



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

JULIO CEZAR CUNHA

PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

Uberlândia – MG
2022

PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

Artigo científico apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

Orientador: Prof. Ms. *Karlos Alves Barbosa*

Uberlândia - MG
2022

À minha falecida mãe, que em vida sempre cuidou de mim e se esforçou para fornecer apoio e incentivo aos meus estudos. Apesar de não estar mais aqui para ver essa conquista, dedico tudo a você. Obrigado por tudo, sem você eu nada seria.

PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

Julio Cezar Cunha¹
Karlos Alves Barbosa²

Resumo: o presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade ou não de execução antecipada de pena (prisão) após condenação mantida ou proferida em segundo grau de jurisdição, através da perspectiva do princípio da presunção de inocência. No trabalho, será demonstrado criticamente, através da análise da jurisprudência, do ordenamento jurídico pátrio, dos tratados internacionais e das interpretações doutrinárias sobre como a vedação de prisão após a condenação em segunda instância se tornou o paradigma dominante atualmente no Supremo Tribunal Federal, sob a ótica de uma visão garantista naturalmente imposta pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: condenação em segunda instância; execução antecipada de pena; princípio da presunção de inocência.

Abstract: This paper aims to analyze the possibility or not of early sentence execution (prison) after conviction maintained or handed down in the second degree of jurisdiction, through the perspective of the innocence presumption principle. Through this work, it will be critically demonstrated, through the analysis of jurisprudence, the national legal system, international treaties and doctrinal interpretations on how the prohibition of imprisonment after conviction in the second instance has become the dominant paradigm currently in the Federal Supreme Court, under the perspective of a guarantor vision naturally imposed by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: conviction in second instance; early sentence execution; innocence presumption principle.

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Av. João Naves de Ávila, 2121, Campus Santa Mônica, bloco 3D, Uberlândia – MG, 38400-902. Contato: jcezarx97@gmail.com

2 Professor da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, Av. João Naves de Ávila, 2121, Campus Santa Mônica, bloco 3D, Uberlândia – MG, 38400-902. Contato: karlosalves@gmail.com

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	8
2.1. Origem histórica.....	8
2.2. Presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro.....	9
2.3. Desdobramentos do princípio de presunção de inocência.....	11
3. DEFINIÇÃO DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA.....	12
3.1. Diferença entre execução provisória de pena e execução antecipada de pena.....	12
3.2. Oscilações de entendimentos do STF.....	13
4. ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA.....	15
5. CONCLUSÃO.....	19
6. REFERÊNCIAS.....	20

1. INTRODUÇÃO

O tema de execução antecipada de pena após condenação em segundo grau de jurisdição sempre foi um assunto que dividiu opiniões dentro e fora do meio jurídico e acadêmico. Isso é evidenciado pelas diversas oscilações de entendimento das cortes superiores ao longo do tempo. Contudo, o tema se tornou ainda mais polêmico com prisão do ex-presidente Lula após sua condenação pelo TRF-4, dividindo as opiniões não apenas dos juristas e dos operadores do Direito, como também da sociedade civil e dos políticos.

De um lado, temos o sentimento de impunidade gerado pela liberdade dos supostos criminosos e do outro, a necessidade de cumprimento das normas constitucionais e dos princípios norteadores do Direito Processual Penal.

O STF, ao analisar o tema de maneira definitiva, decidiu pela impossibilidade de prisão após condenação em segunda instância com uma votação acirrada (6 votos a 5), o que demonstra que o entendimento acerca do tema não é plenamente unânime. Assim, o presente artigo busca solucionar essa divergência e apontar que a maioria do pleno do STF decidiu corretamente no final de 2019, quando julgou o mérito das ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54. Como será analisado, esse entendimento firmado condiz plenamente com o disposto na Constituição Federal (CF), no Código de Processo Penal (CPP) e com o princípio da presunção de inocência, que é um dos alicerces do sistema processual acusatório (adotado pelo Brasil e pelos demais países democráticos).

