terceira Seção, os instrumentos regimentais de uniformização de jurisprudência, mostrando-se evidente uma espécie de cultivo da divergência, estranha, por certo, à função constitucional desta Corte Superior, mas de razão evidente em tempos de transformação, como os que estamos a viver.

13. Uma tal situação, porque se consolidou, compreendida objetivamente como deve ser, impõe o entendimento que passo a aplicar em minhas decisões, enquanto expressa evolução do sistema processual penal e, por isso, deve se transformar, pelo menos, em predominante.

14. Em resumo, nos casos de presunção juris tantum da desnecessidade da custódia cautelar, quais sejam, de réu solto, primário e de bons antecedentes, como na Lei, ou de réu que responde, solto, ao processo da ação penal, ainda que de maus antecedentes e reincidente, como na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a sua prisão, até o trânsito em julgado de sua condenação, somente será legal e conforme a Constituição da República, se demonstrada a sua necessidade pelo Juiz.

15. De um modo geral, conclua-se, em remate, em não se fazendo presentes os motivos legais da prisão preventiva, que reclamam demonstração efetiva e concreta, prevalece o princípio da presunção de não-culpabilidade, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

16. Tal compreensão, fundada na incompatibilidade da execução provisória da resposta penal com a presunção de não-culpabilidade insculpida na Constituição da República, afora harmonizar-se com as exigências do Estado Social e Democrático de Direito, em nada desserve ou prejudica a defesa da sociedade, devendo e podendo, como pode e deve o magistrado, de qualquer grau da jurisdição, decretar a prisão do réu no curso do processo da ação penal, já esteja ou não condenado, ainda que na instância recursal ordinária ou excepcional, sempre que se fizer presente motivo legal de prisão preventiva, sem deslembrar, sempre e sempre, que tal decisão excepcional deve ser efetiva e concretamente fundamentada, à luz dos fatos da vida, do concreto homem-autor e do fato-crime cometido, não lhe servindo, para tanto, opiniões pessoais e considerações de ordem genérica, ainda que tisonadas de gravidade.

17. Com efeito, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

18. Tal fundamentação, repise-se, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

19. E em se tratando de prisão preventiva, a regra com incidência é a do artigo 312 do Código de Processo Penal, em cujo texto são elencados, além de seus pressupostos, os motivos que a autorizam.

20. Fundando-se a prisão do paciente exclusivamente no fato do exaurimento da instância recursal ordinária e, não, na concreta necessidade da sua prisão cautelar, contrapõe-se à lei e à Constituição Federal, de rigor a concessão do habeas corpus para superação do constrangimento ilegal.

21. Não há falar em julgamento extra petita se a cautela deferida é exatamente para prevenir lesão ao direito de liberdade do réu, pela demora no julgamento de recurso especial, a viabilizar o início do cumprimento da pena em regime mais gravoso diverso do que lhe assiste direito, como sustenta na insurgência excepcional.

22. Em sede de plausibilidade jurídica, o fundamento da cautelar excede os seus próprios limites, por se mostrar viável até mesmo concessão de habeas corpus de ofício, para lhe assegurar o direito de recorrer em liberdade e de não ver executar provisoriamente a pena, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, como é da sua letra inclusive.

23. Agravo regimental improvido.

(AgRg na MC 12.493/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2007, DJ 25/06/2007, p. 298) (Abreviamos, por falta de pertinência com o tema aqui analisado. Destaques meus.)

Vejam também entendimentos a favor da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 213, 214, C/C ART. 226, INCISO I C/C ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EFEITO DEVOLUTIVO.

I - Contra a decisão condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação.

II - Esse entendimento foi recentemente reafirmado pela e. Primeira Turma do c. Pretório Excelso, nos autos do HC nº 90.645/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Menezes Direito, DJU de 14/11/2007, (noticiado no Informativo nº 479/STF).

Writ denegado. (HC nº 91.529/RO, Relator Ministro Félix Fischer, STJ, 5ª Turma, unânime, julgado em 18.12.2007, DJ 31.03.2008)⁶⁸

REDUÇÃO DA PENA COM FULCRO NO ART. 33, § 4o. DA NOVA LEI DE TÓXICOS (LEI 11.343/06). SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. RECURSO IMPROVIDO. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PACIENTE QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. SÚMULA 267/STJ. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DENEGADO.

1. Quanto à possibilidade de aplicação retroativa do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), a questão não foi apreciada pelo Tribunal Paulista, até porque não suscitada no recurso de Apelação da defesa. Resta, assim, inviabilizado o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

⁶⁸ STJ. HABEAS CORPUS: HC 91599 RO. Relator: Ministro Félix Fischer. DJ: 18/12/2007. STJ, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisa livre: HC 91599. Acesso em 26/06/2018.

2. Inexiste constrangimento ilegal por parte do Tribunal Estadual na determinação de expedição de mandado de prisão, uma vez que eventuais Recursos Especial e Extraordinário carecem de efeito suspensivo, consoante se depreende do art. 27, § 2o. da Lei 8.038/90, aplicando-se, nesses casos, a Súmula 267/STJ, segundo a qual a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão.

3. Conheço e reverencio a orientação jurisprudencial que afirma a impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo se o Juiz concedeu essa benesse ao réu, como na hipótese; entretanto, ao meu sentir, tal exegese, que se baseia, isoladamente, no princípio constitucional da presunção da inocência, não tem o alcance que se pretende dar, e não pode ser interpretada fora da lógica do ordenamento jurídico pátrio. Se o acesso às instâncias extraordinárias é restrito, não se prestando à revisão pura e simples de provas, mas à apreciação de tese ou matéria jurídica, não há como admitir que, sem a mínima demonstração dessa plausibilidade jurídica, a condenação, confirmada em dois graus de jurisdição, possa ficar suspensa, indefinidamente, enquanto a parte conseguir, utilizando-se da infundável possibilidade recursal, postergar o trânsito em julgado da condenação.

