

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ- UESPI  
BACHARELADO EM DIREITO

GYOVANNA VIEIRA FEITOSA CABRAL

**O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.192/SP E SUA  
INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

TERESINA  
2017



**GYOVANNA VIEIRA FEITOSA CABRAL**

**O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.192/SP E SUA  
INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA.**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado à  
Banca Examinadora da Universidade Estadual do  
Piauí para a obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Msc. Antônio Gonçalves Honório

Teresina  
2017

**GYOVANNA VIEIRA FEITOSA CABRAL**

**O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.192/SP E SUA  
INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA.**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação  
apresentado a Universidade Estadual do Piauí,  
como Requisito Parcial para a Obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.

**Aprovado em** \_\_/\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador

---

1º examinador

---

2º examinador

## RESUMO

Até fevereiro de 2016 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) admitia que a execução da pena poderia acontecer apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, momento em que a sentença não é mais passível de recursos, não podendo mais ser discutida. Dessa forma admitia-se a prisão quando fundada em sentença transitada em julgado ou nas hipóteses excepcionais de prisão cautelar. No entanto, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126.192, a Suprema Corte passou a entender ser possível a execução antecipada da pena bastando uma decisão condenatória de segundo grau. O objetivo do presente trabalho é desenvolver uma análise acerca da constitucionalidade do novo entendimento do Supremo, ou seja, da possibilidade de execução antecipada da pena frente ao princípio da presunção de inocência, norma expressa na Constituição Federal, a qual determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Para tanto será analisado o conteúdo desse princípio, bem como o histórico da jurisprudência do STF no que diz respeito à possibilidade de execução antecipada da pena. A metodologia utilizada no presente trabalho é do tipo bibliográfica e documental.

**Palavras-Chave:** Execução da Pena. Trânsito em Julgado. Princípio da Presunção de Inocência. Inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

Until February 2016, the jurisprudence of the Federal Supreme Court accepted that the execution of a penalty could only happen with a penal conviction sentence transited in judged, at which time the sentence is no longer subject to appeal and can no longer be discussed. In this way, the arrest was admitted when it was based on a final judgment sentence or on exceptional cases of pre-trial detention. However in the judgment of HC 126.192, the Supreme Court came to understand that it is possible to execute the sentence in advance on the basis of a decision Second degree conviction. The objective of this job is to develop an analysis of the constitutionality of the new understanding of the Supreme Court, in other words, the possibility of early execution of the sentence in the face of the principle of presumption of innocence, a norm expressed in the Federal Constitution, which establishes that no one will be considered guilty until the condemnation sentence transited in judged. To this end, the content of this principle will be examined, as also the historic of the STF jurisprudence regarding the possibility of early execution of the sentence. The methodology used in the present work is of the bibliographical and documentary type.

**Keywords:** Execution of the sentence. Transit in judged. Principle of the presumption of innocence. Unconstitutionality.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
LEP	Lei de Execução Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
PEC	Projeto de Emenda à Constituição
HC	<i>Habeas Corpus</i>



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
<b>1 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA EVOLUÇÃO</b> .....	10
1.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORMA PRINCÍPIO.....	10
1.2 DO CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA POSITIVAÇÃO .....	11
1.2.1 Presunção de Inocência como princípio político.....	12
1.2.2 Presunção de Inocência como norma de julgamento.....	13
1.2.3 Presunção de Inocência como forma de tratamento .....	13
1.2.4 Princípio da Presunção de Inocência: dos Tratados Internacionais à CRFB/88 .....	14
<b>2 A JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA</b> .....	18
2.1 A DINÂMICA DA EXECUÇÃO DA PENA SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	18
2.2 <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 91.675/PR DE 2007.....	19
2.3 <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 84.078/MG DE 2009 .....	20
2.4 <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 126.292/SP DE 2016 .....	24
2.5 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 33 E 34 ...	29
<b>3 DA INCOMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA COM O TEXTO DO ARTIGO 5º INCISO LVII DA CF</b> .....	33
3.1 DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO .....	33
3.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE LEGISLAR DO STF .....	34
3.3 DA PROBLEMÁTICA DO SISTEMA CARCERÁRIO.....	35
3.4 DA NECESSIDADE DE MAIOR DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA .....	38
3.5 DESCONSTRUINDO OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS .....	40
3.5.1 Da preclusão fática na segunda instância .....	40
3.5.2 Da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários .....	42
3.5.3 Da efetividade do processo.....	43
3.5.4 Da utilização do direito comparado.....	45
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	49





## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu art. 5º, inc. LVII prevê expressamente o princípio da presunção de inocência segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a redação do dispositivo é clara em afirmar que o condenado terá sua pena executada apenas quando não couberem mais recursos da sentença penal.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal até o julgamento do HC 126.292/SP demonstrava que esse Tribunal corroborava deste entendimento, entendendo que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar, e defendiam que só poderia ocorrer a execução da sentença condenatória quando esta se tornasse irrecorrível.

No entanto em de fevereiro de 2016, ao negar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, por maioria de votos, com 7 (sete) a favor e 4 (quatro) contra, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que a possibilidade do início da execução da pena condenatória, após confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, ainda que não transite em julgado.

O novo precedente criado pelo STF afronta nitidamente a clara redação do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, por meio de tal de disposição o acusado tem direito de ser considerado inocente e tratado como tal, até o momento em que não seja mais possível discutir sua condenação através da interposição de recursos, ou seja, quando a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo à coisa julgada material e não apenas até o segundo grau, como fora decidido.

O artigo 5º da Constituição Federal não deixa margens a interpretações, nem mesmo a Corte Máxima pode interpretá-lo de forma a entender que o réu merece ser tratado como inocente apenas antes do julgamento de Segunda Instância. Diante disso, o presente trabalho propõe-se a analisar inconstitucionalidade da decisão adotada pelo STF quando do julgamento do HC 126.292/SP. Frise-se que além de inconstitucional esse precedente firmado pelo Supremo representa um grande retrocesso na luta pelos direitos fundamentais do acusado, negando a este a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal.

Embora a decisão adotada pelo STF não possua efeito erga omnes e vinculantes, por ter sido tomada pela Suprema Corte formou-se a partir de então importante precedente jurídico, já se tenho notícia de Desembargadores proferindo votos e já determinando a expedição de prisão na sessão de julgamento em que o resultado é condenatório. Diante das mudanças que este julgado promoveu na dinâmica da persecução penal e diante dos calorosos debates que vem acontecendo, justifica-se a escolha deste para ser debatido.

Para alcançar o seu objetivo, demonstrando a inconstitucionalidade da decisão adotada em face do julgamento do HC 126.292 o presente trabalho esta estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo presta-se a explicitar afinal qual o conteúdo do princípio da presunção de inocência, analisando-se ainda que este princípio possui força como norma de julgamento, forma de tratamento do acusado e como garantia política. Ademais será visto toda a evolução, desde seu surgimento nos diplomas internacionais a ganhar positividade no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo analisara a jurisprudência do STF no que diz respeito a possibilidade de execução antecipada da pena, até chegar na reviravolta que foi o julgamento do HC nº 126.192. Será visto ainda como ocorre a dinâmica da execução da pena no Brasil.

Finalmente, no terceiro e último capítulo será demonstrado por meio de argumentos concisos o porquê da inconstitucionalidade da decisão adotada no julgamento do HC nº 126.192, aproveitando para desconstruir os argumentos utilizados pelos ministros que votaram a favor da execução provisória da pena.

## 2 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA EVOLUÇÃO

Em razão dos objetivos que se pretende com a presente monografia, se faz necessário logo de início a compreensão do princípio da presunção de inocência, uma vez que este trabalho tem como objetivo analisar a compatibilidade deste em face da execução provisória da pena.

Dessa forma esse capítulo inaugural se dedicará a compreensão desse princípio, seu conteúdo, bem como a análise do seu surgimento nos diplomas internacionais até ganhar espaço no ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORMA PRINCÍPIO

A doutrina buscar explicar o conceito de princípio de diversas formas. Mas é unânime em concordar que princípio vem de “ponto de partida”, são os princípios algo que traz fundamento. Afirma Nucci (2014, p.52 *apud* BARROSO, 2009, p.146):

Que o papel essencial e prático dos princípios constitucionais é embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado, estabelecendo os alicerces, traçando as linhas mestras das instituições e dando-lhes o impulso vital inicial. A eles é reservada a função de ser o fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo.

O processo penal deve conciliar a garantia aos acusados contra as arbitrariedades estatais, e a efetivação da prestação jurisdicional. Nesse aspecto os princípios são fundamentais, como é o da presunção da inocência que tem previsão na própria Constituição Federal.