Muitas pessoas, movidas pelo sentimento de impunidade e com evidentes desejos políticos, inflaram o sentimento de ódio em relação ao STF e aos ministros que votaram conforme o entendimento dominante, isto é, pela impossibilidade de execução antecipada de pena após condenação em segunda instância. Diversos leigos do assunto criticavam o entendimento firmado no STF acerca do tema sem conhecer profundamente a questão ou sem nem sequer possuir conhecimento jurídico suficiente para tanto.

O presente trabalho se justifica pela necessidade de encontrar um entendimento justo acerca do tema, considerando tanto o ordenamento jurídico pátrio, quanto os tratados internacionais e também opiniões doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais. Esse estudo também é necessário tendo em vista a problemática em torno da discussão sobre o tema, afinal, gerou não apenas a já citada divisão de opiniões, como também o entendimento

dominante poderá repercutir na situação dos 4,9 mil presos³ que estão encarcerados após terem sido condenados em segunda instância, incluindo figuras importantes do cenário político brasileiro.

Através da análise minuciosa do tema, será demonstrado o motivo da impossibilidade de execução antecipada de pena após condenação em segunda instância e os motivos pelos quais o STF firmou entendimento nesse sentido no final de 2019. Da mesma maneira, é necessário também analisar e rebater os argumentos trazidos pelo outro lado da discussão, que clama pela necessidade de acabar com a impunidade imposta pela análise extremamente garantista das normas constitucionais.

Primeiramente, será conceituado e analisado o princípio da presunção de inocência – inclusive sob uma perspectiva histórica – com definições extraídas de doutrinas processuais penais. Em seguida, será definido o conceito de execução provisória e execução antecipada de pena (diferenciando as duas) e a sua relação com o referido princípio. Por fim, serão analisados os argumentos a favor e contra e ao final, será feito um apanhado geral de tudo o que foi exposto no artigo, com a consequente conclusão.

3 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10 fev. 2022

2. DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Na definição de Guilherme de Souza Nucci⁴ presunção de inocência “*significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado*”.

Para simplificar, o princípio da presunção de inocência, como o próprio nome já indica, determina que todas as pessoas são presumidas inocentes até que se prove o contrário, isto é, através do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Esse princípio é o alicerce do processo penal em todos os países democráticos nos tempos modernos. Porém, ao longo da história da humanidade, nem sempre existiu essa garantia processual.

2.1. Origem histórica

De acordo com Ferrajoli⁵, o princípio tem origem no Direito Romano, no qual o imperador Trajano escreveu a máxima “*é melhor ser considerado ruim, do que culpar um inocente*”. Contudo, na Idade Média, durante os julgamentos realizados pela Santa Inquisição, existia na prática uma presunção de culpabilidade, pois os acusados tinham que provar sua inocência em processos arbitrários em que inclusive não havia distinção entre o julgador e o acusador. Não é a toa que esse sistema processual penal é conhecido como Sistema Inquisitório.

Com o advento do Iluminismo e da disseminação dos ideais liberais, passou-se a difundir as garantias fundamentais, dentre elas, os direitos dos réus durante a persecução penal. Nas palavras de Cesare Beccaria⁶, um autor iluminista que teceu importantes comentários criminológicos:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo (...). Se o delito

4 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

5 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula et al. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

6 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou. (BECCARIA, p. 22, 2001)

Assim, no século XVIII, a presunção de inocência começou a ser difundida na Europa através dos ideais iluministas que foram adotados pelos países pouco a pouco. Um exemplo disso é na França, que, durante a Revolução Francesa, foi elaborada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁷, na qual previa, em seu artigo 9º: “*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.*”

Dessa maneira, a Revolução Francesa e os ideais iluministas serviram de base para todas as Constituições modernas nos países em que vigoram o Estado Democrático de Direito, como por exemplo, o Brasil atual.