4. Em situações excepcionais, quando ficar evidenciada a viabilidade da pretensão exposta nos Recursos Excepcionais, o efeito suspensivo pode ser concedido por liminar em medida cautelar incidental ou até em Habeas Corpus, como bem lembrou, recentemente, o eminente Ministro FELIX FISCHER, por ocasião do julgamento do HC 80.462/SP (j. em 07.02.08).

5. Parecer do MPF pelo não conhecimento do Habeas Corpus.

6. Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (HC 85.803/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, unânime, julgado em 21.02.2008, DJe. 17.03.2008).⁶⁹

No tocante à divergência de entendimentos entre a 5ª e 6ª turmas, conclui-se que, independentemente dos posicionamentos particulares dos Ministros do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tudo indica que suas decisões colegiadas serão pautadas no entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal, como maneira de conferir uniformidade à jurisprudência nacional e em respeito às decisões da mais alta Corte do Judiciário nacional.

⁶⁹ STJ. HABEAS CORPUS: HC 85803 SP. Relator: Ministro Nunes Maia Filho. DJ: 21/02/2008. STJ, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisa livre: HC 85803. Acesso em 26/06/2018.

4 O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP

4.1 Contextualização do caso concreto

O “*writ*” em espécie foi impetrado em face de decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, por ter indeferido o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Extraí-se dos autos, em suma, que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), tendo o direito de recorrer em liberdade. Inconformada com a decisão condenatória, apenas a defesa apresentou recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Presidente indeferiu o pleito liminar, fundamentando assim sua decisão:

“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 248757/SP, Sexta Turma, Rel.^a Min^a. 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.”⁷⁰

Alegou-se no *habeas corpus* impetrado perante o STF, em síntese: a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal, pressuposto de superação da Súmula 691/STF; b) que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou a imediata segregação do paciente, sem a menção de quaisquer requisitos autorizadores da prisão preventiva; c) que a prisão foi determinada um ano e meio após a prolação da sentença condenatória, e mais de três anos

⁷⁰ STJ. HABEAS CORPUS: HC 313021 SP. Decisão Monocrática em pedido liminar: Ministro Francisco Falcão. Data da decisão: 22/12/2014. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=43422493&num_registro=201403439093&data=20150202> Acesso em 26/06/2018.

depois do paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo, e ainda, que não há decisão condenatória transitada em julgado; d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Por fim, requereu a concessão da ordem de *habeas corpus* com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem.

A Relatoria deste paradigmático julgamento ficou a cargo do E. Ministro Teori Zavascki. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do Supremo Tribunal Federal à época do julgamento. O Procurador-Geral da República era o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Votaram pela denegação da ordem os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Dias Toffoli. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, em decisão⁷¹ que ficou assim ementada:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)”

4.2 Os argumentos favoráveis à execução provisória da pena privativa de liberdade

Separaram-se em tópicos, a seguir, os argumentos utilizados para justificar a execução provisória da pena privativa de liberdade. Trata-se verdadeiramente de execução penal, vez que pode ser decretada mesmo sem a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, após a prolação do acórdão por Tribunal de segunda instância, quando esgotados os recursos ordinários.

⁷¹ STF. HABEAS CORPUS: HC 126.292 SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. STF, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 26/06/2018.

4.2.1 Da valoração dinâmica e não absoluta da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência possui valoração dinâmica, vez que adquire “peso” gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Na fase processual, quando há apuração da prática delituosa, o valor atribuído à presunção de inocência ao investigado deve ser máximo, na medida em que os objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda são menos expressivos. Havendo condenação em segundo grau, ao contrário, há expressiva redução do valor da presunção de inocência e equivalente aumento do “peso” atribuído à exigência de efetividade do sistema penal, vez que já há, nesta hipótese, segura demonstração da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.

Portanto, deve ser buscado o necessário equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da prestação jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, como aduz o Ministro Teori Zavascki em seu memorável voto.

Não há dúvida que a presunção de inocência é um princípio, e não regra. Tanto é verdade que se admite a prisão cautelar (quando preenchidos os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser suprimida por outras normas de estatura constitucional, desde que não prejudicado seu núcleo essencial, sendo necessária uma ponderação com os outros objetivos e interesses em discussão.

O Ministro Luís Roberto Barroso ressalta que há uma colisão de princípios constitucionais no julgamento do caso em tela, o que o torna de difícil solução (chama-o de *hard case*). Aponta que, de um lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal e pela própria Constituição (nos artigos, dentre outros, 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da duração razoável do processo), e 144 (segurança)). De outro lado, há o princípio da presunção de não culpabilidade. Arremata dizendo que o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade, com a prisão do condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado, é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, ainda mais tendo em vista a mínima probabilidade de reforma da condenação, como reforçam as estatísticas por ele apresentadas.

Tal conclusão é, a seu ver, reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

Observa a Ministra Cármen Lúcia que o que a Constituição determina é a não culpabilidade definitiva antes do trânsito em julgado, e não a “não condenação”. Se em duas instâncias assim já foi considerado, não existiria óbice para a prisão penal antes do trânsito em julgado, mesmo nos termos das normas internacionais de Direitos Humanos. No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes salienta que a garantia da presunção de inocência impede, de forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, porém, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Em outras palavras, a norma está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado. Por um lado, deve-se preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, há dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de culpa.

