

ESTADO DE MATO GROSSO
SECRETARIA DE ESTADO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE CIÊNCIAS AGRÁRIAS E HUMANAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

MAX JOSÉ CAMPOS MORAIS

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O CUMPRIMENTO DA
PENA APÓS CONDENAÇÃO EM INSTÂNCIA DE SEGUNDO GRAU:
*HC 126.292/2016.***

MAX JOSÉ CAMPOS MORAIS

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O CUMPRIMENTO DA
PENA APÓS CONDENAÇÃO EM INSTÂNCIA DE SEGUNDO GRAU:
*HC 126.292/2016.***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção de grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Joacir Mauro da Silva
Junior.

MAX JOSÉ CAMPOS MORAIS

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O CUMPRIMENTO DA
PENA APÓS CONDENAÇÃO EM INSTÂNCIA DE SEGUNDO GRAU:
*HC 126.292/2016.***

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Joacir Mauro da Silva Junior.
Orientador e Presidente da Banca

Prof.^a M^a. Stefânia Fraga Mendes
Examinadora

Prof. Esp. Fernando Henrique Viola de Almeida
Examinador

Pontes e Lacerda, MT ____ de _____ 2018.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família e a todos que contribuíram direta ou indiretamente na minha formação acadêmica.

“(...) O legislador criminal brasileiro, sem o mínimo cuidado, está mexendo tanto em nossas leis, que elas, já cegas, rondam sem rumo pelo caminho da confusão e da desproporcionalidade, tropeçando em seus próprios erros.”

Damásio Evangelista de Jesus

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade de realizar mais um sonho, que é a conclusão desta graduação em Direito.

Agradeço a minha Mãe Marta Cristo Campos e meu Pai José Ney Moraes, por tudo o que incansavelmente fizeram por mim e por terem me educado da melhor maneira possível.

Agradeço as minhas colegas de classe: Elizane Lopes, Beatriz Carvalho, Beatriz Rabelo, Jéssica Braz e Rosiana Masjione pela convivência, amizade e atenção ao longo desses cinco anos.

Agradeço a minha colega de trabalho Valéria de Jesus pelo incentivo e força durante esta jornada.

Dedico agradecimentos ainda a todos os Professores que se fizeram presentes no decorrer do curso e em especial aos Professores: Joacir Mauro da Silva Junior, que gentilmente se propôs a me orientar, a Stefânia Fraga Mendes e Fernando Henrique Viola de Almeida por terem aceitado o convite para compor a banca examinadora.

Muito obrigado a todos!

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise crítica sobre aplicabilidade do princípio da presunção de inocência e o cumprimento de sentença após condenação em segundo grau de jurisdição, e para tanto, propõe-se a discutir a presunção de inocência diante do instituto da execução antecipada da pena sobre o *Habeas Corpus* 126.292 de São Paulo, julgado em 17 de fevereiro de 2016. O Supremo Tribunal Federal adotou o polêmico entendimento de que, após a decisão que condene o acusado em segundo grau de jurisdição, este pode ser preso, passando a cumprir pena, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Este tema está distante de um consenso jurisprudencial e doutrinário, portanto ao analisar o *HC 126.292/2016* busca-se compreender os argumentos utilizados pelos Ministros do STF que decidiram sobre a possibilidade de cumprimento de pena após condenação em Instância de Segundo grau. O diálogo entre lei, doutrina e jurisprudência se faz necessário para compreendermos o assunto. A metodologia de pesquisa adotada é a qualitativa, uma vez que, para obter os objetivos propostos faz se uma análise empírica jurisprudencial do *habeas corpus*.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção de Inocência – Condenação – Acusado - Instância de Segundo Grau - *HC 126.292/2016*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
 CAPÍTULO I - O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NO DECORRER DO TEMPO	11
1.1. O Princípio da Presunção de Inocência no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	13
 CAPÍTULO II – O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O CUMPRIMENTO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM INSTÂNCIA DE SEGUNDO GRAU: HC 126.292/2016	16
2.1. O Voto do Ministro Teori Zavascki	22
2.2. O Voto do Ministro Edson Fachin.....	26
2.3. O Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	27
2.4. O Voto da Ministra Rosa Weber	31
2.5. O Voto do Ministro Luiz Fux	32
2.6. O Voto da Ministra Cármen Lúcia	33
2.7. O Voto do Ministro Gilmar Mendes	34
2.8. O Voto do Ministro Marco Aurélio.....	35
2.9. O Voto do Ministro Celso de Mello	36
2.10. O Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	38
 CAPÍTULO III – A OSCILANTE TRAJETÓRIA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM INSTÂNCIA DE SEGUNDO GRAU	40
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade é garantia fundamental do acusado em qualquer processo, especialmente do penal. A legislação brasileira, sob a influência liberal do constitucionalismo ocidental, consagrou a presunção de inocência na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII dispondo que “*Ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado de sentença penal condenatória*”.

Considerando a Constituição Federal como legitimadora do sistema jurídico, será realizada uma análise crítica, no que se refere à aplicabilidade do princípio da presunção de inocência e o cumprimento de sentença após condenação em segundo grau de jurisdição. Para tanto, será analisada a decisão proferida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal diante do *Habeas Corpus* 126.292/2016.

A justificativa principal deste trabalho é discutir se a decisão proferida pelo STF é inconstitucional, no que se refere à possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Faz-se necessário responder os seguintes questionamentos:

A execução antecipada da pena em segundo grau de jurisdição viola o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal?

A decisão dada ao *HC* 126.292/2016 configura uma afronta ao artigo 5º, inciso LVII ou uma manutenção dos direitos fundamentais já conquistados?

Quais foram os argumentos apresentados pelos Ministros do STF em seus votos?

Para tratar das questões deste estudo e atingir os objetivos propostos, adotou-se o método qualitativo, isto é, partindo da investigação qualitativa que recolhe os discursos completos dos sujeitos, para proceder então com a sua interpretação, analisando as relações de significado que se produzem em determinada cultura ou ideologia.

A investigação parte-se da análise jurisprudencial, subsidiada com a lei e a doutrina, a fim de averiguar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

A pesquisa foi realizada por meio do site oficial do Supremo Tribunal Federal (<http://portal.stf.jus.br/>). Em seguida, é possível verificar o link “jurisprudência” e em pesquisa digitou-se “HC 126292 SP 2016”. Este é o link de acesso do processo eletrônico: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>.

Para um melhor desenvolvimento, o trabalho foi estruturado em três capítulos e estes em subcapítulos, de modo a permitir a sequência lógica da exposição e a abordagem da temática proposta.

O Capítulo I tratará: A Presunção de Inocência como Garantia Fundamental no Decorrer do Tempo. O Capítulo II abordará: O Princípio da Presunção de Inocência e o Cumprimento de Pena Após Condenação em Instância de Segundo Grau: *HC 126.292/2016*. E o Capítulo III mencionará sobre: A Oscilante Trajetória Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a Execução da Pena Após Condenação em Instância de Segundo Grau.

CAPÍTULO I

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NO DECORRER DO TEMPO

Em se tratando do princípio da presunção de inocência, se faz necessário realizar uma digressão histórica para melhor compreendermos a evolução desse instituto e sua relevância no decorrer do tempo.

O princípio da presunção de inocência, advém do sistema *commonw law*,¹ que se instituiu entre os postulados fundamentais que contribuíram para a reforma de um sistema processual repressivo durante a revolução liberal do século XVIII.

Em 1789 surgiu na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com objetivo de combater abusos e exageros cometidos pelo poder do Estado. Sobre o princípio da presunção de inocência, o *artigo 9º* desta declaração estabeleceu que “*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*”.

Com o advento da Revolução Francesa, o pensamento jurídico-liberal trouxe consigo o princípio da presunção de inocência enraizado com o princípio do devido processo legal.

Neste sentido assevera Rangel (2016, p.23):

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental surgiu à necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço queria sua condenação, presumindo-o como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o marco inicial para a positivação da presunção de inocência que logo foi ramificada pelo caráter liberal e democrático. O julgador ao agir com neutralidade ou imparcialidade no julgamento dos cidadãos conseguiu aplicar tal princípio conforme dita a lei. Diante dessa positivação, houve

¹ Civil Law e Common Law são sistemas jurídicos utilizados nos países. O princípio da presunção de inocência sob o ponto de vista de regra de prova e como regra de tratamento tem origem nesses sistemas.

uma real inversão da presunção de culpa que dominava o processo penal, passando a ser priorizada a presunção de inocência do cidadão.