2.2 Presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

No Direito brasileiro, esse princípio está positivado no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, que possui a seguinte redação: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. A partir da redação desse dispositivo legal, vamos tecer alguns comentários.

Na primeira parte da redação, está disposto “*ninguém será considerado culpado...*”, em outras palavras, todos serão considerados inocentes. Daí então que extrai-se o princípio da presunção da inocência (ou princípio da não culpabilidade), pois a inocência é presumida.

Em seguida temos “*...até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Entende-se por trânsito em julgado como a decisão judicial que não cabe mais recurso. Ou seja, é necessário que o réu tenha sido condenado e a sentença que o condenou não tenha sido recorrida e, caso tenha sido interposto recurso, este deverá ter percorrido as respectivas instâncias até que a condenação seja mantida de maneira definitiva. A outra hipótese seria no caso do réu ter sido absolvido em primeira instância, porém condenado nas demais instâncias. De todo modo, é necessária uma condenação de forma definitiva.

⁷ FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris: Imprensa Oficial, 1789. Disponível em <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 12 de fev. 2022.

Portanto, a conclusão óbvia que chegamos a partir da leitura do artigo é que todo indivíduo é considerado inocente até que chegue uma sentença ou acórdão que o condene de forma definitiva, esgotando-se todos os recursos a que o réu tenha direito. Consequentemente, se o indivíduo é considerado inocente, então ele não poderá ser preso até que esgote todas as vias recursais. Esse é o desdobramento lógico do princípio, da maneira como está positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, como será explanado posteriormente neste artigo, nem sempre as cortes superiores entenderam assim, ferindo tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional, que também espelha esse princípio.

Cabe observar também que o princípio da presunção da inocência é considerado cláusula pétrea (isto é, dispositivo constitucional que não pode ser abolido por emenda constitucional). Extrai-se essa conclusão a partir da leitura do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.” Como a presunção de inocência está prevista no art. 5º, que pertence ao Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, podemos tirar a conclusão de que se trata de uma cláusula pétrea.

Apesar do nosso Código de Processo Penal originalmente ter sido elaborado a partir de uma inspiração fascista, atualmente nele também está positivado o princípio da presunção de inocência em seu art. 283, que possui a seguinte redação: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”. Assim, o CPP espelhou a Constituição Federal ao impor que o réu seja tratado como inocente através do impedimento de sua prisão (como forma de pena), até o trânsito em julgado da condenação.

Com efeito, podemos citar também a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969⁸ (Pacto de São José da Costa Rica), que é um tratado internacional de Direitos Humanos que foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse tratado, em seu artigo 8º, 2, está disposto:

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o

8 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)

Portanto, podemos observar que o referido princípio está disposto não apenas na Constituição Federal, como também na legislação infraconstitucional (Código de Processo Penal), e também em legislação internacional da qual o Brasil é signatário e incorporou em seu ordenamento jurídico.

2.3 Desdobramentos do princípio de presunção de inocência

Segundo Aury Lopes Jr.⁹, o princípio da presunção da inocência pode ser desdobrado, de modo que se revela através de três dimensões: como norma de tratamento, como norma probatória e como norma de julgamento. Falaremos delas a seguir.

Como norma de tratamento, a presunção de inocência impõe que o réu seja tratado como inocente tanto internamente ao processo (através do uso das prisões cautelares como exceção, sendo proibida a execução antecipada da pena), quanto externamente ao processo, isto é, pela maneira como a sociedade trata o réu, sendo vedada qualquer tipo de exploração midiática em torno do réu. A prisão após condenação em segunda instância, objeto desse artigo, fere a presunção de inocência como norma de tratamento, pois ao prender o réu para executar sua pena, o trata de forma igual a quem foi condenado definitivamente.

Já como norma probatória, a presunção de inocência se revela através do ônus da acusação de afastar a inocência do réu através de provas lícitas, observando as determinações constitucionais, como por exemplo, o contraditório, ampla defesa e com provas produzidas ao longo do processo, e não com base apenas em atos investigatórios do inquérito policial.