Conclui o Ministro Edson Fachin que, caso a presunção de inocência mostre-se inflexível mesmo diante uma condenação monocrática de primeiro grau, com a subsequente ratificação por parte de experientes julgadores de segundo grau, reflexamente estar-se-ia afirmando que a própria Constituição Federal erigiu uma presunção absoluta de desconfiança das decisões provenientes das instâncias ordinárias.

4.2.2 Do exaurimento do exame da matéria fático-probatória

Ressalvada a estreita via da Revisão Criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame da matéria fático-probatória. Seria, portanto, fixada a responsabilidade criminal do acusado após o acórdão condenatório, ressalvadas as hipóteses de interposição de recursos ordinários, tais como os embargos infringentes ou de nulidade, ou os embargos de declaração. Esgotados tais recursos, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria fática, visto que os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são dotados de ampla devolutividade (se prestam apenas para a discussão de teses jurídicas).

O Ministro Luiz Fux pontua que o próprio STF admitiu a “coisa julgada em capítulos”, de modo que as ações devam ser interpostas na medida em que a parte pertinente das decisões transitar em julgado. Sendo imutável a matéria fático-probatória, vez que impassível de análise pelos Tribunais Superiores, há a possibilidade de executar a pena

privativa de liberdade, não constituindo óbice para tanto a presunção de não culpabilidade, nem mesmo em sua literalidade.

4.2.3 Os recursos extraordinários e a ausência de efeito suspensivo

Prevê o art. 637 do CPP, *in verbis*:

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.⁷²

Não sendo os recursos extraordinários dotados de efeito suspensivo, não há que se falar em óbice para o recolhimento ao cárcere, a título de prisão penal, vez que o acórdão de segundo grau já é plenamente executável. Havendo, em segundo grau, um juízo incriminador fundamentado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pelas instâncias superiores, parece plenamente justificável a relativização e até mesmo inversão do princípio da presunção de inocência para o caso concreto, como explicitado em tópico anterior. Tal circunstância harmoniza-se com a negação do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o faz o artigo supracitado.

4.2.4 A Lei de Ficha Limpa (LC n.º 135/2010)

É feita uma comparação, pelos Ministros favoráveis à execução antecipada da pena privativa de liberdade, entre a inelegibilidade prevista pela Lei de Ficha Limpa, nos casos de condenação em julgamento proferido por órgão colegiado a quaisquer dos diversos crimes nela elencados, e a mitigação da presunção de inocência. O Ministro Gilmar Mendes observa que tal lei foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADCs 29 e 30, julgadas pelo Tribunal Pleno em 16/02/2012. Concluem que a presunção de inocência não impede, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, que o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

⁷² BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, RJ, outubro de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 26/06/2018.

4.2.5 Da inexistência de revogação das demais formas de prisão

Argumenta-se não ser possível afirmar que, além das prisões em flagrante, temporária, preventiva e decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as outras formas de prisão foram revogadas pelo art. 283 do CPP, cuja redação atual foi dada pela Lei 12.403/2011, tendo em vista o critério temporal de antinomias previsto no art. 2º, §1º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Se assim se considerar, concluir-se-ia que prevaleceria a regra da atribuição de efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinários (aqui incluídos os Recursos Especiais, para o STJ, e Extraordinários, para o STF), porquanto os arts. 995 e 1.029, §5º, do CPC (tais artigos tratam da ausência de efeito suspensivo dos Recursos Especial e Extraordinário) têm vigência posterior à regra do Art. 283 do CPP. Não havendo antinomia entre tais normas, prevalece a eficácia imediata dos acórdãos proferidos por tribunais de apelação.

Ademais, aponta o Ministro Luís Roberto Barroso que o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, consoante o teor do art. 5º, LXI, da Constituição Federal. Acentua que legislação infraconstitucional é interpretada conforme a Constituição, e não o contrário, não servindo o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau (quando já há certeza da autoria e da materialidade), por fundamento diretamente constitucional.

Merece transcrição o art. 283 do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.⁷³

4.2.6 A presunção de inocência e a execução penal no estrangeiro

O Ministro Relator Teori Zavascki demonstra um estudo cobrindo países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha, Argentina, Alemanha e França (os mesmos países estudados no Capítulo 3 do presente trabalho), com a finalidade de constatar

⁷³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, RJ, outubro de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 26/06/2018.

que em nenhum destes há a necessidade do esgotamento das instâncias extraordinárias para que se execute a pena privativa de liberdade.

Também se valem os Ministros da informação trazida pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 86.886, que, na ocasião, afirmou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Suprema Corte”.

4.2.7 Do incentivo a recursos meramente protelatórios

A jurisprudência que assegurava a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória não só permitia como estimulava a indevida e sucessiva interposição de recursos com razões meramente protelatórias, visando, não raramente, a configuração de eventual prescrição da pretensão punitiva ou executória, uma vez que o último marco interruptivo da prescrição é, além do início do cumprimento da reprimenda, a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, CP).

Destarte, o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente, destaca Fachin, pois há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais absurdas que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos para combater recursos meramente protelatórios, principalmente no processo penal, são muito embrionários. Na hipótese de prisão apenas após o trânsito em julgado da condenação, admitir-se-ia que a execução da pena somente se daria com a concordância do apenado.