Lopes Junior (2016, p.184-186) explica-nos que:

A presunção de inocência remonta ao Direito Romano, mas foi seriamente atacada e até mesmo invertida na inquisição da idade média. Na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova que comportava um juízo de semiculpaabilidade semicondenação a uma pena leve.

A presunção de inocência surgiu para assegurar ao acusado garantias de defesa técnica, oposto da presunção da culpabilidade, evitando assim, como na inquisição, o uso da tortura para obter a confissão e a condenação, contrários aos fundamentos constitucionais.

Perante a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no decurso do processo legal, todo cidadão deve ser tratado com dignidade, sem que haja condições que o equipare como culpado. O princípio da presunção de inocência foi criado para que se evitasse os abusos e maus-tratos aplicados contra o condenado, reafirmando sua dignidade e liberdade.

Em 10 de dezembro de 1948, surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) que foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) com o objetivo de positivar normas disciplinadoras com relação à dignidade da pessoa humana. Entre os seus ideais estavam à igualdade, a liberdade e a fraternidade entre os homens.

O princípio da presunção de inocência se institui no artigo XI da Declaração Universal dos Direitos do Homem dispondo que:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no que lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Este princípio assegura a tutela jurisdicional por parte do Estado que, por meio de um julgamento público legal e efetivo estabelece garantias necessárias à defesa do acusado.

Batisti (2009, p. 33) nos fala que, por mais que a Declaração Universal dos Direitos do Homem tenha sido proclamada em Assembleia Geral da ONU, há doutrinadores que sustentam o entendimento de que ela não tem força coativa, alegando que os países só se obrigam quando signatários de Tratados e Convenções. De certo modo, este argumento se sustenta, visto que o texto da Declaração de 1948 se propôs a tratar de um “ideal comum pela qual todos os povos e nações devem *esforçar-se...*”. Sendo assim, entende-se que os países assumem um compromisso de respeitar os direitos enunciados pela Declaração. Na

Declaração Universal da Assembleia Geral da ONU, a presunção de inocência já foi confundida ao devido processo legal, o que talvez explique a dificuldade de se determinar exatamente o que é presunção de inocência.

Em 1950, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem dispôs em seu artigo 6º, n. 2 sobre o princípio da presunção de inocência, estabelecendo que *“Qualquer pessoa acusada de uma infração penal deverá ser presumida inocente até provada da sua culpabilidade de acordo com a lei”*.

Quanto aos direitos do homem, o direito europeu visa assegurar em nome dos valores comuns e superiores do Estado à proteção dos interesses dos indivíduos. Com a ideia de ordem comum, passou a dar plenos efeitos aos direitos e liberdade da pessoa.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque aprovado pela ONU em 16/12/1966, reafirma o direito à presunção de inocência em seu artigo 14.2 estabelecendo garantias mínimas em favor de toda pessoa acusada pela prática de um delito.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aprovada em 22 de novembro de 1969, basicamente reproduziu o que dispunham o Pacto de 1966, ditando em seu artigo 8º que *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”*

No dia 06 de novembro de 1992, o Brasil ratificou o Pacto de São José da Costa Rica, reafirmando a proteção aos direitos fundamentais à pessoa humana. As principais garantias fundamentais preconizadas na Constituição Brasileira tiveram influência dessa declaração.

Nos documentos internacionais mencionados, é notória a indissociável relação entre o princípio da presunção de inocência e os direitos humanos. O princípio da presunção de inocência assegura a garantia dos direitos humanos, proporcionando ao acusado o direito de se defender por todos os meios legais assegurados pela ordem jurídica.

1.1. O Princípio da Presunção de Inocência no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A Constituição Brasileira estabelece em seu artigo 5º, inciso LVII, *que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, consagrando assim, o princípio da presunção de inocência ou o princípio da não culpabilidade como um dos princípios norteadores do Estado de Direito e garantia processual penal.

O princípio da presunção de inocência é garantia fundamental do acusado em qualquer processo. Este princípio prevê que toda pessoa acusada deve ser considerada inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e, portanto, entende-se por trânsito em julgado, a situação em que não há mais possibilidade de apresentar recursos especial e extraordinário nas Instâncias Superiores.

No dispositivo constitucional, a presunção de inocência não vem descrita de forma expressa, deixando transparecer uma lacuna quanto à verdadeira amplitude do princípio, o que dá margem as variadas interpretações apresentadas pelos juristas.

Para Silva (1997, p.49):

Como consequência direta do princípio do devido processo legal, instalou-se na doutrina e nas legislações o denominado princípio da presunção de inocência. Por isso, na nossa Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (Art. 5º, inciso LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado... Não se impede, assim que, de maneira mais ou menos intensa, seja reforçada a presunção de culpabilidade com os elementos probatórios colhidos nos autos de modo a justificar medidas coercitivas contra o acusado.

Os doutrinadores mencionam o princípio da presunção de inocência, ora como tema do direito penal, ora como tema do direito processual penal, não havendo uma uniformização de posicionamento.

Jesus (2005, p. 11) “considera-o como um dos princípios fundamentais do direito penal”.

Teles (2004, p. 90-91) “menciona-o como um dos princípios constitucionais do direito penal, embora reconheça que sua incidência se dá preponderadamente no campo do direito processual”.

Mirabete (2003, p. 40-50) “não o menciona como um dos princípios do processo penal, embora enumere vários deles”.

Capez (2006, p.44) destaca que:

Na sua longa lista de princípios informadores do processo, ao se referir sobre o estado de inocência há de se considerar três aspectos: O momento da instrução processual; da avaliação da prova e o paradigma de tratamento do imputado.

Para Barroso (2009, p. 82):

A Constituição tem o poder sobre a validade e a interpretação de normas, bem como sobre a produção legislativa na matéria, impondo ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas e impedindo a criminalização de outras.

A Constituição é o fundamento de legitimidade do sistema jurídico. Portanto, a validade da norma legal dependerá da sua conformidade constitucional, que deve ser entendida em seu conjunto de valores principiológicos.

Lopes Junior (2010, p. 10) lecionada que:

A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. É o que denominamos instrumentalidade garantista.

Ao analisar a doutrina e a jurisprudência, verifica-se que a presunção de inocência pode ser compreendida como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo. Sendo que, como norma de tratamento compreende aos tratamentos dispensados aos investigados e acusados, no que se refere a direitos e garantias processuais integrantes do devido processo legal – a legalidade e a imparcialidade do órgão jurisdicional, a atos processuais. Como norma probatória à abrangência do campo específico da norma constitucional, voltada a determinar quem deve provar e por meio de que espécie de prova. E como norma de juízo, a presunção de inocência está relacionada aos atos utilizados para se verificar o material probatório produzido para a construção da convicção judicial.

A tarefa de propor uma linha de compreensão para o princípio da presunção de inocência é dificultada pela interrelação com outros princípios, correndo até mesmo o risco de estabelecer noções que ultrapassem o princípio e adentrem as áreas de outros.

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O CUMPRIMENTO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM INSTÂNCIA DE SEGUNDO GRAU: *HC 126.292/2016*

Em 17 de fevereiro 2016, o Supremo Tribunal Federal analisou o pedido de *HC 126.292* que resultou na mudança de posicionamento por parte dos Ministros com relação à execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau. E com isso, provocou inúmeras discussões a respeito do resultado do julgamento, pois, a Corte do Supremo decidiu que após a condenação em segundo grau, o acusado já pode ser preso e cumprir sua pena.