Por fim, como norma de julgamento, o princípio se desdobra através do dever imposto ao juiz de utilizar as provas produzidas (cumprindo os parâmetros legais e constitucionais) para somente condenar o réu caso as provas produzidas pela acusação se tornem suficientes, de modo a afastar qualquer dúvida razoável, no chamado “*standard probatório*”.

Feitas essas observações a respeito do princípio da presunção de inocência, passemos agora para a análise da execução antecipada de pena, assunto que está intimamente relacionado ao já explicado princípio.

9 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

3. DEFINIÇÃO DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA

3.1. Diferença entre execução provisória de pena e execução antecipada de pena

O art. 1º da Lei de Execução Penal traz a seguinte definição: “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Para explicar de uma maneira simples: quando um indivíduo é condenado em um processo criminal e posteriormente, essa condenação transita em julgado, inicia-se a execução da pena, ou seja, o indivíduo será preso e cumprirá a pena imposta. Contudo, faz-se necessário diferenciar os conceitos “*execução provisória de pena*” e “*execução antecipada de pena*”.

Pode acontecer, por exemplo, de um réu encontrar-se preso antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, no caso de prisão cautelar (mais especificamente, de prisão preventiva). Nesse caso, com o decorrer do tempo da prisão em regime fechado, o indivíduo poderá pleitear benefícios da execução penal, como a progressão de regime, por exemplo. Para isso, no entanto, é necessário que se inicie a execução penal antes mesmo da sentença condenatória transitar em julgado. Isso é plenamente possível e é o que chamamos de *execução provisória de pena*.

De outro modo, não podemos confundir com *execução antecipada de pena*. Conforme a diferenciação feita por Rodrigo Duque Estrada Roig¹⁰, esta ocorre quando há a decretação de prisão como forma de pena antes do trânsito em julgado da condenação de réus que se encontrem soltos durante o processo. Em outras palavras, é a famigerada prisão após condenação em segunda instância. Esse conceito é o tema objeto do presente artigo.

Tal tipo de prisão (execução antecipada de pena) não é permitida a partir da análise não só dos dois dispositivos mencionados anteriormente – o art. 5º, inciso LVII da Constituição (princípio da presunção de inocência) e o art. 283 do Código de Processo Penal (modalidades de prisão) – como também da própria Lei de Execução Penal, que dispõe em seu 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*”. O dispositivo está no mesmo sentido que os outros, pois condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

10 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

3.2. Oscilações de entendimentos do STF

Como nos explica Renato Marcão¹¹, inicialmente, o STF admitia a execução antecipada de pena após condenação em segunda instância e, no mesmo sentido, o STJ editou a Súmula n° 267, a seguir transcrita: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”

Porém, o STF, em 2009, ao julgar o HC n° 84.078/MG¹², mudou seu entendimento ao decidir pela impossibilidade desse tipo de execução de pena, exceto nos casos em que o réu estiver preso preventivamente, para fins de progressão de regime, como já explicamos no início deste tópico.

Com efeito, na vigência desse entendimento, só poderia ser executada provisoriamente a pena caso estivesse pendente o julgamento de Recurso Especial (dirigido ao STJ) ou Recurso Extraordinário (dirigido ao STF) e o réu estiver preso em razão de prisão preventiva. Esse entendimento é o correto, de acordo com o princípio da presunção de inocência, pois a inocência só deixa de ser presumida quando ocorre o trânsito em julgado de condenação, permitindo, somente assim, a prisão.