Quanto ao poder dos princípios, na atual fase pós-positivista, detém estes força normativa, possuindo status de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes.

Acrescente-se ainda que a força normativa dos princípios chega a ser maior que a das regras de direito, porque estas vigem na exata medida em que não colidem com aqueles. Já princípios possuem função, justamente, em dar unidade ao sistema jurídico, direcionando a

interpretação e a aplicação de suas normas e gerando novas regras em caso de lacunas. (MENDONÇA, 2009).

Ademais, em razão do extenso campo de incidência dos princípios, não são estes afetados na hipótese de conflitos normativos tal como sucede com as regras de direito, as quais se revogam por normas ulteriores, que contra elas venham a colidir. No conflito entre princípios não se revoga um em detrimento do outro, busca-se no caso concreto por meio da ponderação a aplicação do mais adequado para a justa composição da lide, ou a aplicação dos dois de forma a melhor se adequar a situação.

Com o princípio da presunção de inocência não é diferente, possui esse força normativa e além de importante garantia ao acusado é um princípio basilar que norteia toda a persecução penal. A seguir, será mais bem explanado o conteúdo deste.

## 2.2 DO CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA POSITIVAÇÃO

Depois de esclarecido o que são os princípios e qual sua força normativa, para fins de compreensão deste trabalho resta esclarecer o conteúdo do princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, qual seja: o de que todo acusado deve-se presumir inocente até que sentença condenatória com trânsito em julgado lhe julgue culpado.

Tal princípio encontra-se esculpido no art. 5º, LVII da Constituição da seguinte forma, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Esta previsto ainda no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Tal princípio tem como objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa uma vez que as pessoas nascem inocentes sendo necessário que o Estado evidencie ao Juiz, por meio de provas idôneas a culpa do réu. (NUCCI, 2014).

De outra banda, destaca-se a excepcionalidade do encarceramento, que ocorre com o trânsito em julgado da sentença ou em virtude das medidas cautelares de prisão, que são decretadas em situações necessárias à instrução probatória ou a ordem pública.

Ademais, evidencia que outras medidas constrictivas aos direitos individuais para serem aplicadas merecem cuidado redobrado, desde que comprovada excepcionalidade e necessidade, como ocorre com a quebra do sigilo telefônico (direito constitucional de proteção à intimidade) fiscal, bancário e a violação de domicílio em virtude de mandado de busca e apreensão (direito constitucional à inviolabilidade de domicílio). (NUCCI, 2014)

Reforça, ainda, o princípio penal da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, impede que as pessoas sejam obrigadas a se auto acusar, consagrando o direito ao silêncio e integra-se ao princípio *in dubio pro reo*, estabelecendo que em caso de dúvida deve-se absolver o acusado.

De forma a melhor compreender o conteúdo do princípio ora em questão, analisaremos em seguida uma divisão feita pela doutrina, do princípio da presunção de inocência como garantia política, forma de tratamento e norma de julgamento.

### **2.2.1 Presunção de Inocência como princípio político.**

Neste aspecto a presunção de inocência constitui garantia política do cidadão contra os arbítrios do Estado no exercício do Jus Puniendi. Esta esse princípio intrinsecamente ligado ao do devido processo legal, sendo fruto deste, bem como possui fortes vínculos ao princípio do *in dubio pro reo*.

Sobre esse ponto específico, acrescenta Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró (2017, p.7):

Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria. Todo indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais. Tal direito, contudo, não é absoluto. A liberdade pode ser juridicamente restringida. Para tanto, é necessário expressa previsão legal e a observância de um devido processo legal. O direito à liberdade é assegurado por várias garantias, dentre as quais se inclui a “presunção de inocência”.

Em suma, como princípio político, busca-se dar uma garantia política de não culpabilidade a todos os indivíduos, devendo ser observado não só pelas autoridades mais por toda a coletividade.



### 2.2.2 Presunção de inocência como norma de julgamento

Nesse sentido Arantes (2010, *apud* GULIO UBERTIS, 2000, p.69):

A concretização de um justo julgamento não depende somente da observância dos cânones legais para a declaração de culpabilidade. Se não emergirem da prova, obtida por meios lícitos e legitimamente produzida, elementos suficientes para a formação de convencimento judicial exigido para a condenação, a absolvição se impõe. Neste ponto, a presunção de inocência opera como regra de julgamento: expressa-se no *in dubio pro reo*.

Neste aspecto a presunção de inocência é vista sob uma ótica técnica, ou seja, antes de sentenciar é necessário através de provas lícitas, provar a culpabilidade do réu, é necessário comprovar não ser verdade o que o princípio ora em questão defende: a inocência do acusado.

Dessa forma não só insuficiência de provas, mais também a não comprovação da materialidade e a atipicidade da conduta, levam a absolvição do réu.

Sob esse aspecto, como forma de julgamento, o princípio da inocência também determina que dentre os fundamentos legais de condenação ou absolvição deve ser considerado os mais favoráveis ao menos favoráveis, de modo que este último só possa ser aplicado quando não for possível a aplicação do primeiro. Reforça ainda a necessidade de fundamentação das decisões condenatórias.

### 2.2.3 Presunção de Inocência como forma de tratamento

A presunção de inocência como regra de tratamento do réu impõe que este seja tratado de forma diferente do culpado, gerando, portanto a impossibilidade de quaisquer espécies de punição antecipada. Partindo desse pressuposto, a prisão admite-se apenas em virtude de sentença judicial a qual não caiba mais recursos ou nas hipóteses excepcionais de prisões cautelares, que se justificam em razão da necessidade de resguardar a ordem pública ou a instrução penal.

A presunção de inocência obsta a adoção de medidas restritivas da liberdade antes do reconhecimento da culpa, salvo os casos de absoluta necessidade, ou seja, os provimentos

cautelares, que são decretados em hipóteses excepcionais, quando comprovado os seus pressupostos: *fumus commissi delicti* e o *periculum in mora* (ARANTES FILHO, 2016).

Portanto, é inadmissível a antecipação do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e uso de prisão cautelar como corolário da imputação.

Acrescenta ainda Marcio Geraldo Britto Arantes Filho (2016) que a presunção de inocência como norma que orienta o tratamento a ser dispensado aos acusados está ligada aos direitos e garantias processuais integrantes do devido processo legal, entre eles a imparcialidade do órgão jurisdicional, a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, a publicidade dos atos processuais e consequentemente a prática do contraditório.

#### **2.2.4 Princípio da Presunção de Inocência: dos Tratados Internacionais à CRFB/88**

Ao tratar este trabalho da compatibilidade do julgamento do HC frente à garantia processual de presunção da inocência do acusado, imperioso se faz o estudo da entrada deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando toda sua evolução até tornar-se a garantia constitucional que representa nos dias de hoje.

O princípio da presunção de inocência possui previsão no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, relacionando-se intrinsecamente com diversos outros princípios processuais, trata-se de uma salvaguarda ao acusado, consagrando-se inclusive como cláusula pétrea. No entanto, os esforços para positivar este direito iniciaram-se a muito tempo, motivo pelo qual será analisado a partir de agora toda esta evolução.

Nos diplomas internacionais de direitos humanos, o princípio da presunção de inocência teria surgido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 9º que data de 1789, época que despontava o Iluminismo.

Artigo 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (FRANÇA, 1789 ).

A época o procedimento para processar os réus era chamado suplício, que se caracterizava pela aplicação de penas corporais, verdadeiros castigos impostos aos acusados antes mesmo de está provada sua culpa, visto que esta ia se formando na medida em que as

penas iam sendo aplicadas. As penas eram aplicadas em níveis de crueldade diferentes, a depender da gravidade do crime. Foi diante deste cenário que o princípio da presunção de inocência ganhou vez na Declaração de Direito do Homem e do Cidadão.

Posteriormente, em 1948, como reação aos governos fascistas da época, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, garantiu expressamente, a presunção de inocência em seu artigo 11:

Artigo 11º. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (FRANÇA, 1948 ).

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, deve ser garantido ao acusado todos os meios de defesa, inclusive o de não produzir prova contra si, de forma a reforçar o tratamento do réu como inocente, enquanto não estiver provada a sua culpabilidade, reforçando assim a presunção de inocência do acusado.

Cabe aqui colacionar trecho do voto do Ministro Celso de Mello quando do julgamento do HC 126.292, que ora se discute sua constitucionalidade, em que ele traça um histórico do princípio da presunção de inocência, demonstrando sua importância na luta contra abusos de governos autoritários:

Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial. (STF HC 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original).