Em precedente anterior, no dia 05 de fevereiro de 2009, ao julgar o *HC 84.078* o Supremo Tribunal Federal entendeu que a prisão, mesmo após condenação em Instância de Segundo Grau, só poderia ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Neste *habeas corpus*, o paciente *Omar Coelho Vitor* foi denunciado pela prática de crime tipificado pelo artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código penal. O Tribunal do Júri acolheu a tese de homicídio privilegiado e condenou o acusado a 3 anos e 6 meses de reclusão. Diante da apelação do Ministério Público, o réu foi levado a novo júri, o qual o condenou em 7 anos e 6 meses de reclusão. Antes da subida do Recurso Especial (REsp) ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Ministério Público de Minas Gerais pediu ao Tribunal de Justiça daquele estado a decretação da prisão. O caso foi levado ao STF a onde prevaleceu à tese de que a prisão de Omar Coelho Vitor, antes de sentença condenatória transitada em julgado, seria uma afronta ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Sobre o tema importa destacar o posicionamento jurisprudencial:

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. 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 delinquente". 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, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52 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.

STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).²

Neste caso, prevaleceu a decisão de que a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória violaria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Tratemos agora, sobre o HC 126.292/2016. Diante da decisão do STF sobre este *habeas corpus*, criou-se certa mobilização no cenário jurídico que propiciou debates acalorados e posições diversas sobre o assunto. Há aqueles que digam que a decisão do STF viola o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. E há aqueles que concordam com a

²<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777?ref=juris-tabs>. Acesso em 14 de outubro de 2018.

decisão do STF, alegando a necessidade de se ter um equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal.

Vejam-se a ementa do julgado:

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 Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).³

Neste pedido de *habeas corpus*, o acusado Márcio Rodrigues Dantas havia sido condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, em Primeira Instância pela prática de crime de roubo majorado (art.157, § 2º, I e II do CP). O juiz de primeiro grau decidiu que o acusado recorresse em liberdade. Inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o acusado. O acusado impetrou o pedido de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar em decisão, assim fundamentada:

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, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).⁴

Por fim, o acusado interpôs novamente *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal, sendo negado provimento. A decisão ocorreu da seguinte maneira: sete Ministros votaram contra a concessão do *habeas corpus*, os quais foram eles: Teori Zavascki, relator do

³ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseAcordaos>. Acesso em 14 de outubro de 2018.

⁴ https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201403439093&dt_publicacao=02/02/2015. Acesso em 14 de outubro de 2018.

processo, Dias Toffoli, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. E quatro Ministros votaram a favor da concessão do *habeas corpus*, sendo eles: Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Após a fundamentação, trata-se agora de analisar os posicionamentos dos Ministros do STF diante do *HC 126.292/2016* e explorar os argumentos/fundamentos trazidos por eles, que provocaram a reviravolta no entendimento já pacificado anteriormente pela Corte sobre a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.

Para uma melhor compreensão dos argumentos apontados pelos Ministros em seus votos, segue abaixo o roteiro de análise do *habeas corpus*.

Ministro Teori Zavascki
Argumentos: a) O alcance do princípio da presunção de inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também a sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. b) O STF decidiu nas ACDs 43 e 44 que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em Segunda Instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade. c) Os recursos extraordinários têm a sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. d) Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10).
Decisão: Denegou a ordem. Autorizou a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.
Páginas do Acórdão: 4 a 19
Ministro Edson Fachin
Argumentos: a) O Ministro conclama aqueles que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu, para dizer que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual, apenas depois de esgotadas as Instâncias Extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. b) A finalidade que a Constituição persegue não é de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional, com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto;
Decisão: Denegou a ordem. Autorizou a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.
Páginas do Acórdão: 20 a 26
Ministro Luís Roberto Barroso
Argumentos: a) O Ministro estruturou seu voto em três partes: I- Delineamento da controvérsia. II- Fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau. III - Fundamentos pragmáticos para o novo entendimento.

b) A prisão após condenação em segundo grau: (I) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (II) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (III) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

c) Impossibilitar a execução da pena após condenação de segundo grau produziu consequências negativas para o sistema de justiça criminal. Tal decisão funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios.

d) Reforçou a seletividade do sistema penal, no sentido de que a ampla e quase irrestrita possibilidade de recorrer em liberdade caberia aos réus mais abastados.

e) A mutação constitucional se trata de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou uma nova percepção do Direito, uma releitura do que dever ser considerado ético e justo.

f) A nova orientação do STF reduzirá a infundável interposição de recursos inadmissíveis; Restabelecendo o prestígio e a autoridade das Instâncias Ordinárias, algo que há muito tempo se perdeu no Brasil.

Decisão: Denegou a ordem. Autorizou a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.

Páginas do Acórdão: 27 a 54

Ministra Rosa Weber

Argumentos:

a) Proteção ao princípio da segurança jurídica.

b) A revisão jurisprudencial não se deve ocorrer apenas por mudança na composição dos membros da Corte.

Decisão: Concedeu a ordem. Foi contra a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.

Páginas do Acórdão: 55 a 57

Ministro Luiz Fux

Argumentos:

a) O princípio da presunção de inocência tem origens históricas, que define que uma pessoa é considerada inocente até que se prove sua culpa.

b) Compreende que a presunção de inocência é o que dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – “*Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada*”.

c) A interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social. A sociedade não aceita mais essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer.

Decisão: Denegou a ordem. Autorizou a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.

Páginas do Acórdão: 58 a 60

Ministra Cármen Lúcia

Argumentos:

a) O esgotamento da fase de produção e apreciação de prova em segundo grau de jurisdição não impede a aplicação da pena.

b) As consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não

afeta o princípio da presunção de inocência estabelecido inclusive em documentos internacionais.
Decisão: Denegou a ordem. Autorizou a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.
Páginas do Acórdão: 61 a 62
Ministro Gilmar Mendes
Argumentos: a) Os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo. b) Aplicando-se a condenação em Instâncias Ordinárias, tem-se a afirmação de que o réu é culpado e sua prisão necessária. c) No direito comparado verifica-se que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante. d) Para o Ministro é preciso que se veja a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação ao caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, ele entende que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio.
Decisão: Denegou a ordem. Autorizou a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.
Páginas do Acórdão: 63 a 75
Ministro Marco Aurélio
Argumentos: a) Segundo o Ministro: Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo virá a ser de sete votos a quatro. b) Deve-se preservar a jurisprudência do STF, para que não venha ocorrer mudanças bruscas que afetem o poder julgador e a sociedade. c) A interpretação do princípio da presunção de inocência não dá margem a interpretações que venham mudar o sentido já constituído pelo legislador. E não cabe ao poder judiciário ir além dos limites que propõe o texto constitucional.
Decisão: Concedeu a ordem. Foi contra a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.
Páginas do Acórdão: 76 a 79
Ministro Celso de Mello
Argumentos: a) A presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder. b) A presunção de inocência se legitimou pela ideia democrática, que trouxe um novo sentido para o processo penal, deixando no passado o poder autoritário do regime autocrata que absurdamente preconiza a ideia de que todos seriam culpados até prova em contrário. c) A Constituição institui de maneira nítida limites que não podem ser ultrapassados pelo Estado e por seus agentes no cumprimento da atividade de persecução penal.
Decisão: Concedeu a ordem. Foi contra a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.
Páginas do Acórdão: 80 a 96
Ministro Ricardo Lewandowski
Argumentos: a) Este enaltece o princípio da presunção de inocência e reafirma que não conseguiu ultrapassar a taxatividade do artigo 5º, inciso LVII da CF, que diz que, a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado.

b) A interposição de recursos especial e extraordinário impede a eficácia imediata do título condenatório penal.

c) O que causa maior estranheza é o abrandamento do princípio da presunção de inocência. Há uma incongruência ante ao Código de Processo Civil. Art. 520 do CPP, o legislador se cercou de todos os cuidados para evitar prejuízos e restituição de bem. O que deve ocorrer também quanto a liberdade dos cidadão.

Decisão: Concedeu a ordem. Foi contra a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau

Páginas do Acórdão: 97 a 102

2.1. O Voto do Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori Albino Zavascki⁵, relator do *HC 126.292/2016*, alegou em seu voto que há constitucionalidade para que se execute a pena após decisão em Segundo Grau de Jurisdição. Para este, é nas Instâncias Ordinárias que se exaurem as possibilidades de exames de fatos e provas, sendo neste momento que se define a responsabilidade criminal do acusado.