Entretanto, o STF regrediu seu entendimento em 2016, quando julgou o HC n° 126.292/SP¹³, erroneamente decidindo pela possibilidade de execução antecipada de pena enquanto pendente recurso especial ou extraordinário, mesmo que ausentes os requisitos para decretação de prisão preventiva. Nesse julgamento bastante acirrado (por 7 votos a 4) votaram contra a execução antecipada e foram vencidos os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Já os ministros vencedores foram: Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

No mesmo ano, quando o STF analisou os pedidos liminares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n° 43 e 44, foi decidido no mesmo sentido. Essas ações buscavam declarar a constitucionalidade do já citado art. 283 do Código de Processo Penal e a

11 MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 84.078/MG**. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 5-2-2009. Disponível em: <>. Acesso em: 17 fev. 2022

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 126.292/SP**, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17-2-2016..

maioria dos ministros acordaram que referido artigo não impede a execução antecipada de condenação mantida ou proferida em segundo grau de jurisdição.

Por fim, em 2019, o pleno do STF decidiu de maneira definitiva no julgamento do mérito das ADCs 43, 44 e 54, no qual acertadamente entendeu pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal e, conseqüentemente, pela impossibilidade de execução antecipada de pena em razão de condenação em segunda instância, consolidando o entendimento acerca do tema.

Assim como no julgamento que definiu o entendimento anterior no Habeas Corpus nº 126.292, a votação foi ainda mais acirrada, por 6 votos a 5. Votaram majoritariamente pela constitucionalidade do art. 283 os ministros Marco Aurélio (relator), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e o então presidente do STF, Dias Toffoli, que desempatou e determinou a decisão final. Foram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

A decisão teve efeito “*erga omnes*” e com efeito vinculante, ou seja, deve ser observada em todas as instâncias. Vale ressaltar que aqueles que estão presos sob a forma de prisão preventiva continuarão encarcerados. Como já mencionado na introdução desse artigo, os dados do CNJ revelam que cerca de 4,9 mil pessoas estão presas após condenação em segunda instância e a recente decisão do STF poderá afetar essas prisões. Porém, cabe a cada juiz analisar cada caso específico, e aqueles que porventura não serão soltos, deverão ter suas prisões convertidas em prisão preventiva.

4. ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA

Como já mencionado na introdução deste artigo, o presente tema é bastante polêmico e gerou intensas discussões, tanto no ambiente acadêmico quanto no judiciário e também na opinião popular. Analisaremos aqui os principais argumentos de ambos os lados e externando nosso posicionamento quanto ao tema.

Primeiramente, conforme já explicado anteriormente, a garantia da presunção de inocência está disposta no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal e, por ser uma norma de hierarquia superior, vinculou as demais normas inferiores no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, o Código de Processo Penal espelhou o princípio no art. 283, através da sua relação com as modalidades de prisão. Do mesmo modo, a Lei de Execução Penal o revelou no seu art. 105, condicionando a expedição de guia de recolhimento para a execução penal com o trânsito em julgado da sentença.

Portanto, é imperioso observar que tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional vincula a prisão (como consequência do princípio da presunção de inocência como norma de tratamento) ao trânsito em julgado de sentença condenatória. Assim, não cabe aos magistrados – mesmo que do STF – inovar e restringir direitos fundamentais através de decisões equivocadas que ferem a Constituição Federal e as demais leis. Como bem observa Aury Lopes Jr.¹⁴:

O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas (...). O STF não pode ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco do que é dizer-qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática.

Quando o STF julgou o já mencionado HC nº 126.292/SP (no qual foi decidido pela possibilidade de execução antecipada de pena), a maioria dos ministros que votaram nesse sentido utilizaram como argumento o princípio da efetividade jurisdicional em detrimento do princípio da presunção de inocência. Porém, tal tese não merece prosperar, pois, como explica

14 LOPES JÚNIOR, op. cit., p.902.

Silveira¹⁵, a efetividade jurisdicional é dever do Estado e um direito de todo cidadão, ao passo que, para atender ao clamor social por justiça, a relativização de princípios constitucionais fere diretamente o Estado Democrático de Direito, além de causar insegurança jurídica.