Seguindo nas inovações apresentados pelos diplomas internacionais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) em seu art 6º, 2 assegurou que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Para ganhar mais força coativa, preferiu-se assinar um pacto de forma

que o cumprimento dos seus ditames pudesse ser exigido dos seus signatários, dessa forma, decidiu-se em 1966, formar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Finalmente em 1969 a presunção de inocência passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH), trouxe a garantia da presunção de inocência, no art. 8º, 2, 1ª parte, segundo o qual “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O referido pacto passou a ter vigência no Brasil a partir do Decreto n. 678, de seis de maio de 1992, pois mediante este ato normativo o Congresso Nacional aprovou-o e internacionalizou-o. Acrescente-se que a partir da Emenda Constitucional 45, que inseriu o parágrafo 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal fora conferido status de norma constitucional para as garantias prevista em tratados internacionais em que o Brasil fizesse parte. Sendo esse o conteúdo do parágrafo 3º, artigo 5º da CF:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 2014, p. 17)

Diferentemente da Constituição Federal que fala em presumir-se a não culpabilidade, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos trouxe expressamente o termo presunção de inocência.

Passando para o panorama brasileiro em 1988 o ordenamento jurídico passou a contar pela primeira vez com a positivação do princípio de presunção da inocência, a partir de então o sistema processual penal teria que tratar o acusado como inocente até que sobrevenha a certeza de sua culpa sob pena de desobediência a Carta Magna, norma hipotética fundamental e a mais superior do ordenamento jurídico a qual as demais normas devem obediência.

O Superior Tribunal de Justiça, firmou ainda o entendimento de que a presunção de inocência insculpida no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, deveria ser tratada como cláusula pétrea :

[...] a presunção de inocência, invocada pelo impetrante a justificar a sua liberação, postulado constitucional erigido como cláusula pétrea e direito político criminal do acusado de caráter fundamental, não tem valor absoluto. Pode ceder diante da necessidade da privação cautelar, apontada pelos fatos e pela sua plausibilidade jurídica. (*Habeas corpus* nº 187.291/SE. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12/11/2010).

Apesar de ter ganhado disposição expressa e status de cláusula pétrea, a partir dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que o princípio da presunção de inocência já não opera atualmente com toda a sua força normativa, uma vez que a partir do julgamento do HC nº 126.192, o STF permitiu a possibilidade da execução antecipada da pena antes mesmo do seu trânsito em julgado, indo na contramão do que determina esta garantia.

No entanto essa realidade nem sempre foi assim, o Supremo Tribunal Federal possuía entendimento totalmente diferente tendo dado um reviravolta em sua jurisprudência a partir do julgamento do HC nº 126.192. O próximo capítulo deste trabalho se prestará a analisar toda este caminhar da Corte Máxima, bem como demonstrará como ocorre a dinâmica da execução da pena e das modalidades de prisões admitidas.

### **3 A JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Antes de analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a compatibilidade desta com o princípio de presunção de inocência, para melhor compreensão, é necessário demonstrar como ocorre à execução da pena segundo a legislação brasileira.

#### **3.1 A DINÂMICA DA EXECUÇÃO DA PENA SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

A fase de execução da pena inicia-se após o esgotamento dos recursos, momento em que a pena será cumprida pelo condenado. A lei 7.210 de 11 de julho de 1984 é a responsável por regulamentar a execução penal no Brasil e segundo seu artigo 1º tem “[...] por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

O Art. 105 da Lei de Execução Penal estabelece de forma imperativa que: “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”. Não resta dúvidas, por conseguinte que o momento correto para executar a pena é após o trânsito em julgado, porém não é esse o atual posicionamento do STF, segundo esta Corte agora é possível prender o condenado após o julgamento de segunda instância, acrescente-se ainda que este entendimento cria uma nova modalidade de prisão, frise-se, sem nenhum tipo de embasamento legal.

Quanto às prisões o artigo 288 do Código de Processo Penal prevê:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

Nota-se, portanto que as modalidades de prisão admitidas pelo ordenamento jurídico são as decorrentes de sentença condenatória após o trânsito em julgado, as prisões em flagrantes que possuem natureza precautelar, decretada no momento em que o criminoso é surpreendido no decorrer da ação penal e as prisões cautelares que são basicamente a preventiva e a temporária.

Como qualquer medida cautelar as prisões preventivas e temporárias são decretadas em hipóteses excepcionalíssimas e desde que comprovado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou seja, desde que haja provas mínimas de que o acusado tenha de fato praticado um crime e ainda diante do risco que o sujeito solto venha a prejudicar a instrução penal, ou fique prejudicada a futura execução de sua pena ou ainda diante do risco que a liberdade do réu possa causar danos a sociedade.

A prisão temporária esta prevista na Lei 7.960/89 é outra modalidade de prisão cautelar que pode ser decretada apenas em fase de inquérito de forma a auxiliar a investigação criminal.

Quanto a essas modalidades de prisão, afirma Norberto Avena (2014, p.963):

Embora sua decretação deva ser excepcional, justificando-se apenas em hipóteses nas quais a permanência do indivíduo em liberdade possa efetivamente dificultar a realização da prestação jurisdicional, a prisão preventiva não importa em violação á garantia constitucional da presunção de inocência. Afinal, não se trata de pena, mas de uma segregação com objetivos nitidamente processuais, e, além disso, a própria Constituição Federal, implicitamente, admite a prisão do indivíduo antes da sentença condenatória definitiva, mesmo não sendo caso de flagrante delito.

Nota-se, portanto que a prisão em flagrante e as prisões cautelares não ferem o princípio da presunção de inocência sendo modalidades constitucionais, diferente da atual modalidade de execução antecipada de pena, criada pela Corte Máxima.

### 3.2 HABEAS COUPUS Nº 91.675/PR DE 2007

A jurisprudência do STF acerca da possibilidade de execução antecipada da pena já sofreu algumas mudanças no decorrer do tempo. No ano de 2007, por exemplo, essa Corte demonstrava que era possível a execução provisória da pena depois de corroborado a sentença de primeiro grau pela segunda instância.

Pautava-se a corte no entendimento de que se os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo conforme o próprio Código de Processo Penal traz em seu artigo 637, nada impediria que a sentença fosse executada.

Nesse sentido, decisão de *Habeas Corpus* colacionado abaixo impetrada em meados de 2007. Na oportunidade o réu Silvio Rodrigues de Lima fora condenado a mais de oito anos de reclusão em razão da prática do crime de atentado violento ao pudor, na oportunidade a defesa interpôs apelação, à qual o Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento, tendo, de pronto, determinado a expedição de mandado de prisão contra o Paciente. Impetrado posteriormente *Habeas Corpus* alegando, em síntese, inconstitucionalidade e ilegalidade da ordem de prisão por violação direta ao art.5º, LVII da CF.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PEDIDO DE LIMINAR PARA GARANTIR AO PACIENTE O DIREITO PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O JULGAMENTO DE MÉRITO DA PRESENTE AÇÃO: PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NÃO COMPROVADA DE PLANO. LIMINAR INDEFERIDA.[...] 4. Nesta ação, o Impetrante sustenta, em síntese, que o Tribunal de Justiça paranaense não poderia ter determinado a expedição de mandado de prisão contra o Paciente, pois é ele primário, tem bons antecedentes, residência fixa e respondeu ao processo em liberdade. Alega, portanto, ser a ordem de prisão inconstitucional e ilegal, uma vez que o art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".[...] A presente impetração trata da questão de saber se a falta de trânsito em julgado da sentença condenatória poderia permitir a execução, mesmo que provisória, da pena. Mais especificamente, busca-se saber se a pendência de recurso especial e extraordinário impediria a execução provisória da pena. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.(STF HC9167/PR, Relatora CÁRMEN LÚCIA, Julgamento em: 15/06/2007). (sem grifos no original )

Nota-se, portanto, que até 2007, a Corte Suprema entendia ser possível a execução da prisão antes do trânsito em julgado, desde que os recursos interpostos não tivessem efeito suspensivo.



### 3.3 HABEAS COUPUS Nº 84.078/MG DE 2009

Posteriormente em 2009, ao julgar o HC 84.078/MG o Supremo se deparou novamente com o tema, vindo a deliberar de maneira totalmente oposta ao que decidira em 2007.

O HC 84.078 fora impetrado em favor de Omar Coelho de Passos, que foi condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos Minas Gerais, à sete anos e seis meses de reclusão, pelo crime de tentativa de homicídio e agravantes. A defesa apelou, oportunidade em que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais confirmou a referida condenação, o que gerou o ajuizamento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ao julgar o caso o STJ determinou a expedição do devido mandado de prisão e início da execução da pena, uma vez que o recurso especial não possuía efeito suspensivo apto a obstar o começo do cumprimento da pena.