4.2.8 Dos eventuais equívocos das instâncias ordinárias

É de valia, inicialmente, reproduzir as palavras de Robert Jackson, Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954, em tradução livre, trazidas pelo voto do Eminentíssimo Ministro Edson Fachin:

Não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra.

Neste contexto, surgem indagações acerca dos eventuais equívocos cometidos nas instâncias ordinárias, que podem trazer prejuízos irreparáveis aos acusados, caso autorizada a

execução provisória da pena privativa de liberdade após acórdão condenatório. Alegam os Ministros vencedores que existem instrumentos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena, através, por exemplo, de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário e ao Recurso Especial (art. 1.029, §5º, CPC) e o remédio heroico do *habeas corpus*. Destarte, mesmo que seja possível a execução provisória do acórdão condenatório recorrível, havendo flagrante violação de direitos, a tutela jurisdicional poderia coibir eventual ilegalidade. Tal hipótese seria possível, por exemplo, em circunstâncias em que seja demonstrada a verossimilhança das alegações deduzidas no recurso (*fumus boni iuris*), de sorte que pudesse ser constatada a manifesta incompatibilidade do acórdão impugnado com a jurisprudência consolidada da Corte a que se destina a impugnação.

Por outro lado, os recursos de natureza extraordinária não se destinam a solucionar injustiças no caso concreto. Primeiro, porque não são dotados de ampla devolutividade. Segundo, por destinarem-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Tal circunstância evidencia-se ainda mais após a edição da EC 45/2004, que insere como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, econômica ou social do tema controvertido.

Por fim, foram apresentadas estatísticas acerca do julgamento de Recursos Extraordinários, para sustentar o argumento de que são raríssimas as hipóteses de provimento em favor do réu (1,12% na estatística trazida pelo Ministro Luís Roberto Barroso). Também aponta-se que, em geral, as decisões favoráveis ao réu (no STF) consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico de entorpecentes ilícitos, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria, hipóteses em que poderia ser sanada eventual ilegalidade mediante impetração do remédio constitucional do *habeas corpus*.

4.2.9 Da mutação constitucional e os fundamentos pragmáticos da decisão

O argumento da mutação constitucional é trazido pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu brilhante voto. A mutação constitucional, em breve síntese, é um mecanismo informal que permite a mudança do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que decorra de qualquer modificação do seu texto. O novo sentido ou alcance pode surgir a partir de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura daquilo que

deve ser considerado ético ou justo. Segue trecho da obra doutrinária deste Eminentíssimo Ministro:

“A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente.

(...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser.

(...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro.”⁷⁴

Este Ministro aponta que a virada jurisprudencial de 2009 pelo STF (que proibiu a execução antecipada da pena privativa de liberdade), trouxe impactos traumáticos à realidade criada por esta mudança de orientação jurisprudencial. Seguem as três principais consequências negativas desta interpretação para o sistema de justiça criminal: a) A impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios, que movimentam a máquina do Poder Judiciário com considerável gasto de tempo e recursos já escassos, em nada aproveitados para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus; b) A mudança de entendimento reforçou a seletividade do sistema penal, vez que a ampla e quase irrestrita possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições financeiras de contratar os melhores advogados, para que ajuízem sucessivos recursos. Em outras palavras, os réus mais pobres não têm dinheiro para sustentar esta procrastinação (vez que a Defensoria Pública não tem estrutura e nem se presta a atuar desta maneira, na maior parte dos casos); c) O novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado para início do cumprimento da pena tem conduzido inúmeros casos à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática delituosa e a aplicação da sanção penal. Em

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009, p. 130-137.

ambos os casos, produz-se nociva sensação de impunidade, o que compromete os objetivos de prevenção geral e especial da pena.

A partir dos fatores acima elencados, tornou-se evidente que não é mais justificável a leitura extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução penal, ainda que antecipada, após pronunciamento de um órgão colegiado. Deve-se conferir ao art. 5º, LVII, da CF interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional, com o objetivo de garantir efetividade à lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a dignidade, a propriedade – todos com *status* constitucional.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, por todas as razões acima expostas, verifica-se, portanto, a ocorrência de mutação constitucional, vez que a Constituição não pode se prestar a ser um mecanismo de propagação de injustiça e deve ser interpretada com sintonia com o sentimento popular.

4.3 Os argumentos contrários à execução provisória da pena privativa de liberdade

Abaixo, seguem os argumentos apresentados pelos Ministros vencidos, que se opuseram à execução penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

4.3.1 A presunção de inocência e o trânsito em julgado

A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa (independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe seja imputado) viabiliza uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal. É, portanto, uma cláusula insuperável de bloqueio à imposição de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral, como aduz o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, Decano da Suprema Corte. Em outras palavras, absolutamente ninguém pode ser tratado como se culpado fosse antes da superveniência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

A obrigatória observância da cláusula consagradora da presunção de inocência (que, reitera-se, somente deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação penal) representa, de um lado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e

corresponde, de outro, a requisito de legitimação da própria execução de penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos.

Segue trecho do belíssimo voto proferido pelo Ministro Celso de Mello neste julgamento:

“O fato indiscutivelmente relevante, no domínio processual penal, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica a formulação, seja por antecipação ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo, assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado.

Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, em sede processual penal, de idoneidade jurídica. Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade.” (grifos e destaques originais)

Destarte, o Estado não pode tratar os indiciados ou acusados como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desprezado por seus agentes e autoridades. Portanto, a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição. Mesmo que confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá esse direito fundamental em favor do sentenciado, só deixando de prevalecer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como inequivocamente estabelece a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVII.