Teori Zavascki salienta que é preciso refletir sobre o tema que envolve a execução provisória de sentenças penais condenatórias, e mais:

a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também a sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (*HC 126.292 2016*, p.4)

A execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF antes de 2009. Em 05 de fevereiro de 2009, o STF ao julgar o pedido de *HC 84.078* de Minas Gerais, por 7 votos a 4 decidiu que o acusado devia permanecer em liberdade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

A Constituição Brasileira de 1988 positivou em seu art. 5º, inciso LVII que “*ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, portanto, compreende-se que toda pessoa acusada tem o direito a que se presuma inocente até

⁵ Teori Albino Zavascki (Faxinal dos Guedes, 15 de agosto de 1948 – Paraty) Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS(1972); mestrado em Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2000) e doutorado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2005). Atualmente é professor da Fundação Universidade Federal do Rio Grande do Sul e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Magistrado do Supremo Tribunal Federal; tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: interesses difusos, constituição e tutela jurisdicional. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/3231138681388397>. Acesso em: 27 de outubro 2018

o trânsito em julgado da sentença condenatória, e mais, até a decisão final que não caiba mais recursos.

Ao reconhecer a importância do princípio da presunção de inocência perante as normas processuais, Teori Zavascki descreveu que:

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade, e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem pública, como o direito a igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditórias, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório. (STF, HC 126.292 SP, 2016, p.8).

Não restam dúvidas que nossa legislação resguarda os princípios e as regras garantidoras da liberdade, diferentemente do que ocorria no passado em que ao acusado era incumbido de provar sua inocência. O acusado era objeto do processo, não possuía quaisquer direitos ou garantias, tendo sua liberdade e integridade entregue ao Estado.

O artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal e o artigo 283 do Código de Processo Penal asseguram o estado de inocência ao acusado até ocorrer o trânsito em julgado de sentença condenatória. Sendo assim, há de se estranhar o fato de o STF não ter invalidado o art. 283 do CPP. Dispõe o artigo que:

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

No dia 05 de outubro de 2016, o STF decidiu nas Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43 e 44 que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em Segunda Instância.

Argumentando seu voto nas ADCs, Teori Zavascki reafirmou seu entendimento sobre o HC 126.292/2016 e destacou que o princípio da presunção de inocência não impede o cumprimento da pena. Segundo ele, esta era a jurisprudência do Supremo até o ano de 2009.

O STF contrariou a jurisdição constitucional perante aquilo que ele vinha decidindo. A Súmula Vinculante 10 é clara quando diz que “*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”, logo, tem o objetivo de impedir que o judiciário dê a “volta”, ou seja, um drible hermenêutico, em um dispositivo legal válido.

De acordo com a Súmula Vinculante 10 e o art. 97 da Constituição que estabelece que: *Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público* tem o objetivo de evitar que um texto jurídico vigente seja ignorado ou contornado para se propor um determinado resultado.

Compreende-se que a Suprema Corte criou um problema com relação à interpretação do art. 283 do CPP e a decisão aplicada ao HC 126.292/2016. Para não afrontar o art. 283 do CPP, a Corte teria que dizer que esse dispositivo fere norma constitucional, algo que não aconteceu. No julgamento das ADCs, o STF não considerou o art. 283 do CPP inconstitucional.

Sem esgotar o assunto, resumidamente o que se percebe é que mesmo após o julgamento da ADCs 43 e 44 que julgou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, ainda há muito que se discutir. Resta pensar na possibilidade de um dispositivo infraconstitucional conviver com uma decisão do STF dada em sentido contrário.

Ainda sobre o voto do Ministro Teori Zavascki. Este alegou que:

(...) realmente, antes de prolatada a sentença penal há de ser manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação -, a presunção de inocência. (STF, HC 126.292 SP, 2016,p.9).

Para o Ministro, é no juízo de apelação que se exaure o exame dos fatos e provas da causa, fixando se for o caso, a responsabilidade penal do acusado. É no duplo grau de jurisdição que se tem o reexame de decisão judicial e a devolutividade da matéria deduzida na ação penal, sido ou não apreciada pelo juízo *a quo*. Os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, portanto, não são recursos de ampla devolutividade.

Ao reiterar seu voto, o Ministro citou o art. 637 do CPP que trata sobre o efeito devolutivo dos recursos especial e extraordinário. Para ele, a retomada da tradicional jurisprudência de atribuir apenas o efeito devolutivo aos recursos encaminhados ao STJ e

STF, proporcionou a harmonização do princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Ao relativizar o princípio da presunção de inocência o Ministro Teori Zavascki aduz que:

(...) a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a eles inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas Instâncias Ordinárias. (STF, *HC 126.292 SP*, 2016, p.11).

Na contramão deste entendimento, é possível alegar que a presunção de inocência não se limita apenas as Instâncias Ordinárias, mas também, as Instâncias Superiores. A forma de tratamento ao acusado como inocente não se restringe apenas nas Instâncias Ordinárias, indo além destas.

O Ministro citou também, a Lei Complementar da Ficha Limpa (LC135/2010), que em seu artigo 1º, inciso I, consagra expressamente como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado.

Não cabe aqui fazer uma análise aprofundada sobre a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa com a aplicação do princípio da presunção de inocência. O que se afirmam aqui, é que o magistrado entendeu que a Lei da Ficha Limpa não compromete o princípio da presunção de inocência, por se tratar da elegibilidade do indivíduo que abusou do poder econômico, sendo improbo ou cometendo comportamentos semelhantes.

O Ministro Zavascki fez referência ao Direito Comparado, ao citar as palavras mencionadas pela ministra Ellen Gracie no julgamento do *HC 85.886/2005*. Disse esta que: *“Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução da uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Corte Suprema”*. O Ministro mencionou ainda, o importante o estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, sobre a legislação de outros países, tais como: Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina. Dentre estes países, o único que traz em seu texto constitucional a presunção de inocência é Portugal. De certo modo, esta comparação entre legislações internacionais traz um tom de incoerente, pois existem países que nem sequer menciona a presunção de inocência em seu texto

constitucional e nem delimita um marco temporal exato para o término do estado de inocência.

O Ministro Teori Zavascki apontou que no *HC 84.078/2009*, o Ministro Joaquim Barbosa constatou que a maioria das questões que chegaram para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não preenchiam os requisitos traçados pela EC 45, ou seja, não se revestiam expressamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.

Ao finalizar seu voto o Ministro completou que:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios pelas Instâncias Ordinárias. Isso é inegável: inequívocos ocorrem também nas Instâncias Extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos.

(...) Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. (STF *HC 126.292 SP*. 2016, p. 16).

Não restam dúvidas de que o *habeas corpus* é um remédio constitucional capaz de evitar a violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente da ilegalidade ou abuso de poder.

Todas as Instâncias do poder judiciário, como afirmou o Ministro Zavascki, são passíveis de se equivocarem ao julgar. Resta-nos a dúvida: Como seria ressarcido o tempo “tomado” daquele acusado que foi preso por ter cometido um crime, e, mas adiante se verifica que ocorreu um equívoco das instâncias do judiciário, e este é considerado inocente?

2.2. O Voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Luiz Edson Fachin⁶ ao declarar seu voto, acompanhou o voto do relator. Em seu discurso, elogiou a atuação do relator que trouxe à discussão e enfrentou com

⁶ Luiz Edson Fachin possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1980), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1986) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991). Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4307976407499274>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

propriedade e rigor a temática que envolve o princípio da presunção de inocência e a possibilidade de execução da pena depois de esgotadas as Instâncias Ordinárias.

Afirmou o Ministro, que a Constituição da República atribuiu ao STF o papel de guardião constitucional, em que seu objetivo se dá por meio da formulação de teses jurídicas, que orientam e proporcionam a segurança jurídica para a aplicação das normas constitucionais pelas Instâncias Jurisdicionais.

Quanto à compreensão do art. 5º, inciso LVII da CF de que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, o Ministro conclama aqueles que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu, para dizer que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

O Ministro Fachin argumentou que:

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias. (STF, HC 126.292 SP, 2016, p.25).