Diante do resultado, fora interposto o HC 84.078 perante o Supremo Tribunal Federal, sendo o STJ o coator em virtude de ter negado HC anteriormente impetrado. Ao julgar o caso, a corte decidiu a certamente que a prisão do réu só poderia ser decretada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e que a execução da penal não poderia ocorrer enquanto houvesse recursos pendentes, excepcionando apenas hipóteses em que coubesse a decretação da prisão preventiva.

Nessa oportunidade a Corte Máxima decidiu que as disposições do art. 637 do CPP deviam ser superadas pelo alcance do princípio da ampla defesa, que deve ser aplicado em todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, de modo que a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação provoca um desequilíbrio prejudicial para a defesa do réu. (SOUTO; RUBIS, 2016).

Tudo conforme a ementa do acórdão proferido e colacionado abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

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

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.

[...]

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 extra ordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque - -- disse o relator --- 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (STF HC 84.078/MG, relator Ministro Eros Grau, julgado em 05.02.2009). (sem grifos no original )

Em seu voto o ministro relator Eros Grau, fundamentou sua decisão na impossibilidade de desobediência aos ditames da constituição e em obediência ao devido processo legal, desconsiderando por isso totalmente a possibilidade de execução antecipada da pena. A seguir trecho do seu voto que deixa bem claro seu posicionamento:

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado – e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena – anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponha ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (STF HC 84.078/MG, relator Ministro Eros Grau, julgado em 05.02.2009) (sem grifos no original).

Acompanharam o relator Eros Grau os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Marcos Aurélio.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

Quando esta suprema corte apoiando-se na presunção de inocência afasta a possibilidade de execução provisória da condenação criminal ou impede que o Estado der, arbitrariamente, por antecipação a prisão cautelar de qualquer pessoa sem base empírica idônea justificadora da real necessidade dessa medida constritiva, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irreversível. O fato é que essa incompreensível repulsa a presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências que daí resultam, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático. (STF HC 84.078/MG, relator Ministro Eros Grau, julgado em 05.02.2009). (sem grifos no original)

De outra banda, votaram contra a concessão do Habeas Corpus, os ministros Joaquim Barbosa, Menezes Direito, Ellen Gracie e Carmen Lúcia, e entre os principais argumentos, esta a efetividade das decisões condenatórias de primeiro grau e o fato dos recursos especial e extraordinário não possuírem efeito suspensivo, não sendo possível impedir o início do cumprimento da pena.

Nesse diapasão, o voto do Ministro Joaquim Barbosa:

Considerando assim a legitimidade das instâncias ordinárias para proferir decisões condenatórias dotadas de efetividade, penso ser necessário que esta Corte permita sua execução provisória, sob pena de as tornarmos despidiendas. É de se ter em conta que a possibilidade de execução provisória do julgado vem da necessidade de dar efetividade ao processo, evitando que se frustre a condenação já exaustivamente determinada nas

instâncias ordinárias, em que a ação penal tramitou e foi submetida à análise percuciente pelos órgãos competentes para análise de fatos. (STF HC 84.078/MG, relator Ministro Eros Grau, julgado em 05.02.2009). (sem grifos no original )

Após o STF se posicionar contrário à execução provisória da pena, fora editada a Lei nº 12.340/11, que provavelmente tinha como finalidade se adequar aos regramentos da Constituição vigente, bem com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, foi nesse momento que os artigos 393 e 595 do Código de Processo Penal foram revogados, basicamente porque ofendiam o princípio da presunção de inocência.

O artigo 595 do CPP Penal determinava que seria declarada deserta a apelação se o réu condenado fugisse e o artigo 393 determinava basicamente que era efeito da sentença penal condenatória a prisão do réu. A prisão que decorria da decisão de pronúncia, também foi abolida do ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se então que a partir do julgamento do HC 84.078/MG o STF passou a entender que não era possível a execução provisória da pena, no entanto tal realidade foi alterada recentemente, no ano de 2016, com o julgamento do HC 126.292/SP.

### 3.4 *HABEAS COUPUS* Nº 126.292/SP DE 2016

Em fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do ministro Teori Zavascki, a suprema corte por maioria de votos resolveu surpreender a todos modificando seu precedente, admitindo que para executar a sentença penal condenatória, basta decisão de segundo grau e que tal decisão não ofenderia o princípio da presunção de inocência.

O *Habeas Corpus* 126.292 foi impetrado em favor de Robson Ramos da Cruz, um homem condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime inicial fechado pela prática do crime de roubo, tal sentença foi objeto de apelação e o tribunal manteve a decisão de primeiro grau, determinando a imediata expedição do mandado de prisão.

Contra essa ordem, foi impetrada *Habeas Corpus* junto ao STJ, sendo indeferido. Após isso fora impetrado novo *Habeas Corpus* junto ao STF.

Na visão dos ministros, o princípio da presunção da não culpabilidade não impede que as condenações sejam executadas depois de uma decisão de segundo grau, ou seja, de um

Tribunal de Justiça ou de um Tribunal Regional Federal ou um Tribunal Regional Eleitoral, visto que os recursos Especial e Extraordinário não são dotados de efeito suspensivo e não discutem os fatos, apenas direito.

Houve, segundo o STF, uma relativização do princípio da presunção da não culpabilidade na medida em que objetiva um equilíbrio entre este princípio e a efetividade da função jurisdicional.

É esta, portanto a ementa deste acórdão:

EMENTA: 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. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original )

Nos termos do voto do ministro Relator:

[...] 5. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da

Lei 8.038/1990, (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original ).

Entende assim o relator, que enquanto o réu não é condenado em primeiro grau presume-se sua inocência e caso recorra enquanto não julgado o recurso o réu ainda é presumido inocente, mas, após a confirmação da condenação não se presume mais a inocência deste. A partir de então o que não pode mais é presumir-se culpado.

O relator utiliza como argumento para a criação de um limite temporal para o princípio da presunção de não culpabilidade, o fato de que os Tribunais Superiores não discutem fatos e provas, mas apenas matérias de direito, além do fato de não possuírem os recursos extraordinários efeito suspensivo.

Utilizou ainda como argumento, o fato de que a Lei 8.038/1990, Lei da Ficha Limpa estabelece que a partir da condenação de segundo grau já é o acusado um “ficha suja”, nesse caso, por que não executar a pena também logo após essa decisão?

Utiliza ainda o Ministro Relator como justificativa de seu voto o fato de que em outros países do mundo, a pena já é executada logo depois de observado o duplo grau de jurisdição.

Segundo o Ministro Teori Zavascki:

Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduz: “[...] Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança) Argentina O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional. Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494.”[...] (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original ).

E segue argumentando, que não a óbice a execução da pena logo após a confirmação na segunda instância, uma vez que os recursos extraordinários na maioria das vezes não logram êxito, como nota-se abaixo:

[...] 8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevantes, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original)

E finalizado dizendo:

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original).

Nesse aspecto o Ministro Teori Zavascki, preocupado com a efetivação do processo, argumenta que deve o Poder Judiciário, por meio de o processo garantir a sua função institucional. Nesse diapasão a execução provisória da pena de pronto evitaria a prescrição de processos e o uso de recursos com manifesto objetivo protelatório.

O Ministro Relator revogou a liminar anteriormente concedida, e teve seu voto acatado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. A votação encerrou-se com 7 (sete) votos a favor e 4 (quatro) contra o que culminou com a negatória da ordem de *Habeas Corpus*.

Votaram contra, os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Celso de Mello, merecendo, portanto ser colacionado o voto deste último:

Registre-se, desde logo, Senhor Presidente, 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. 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. Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, 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, [...] não se justifica a formulação, seja por antecipação ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo, assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado. Portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original).

Cabe destacar parte do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que votou contra a execução antecipada da pena, nesse trecho ele cita a opinião dos três maiores processualistas brasileiros sobre esta celeuma:

Na época, nesse meu longo voto que proferi, naquela oportunidade, naquela assentada, eu trouxe a lição de três eminentes professores, titulares da Universidade de São Paulo, de Processo Penal: a professora Ada Pellegrini Grinover, o professor Antônio Magalhães Filho e o professor Antônio Scarance Fernandes, que diziam o seguinte em um pequeno trecho: Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive - dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei



ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior. Portanto, este é o ensinamento de três dos maiores processualistas penais de nosso país e que creio que ainda estão em vigor. Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causam a maior estranheza. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original)

Finaliza ainda o Nobre Ministro Ricardo Lewandowski afirmando que a possibilidade de execução da pena após decisão de segundo grau, provocará danos imensuráveis, na medida em que aumentará o número de presos dentro de um sistema penitenciário falido e inchado. Após o julgamento do HC 126.292 duas ações diretas de inconstitucionalidades foram ajuizadas, questionando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, fato que será mais bem esclarecido no próximo tópico.