Alguns ministros também sustentaram que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo, efeito este presente apenas no recurso de apelação, garantindo assim o duplo grau de jurisdição. Porém, tal tese é rebatida por Aury Lopes Jr.,¹⁶ que afirma:

E a ausência de efeito suspensivo desses recursos? Primeiramente não guarda qualquer relação de prejudicialidade com o conceito de trânsito em julgado (marco exigido pela Constituição para o fim da presunção de inocência). Em segundo lugar, é mais um civilismo fruto da equivocada adoção da teoria geral do processo, que desconsidera as categorias jurídicas próprias do processo penal e também a eficácia constitucional de proteção que inexiste no processo civil.

Outro argumento usado pelos ministros vencedores é a pequena quantidade de recursos extraordinários providos pelo STF. De acordo com os dados trazidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski, desde 2006, 25,2% de recursos criminais foram providos e 3,3% foram providos parcialmente. O então ministro Celso de Mello utiliza esses dados trazidos e rebate, dizendo que basta um recurso ser provido para que a execução antecipada de pena se revele como abominável, do ponto de vista da segurança jurídica.

Além disso, concordamos nesse ponto com Aury Lopes Jr.¹⁷, que afirma que é falacioso o argumento de que o número de sentença e acórdãos modificados em grau de recurso especial e extraordinário é insignificante, pois, segundo ele:

(...) Os dados trazidos pelas defensorias públicas de SP, RJ e da União (quando do julgamento do HC 126.292 e das ADC's) mostram um índice altíssimo (em torno de 46%) de reversão de efeitos. Para compreender essa taxa de reversão é preciso ter um mínimo de “honestidade” metodológica, pois não se pode usar como argumento de busca apenas as palavras “recurso especial” e “absolvição”. É preciso considerar os agravos em REsp e REExt, os agravos regimentais, embargos declaratórios com efeitos infringentes e, principalmente, o imenso número de habeas corpus substitutivos. Além da absolvição, deve-se considerar outras decisões da maior relevância, como:

15 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Parecer sobre o habeas corpus 126.292/SP**. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-presuncao-inocencia-final.pdf>> Acesso em 21 fev. 2022.

16 LOPES JÚNIOR, 2021, loc. cit.

17 Ibid., p. 903.

redução da pena, mudança de regime, substituição da pena, anulação do processo, reconhecimento de ilicitude probatória, mudança da tipificação/desclassificação, enfim, vários outros resultados positivos e relevantes que se obtêm em sede de REsp e RExt e que mostram a imensa injustiça de submeter alguém a execução antecipada de uma pena que depois é significativamente afetada.

Como bem observa o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto no HC, o Brasil possui a quarta maior população de presos (600 mil encarcerados), perdendo apenas para os Estados Unidos, China e Rússia. Desses 600 mil, 40% (240 mil presos) são presos provisórios. Dessa forma, segundo ele, a decisão de aceitar a execução antecipada de pena acrescentaria dezenas ou centenas de milhares de presos, agravando a já então crise do sistema carcerário brasileiro.

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr.¹⁸ afirma que existe um paradoxo pois o STF reconheceu na ADPF 347¹⁹ a existência do chamado “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro. Contudo, mesmo assim admitiu (ainda que em determinado momento), a execução antecipada de pena, gerando um impacto gigantesco no número de presos provisórios e consequentemente, piorando o sistema prisional.

Ainda no julgamento do mesmo HC, alguns ministros fundamentaram seus votos sob o argumento de que esse tipo de execução seria viável para combater a impunidade, pois evitaria a prescrição punitiva, afinal, é comum a defesa interpor diversos recursos aos tribunais superiores para se chegar à prescrição. Para solucionar esse problema, Nucci²⁰ afirma que o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) introduziu no Código Penal o inciso III do art. 116, que determina a suspensão da prescrição quando interposto esse tipo de recurso:

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

II - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis;

18 Ibid., p. 903/904.

19 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015, Info 798. Disponível em: <>. Acesso em: 24 fev 2022

20 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

O mesmo autor²¹ também sugere uma solução para o caso, através da edição de uma Emenda Constitucional que especifique que o trânsito em julgado ocorre em segunda instância, transformando os recursos especiais e extraordinários em ações rescisórias. Discordamos, nesse ponto, do referido autor, afinal, já explicamos anteriormente no Item 2.2 deste artigo que este dispositivo constitucional é uma cláusula pétrea e, portanto, não pode haver emendas constitucionais tendentes a restringi-lo.