O Ministro parte da tese que não se pode impedir a execução da pena após decisão condenatória em instâncias ordinárias. A seu ver, a finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. As instâncias extraordinárias têm o papel de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

2.3. O Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso⁷ foi estruturado em três partes. A parte I cuidou do *delineamento da controvérsia*. A parte II foi dedicada aos *fundamentos jurídicos*

⁷Luís Roberto Barroso, professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor Visitante da Universidade de Brasília - UnB. Graduação em Direito pela UERJ. Mestre (Master of Laws) pela Yale Law School. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Estudos de Pós-Doutorado na

para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau. E por fim, a parte III expôs os fundamentos pragmáticos para o novo entendimento, preconizados no voto.

O Ministro Barroso foi enfático no sentido de que a prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

- (I) A Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;
- (II) A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144);
- (III) Com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as Instâncias Ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa. (STF, HC 126.292 SP, 2016, p.27).

O Ministro afirma que é possível a execução da pena após a condenação em Segundo Grau de Jurisdição. Este citou três fundamentos pragmáticos que reforçam esta linha interpretativa. A possibilidade de prisão em Segundo Grau de Jurisdição:

- (I) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
- (II) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e
- (III) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

Diante da riqueza de detalhes e de uma didática esclarecedora, observa-se que o Ministro Barroso apresentou vários argumentos para formar o seu convencimento sobre o tema, demonstrando o caráter principiológico do princípio da presunção de inocência.

Na parte I do *Delineamento da Controvérsia*, o Ministro apresentou resumidamente os fatos e os motivos que levaram até a propositura do *HC 126.292/2016*. Dissertou sobre a oscilação da jurisprudência do STF na matéria.

Desde o surgimento da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2009, se consolidou no STF, o entendimento de que o art. 5º, inciso LVII da Carta Magna não impedia a execução da pena após confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que, pendentes de julgamento de recursos extraordinários (RE) e especial (Resp). Isso se dava pelo fato de que, tais recursos não possuem efeito suspensivo e nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas, tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de Instâncias Inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.

Quanto à ocorrência de mutação constitucional, o Ministro esclarece que se trata de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético e justo.

Sobre este instituto, o Ministro Barroso afirmou que houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Ao encaminhar-se para uma nova mudança sobre o *HC 126.292/2016*, ocorreu um impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação aplicada ao *HC 84.078* de 05 de fevereiro de 2009.

Para o Ministro Barroso, impossibilitar a execução da pena após condenação de segundo grau, produziu consequências negativas para o sistema de justiça criminal. Tal decisão, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Reforçou a seletividade do sistema penal, no sentido de que a ampla e quase irrestrita possibilidade de recorrer em liberdade caberia aos réus mais abastados, ou seja, que possuem condições financeiras para pagar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Os réus pobres, sem condições financeiras para bancar sua defesa, ficam por um longo tempo na prisão. O Ministro, ainda enfatizou que:

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 do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados. (STF, HC 126.292 SP, 2016, p.34).

Infelizmente, ainda no século XXI podemos constatar que o poder econômico interfere no sistema de justiça criminal, no sentido de que, “quem tem mais dinheiro, tem mais oportunidades de se ver representado diante da justiça”. Como afirmou o Ministro Barroso: “na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.”⁸

Na Parte II dos *Fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau*, o Ministro Barroso pontuou que o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente.

Segundo o Ministro, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que venha ocorrer antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Para se chegar a essa conclusão, o Ministro recomendou uma análise dos preceitos constitucionais do art. 5º, inciso LVII de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e do inciso LXI de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. A Constituição Federal, por ser um conjunto orgânico e integrado de normas, devem ser interpretada de maneira sistêmica e integrada com as demais leis. Tais incisos da Constituição diferencia o regime de culpabilidade e o da prisão, pois o art. 5º, LXVI da CF assenta que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

Conforme as hipóteses apresentadas acima percebe-se que o princípio da presunção de inocência e a inexistência do trânsito em julgado não impede a prisão. No sistema processual penal, a prisão pode ser justificada até mesmo na fase pré-processual ou na fase processual.

Por fim, na parte III dos *Fundamentos Pragmáticos para o novo entendimento*, o Ministro Barroso disse que os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são

⁸ STF, HC 126.292 SP, 2016, p.34.

essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolve a jurisdição constitucional e os chamados *casos difíceis*⁹, tem uma inegável dimensão política.

Sobre o equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, o Ministro Barroso contempla que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal. No sentido de que a nova orientação do STF reduzirá a infundável interposição de recursos inadmissíveis, restabelecendo o prestígio e a autoridade das Instâncias Ordinárias, algo que há muito tempo se perdeu no Brasil. E ainda, ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal.

Por fim, o Ministro Luís Barroso foi categórico ao dizer que:

A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. (STF, HC 126.292 SP, 2016, p. 54).

2.4. O Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Maria Pires Weber¹⁰ ao votar concedeu a ordem ao *habeas corpus*, afirmando que ao se tratar do princípio da segurança jurídica, e, sobretudo, quando a Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, os resultados se tornam muito caro à sociedade, por isso, devendo ser prestigiado.

Sua linha de raciocínio destacou a proteção ao princípio da segurança jurídica. Mesmo que haja a possibilidade de revisão de entendimento jurisprudencial pelo STF, uma vez que a Constituição comporta leitura atualizada à medida que os fatos e a própria realidade evoluem com o tempo.

A Ministra destacou que são pertinentes às reflexões apresentadas pelos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin e Luís Barroso em favor a mudança da jurisprudência. Tratando-se de questões pragmáticas a respeito do princípio da presunção de inocência.

A Ministra viu dificuldades na revisão da jurisprudência, por ter ocorrido à alteração dos membros do Supremo. Para esta, se de um lado o STF existe como poder judiciário para a

⁹ São aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no Direto. A solução de ser construída por meio de casos concretos e normas constitucionais.

¹⁰ Rosa Maria Pires Weber, ministra do Supremo Tribunal Federal, empossada em 19 de dezembro de 2011. Vice-presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Nascida em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, em 02 de outubro de 1948. Filha do médico José Júlio Martins Weber (falecido em 1980) e da pecuarista Zilah Bastos Pires. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao&pagina=rosaweber>. Acesso em 27 de outubro de 2018

sociedade, do outro lado, há os Ministros preocupados com o uso abusivo e indevido de recursos.

A Ministra Rosa Weber não se sentiu à vontade para referendar a revisão da jurisprudência proposta e justificou tal decisão citando o voto do Ministro Eros Graus no *HC 84.078/2009*, que propôs naquele caso a revisão da jurisprudência. A mesma situação veio a ocorrer anos depois, quando o Ministro Teori Zavascki propôs a mudança no entendimento jurisprudencial do *HC 126.292/2016* alegando a possibilidade de execução da pena em Instância de Segundo Grau.

2.5. O Voto do Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux¹¹ seguiu o voto do Ministro Relator que conheceu e denegou a ordem, autorizando a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau.

O Ministro trouxe o entendimento de que:

A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra *mater* de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. (STF, *HC 126.292 SP*, 2016, p. 58).

Como visto, não cabe aos tribunais superiores rever matéria fático-probatória. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas Instâncias Ordinárias.

Para o Ministro Fux, a presunção de inocência advém do que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “*Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada*”. Não se diz aqui, sobre a necessidade do trânsito em julgado.

Um aspecto importante que deve ser destacado é a ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão.

¹¹ Luiz Fux (Rio de Janeiro, 26 de abril de 1953) Possui doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Ministro do Supremo Tribunal Federal, professor convidado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Universidade Católica de Petrópolis, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, do Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, atuando principalmente nos seguintes temas: tutela e interesses coletivos. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9452080011217613>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

A admissão pelo STF da coisa julgada em capítulos possibilita a execução imediata após decisão de segundo grau. A parte relativa ao mérito e as provas se tornam indiscutíveis e imutáveis, mas isso não impede aos que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito em julgado.

O Ministro aludiu que esta interpretação constitucional sobre o princípio da presunção de inocência não encontra mais ressonância no meio social. A sociedade não aceita mais essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer. E que é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social, ou seja, é fundamental que se deixe de ser aplicado um precedente que não mais corresponde à realidade jurídica ou que já não está mais em harmonia com o texto constitucional.