### 3.5 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44.

Com a repercussão criada a partir do julgamento do HC 126.292, e em razão dos desdobramentos desta decisão, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Constitucionalidade, a de número 43 pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e a de número 44 pelo Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil). As entidades requereram que fosse declarada a constitucionalidade do artigo 283 que condiciona o início do cumprimento da pena, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, requerendo, portanto em sede de liminar que as execuções antecipadas da pena já decretada fossem suspensas e posteriores decisões desse tipo não fossem mais decretadas.

Na ADC, protocolada pelo PEN em 18/05/2016, há uma crítica no fato de que o STF não analisara o art. 283 do CPP, inserido na legislação em 2011. Eles também alegam que faltou um vasto debate ao caso, devido a sua relevância.

O PEN alegou que embora a decisão adotada no HC nº 126.292 não possua efeitos *erga omnes*, gera grandes repercussões, como a possibilidade de expedição de mandado de

prisão para todos aqueles condenados em segunda instância, motivo pelo qual fez críticas, uma vez que tal matéria deveria ter sido mais discutida.

O conselho federal da OAB da mesma forma do PEN requereu a declaração de constitucionalidade do artigo 283. Alegou ainda que o STF incorreu em flagrante usurpação da competência do plenário para julgar questões constitucionais incidentais, contrariando, expressamente, a Súmula Vinculante de número 10, criada de forma a barrar o desrespeito a cláusula da reserva do plenário, insculpida no artigo 97 da Constituição. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, ADC N° 43 e 44).

O julgamento das Ações foi suspenso após o voto do ministro Relator Marcos Aurélio, que decidiu pelo deferimento da cautelar designando a suspensão de todas as execuções provisórias decretadas após a decisão de 2ª instância. No entanto a discussão foi retomada, ficando ao final decidido que é constitucional o artigo 283 e o mesmo não impede o início do cumprimento antecipado da pena após decisão de Segunda Instância o que culminou com o indeferimento das ações.

Votaram a favor do indeferimento da liminar que pedia pela suspensão das execuções de pena já decretada, o Ministro Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e a Presidente Carmem Lúcia.

Disse em seu voto o Ministro Luiz Roberto Barroso:

A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado... A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas.(STF ADC N° 43 e 44, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 05/10/2016 )

Acrescentou ainda a Presidente do STF que “A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo” ao defender que uma vez havendo apreciação de provas, condenação em primeiro grau e sua confirmação em segundo, não tem a prisão do condenado aparência de arbítrio. Ao passo que se de um lado há a garantia de presunção de inocência do acusado do outro esta a necessidade de preservar o sistema e sua confiabilidade. (CARMEM LÚCIA, ADC n° 43 e 44, 2016).

De outra banda votaram a favor da concessão da liminar e acompanharam o Relator Marcos Aurélio os ministros Celso de Mello, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, e o ministro Dias Toffoli que acompanhou apenas parcialmente o Relator.

Nesse sentido, importante se faz colacionar parte do voto do Ministro Celso de Mello:

Quantos princípios proclamados pela autoridade superior da Constituição da República precisarão ser sacrificados para justificar a decisão desta Suprema Corte proferida no julgamento do HC 126.292/SP? Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência? Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescandível pragmatismo de ordem penal? Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente? Enfim, Senhora Presidente, é possível a uma sociedade livre, apoiada em bases genuinamente democráticas, subsistir sem que se assegurem direitos fundamentais tão arduamente conquistados pelos cidadãos em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder, como aquele que assegura a qualquer pessoa a insuprimível prerrogativa de sempre ser considerada inocente até que sobrevenha, contra ela, sentença penal condenatória transitada em julgado? Entendo, bem por isso, Senhora Presidente, e já o disse nesta Tribuna, que a majestade da Constituição não pode ser transgredida nem degradada pela potestade do Estado, pois, em um regime de perfil democrático, ninguém, a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal, pode pretender-se acima e além do alcance da normatividade subordinante dos grandes princípios que informam e dão essência à Lei Fundamental da República. (STF ADC N° 43 e 44, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 05/10/2016). (sem grifos no original )

Nota-se, portanto que a matéria que diz respeito à execução provisória da pena nunca esteve consolidada no STF. Como foi explanado acima, a Corte Máxima em um momento de valorização das garantias conquistadas pelo cidadão, não admitia a execução provisória da pena, modificando seu posicionamento anterior, admitindo a prisão apenas após trânsito em julgado ou nas hipóteses de prisão cautelares.

#### **4 DA INCOMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA COM O TEXTO DO ARTIGO 5º INCISO LVII DA CF.**

Porém a partir do julgamento do HC 126.292 o STF retrocedeu em seu posicionamento, decidindo em resumo que: A pena pode ser executada após a decisão de segundo grau, não precisando aguardar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo após o julgamento de segunda instância é possível à expedição de mandado de prisão, posto que os recursos extraordinários não possuam efeito suspensivo. E que a execução antecipada da pena não é incompatível com o princípio da presunção de inocência.

No entanto a antecipação provisória da pena é sim incompatível com o texto do artigo 5º inciso LVII da CF, isso porque, mais do que um princípio explícito de direito, se esta diante de uma regra expressa: só se admite prisão quando se tenha sentença condenatória irreversível ou se trate de prisão cautelar, caso contrário trata-se de antecipação do cumprimento da pena. (EROS GRAU, HC 84.078 MG, 2009).

O ministro Eros Grau diz ainda:

Não há como admitir sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declara judicialmente a certeza de que cometeu a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória. (STF HC 84.078/MG, relator Ministro Eros Grau, julgado em 05.02.2009) (sem grifos no original ).

Não restam dúvidas, portanto da desobediência desta decisão aos ditames da Constituição Federal. Todo aquele que se presta a estudar o direito, tem conhecimento que a decisão transita em julgado quando esta se torna imutável, não sendo passível de recursos, destarte se ainda cabe recurso seja ele extraordinário ou especial, enquanto estes não forem julgados nada justifica a prisão do réu antes desse julgamento.

Nesse seguimento as belas palavras do Ministro Celso de Melo:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o

princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original ).

Desta forma não resta dúvidas da supremacia da Constituição e do dever de obediência a esta por parte de todos que lhe interpretam, dessa forma nem mesmo a Corte Máxima pode desrespeitar seus ditames, e dar lhe interpretação que não existe, frise-se ainda que o artigo 5º inciso LVII não dá margem a interpretações que permita executar a pena antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Diante do exposto reitera-se, a decisão tomada no julgamento do HC 126.291 é inconstitucional, não só por desobedecer a Carta Magna, mas pelo retrocesso das garantias fundamentais que representa, bem como pela forma em que tudo aconteceu em que pese à importância dessa matéria e as repercussões que ela provocará. A partir de então será explanado os motivos de defender esse trabalho a inconstitucionalidade de tal julgamento.

#### 4.1 DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

O princípio da presunção de inocência tem prevalecido no contexto das sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana, o próprio contexto histórico de surgimento desse princípio demonstra isso, uma vez que essa garantia surgiu como reação aos abusos cometidos por governos que presumiam o condenado como culpado desde o início, que não garantia a este o direito de defender-se e que tinha como forma de penalidade castigos pessoais.

É o princípio da presunção de inocência uma conquista de todo cidadão, uma garantia conquistada a custo de anos de luta, é esse uma consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito da ampla defesa, no entanto o recente julgado do STF, ao permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória trouxe de volta entendimento que já havia sido superado pela Corte, justamente pela necessidade de adequar sua jurisprudência aos ditames da Constituição Federal.

A decisão tomada no STF a partir do julgamento do HC enfraquece um direito fundamental, e representa verdadeiro retrocesso das garantias fundamentais, o que é veementemente vedado, o que só reitera mais uma vez a inconstitucionalidade desse julgado.

Para Pedro Lenza o princípio da vedação ao retrocesso significa que “uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*” (2014, p.1089).

E completa:

Entendemos que nem a lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, já que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados. Segundo anotou Canotilho, “o princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”.(LENZA, 2014, p.1089) (sem grifos no original ).