O entendimento supracitado alinha-se àquele que preconiza que inquéritos policiais em andamento, processos penais ainda em curso, ou até mesmo condenações penais sujeitas a recursos (ordinários ou extraordinários) não podem ser considerados, enquanto suscetíveis de reforma, como fatores de descaracterização do postulado fundamental da presunção de inocência proclamado pela Constituição.

O Ministro Lewandowski argui que o dispositivo constitucional que estabelece a manutenção da presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação penal é taxativo, categórico, e não vislumbra outra maneira de interpretá-lo. Diz que “*in claris cessat interpretatio*” (na clareza, cessa a interpretação), apontando que no caso em tela está-se, evidentemente, “*in claris* (na clareza)”. O Ministro Marco Aurélio argumenta neste mesmo

sentido, dizendo que onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de reescrever o preceito constitucional.

Por fim, indaga o Ministro Marco Aurélio em seu voto qual seria o significado do princípio da não culpabilidade, senão evitar que se execute uma pena que ainda não é definitiva. Aduz que é possível o provimento do Recurso Especial ou do Recurso Extraordinário, tornando eventual cumprimento antecipado de pena uma irreparável injustiça.

4.3.2 As diferenças entre a prisão cautelar e a prisão penal

A prisão cautelar (*carcer ad custidiam*) é absolutamente estranha à prisão penal (*carcer ad poenam*). A constrição cautelar da liberdade individual (qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento jurídico nacional, quais sejam: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) não se presta a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada. É utilizada para a manutenção da ordem pública ou econômica, para a conveniência da instrução penal ou para garantia da aplicação penal (art. 312, CPP), desde que presentes algum dos requisitos do art. 313 do CPP. Ou seja, trata-se de prisão processual. A utilização desta modalidade prisional com fins punitivos traduz a deformação deste instituto processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade resulta em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Portanto, conclui o Ministro Celso de Mello, que o Supremo Tribunal Federal, ao fidelizar-se ao postulado constitucional do estado de inocência, não constitui óbice para a prisão cautelar de indiciados ou réus perigosos, visto que reconhece expressamente, quando presentes as razões concretas que a autorizem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, com o objetivo de preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular.

4.3.3 As experiências e práticas de outros países

A Constituição Federal estabelece, de maneira taxativa e cristalina, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de

persecução penal. Nosso texto constitucional (art. 5º, inciso LVII) impõe, para efeito da descaracterização da presunção de inocência, o necessário trânsito em julgado da condenação penal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

Deste modo, mostra-se inadequado invocar-se a prática e a experiência registrada em outros Estados democráticos (tais como os EUA, Inglaterra, França, dentre outros mencionados neste julgamento), pois os textos constitucionais destes países, ao contrário do nosso, não condicionam a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência possui, portanto, caráter bem mais amplo.

4.3.4 O artigo 105 da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84)

Prevê o art. 105 da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.⁷⁵

A regra inscrita no artigo supracitado impõe, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado. Idêntica exigência é também prevista pelo art. 147 deste mesmo diploma normativo, no que concerne à execução de penas restritivas de direitos, veja-se:

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.⁷⁶

Portanto, aponta o Ministro Celso de Mello que, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), nenhuma execução de condenação penal em nosso país, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

⁷⁵BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal, Brasília, DF, julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm> Acesso em 26/06/2018.

⁷⁶ Ibid.

4.3.5 O art. 637 do CPP à luz da Constituição Federal

O Ministro Marco Aurélio cita, em seu voto, a lição de três expoentes do Direito Processual Penal brasileiro: os professores Antônio Scarance Fernandes, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Magalhães Filho, que lecionam em suas obras que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão condenatória, obsta a eficácia imediata do título penal, vez que ainda milita em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da reprimenda. Estes professores, ao tratar do efeito suspensivo dos recursos extraordinários, defendem que as regras da lei ordinária (o art. 637 do CPP, que prevê não possuírem efeito suspensivo tais recursos) devem ser revistas à luz da Constituição da República (que prevê expressamente que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, vale repetir).

4.3.6 Dados estatísticos acerca do provimento de recursos extraordinários criminais

Em contraposição às estatísticas apresentadas para justificar a execução antecipada da pena privativa de liberdade (que expunha ínfimos índices de provimento em Recursos Especiais interpostos pela defesa), o Ministro Celso de Mello traz dados estatísticos apresentados pelo E. Ministro Lewandowski no julgamento da ADPF 144/DF, que apontam que, de 2006 a 2009, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram integralmente providos pelo STF, e 3,3% providos parcialmente, chegando-se a expressivos 28,5% de recursos que reformaram total ou parcialmente decisões oriundas das instâncias inferiores em matéria criminal.

O Ministro Lewandowski afirma em seu voto que tais estatísticas foram praticamente mantidas até a data do julgamento, chegando a valor próximo a 25% de possibilidade de absolvição. Permitir que pessoas sejam mantidas presas por anos a fio, em condições absolutamente miseráveis, para que depois sobrevenha uma sentença absolutória, seria um descalabro, vez que não haveria possibilidade alguma de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob custódia do Estado.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo central a discussão acerca dos aspectos técnicos referentes à execução provisória da pena privativa de liberdade, e também a análise dos argumentos dos Ministros, no julgamento do HC 126.292/SP em Plenário, que justificassem (ou refutassem) tal medida, para que, por fim, se pudesse concluir acerca da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da decisão.