2.6. O Voto da Ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia¹² destacou a relevância do tema, tanto para a comunidade jurídica como para a sociedade. Esta apresentou o seu entendimento sobre a matéria dizendo que foi vencida nas outras ocasiões, nas quais seguiu o voto do Ministro Relator, como no caso do *HC 84.078/2009* que alterou o entendimento do STF sobre a matéria.

Segundo a Ministra Cármen Lúcia, após o exaurimento da fase de produção e apreciação da prova em segundo grau de jurisdição, não existe impedimento para a aplicação da pena. Para a Ministra, quanto ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, este há de ser interpretado ou compreendido como ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. O que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, e não a não condenação.

A Ministra Cármen Lúcia, ainda disse que, a aplicação reiteradamente nos *habeas corpus* e em todos outros processos que chegam ao STF, conforme dita a Súmula 279, de que o simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Sendo assim, a Ministra conheceu a ordem, e foi contra a concessão do *habeas corpus*.

¹² Cármen Lúcia possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1977), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1982) e doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (1983). Atualmente é Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/3521451882916450>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

2.7. O Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes¹³ iniciou seu voto afirmando que no caso do *HC 84.078/2009*, sua decisão foi pautada na impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Caso o acusado viesse a cumprir pena em Instância de Segundo Grau, ocorreria à violação do princípio da presunção de inocência.

Já no *HC 126.292/2016*, o Ministro apresentou argumentos a favor do cumprimento de pena após condenação em Instância de Segundo Grau. Este destacou que é natural a presunção de culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento, desde que não atinja o núcleo fundamental, sendo o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.

Discursou o Ministro, que os recursos extraordinários se referem às questões federais (recursos especiais) e constitucionais (recursos extraordinários) e que estes não têm efeito suspensivo. Ainda que, para a análise destes recursos necessite da provocação da parte recorrente, estes servem não apenas ao interesse do postulante, mas, ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

Aplicando-se a condenação em Instâncias Ordinárias, tem-se a afirmação de que o réu é culpado e sua prisão necessária. Neste estágio é compatível com a presunção de inocência determinar o cumprimento da pena, ainda que pendente de recursos.

O Ministro Gilmar Mendes citou que a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/10) que considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados. A presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito.

Ao justificar seu voto, o ministro acrescentou que, em se tratando do direito comparado, verifica-se que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante. A maioria das Declarações de Direitos Humanos, tais como: A Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Declaração dos Direitos do Homem e do

¹³ Gilmar Mendes possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1978), mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (1987), mestrado em Direito - University of Münster (1989) e doutorado em Direito - University of Münster (1990). Atualmente é colaborador do Centro de Investigação de Direito Público, professor visitante da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, membro-permanente da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito, docente permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público e Ministro - Supremo Tribunal Federal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, controle de constitucionalidade, controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/2762195692762798>. Acesso em: 27 de outubro de 2018.

Cidadão de 1789 determinam como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito.

O Ministro defendeu que as Instâncias Extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas. E disse ainda que:

O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio. (STF, HC 126.292 SP2016, p.72).

Segundo o Ministro, caso venha ocorrer algum abuso na decisão condenatória, ao condenado cabem todos os remédios constitucionais, além do recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo, há também o *habeas corpus*.

No mais, o Ministro Gilmar Mendes compreendeu que somou posição na formação da jurisprudência sobre o HC 84.078/2009 alegando que a prisão após condenação em Segunda Instância seria permitida somente após o trânsito em julgado de decisão condenatória. Anos depois no HC 126.292/2016, este revisou o seu posicionamento sobre o caso, afirmando sobre a possibilidade de execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau.

2.8. O Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello¹⁴ votou a favor da concessão da ordem para HC 126.292/2016, estabelecendo o mesmo entendimento proferido no HC 84.078/2009. Este reconheceu que a justiça é morosa e que o Estado é moroso em termos de persecução penal. No campo do Direito Penal, o tempo é precioso tanto para o Estado-acusador como para o próprio acusado, ocorrendo o risco da prescrição da pretensão punitiva, mesmo que existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional.

Segundo o Ministro, a época do julgamento era de crise, e que justamente em quadro de crise maior é que deve preservar parâmetros, princípios e valores, para não produzir

¹⁴ Marco Aurélio Mendes de Farias Mello nasceu na cidade do Rio de Janeiro, RJ, em 12 de julho de 1946, filho do Dr. Plínio Affonso de Farias Mello e de D. Eunice Mendes de Farias Mello. Nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, por decreto de 28 de maio de 1990, para a vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Carlos Madeira, tomou posse em 13 de junho de 1990. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=30>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

instabilidade, visto que a sociedade não pode viver aos sobressaltos e sendo surpreendida.

Disse o Ministro:

Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. (STF, *HC 126.292 SP*, 2016, p.77).

Ao reconhecer que rol das garantias constitucionais, tem-se, em bom vernáculo, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”, compreende o Ministro que este preceito não permite interpretações. Este apresentou o seguinte questionamento:

Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Caso venha ocorrer o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, isso seria um retrocesso. (STF, *HC 126.292 SP*, 2016, p.77).

Nos argumentos apontados pelo Ministro Marco Aurélio, pode-se destacar: a preservação da jurisprudência do STF, para que não venha ocorrer mudanças bruscas que afetem o poder julgador e a sociedade. A relevância do texto constitucional e a interpretação do princípio da presunção de inocência, em que segundo o Ministro, não dá margem a interpretações que venham mudar o sentido já constituído pelo legislador. E mais, não cabe ao poder judiciário ir além dos limites que propõe o texto constitucional.

2.9. O Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro José Celso de Mello Filho¹⁵ julgou procedente o pedido de *HC 126.292/2016* mantendo seu posicionamento desde o julgamento do *HC 84.078/2009*. Este enfatizou que “a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder”.¹⁶ A

¹⁵ José Celso de Mello Filho, filho do Prof. José Celso de Mello e da Prof.^a Maria Zenaide de Almeida Mello, nasceu em Tatuí, Estado de São Paulo, em 1º de novembro de 1945. É casado com a Prof.^a Maria de Lourdes Campos de Mello, com quem tem duas filhas: Ana Laura Campos de Mello e Sílvia Renata Campos de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=28> . Acesso em: 27 de outubro de 2018.

¹⁶ STF, *HC 126.292 SP*, 2016, p. 80.

presunção de inocência nasce de um longo processo de desenvolvimento político, no qual se inseriu os direitos e garantias a que devem ser preservados.

O Ministro Celso de Mello fixou o entendimento de que, o princípio da presunção de inocência tem caráter absoluto e não tolera relativização de seu sentido, pois é tido como uma garantia advinda do poder do Estado. Este princípio se inseriu em convenções e tratados internacionais o que reforçou o seu caráter absoluto. Este, salientou que:

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime. (STF, *HC 126.292 SP*, 2016, p.81).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 passou a prever que *“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”*. O intuito da Assembleia Nacional Francesa foi estabelecer uma regra processual, na qual o acusado não era obrigado a fornecer provas de sua inocência, que deveria ser presumida.

A presunção de inocência se legitimou pela ideia democrática, que trouxe um novo sentido para o processo penal, deixando no passado o poder autoritário do regime autocrata que absurdamente preconiza a ideia de que todos seriam culpados até prova ao contrário. Este pensamento democrático se mostrou presente em importantes documentos internacionais, como na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969, Art. 8,§ 2º); no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Art. 14§ 2º), e na Assembleia Geral das Nações Unidas.

Em 10 de dezembro de 1948, a 3ª Assembleia Geral da ONU tendo como objetivo combater os abusos cometidos pelos regimes totalitários nazifascistas, proclamou em seu artigo 11, *“que todos presumem-se inocentes até que sobrinha definitiva condenação judicial”*.

O Ministro Celso de Mello deixou em evidência que:

A repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídicas dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional. (STF, *HC 126.292 SP*, 2016, p.82)

Visto que a jurisdição é garantia fundamental e o caminho que norteia as demais garantias no processo penal, então se considera primeiramente a garantia constitucional que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O Ministro insistiu na asserção de que o STF deveria ter a exata percepção do quanto é importante à proteção e a defesa da Constituição para a vida do seu País, de seu povo e das instituições. A Constituição institui de maneira nítida limites que não podem ser ultrapassados pelo Estado e por seus agentes no cumprimento da atividade de persecução penal.