Cabe destacar que nem lei ou mesma o poder constituinte reformador por meio de emendas constitucionais pode alterar ou pior ainda, enfraquecer um direito fundamental, que dirá uma decisão judicial. A própria Constituição Federal veda expressamente a supressão de direitos fundamentais, conforme artigo 60 §4: não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV- os direitos e garantias individuais.

Nesse sentido pecou o Supremo Tribunal Federal, ao alterar o campo de aplicação de uma garantia individual a muito consagrada.

#### 4.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE LEGISLAR DO STF

A interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares, conforme Pedro Lenza (2012, p.20 *apud* CANOTILHO, 2010, p.220)

Cabe, portanto aos intérpretes do direito interpretar as normas, porém há um freio para essa atividade. A constituição brasileira, por exemplo, conjuga presunção de inocência com trânsito em julgado de decisões, significa dizer que para o nosso constitucionalismo a presunção vigora até o momento em quem não caiba mais recursos da sentença condenatória, e nesse ponto errou o STF ao dar um sentido a constituição que não existe, atuando como

verdadeiro legislador e emendando a constituição , invadindo uma competência que não é sua, e sim do Legislativo.

Nesse diapasão, o Ministro Cesar Peluzo quando era presidente do STF propôs uma Projeto de Emenda à Constituição (PEC) que se propunha a mudar o sistema recursal para antecipar o trânsito em julgado. De outra banda o Ministério Público Federal nas 10 (dez) medidas anticorrupções também trouxe uma PEC que buscava alterar essa realidade. Nota-se, portanto que sabendo da impossibilidade da execução antecipada da pena, algumas entidades procuraram legitimamente mudar a dinâmica processual, buscando antecipar o trânsito em julgado, de forma legítima, ou seja, por meio de projetos de emenda a constituição.

Ao que parece, diante de um momento de crise política, os ministros meteram os pés pelas mãos e na busca de dar uma resposta para sociedade, como eles mesmos disseram, promulgaram verdadeira emenda constitucional. Corrobora desse entendimento o Ministro Marcos Aurélio, como se observa em trecho do seu voto:

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original ).

Não bastasse o STF ter atuado como verdadeiro legislador, errou ainda ao alterar a constituição de forma a restringir direitos, como afirmado no tópico acima, nem lei ou o poder constituinte reformador pode alterar ou pior ainda, enfraquecer um direito fundamental, que dirá uma decisão judicial. A Constituição prevê ainda que nem mesmo as emendas constitucionais podem restringir direitos fundamentais.

#### 4.3 DA PROBLEMÁTICA DO SISTEMA CARCERÁRIO

Outro argumento contra a decisão tomada no HC 126.292 passa pelas repercussões negativas que esse julgamento trouxe, somado ao fato de que uma decisão tão importante de repercussões intensas merecia maiores debates, isso porque embora não possua esse *decisium* eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, é uma decisão da Corte Máxima do Judiciário que gera um sério precedente, já se tendo notícias inclusive que alguns tribunais já expediram mandados de prisão com fundamento nesse novo julgado.

O fato é que essa decisão causará um grande aumento na população carcerária brasileira, que se frise, passa por uma grande crise marcada principalmente pela superlotação. Sobre o assunto merece destacar a fala do Ministro Ricardo Lewandowski:

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original).

Quanto isso complementa Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró demonstrando a opinião do próprio Supremo quanto ao sistema penitenciário brasileiro:

Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causam a maior estranheza. Mas, como já ressaltado, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconhece que:

- a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;
- b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura;
- c) a existência de uma situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.

Lê-se da ementa do v. acórdão:

“Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” (LOPES JUNIOR; BADARÓ, 2016, p.39)



O ministro Ricardo Lewandowski durante seu voto no julgamento do HC faz ainda uma reflexão interessante. Segundo o Código de Processo Civil durante o cumprimento de sentença, podem ser praticados atos que configuram em transferência de dinheiro ou de propriedade, no entanto o legislador preocupou-se em dizer que, no caso de reversão de uma sentença posterior por parte dos Tribunais Superiores as partes seriam restituídas ao estado anterior e ressarcida de eventuais prejuízos que tivessem. Em contrapartida, no processo penal brasileiro decidiu-se que a pessoa deve ser provisoriamente presa, mesma havendo possibilidade de sua sentença ser revertida, não havendo nesse caso como é no processo civil, possibilidade de restituir ao indivíduo o tempo que este passou privado de sua liberdade. Nota-se que o processo civil foi bem mais cauteloso ao tratar de patrimônio do que o Supremo ao tratar de liberdade.

E completa o ministro:

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original ).

E de forma a trazer dados mais completos sobre essa realidade o Ministro Lewandowski traz ainda alguns números importantes.

Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original ).

Assim, já se tem notícias de Juízes de primeiro grau determinando, *ex officio*, a prisão de réus que aguardam o julgamento do recurso especial; há Desembargadores proferindo votos e já determinando a expedição de prisão na sessão de julgamento em que o resultado é condenatório; Procuradores Regionais Federais e Procuradores de Justiça estão requerendo a

prisão após a sessão de julgamento do recurso de apelação. (LOPES JUNIOR; BADARÓ 2016, p.38).

Nota-se, portanto que esta decisão é inconcebível, embora o próprio Supremo reconheça o estado de coisas inconstitucionais que representa o sistema carcerário brasileiro, profere uma decisão que vem a piorar e muito este cenário e pagando-se o preço ainda da relativização de uma garantia dos acusados.

#### 4.4 DA NECESSIDADE DE MAIOR DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA

Outra problemática que surge em desfavor da decisão tomada pelo STF, diz respeito à necessidade de maior discussão sobre a matéria, na medida em que esta provocará muitas e sérias repercussões na vida das pessoas e na dinâmica do direito processual penal. Não se manifestou o STF a respeito de dispositivos expressos do ordenamento jurídico brasileiro que vão de encontro ao que fora decidido, bem como não analisou as inúmeras situações teratológicas que podem surgir a partir desse julgado.

Ao que parece o STF preferiu ignorar o princípio da presunção de inocência, e deixar de lado a discussão que deveria ter sido feito sobre a matéria, como o estudo das repercussões que provocaria a dar uma resposta à sociedade e ouvir seus anseios. No entanto ceder aos anseios sociais não é uma postura correta a ser admitida pelo Supremo. Nesse sentido afirma Aury Lopes Junior:

Introdutoriamente entendamos que a legitimação da atuação do juiz/tribunal não decorre da aceitação popular ou da maioria da população. Não é um modelo político, de eleição. Todo o oposto. O papel do juiz no processo penal é o de ser o guardião da máxima eficácia dos direitos e garantias da Constituição, ainda que para isso ele tenha que decidir contra a maioria. (LOPES JÚNIOR, 2016) (sem grifos no original ).

Lopes Junior faz ainda um comparativo, remetendo a atual realidade, de que se a pena correspondesse às expectativas da sociedade, deveria-se instituir a pena de morte, que como se sabe é uma alternativa apresentada por muitos brasileiros atualmente, ou outras medida que se mostram bastante perigosas, como a tortura para obter a confissão, a prisão cautelar como regra, entre outras. (LOPES JUNIOR, 2016).

É necessário reconhecer assim, que principalmente em épocas de crise, como a atual, de instabilidade política e das instituições democráticas brasileiras, devem-se resguardar os princípios e valores, como forma de manter a estabilidade da sociedade.

Ademais a decisão firmada no julgamento do HC 126 292 ao permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado foi omissa no que diz respeito à legislação vigente, uma vez que sua decisão é contrária a dispositivos expressos como o artigo 283 do CPP que diz “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” e o artigo Art. 105 da LEP que diz “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”. Deveria por isso o STF ter declarado a constitucionalidade ou não desses artigos, não apenas negar-lhes vigência, como o fez.

Ademais não se manifestou o Supremo em relação a diversas situações teratológicas que podem surgir a partir de seu julgado, senão vejamos algumas situações passíveis de acontecer: como o caso de um réu que passa a cumprir pena em virtude do segundo grau ter confirmado sua condenação, mas que em sede de recurso especial consegue reduzir sua pena para um quantum que torna possível a substituição para pena restritivas de direito .O que fazer nessas situações em que o réu cumpriu uma pena que sequer não existe ? Como devolver a ele o tempo que passou preso?

Outra situação seria o caso de um acusado que é condenado por descaminho em razão de ter sonegado quinze mil reais e tem sua condenação confirmada em sede de apelação, pois embora sua defesa alegue insignificância, a posição do juiz de segundo e primeiro grau é a de que o limite admitido pelo STJ nos crimes de descaminho é de apenas quinze mil reais. Passe-se então o réu a cumprir pena a partir daqui. Desta decisão interpõe-se recurso extraordinário ao Supremo, e aqui em virtude desta corte entender que o limite pra fins de insignificância é de ate vinte mil reais, é o réu absolvido por atipicidade material do crime. O que fazer nessas situações em que o réu cumpriu pena onde nem mesmo havia crime?