Após a introdução do tema, o Primeiro Capítulo dedicou-se a uma abordagem histórica e conceitual acerca do princípio da presunção de inocência, constatando que tal princípio teve origem formal no século XVIII, com sua consagração na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com o intuito de inverter o tratamento que era conferido ao acusado, cuja culpa era, costumeiramente, presumida. Com o passar dos anos, tal garantia foi gradualmente reafirmada por diversos diplomas internacionais de direitos humanos e pelas constituições de vários países (explícita ou implicitamente, como decorrência de outros princípios, como o *due process of law*). Verificou-se também que algumas das normas que expressavam tal princípio condicionavam a manutenção do *status* de inocente até a comprovação da culpa, e outras, por sua vez, até o julgamento definitivo. Apontou-se, ainda, que somente com o advento da Constituição Federal de 1988 passou a figurar expressamente em nossa legislação constitucional o princípio da não culpabilidade, sendo este categórico ao afirmar que “*Ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”.

O Segundo Capítulo fez uma abordagem mais específica do princípio da presunção de inocência em diplomas normativos de países estrangeiros, a título comparativo, para explicitar as peculiaridades próprias de cada país. Demonstrou-se que cada país possui interpretação particular em face deste princípio, pois está condicionada à opção legislativa, assim como a hermenêutica própria, vez que cada sistema jurídico-normativo é único. Portanto, a força normativa deste princípio varia de país para país. Também foi analisada a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade nos países estudados, cada qual com suas especificidades. Em alguns, tal execução está condicionada à formação de culpa em juízo, ao passo que, em outros, ao julgamento definitivo, com o respectivo trânsito em julgado. Por fim, foi também possível verificar divergências, em alguns dos países estudados, quanto a diversos conceitos relevantes para a aplicação da pena. Vislumbrou-se que em alguns países o trânsito em julgado se dava antes da interposição de recursos constitucionais para a Suprema Corte, tendo tais recursos caráter rescisório, incapazes de obstar a execução da pena.

O Terceiro Capítulo fez um panorama acerca da jurisprudência nacional quanto à possibilidade (ou não) da execução antecipada da pena privativa de liberdade, com a apresentação de diversos julgados, tanto do STF, como do STJ. Verificou-se que, tradicionalmente, a execução provisória da pena privativa de liberdade preponderou. Não obstante, foi possível verificar que tal tema, principalmente em face da previsão constitucional expressa do princípio da não culpabilidade após 1988, tornou-se controvertido e polêmico, e representa instabilidade e insegurança jurídica até os dias de hoje, ainda mais considerando que estão por vir os julgamentos das ADCs 43 e 44, que certamente trarão à pauta, novamente, esta controvérsia, com grandes chances de nova reviravolta na jurisprudência da Suprema Corte.

O Quarto Capítulo, por fim, empenhou-se na demonstração dos argumentos trazidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP, com a finalidade precípua de uma análise técnica, em sede conclusiva, acerca da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da decisão proferida pelos Ministros.

Com a devida vênia à maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram pela admissão da execução provisória da pena privativa de liberdade, parece-me que esse novo entendimento viola flagrantemente o disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que assegura a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença condenatória, assim como o art. 283 do CPP, que só admite, no curso da investigação ou do processo (ou seja, antes do respectivo trânsito em julgado), a decretação da prisão preventiva ou temporária, mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

É evidente que nosso sistema processual penal carece de eficiência. Tal eficiência, entretanto, não se pode dar a expensas de um princípio constitucional, que demanda a formação da coisa julgada para que se possa dar início à execução de uma prisão de natureza penal. Só se pode falar em trânsito em julgado quando a decisão se revestir de imutabilidade, o que é obstado pela interposição de recursos constitucionais, ainda que desprovidos de efeito suspensivo. Não há, portanto, margem interpretativa para que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, seja compatibilizado com a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) tão somente até a prolação de acórdão condenatório por Tribunal de 2ª instância.

Apesar da Convenção Americana de Direitos Humanos estender a presunção de inocência até a comprovação legal da culpa (Dec. 678/92, art. 8º, n.2: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente

sua culpa”), o que ocorre com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso, não se pode olvidar que a Constituição Federal é categórica ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de não culpabilidade de que todos gozam. Seu teor mais amplo deve prevalecer sobre aquele da Convenção Americana de Direitos Humanos, portanto. Inclusive, esta própria Convenção prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão deixar de ser interpretados para de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Consequentemente, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável (princípio *pro homine*).

Não obstante o entendimento atual estar destoante do preceito estabelecido pela Constituição Federal, também não lhe assiste razão a legislação infraconstitucional (mesmo no contrário, não se tornaria válida tal concepção, vez que a legislação constitucional se sobrepõe em face de todas as outras: está no posto mais alto da hierarquia normativa). Apesar de o art. 637 do Código de Processo Penal autorizar a execução provisória de acórdão condenatório pelo fato de os recursos extraordinários não possuírem efeito suspensivo, tal dispositivo foi tacitamente revogado pela Lei n.º 12.403/11, que alterou a redação do art. 283 do CPP.

O artigo 283 do CPP estabelece, categoricamente, as hipóteses autorizadas da constrição cautelar da liberdade de locomoção no processo penal, quais sejam: a) a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva: as únicas espécies de prisão cautelar que podem ser decretadas no decorrer da investigação ou do processo; b) prisão penal (*carcer ad poenam*): só pode ser objeto de execução mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal requisito é de natureza objetiva para o início do cumprimento da reprimenda penal, que se preenche com a formação da coisa julgada, que se mostra prejudicada com a interposição de todo e qualquer recurso, seja ele ordinário ou extraordinário, dotado de efeito suspensivo ou não.