Segundo o Ministro, nossa Constituição estabelece no art. 5º, inciso LVII que a presunção de inocência somente perderá sua eficácia e sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A Constituição brasileira é mais intensa na proteção da presunção de inocência, por isso se torna inequívoco invocar práticas e experiências registradas em outros países, como: os Estados Unidos, França e outros países democráticos, em que suas Constituições não impõem a necessidade do trânsito em julgado da condenação criminal.

O Ministro frisou ainda que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição. Mesmo confirmada à condenação penal por um Tribunal de Segunda Instância, ainda assim, subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2.10. O Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Enrique Ricardo Lewandowski¹⁷ votou a favor da concessão do *habeas corpus*, enaltecendo o princípio da presunção de inocência, reafirmando que não conseguiu ultrapassar a taxatividade do art. 5º, inciso LVII da CF, em que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado.

¹⁷ Enrique Ricardo Lewandowski, Professor Titular e Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP e Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF. Possui graduação em Ciências Políticas e Sociais pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (1971), graduação em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (1973), mestrado em Relações Internacionais - Tufts University/Havard (1981), mestrado e doutorado em Direito pela USP (1980/1981). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, interpretação constitucional, separação de poderes, reforma do judiciário, Mercosul, soberania e democracia. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8365031337855179> . Acesso 27 de outubro de 2018.

O Ministro ao citar seu voto no *HC 84.078/2009*, destacou as lições de três eminentes professores de Processo Penal da Universidade de São Paulo, os quais são: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antônio Scarance Fernandes. Estes, conceituam que no Processo Penal, a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, impede a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de inocência, que é incompatível com a execução provisória da pena (exceto os casos de prisão cautelar).

O Ministro Lewandowski se viu perplexo diante da brusca mudança de entendimento da Suprema Corte. Isso porque, no ano de 2015 foi julgada a ADPF 347 e o RE 592.581 que solicitam as autoridades as providências sobre a crise prisional no país. Quanto o ministro afirmou que “*o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucionais. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é nosso sistema prisional?*”¹⁸ Para Este, o que causa mais estranheza é o abrandamento que se deu ao princípio da presunção de inocência, tido como cláusula pétrea.

O Ministro considerou que em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor da liberdade. E o Código Civil Napoleônico foi o primeiro exemplo desta consubstanciação deste fenômeno histórico que então se processava.

O Ministro Lewandowski ao reforçar as palavras ditas pelo Ministro Marco Aurélio, comentou sobre a disparidade de tratamento que o nosso sistema jurídico, no que diz respeito à execução provisória, à propriedade e à liberdade. Pois, no artigo 520 do novo CPC o legislador se cercou de todos os cuidados para evitar prejuízos e a restituição do bem, ou seja, este legislador demonstrou certa preocupação com o dinheiro, propriedade e bens materiais. Para o Ministro existe certa incongruência ante ao Código de Processo Civil, no sentido que o Estado pode restituir esses bens em caso de uma revisão de sentença posterior por parte dos Tribunais Superiores. Em se tratando de liberdade, caso venha ocorrer posteriormente revisão de decisão condenatória, a pessoa que ficou presa não terá nenhuma possibilidade de ter restituído o tempo sob a custódia do Estado.

¹⁸ STF, HC 126.292 SP, 2016, p.98.

CAPÍTULO III

A OSCILANTE TRAJETÓRIA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM INSTÂNCIA DE SEGUNDO GRAU

Ao analisar a trajetória jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, é possível depararmos com decisões divergentes a respeito da execução da pena após decisão condenatória em Instância de Segundo Grau.

Para que possamos identificar esse decisório oscilante jurisprudencial do STF, será exposto um recorde de decisões proferidas pela Suprema Corte em relação ao tema.

As ementas abaixo identificam que, a execução da pena em Instância de Segundo Grau era admitida pelo STF em razão da “ausência do efeito suspensivo” do recurso extraordinário, em que o artigo 637 do Código de Processo Penal dispõe 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.

O STF já adotava o entendimento de que o art. 637 do CPP não tinha efeito suspensivo até mesmo antes da Constituição de 1988. Observemos os julgados:

O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO TEM EFEITO SUSPENSIVO RELATIVAMENTE A EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA EM SENTENÇA CRIMINAL. A REGULARIZAÇÃO DA DURAÇÃO DA REPRIMENDA, PARA SER ATENDIDA EM "HABEAS CORPUS", PRESSUPOE COMPROVADA INEQUIVOCAMENTE A IRREGULARIDADE OU ILEGALIDADE, POIS, DE REGRA, CONSTITUI INCIDENTE INERENTE A EXECUÇÃO DA COMPETÊNCIA DO RESPECTIVO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO.

(STF - HC: 59757 MG, Relator: Min. SOARES MUNOZ, Data de Julgamento: 11/05/1982, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-05-1982 PP-05110 EMENT VOL-01256-01 PP-18177).¹⁹

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ALEGAÇÃO DE QUE, À ÉPOCA DO FATO, A VÍTIMA SERIA MAIOR DE 14 ANOS EXAME PROBATÓRIO INVIÁVEL EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE AGUARDAR EM LIBERDADE JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPROCEDÊNCIA (ARTIGO 637 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL), NÃO TENDO O

¹⁹ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14689809/habeas-corpus-hc-59757-mg>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

RECURSO EFEITO SUSPENSIVO E EXECUTANDO-SE, DESDE LOGO, A SENTENÇA CONDENATÓRIA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (STF - HC: 62334 MG, Relator: Min. OSCAR CORREA, Data de Julgamento: 07/12/1984, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01-02-1985 PP-00470 EMENT VOL-01364-01 PP-00098).²⁰

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO, QUE DETERMINOU EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO, POR CRIMES DE QUADRILHA OU BANDO E ESTELIONATO. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, A SER EVENTUALMENTE INTERPOSTO, NÃO TERA EFEITO SUSPENSIVO (ART. 637 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) A ELE TAMBÉM NÃO SE APLICANDO O ART. 594. INTERPRETAÇÃO DO ART. 669, INCISO I. SUBSISTÊNCIA DA ORDEM DE PRISÃO. HABEAS CORPUS DENEGADO. (STF - HC: 62660 SP, Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 12/04/1985, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 17-05-1985 PP-07352 EMENT VOL-01378-01 PP-00185).²¹

Após a Constituição de 1988, o STF permaneceu com o entendimento de que seria possível a execução da pena após condenação em Instância de Segundo Grau, sob o argumento da “ausência do efeito suspensivo” dos recursos especiais e extraordinários. Os julgados abaixo transcritos comportam tal decisão:

I. Presunção de não culpabilidade: compatibilidade, segundo o entendimento majoritário do STF, com a prisão imediata do condenado por decisão sujeita apenas a recursos despidos de efeito suspensivo: aplicação, com ressalva da oposição pessoal do relator. II. Concussão: crime formal, que se consuma com a exigência: flagrante posterior, quando do recebimento pelo funcionário do dinheiro exigido, que, ainda quando invalide a prisão, não induz, nas circunstâncias do caso, a invalidade da prova resultante.

(STF - HC: 72168 RS, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 28/03/1995, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 09-06-1995 PP-17232 EMENT VOL-01790-03 PP-00527)²²

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. O RE não tem efeito suspensivo. Não susta a execução da decisão condenatória. Homicídio duplamente qualificado, crime tipificado na L. 8.072/90 - crimes hediondos. O regime para cumprimento da pena integralmente fechado é incompatível com a liberdade provisória. Habeas conhecido e indeferido. (HC 79814 SP, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 23/05/2000, DJ 13-10-2000 PP-00010 EMENT VOL-02008-02 PP-00389)²³

²⁰ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/728234/habeas-corpus-hc-62334-mg>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

²¹ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/908203/habeas-corpus-hc-62660-sp>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

²² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1605251>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

²³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1794380>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. O RE não tem efeito suspensivo. Não susta a execução da decisão condenatória. Homicídio duplamente qualificado, crime tipificado na L. 8.072/90 - crimes hediondos. O regime para cumprimento da pena integralmente fechado é incompatível com a liberdade provisória. Habeas conhecido e indeferido.