É nesse sentido que se sustenta a inconstitucionalidade da decisão tomada em sede do HC 126.292, que permite a execução da pena antes mesmo da culpa estar formada. Deveria, portanto o STF ter ampliado sua discussão, manifestando-se sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos da legislação vigente, e não apenas negar-lhes vigência e ainda analisado sobre a possibilidade do surgimento de situações anormais, diante do precedente que fora criado.

#### 4.5 DESCONSTRUINDO OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS.

Este tópico se prestará a analisar os argumentos utilizados pelos ministros que votaram a favor da decisão que determinou a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado, de forma a desconstruí-los.

Segundo os ministros não seria necessário aguardar o trânsito em julgado para executar a pena, pois na Segunda Instância encerra-se a discussão dos fatos e provas, bem como em virtude da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, utilizando ainda como argumento o direito comparado.

##### 4.5.1 Da preclusão fática na segunda instância

Um dos argumentos utilizados pelos ministros favoráveis a execução antecipada da pena, foi o de que o julgamento de segunda instância encerra o exame de fatos, havendo, portanto, uma possibilidade muito pequena de reforma do acórdão quando do julgamento dos recursos extraordinários.

De fato os recursos extraordinários não examinam provas diferentemente dos ordinários que se prestam a proteger o direito subjetivo das partes litigantes, enquanto os primeiros discutem questões de direito, ou seja, tutelam o direito objetivo.

Segundo Aury Lopes Junior e Henrique Badaró:

Há redução simplista, afirmar que os recursos especial e extraordinário, por visarem um controle de legalidade, não se preocupam com o direito concreto do recorrente. Citando Taruffo, ele afirma existir dois modelos de Cortes, um de cassação de inspiração francesa, que limitam-se a dar correta interpretação da lei, depois baixando os atos para que o juiz da causa decida o caso concreto. E as cortes, como as brasileiras STJ e STF, que embora julguem recursos nos quais não se discutam questão fática, predomina-se por proteger o direito subjetivo do recorrente e somente em caráter secundário tutela o direito objetivo.(LOPES JUNIOR; BADARÓ, 2016, p.20) (sem grifos no original ).

Ademais o fato de que para ajuizar os recursos extraordinários seja necessário comprovar a repercussão geral não significa que estes não protejam o direito do recorrente. Embora os casos em que caiba recurso especial e extraordinário sejam limitados e a possibilidade de reforma dos acordãos seja pequena isso não impede que enquanto não sejam julgados tais recursos o réu seja tratado como inocente, isso porque por meio desses recursos é ainda possível alterar a decisão condenatória do réu, frise-se, neste momento a culpa ainda não esta formada, sobre esse ponto a palavra de Aury Lopes Junior e Henrique Badaró:

Há diversos temas, envolvendo questões predominantemente de direito, e passíveis de ataque em recurso especial e extraordinário, que podem permitir uma alteração da decisão condenatória, seja para reformá-la para um resultado absolutório, seja para reduzir substancialmente a pena imposta, muitas vezes até mesmo alterando a espécie de pena privativa de liberdade, quando não ocorre a extinção da punibilidade pela prescrição. Também é possível que o recurso seja provido por violação de regra legal ou garantia constitucional de natureza processual, implicando a anulação do acórdão condenatório do tribunal local, para que outro seja proferido, observando-se corretamente o dispositivo de lei federal ou a regra constitucional tida por contrariada ou violada. E há muitos temas aptos a serem questionados que podem levar a tais resultados. Embora no recurso especial e extraordinário não se discuta “questão de fato”, é perfeitamente possível a sua interposição, para se questionar os critérios de apreciação da prova, a errada aplicação das regras de experiência, a utilização de prova ilícita, a nulidade da prova, o valor legal da prova, as presunções legais, ou a distribuição do ônus da prova, pois todas estas questões não são “de fato”, mas “de direito”. Nesse campo, também deve ser aceito o recurso contra decisões para controlar a valoração probatória quanto aos princípios gerais da experiência, os conhecimentos científicos, as leis do pensamento e, até mesmo, os fatos notórios. (LOPES JUNIOR; BADARÓ, 2016, p. 24 e 25 ) (sem grifos no original ).

Essa discussão lembra outra inclusive, que diz respeito ao argumento de que como são poucos os casos em que os acordãos são modificados quando do julgamento dos recursos especial e extraordinário, justificaria executar a pena antecipadamente. É este outro argumento descabido uma vez que se trata da vida de indivíduos, diz respeito ao caso concreto de cada um, embora o percentual seja pequeno, devem-se resguardar as pessoas que integram tal número, uma vez que não justifica cumprirem antecipadamente suas penas, se ainda resta uma possibilidade, de reverter sua situação.

Ademais o Estado não pode lhe devolver o tempo que passou encarcerado nos casos em que são admitidos os recursos extraordinários. E por falar em números, vale aqui descartar os números apresentados pelo Ministro Presidente a época Ricardo Lewandowski:

Pois é, então, vejam Vossas Excelências, com todo o respeito, há incongruência - digo isso com a maior humildade e, insisto, reverência aos votos vencedores, que agora já se consolidaram -, há certa disparidade, há certa incongruência ante o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor dentro de poucos dias, no dia 16 de março vindouro. Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original ).

Vale aqui colacionar mais uma vez as palavras do mestre Marcos Aurélio:

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Aquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa. (STF HC 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original ).

Portanto alegar que os recursos extraordinários não se prestam ao exame de provas e de fatos, e que o número de acordãos que são modificados são baixo, não justifica executar a pena antecipadamente, e nem é suficiente para tentar modificar o que sem tem até hoje como trânsito em julgado, bem como não é suficiente para justificar a execução antecipada da pena.

#### **4.5.2 Da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários.**

Alegou ainda os ministros que votaram contra a denegação da ordem de *habeas corpus* no julgamento do HC 126.292, que possuíam os recursos extraordinários apenas efeito devolutivo, o que não impediria a expedição de mandado de prisão após a confirmação da condenação em segundo grau, nesse sentido o dispositivo 637 do CPP “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”.

Apesar da existência deste artigo é preciso interpretá-lo a luz da nossa Constituição admitindo portanto não se tratar apenas de uma questão de efeitos de um recurso mas sim da

situação de acusados que precisam aguardar até o momento em que a sentença faz coisa julgada e em que se forma sua culpa para então ser cumprida a pena.

Nesse sentido, vale colacionar novamente trechos do voto do Ministro Eros Grau quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, de 2009, que corrobora esse entendimento:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoado 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. (STF HC 84.078/MG, relator Ministro Eros Grau, julgado em 05.02.2009). (sem grifos no original).

Na sistemática processual penal em pleno estado democrático de direito, marcado pela preservação do princípio da ampla defesa do réu, torna-se esse argumento totalmente insustentável.

#### 4.5.3 Da efetividade do processo

Outro argumento a favor da execução provisória da pena é o fato de que os recursos extraordinários e especiais levam bastante tempo para serem julgados, e o fato de ser utilizado com objetivos protelatórios, o que leva a uma sensação de impunidade e insatisfação social.

No entanto o argumento da demora jurisdicional e da eventual ocorrência da prescrição é legítimo. A ilegitimidade está na solução dada a este problema: a possibilidade de executar provisoriamente a pena, sem qualquer caráter cautelar. (LOPES JUNIOR; BADARÓ, 2016).

Não é a execução antecipada da pena que irá resolver o sério problema da sobrecarga e lentidão do judiciário brasileiro, e a retirada de garantias do cidadão, não é nem de longe uma solução nem para esse problema, como para qualquer que seja.

Seguindo nos excelentes esclarecimentos de Gustavo Henrique Badaró e Aury Lopes Junior, ele complementa:

Portanto, não é a execução antecipada da pena que irá resolver o problema da imensa demora jurisdicional no julgamento dos recursos especial e extraordinário. A discussão sobre o paradoxo temporal é válida e complexa, mas que infelizmente está sendo reduzida e pseudo-solucionada com a possibilidade de execução antecipada da pena. É um efeito sedante apenas. A persistir nessa linha, continuaremos com uma demora imensa e crescente, agravada pelo fato de que muitos acusados – ainda presumidamente inocentes – pois não houve o trânsito em julgado exigido pela Constituição para que sê-lhes retirem a proteção – vão ter de suportar a demora presos, em um sistema carcerário medieval como o nosso. Se o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, por insuficiência física e material que geram incapacidade do Poder Judiciário julgar, em tempo razoável os processos, não se pode pagar o preço da ineficiência com a supressão de garantias processuais dos acusados. (LOPES JUNIOR; BADARÓ, 2016, p.37) (sem grifos no original).