Portanto, o caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário, bem como o óbice de reanalisarem matéria fática e probatória (vez que sua fundamentação é vinculada e limitada ao reexame de questões de direito), não fundamenta idoneamente a execução antecipada da pena. Esta característica não prejudica o conceito de trânsito em julgado previsto expressamente pelo art. 283 do CPP como marco final do processo para fins de cumprimento de pena.

Por mais que se argumente que a Lei n.º 12.403/11, que alterou a redação do art. 283 do CPP, não tenha feito qualquer menção ao art. 637 do mesmo diploma, não é razoável

admitirmos que um dispositivo legal que autoriza a execução da pena privativa de liberdade tão somente com o trânsito em julgado da condenação penal coexista com outro que a autoriza pelo simples fato de não conceder efeito suspensivo aos recursos extraordinários. É fato que o art. 9º da LC 95/98, cuja redação foi dada pela LC 107/01, determina que a cláusula de revogação de lei nova enumere, expressamente, as leis e disposições revogadas, o que incorreu na hipótese em comento. Entretanto, a rotineira atecnia legislativa não pode justificar a convivência de normas jurídicas incompatíveis entre si, tratando de determinado conceito (*in casu*, o de execução da pena privativa de liberdade) de modo conflitante. Destarte, como se trata de norma posterior que tratou da matéria em sentido diverso, mostra-se razoável o entendimento de que a nova redação do art. 283 do CPP (conferida pela Lei n.º 12.403/11) revogou tacitamente o art. 637 do CPP, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Também não se mostra razoável argumentar que o novo Código de Processo Civil teria revogado tacitamente o art. 283 do CPP, por prever expressamente que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo (CPC, arts. 995 e 1.029, §5º). Primeiro, porque o CPC só se aplica ao processo penal de maneira subsidiária e supletiva, quando restar evidenciada a existência de determinada lacuna. Não havendo quaisquer omissões no âmbito do CPP quanto à execução da pena privativa de liberdade, visto que tal diploma prevê expressamente que esta se dará após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 283), não há que se falar em revogação de seus dizeres por uma norma genérica prevista no novo CPC. Segundo, não bastasse isso, é fato que o art. 283 do CPP equivale à mera reprodução conjugada de cláusulas pétreas previstas no art. 5º, LVII e LXI, *in initio*, da Constituição Federal (LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e LXI: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”), cujos núcleos essenciais jamais poderiam ser restringidos, seja por parte de leis ordinárias (como é o próprio CPC, a Lei n.º 13.105/15), seja pelo próprio Poder Constituinte.

Com todo respeito ao entendimento predominante no julgamento do HC 126.292/SP, não deve se prestar um tribunal, ainda mais a mais alta Corte do Judiciário nacional, a fazer política criminal. A solução para o caos do sistema punitivo brasileiro deve, necessariamente, passar pelo crivo do Poder Legislativo, vez que este, respaldado pela legitimidade democrática, tem o papel de inovar na legislação constitucional e infraconstitucional. Não deve o STF, para “responder aos clamores da sociedade” ou para “preservar a credibilidade

das instituições da Justiça”, subverter um princípio Constitucional que expressa um direito fundamental, em claro excesso de competência. Ademais, não se justifica o atropelamento de um dos princípios mais primordiais do Estado Democrático de Direito em nome do pragmatismo das decisões judiciais. Não que a lei coincida com a Justiça, mas como poderia ser justo negar vigência a dispositivo literal de lei (visto que não se trata de mera mitigação em virtude da colisão com outra norma da mesma espécie, por restar atingido o núcleo fundamental da presunção de inocência)? A primeira razão pela qual existe um elaborado sistema normativo é justamente a garantia da segurança jurídica, que certamente inexistiria quando ocorrem circunstâncias como as aqui discutidas. Não poderia o STF, portanto, utilizar-se de hermenêutica restritiva de direitos fundamentais para justificar a antecipação do trânsito em julgado de acórdãos condenatórios pelos Tribunais de 2ª instância, hipótese em que os recursos extraordinários certamente teriam sua natureza jurídica alterada para sucedâneos recursais externos, sem qualquer respaldo legal.

Destarte, enquanto não sobrevier reforma legislativa (se é que esta virá eventualmente), cabe aos Tribunais maior rigor na verificação de eventuais excessos da defesa quanto ao exercício abusivo do direito de recorrer. Ou seja, quando ficar evidenciado o intuito meramente protelatório dos recursos (que se dá, principalmente, quando Embargos de Declaração são interpostos sucessivamente), apenas para impedir o exaurimento da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, o início do cumprimento da reprimenda, incumbe aos Tribunais a determinação do início imediato da execução antes mesmo do trânsito em julgado, tendo em vista o irregular e abusivo uso do direito de defesa e do duplo grau de jurisdição, com a conseqüente desobediência do princípio da cooperação, estabelecido no art. 6º do CPC, ao qual as partes também se sujeitam. Neste sentido, como já havia se manifestado o Supremo Tribunal Federal em momento anterior ao HC 126.292, “a reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos seus pressupostos, evidencia o intuito meramente protelatório. A interposição de embargos de declaração com finalidade meramente protelatória autoriza o imediato cumprimento da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da publicação do acórdão (STF, 1ª Turma, RMS 23.841 AgR-ED-ED/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 18/12/2006, DJ 16/02/2007. No sentido de que a utilização indevida das espécies recursais, consubstanciada na interposição de inúmeros recursos contrários à jurisprudência como mero expediente protelatório, desvirtua o próprio postulado constitucional da ampla defesa: STF, 2ª Turma, AI 759.450 ED/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01/12/2009, DJe 237 17/12/2009; STF, Pleno, AO 1.046 ED/RR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/11/2007, DJe 31 21/02/2008.)”. Não poderia entender-se de maneira diferente,

porquanto seria impossível atingir o trânsito em julgado enquanto a outra parte não aceitasse o teor do acórdão condenatório, o que não se mostra nem um pouco razoável.