(STF - HC: 79814 SP, Relator: Min. NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 23/05/2000, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13-10-2000 PP-00010 EMENT VOL-02008-02 PP-00389).²⁴

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984) em seu artigo 105 e artigo 147 condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

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.

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.

O STF vinha interpretando esses artigos conforme o texto constitucional, afastando a possibilidade de execução da sentença antes de decisão transitada em julgado. Vejam-se as seguintes ementas:

"HABEAS CORPUS" - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO DEFERIDO. - As penas restritivas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente.

(STF - HC: 84859 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 14/12/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13-05-2005 PP-00031 EMENT VOL-02191-02 PP-00257 RTJ VOL-00195-02 PP-00520 LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 487-490 RMP n. 30, 2008, p. 149-151).²⁵

HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida.

²⁴ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14754687/habeas-corpus-hc-79814-sp>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

²⁵ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739877/habeas-corpus-hc-84859-rs>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

(STF - HC: 86498 PR, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 18/04/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-05-2006 PP-00043 EMENT VOL-02233-01 PP-00122 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 447-450 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 468-469)²⁶

Após a decisão proferida ao *HC 84.078/2009*, o STF passou a reconhecer que a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença seria uma afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição. E que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título de medida cautelar.

Mais tarde, no *HC 126.292/2016*, o STF modifica seu entendimento jurisprudencial sobre a execução provisória da pena em Instância de Segundo Grau. Com isso, surgiram várias críticas por parte de juristas. Estes apontaram problemas como: a violação de dispositivo constitucional; O retrocesso em termos de garantia de direitos fundamentais; Os graves problemas do sistema penitenciário entre outros.

O STF vem mantendo o posicionamento de que é possível a prisão após condenação em Instância de Segundo Grau. Neste ano de 2018, a Suprema Corte não concedeu a ordem ao *HC 152.752 PR* do Ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Veja-se o julgado:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das Instâncias Ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de

²⁶ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14732811/habeas-corpus-hc-86498-pr>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada.²⁷

O Ex-presidente Lula foi condenado a 12 anos e 1 mês de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro no caso do triplex no Guarujá, SP. O resultado da decisão pelo Supremo se deu assim: 6 ministros votaram contra a concessão do *habeas corpus*, foram: o relator Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Os 5 Ministros que votaram a favor da concessão do *habeas corpus*, foram: Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello.

A maioria dos Ministros entendeu que não havia ilegalidade e abusividade na decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a permissão para o cumprimento de pena após condenação em Segunda Instância.

Ao descrever sobre o entendimento de alguns Ministros perante o *habeas corpus*, vejamos que o Ministro Edson Fachin, relator do processo se baseou no entendimento majoritário, não descartando a hipótese de no futuro vir ocorrer nova interpretação sobre o tema.

O Ministro Alexandre de Moraes afirmou que o STJ agiu corretamente ao acompanhar e aplicar a decisão “da prisão em Segunda Instância” e acompanhar o STF.

O Ministro Gilmar Mendes votou no HC 126.292/2016, em favor da prisão após condenação em Segunda Instância e no HC do Ex-presidente Lula mudou de posição alegando que essa decisão sobre o tema passou a ser vista de forma automática.

A Ministra Rosa Weber entendeu que, nem a simples mudança de composição dos membros da Corte e nem os fatores conjunturais são suficientes para legitimar a jurisprudência.

A ministra Cármen Lúcia manteve sua posição que manifestou no HC 126.292/2016. E o Ministro Luís Roberto Barroso fez críticas à demora no processo penal do Brasil, em que muitos dos casos são declarados prescritos, sem que houvesse a devida punição ao culpado.

²⁷Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000340612&base=baseAcordaos>. Acesso em 02 de novembro de 2018.

É importante destacar que as decisões proferidas nos *HCs* 84.078/2008, 126.292/2016 e 152.752/2018 não possuem caráter vinculante e possuem efeitos interpartes, não sendo *erga omnes*, limitam-se aqueles casos.

O Supremo Tribunal Federal vem mantendo o entendimento de que a prisão após a condenação em Instância de Segundo Grau não viola o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Entendimento este, pode ser alterado com o passar dos anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho contribui para o estudo sobre “o princípio da presunção de inocência e o cumprimento de pena após condenação em Instância de Segundo Grau” e qual a percepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal diante dos *habeas corpus* impetrados que buscavam a possibilidade do condenado em Segunda Instância permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A problemática sobre o tema estaria em verificar se a decisão proferida pelo STF no *HC 126.292/2016* violou o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, em que dispõe sobre o princípio da presunção de inocência ou o princípio da não culpabilidade. Para isso, foi necessária a leitura e compreensão dos votos proferidos por cada Ministro.

Percebe-se a importância do princípio da presunção de inocência no decorrer da história, sendo inserido em Leis, Tratados e Convenções internacionais. É notória a indissociável relação entre o princípio da presunção de inocência e os direitos humanos. Sua existência se justifica com objetivo de impedir que o cidadão seja submetido a qualquer situação que o equipare ou o considere culpado.

A necessidade de se presumir que qualquer cidadão inocente parte de uma neutralidade, para que se possa atingir a presunção de inocência de forma escrita.

O STF se viu diante da obrigação de discutir o alcance do princípio da presunção de inocência no *HC 126.292/ 2016* sobre a possibilidade ou não do cumprimento de pena após condenação em segundo grau.

Houve divergências de votos, tendo-se dois argumentos: de um lado, os votos favoráveis ao cumprimento de pena após condenação em Instância de Segundo Grau, sendo maioria dos Ministros. E do outro lado, os votos vencidos que eram contra a prisão em Segunda Instância, alegando violação do princípio da presunção de inocência.

No ano de 2009, a Suprema Corte ao julgar o *HC 84.078* entendeu que a prisão após condenação em Instância de Segundo Grau afrontaria o princípio da presunção de inocência, assim decidindo pela liberdade do réu até o trânsito em julgado.

Em 2016, sobre *HC 126.292* a Corte alterou o entendimento adotado no passado, estabelecendo que a prisão após condenação em segundo grau não afrontaria o princípio da presunção de inocência.

Nota-se que, antes do julgamento do *HC 84.078/2009*, o STF possuía o mesmo entendimento dado ao *HC 126.292/2016*, aplicando entendimento jurisprudencial do passado.

Sobre o princípio da presunção de inocência e o cumprimento de pena após condenação em Instância de Segundo Grau há muito que se discutir, pois é um tema em que o STF não se posicionou através de Súmula Vinculante e tal decisão está sujeita a modificação no futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: QUARESMA. Regina. (Org). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 82.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 2015. P 322.

BATISTI, Leonir. ***Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal***. Curitiba: Juruá, 2009.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Campus.1992. p.1.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.44.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial** / Luciano Dutra. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p.229.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. Fauzi Hassan Chouk, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010, p.505.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal. Parte Geral**. 28.ed.rev. São Paulo. Saraiva, 2005, v.1, p.11.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.10.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. Ed. 11ª – São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. **Decisões judiciais e sua (necessária) motivação. Superando o paradigma cartesiano. Princípio da correlação (congruência). Coisa julgada. Direito Processual**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. p.1146

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**, 15 ed. rev. e atual. até julho de 2003. São Paulo: Atlas, 2003. p. 40-50.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 11ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 23.

SILVA, Marco Antônio Marques Da. **Juizados Especiais Criminais**, São Paulo, Saraiva, 1997, p.49.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2004. v.1. p.90-91.

TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Código de Processo Penal Comentado**, 9ª ed. revista, aumentada e atualizada. Saraiva, 2005. Págs. 465/466.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em : 10 de outubro de 2018.

LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. (Lei de Execução Penal) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm . Acesso em 14 de outubro de 2018.

STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777?ref=juris-tabs>. Acesso em 14 de outubro de 2018.

STF - HC 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em 14 de outubro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292/2016 – sinuca de bico para o STF!** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>. Acesso em 14 de outubro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional** <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em 14 de outubro de 2018.