Ademais vale aqui ressaltar que se o problema é a demora jurisdicional, a execução antecipada não irá resolver tal problema, mas sim, aumentar o número de processos que chegam aos Tribunais Superiores, isso porque além de julgar tais recursos, em virtudes destes não serem mais dotados de efeitos suspensivos gerará a interposição de medidas cautelares para conceder-lhes este efeito.

Corroborando deste entendimento o Ministro Teori, como nota-se abaixo em trecho de seu voto.

[...]Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. 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, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016) (sem grifos no original).



Tal medida cautelar encontra embasamento no artigo 1029, §5º do Código de Processo Civil “O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido”.

#### **4.5.4 Da utilização do direito comparado**

Um dos argumentos utilizados pelos ministros que votaram a favor da decisão tomada no HC 126.292 , foi utilizar o direito comparado de forma a demonstrar que em outros países não é necessário aguardar o trânsito em julgado para executar a pena .

O ministro Ricardo Lewandowski, por exemplo, colacionou a seu voto estudos que mostram a legislação de países como França, Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Espanha entre outros, argumentando basicamente que nesses “[...] muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias [...]”. Fala assim o Ministro como se esses princípios não pudessem coexistir, o que é um argumento absurdo.

É esta mais uma justificativa descabida, uma vez que os países que serviram de exemplo adotam o julgamento colegiado já em primeiro grau, diferentemente do ordenamento brasileiro, cujo julgamento é feito por um juiz singular, ademais estes Estados possuem diferenças no sistema recursal e a absoluta diferença na realidade carcerária. Além do que as diversidades passam ainda pelas políticas criminais e processuais. Muitos desses países não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada. (LOPES JUNIOR, 2016).

É uma dinâmica, por conseguinte completamente diferente da brasileira. Não é possível, desse modo tal comparação, não bastasse isso, a Constituição Federal prevê ao contrário das estrangeiras citadas, que a presunção de inocência vigora até o trânsito em julgado. Essa distinção é suficiente para que não se faça comparações que não podem e não tem como ser feitas. (LOPES JUNIOR, 2016).

O uso do direito comparado é, portanto mais um dos argumentos que não merecem prosperar.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção de inocência encontra-se esculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, sendo esta a sua redação “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esta garantia encontra-se prevista ainda no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: segundo o qual “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, a referida convenção passou a ter vigência no Brasil a partir de Decreto que promoveu sua aprovação e internacionalização, possuindo atualmente status de emenda constitucional.

Tal princípio tem diversos objetivos, entre eles a determinação de que o ônus da prova cabe à acusação, evidencia o princípio penal da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão e dentre suas finalidades traz uma das mais importantes: o dever de tratamento do réu como inocente durante a persecução penal. Destaca ainda a excepcionalidade do encarceramento, sendo possível a execução da pena apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A partir do estudo da jurisprudência do Supremo feita nesse trabalho, notou-se que a matéria que diz respeito à execução provisória da pena nunca esteve consolidada. A Corte Máxima em um momento de valorização das garantias conquistadas pelo cidadão passou a não autorizar a execução provisória da pena, firmando o entendimento de que a prisão só se admitiria após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou nas hipóteses de prisões cautelares, como bem demonstrado da análise do julgamento do HC 84.078/MG de 2009.

Porém a partir do julgamento do HC 126.292 de 2016 o STF retrocedeu em seu posicionamento, decidindo em resumo que: A pena pode ser executada após a decisão de segundo grau, não precisando aguardar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo após o julgamento de segunda instância é possível à expedição de mandado de prisão, posto que os recursos extraordinários não possuam efeito suspensivo. E que a execução antecipada da pena não é incompatível com o princípio da presunção de inocência.

Dessa forma conclui-se que o julgamento adotado no HC 126.292 afronta diretamente a Constituição, mais especificadamente o texto do artigo 5º inciso LVII da CF, uma vez que se esta diante de uma regra expressa, que só permite a prisão quando se tenha sentença condenatória irrecorrível ou prisão cautelar. Ademais tal decisão, enfraquece um direito

fundamental, e representa verdadeiro retrocesso das garantias fundamentais, o que é veementemente vedado no panorama de um Estado Democrático de Direito.

Cabe destacar que nem lei ou mesmo o poder constituinte reformador por meio de emendas constitucionais pode alterar ou pior ainda, enfraquecer um direito fundamental, que dirá uma decisão judicial. Da mesma forma que não pode decisão judicial alterar o texto da Constituição como fez o Supremo, atuando como verdadeiro legislador, emendando a constituição e usurpando competência que não é sua.

Ademais não bastasse a inconstitucionalidade que páira sobre esse novo precedente criado pelo Supremo, a decisão provocará ainda um grande aumento no número de presos, numa realidade carcerária falida e marcada pela superlotação ou como reconhece o próprio STF um “estado de coisas inconstitucionais”.

É por tal motivo que não merece prosperar os argumentos utilizados pelos ministros que votaram a favor da execução provisória da pena. Como o argumento de que o julgamento de segunda instância exaure a discussão sobre fatos e provas e que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo, isso porque como já foi visto há diversos temas, envolvendo questões predominantemente de direito que são passíveis de discussão em sede de recurso especial e extraordinário, o que pode culminar em uma absolvição ou melhoramento da situação do réu. É diante desta possibilidade que a não concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinário merecem ser visto com parcimônia isso por que apenas quando a sentença faz coisa julgada é que forma-se a culpa do réu, momento que é possível executar a pena.

Quanto à alegação de que é necessário executar provisoriamente a pena como forma de garantir a efetividade do processo e evitar a impunidade, embora seja o argumento legítimo, a solução não é, pois, não é a execução antecipada da pena que irá resolver o sério problema da sobrecarga e lentidão do judiciário brasileiro, e a retirada de garantias do cidadão, não é nem de longe uma solução nem para esse problema, como para qualquer que seja.

E se a questão é a demora jurisdicional, a execução antecipada não irá resolver tal problemática, mas sim, aumentar o número de processos que chegam aos Tribunais Superiores, isso porque além de julgar os recursos extraordinários, em virtudes destes não serem mais dotados de efeitos suspensivos, serão interpostas ainda, cautelares para conceder-lhes este efeito.

Descabido ainda é utilizar o direito comparado de forma a demonstrar que em outros países não é necessário aguardar o trânsito em julgado para executar a pena, isso porque esses

Estados possuem uma dinâmica de persecução penal completamente diferente da brasileira. Não bastasse isso, a Constituição Federal prevê, ao contrário das estrangeiras que a presunção de inocência vigora até o trânsito em julgado. Isso é suficiente para que não se faça comparações que não podem e não tem como ser feitas.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal: esquematizado**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo. Método, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JUNIOR, Aury. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em: <[http://emporiiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_conceito.pdf](http://emporiiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_conceito.pdf)> Acesso em: 10 de junho de 2017.

BRASIL. Código de processo penal, decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

BRASIL. Lei de Execução Penal, Leiº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm) >. Acesso em: 26 de junho de 2017.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 de junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078-7. Relator: Min. EROS GRAU. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADC 43 44. Relator: Min. CARMEM LÚCIA, Disponível em< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf> > Acesso em: 20 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus. 126.292. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Disponível em< <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>> Acesso em: 20 de junho de 2016.

FILHO, Marcio Geraldo Britto Arantes. **Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira**. Disponível em< [https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/52-ARTIGO](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/52-ARTIGO) >. Acesso em: 21 de junho de 2017.

FRANÇA. Declaração Universal dos Direitos Humanos Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acesso em: 22 de junho de 2017.

FRANÇA. Declaração de Direito do Homem e do Cidadão. Disponível em <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)> Acesso em: 28 de junho de 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**<<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>> Acesso em: 13 de junho de 2016.

MENDONÇA, Aline Carla. **A hermenêutica na aplicação dos princípios jurídicos**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.23352&seo=1>> Acesso em: 15 de junho de 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROMA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)> Acesso em: 10 de maio de 2017.

SAN JOSÉ, COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos do Homem e do Cidadão <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em : 10 de maio de 2017.

SOUTO, Marcos Virginio e RUBIS, Israel Lima Braga. **Reflexos do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da presunção de inocência**. Disponível em<<http://direitoeti.com.br/artigos/reflexos-do-novo-entendimento-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 27 de junho de 2017.