Muito se tem falado também na opinião popular sobre a impunidade gerada a partir desse tipo de análise, ainda mais em programas televisivos que incitam a população a ter uma visão criminológica extremamente punitivista. Porém, o que os leigos não entendem é que é a nossa Constituição Federal que determina a análise garantista de todo o processo penal.

Em 2019, quando o STF mudou de entendimento e determinou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a consequente proibição da prisão após condenação em segunda instância, muitos se revoltaram e proferiram discursos de ódio em relação aos ministros que votaram nesse sentido. Contudo, os ministros não devem ser culpados pois eles são obrigados a observar e cumprir os ditames da Constituição Federal, afinal, o STF é considerado seu guardião máximo e não cabe aos seus ministros responder aos anseios populares, mas sim cumprir a Constituição na qual incumbidos de proteger.

21 Ibid. p. 1013

5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, podemos concluir que a execução antecipada de pena é incabível perante a análise das normas vigentes em nosso ordenamento jurídico, tanto no nível infraconstitucional (Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal), quanto no nível supralegal (Pacto de São José da Costa Rica) e também na própria Constituição Federal, em consonância com a interpretação e aplicação do princípio da presunção de inocência.

Temos que levar em conta todo o processo histórico da conquista desse direito fundamental. A nossa Constituição Federal foi promulgada em 1988, no contexto do fim da ditadura civil-militar. Naquela época, buscava-se cravar os direitos fundamentais sob proteção máxima e vinculá-los ao futuro, com o objetivo de que ninguém pudesse aboli-los (daí então que surgiu as cláusulas pétreas). Durante a ditadura, era comum que opositores ao governo fossem alvos de prisões arbitrárias, nas quais os direitos processuais eram violados, como por exemplo, a presunção de inocência. Foi justamente por esse motivo que o legislador constituinte buscou positivar esse direito na nossa Carta Magna e inseri-lo no rol de direitos fundamentais que não podem ser alvos de emendas constitucionais.

Dessa forma, o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental que, de acordo com as regras constitucionais, não pode ser abolido ou restringido por emendas constitucionais. Seguindo o mesmo raciocínio (a partir de uma interpretação teleológica), se não é possível mudá-lo por emendas constitucionais tendentes a aboli-lo ou restringi-lo, também não podemos restringi-lo em interpretações aplicadas em processos penais, pois a intenção do legislador constituinte foi de protegê-lo a todo custo.

Qualquer entendimento contrário – seja de pessoas leigas, juristas, juízes e até mesmo de ministros do STF – fere o Estado Democrático de Direito, pois viola não apenas a Constituição, como também toda uma consolidação de direitos fundamentais que foram conquistados ao longo da história da civilização humana. A presunção de inocência é a base do processo penal em todos os regimes democráticos ao redor mundo e a sua negação é um retrocesso incalculável e inconcebível. Não podemos de maneira alguma restringir direitos fundamentais conquistados com suor e sangue por nossos antepassados na História, sob nenhuma justificativa, seja ela jurídica, política ou em nome do combate à impunidade.

6. REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10 fev. 2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em 25 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 43/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346484626&ext=.pdf>> . Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 44/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 54/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949506&ext=.pdf>> . Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N° 347/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015, Info 798. Disponível em: <>. Acesso em: 24 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 84.078/MG** Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 5-2-2009, DJe n. 035, de 26-2-2010, Informativo STF n. 534.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 126.292/SP**, Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17-2-2016. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula et al. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris: Imprensa Oficial, 1789. Disponível em <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 12 de fev. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Parecer sobre o habeas corpus 126.292/SP**. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-presuncao-inocencia-final.pdf>> Acesso em 21 fev. 2022.