Por fim, oportuno ressaltar que o teor da decisão proferida pelo STF no julgamento do HC 126.292 foi reafirmado pelo Plenário com o indeferimento da medida cautelar em duas ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs 43 e 44), com a consequente permissão da execução provisória da pena privativa de liberdade após a decisão condenatória proferida por Tribunal e antes do respectivo trânsito em julgado, por não serem tais decisões impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo, possuindo eficácia imediata. Destarte, vez que esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá (e não deverá, de maneira automática) surtir efeito imediato quanto ao encarceramento, a título provisório, vez que os recursos cabíveis são ordinariamente dotados apenas de efeito devolutivo. Tal entendimento foi posteriormente confirmado pelo Plenário Virtual do STF na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246 (STF, Pleno, ARE 964.246 RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10/11/2016, DJe 251 24/11/2016), que teve repercussão geral reconhecida. Desta forma, a tese firmada pela Suprema Corte deve ser aplicada aos processos em curso nas demais instâncias.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Constituição (1994). Constitución de la Nación Argentina. Buenos Aires, 22 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>> Acesso em 27/06/2018.

ARGENTINA. Ley n.º 23.984, de 4 de setembro de 1991. Código Procesal Penal. Buenos Aires, setembro de 1991. Disponível em:
<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>> Acesso em 27/06/2018.

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

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009.

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

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Editora Impr. T. Jordan, 1825.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 26/06/2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, RJ, outubro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 26/06/2018.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal, Brasília, DF, julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm> Acesso em 26/06/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 2003.

ESPAÑA. Constituição (1978). Constitución Española de 1978. Madrid, 29 de dezembro de 1978. Disponível em: <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf> Acesso em 27/06/2018.

ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de setembro de 1882. LEC, Madrid, setembro de 1882. Disponível em: < <https://confi legal.com/20171101-ley-enjuiciamiento-criminal-actualizada/>> Acesso em 27/06/2018.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.078.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. “*O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*”, em Revista do Advogado, da AASP, n.º 42, abril/94.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 6ª edição, revista ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces Barba. *Textos Básicos sobre Derechos Humanos*. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA Filho, Manoel G. et. al. *Liberdades Públicas*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 26/06/2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional Português nº 547/04 no processo 679/2004, 3ª Seção, Relator Conselheiro Bravo Serra, data do julgamento: 21/07/2004.

PORTUGAL. Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 1999, Coletânea de Jurisprudência XXIV, tomo 4, pág. 160.

PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa, Lisboa, 2 de abril de 1976. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf>> Acesso em 27/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 59757 MG. Relator: Ministro Soares Munoz. DJ: 11/05/1982. STF, 1982. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=59757&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 67857 SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho. DJ: 19/06/1990. STF, 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102473>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 67968. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ: 28/08/1992.

STF. HABEAS CORPUS: HC 68037 RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho. DJ: 10/05/1990.

STF, 1990. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70680>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 68342 SP. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 10/05/1991.

STF. HABEAS CORPUS: HC 69964 / RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ: 18/12/1992.

JusBrasil, 1993. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708218/habeas-corpus-hc-69964-rj>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 72366 SP. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ: 13/09/1995.

STF, 1995. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=72366&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 80535 SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ:

12/12/2000. STF, 2000. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=80535&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 85616 AM. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ:

24/10/2006. STF, 2006. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=85616&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 91675 PR. Relator: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 04/09/2007.

STF, 2007. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91675&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 90645 PE. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Menezes Direito. DJ: 11/09/2007. STF, 2007. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91675&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 70798 RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 14/12/1993. STF, 1993. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=70798&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 71723 SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ: 14/03/1995. STF, 1995. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=71723&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 72168 RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 28/03/1995. STF, 1995. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=72168&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 83592 RJ. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 10/02/2004. STF, 2004. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=83592&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 84078 MG. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 05/02/2009. STF, 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 84802 SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 19/10/2004. JusBrasil, 2005. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767037/habeas-corpus-hc-84802-sp/inteiro-teor-100483197>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 85209 SC. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 19/10/2004.

STF, 2005. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=85209&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 126.292 SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016.

STF, 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 26/06/2018.

STF. QUESTÃO DE ORDEM NO HABEAS CORPUS: HC 83173 QO SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 16/03/2004. STF, 2004. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=83173&classe=HC-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26/06/2018.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR: AgRg na MC 12493 SP.

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. DJ: 26/04/2007. STJ, 2007. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisa livre: AgRg na MC 12493. Acesso em 26/06/2018.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 313021 SP. Decisão Monocrática em pedido liminar: Ministro Francisco Falcão. Data da decisão: 22/12/2014. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=43422493&num_registro=201403439093&data=20150202> Acesso em 26/06/2018.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 85803 SP. Relator: Ministro Nunes Maia Filho. DJ:

21/02/2008. STJ, 2008. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisa livre: HC 85803. Acesso em 26/06/2018.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 91599 RO. Relator: Ministro Félix Fischer. DJ: 18/12/2007.

STJ, 2008. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Pesquisa livre: HC 91599. Acesso em 26/06/2018.