

**FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**CAROLINA GRASSELI CANTARELA GASPARINI**

**O CUMPRIMENTO DA PENA DE PRISÃO APÓS DECISÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**2018**

**CAROLINA GRASSELI CANTARELA GASPARINI**

**O CUMPRIMENTO DA PENA DE PRISÃO APÓS DECISÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI), como requisito parcial de avaliação final. Orientador: Professor Jeferson Ribeiro Gonzaga.

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**2018**

**CAROLINA GRASSELLI CANTARELA GASPARINI**

**O CUMPRIMENTO DA PENA DE PRISÃO APÓS DECISÃO EM SEGUNDA  
INSTÂNCIA COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como  
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Orientador

---

Prof. Examinador

---

Prof. Examinador

Dedico esse trabalho aos meus pais, que me guiaram e me apoiaram quando mais precisei.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, a minha família, amigos e todos aqueles que mesmo que indiretamente contribuíram para minha conclusão de curso, que estiveram comigo quando tudo parecia difícil e impossível, e que me incentivaram a ser uma pessoa melhor ao longo dessa jornada.

“E lembre-se: você é seu próprio general.  
Então, tome agora a iniciativa, planeje e  
marche decidido para a vitória.”

Sun Tzu

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>06</b>
<b>2. DAS PENAS .....</b>	<b>08</b>
2.1. Conceito de Pena .....	08
2.2. Princípios da Pena .....	08
2.3. Espécies de Pena.....	09
2.3.1. Das Penas Privativas de Liberdade.....	10
2.3.2. Das Penas Restritivas de Direto.....	11
2.3.3. Da pena de multa.....	12
<b>3. DO CUMPRIMENTO DA PENA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....</b>	<b>13</b>
3.1. Entendimento dos Tribunais Superiores a partir de 1988.....	14
3.2. Entendimento dos Tribunais Superiores a partir de 2009.....	15
3.3. Entendimento dos Tribunais Superiores a partir de 2016.....	18
3.4. Julgamento do Habeas Corpus 152.752/PR.....	23
<b>4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E DOUTRINÁRIOS DA EXECUÇÃO DA PENA..</b>	<b>29</b>
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>39</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade representa no Ordenamento Jurídico Brasileiro a mais severa sanção. Sua aplicação de forma provisória antes do trânsito em julgado suscita discussões acerca da possibilidade do seu cumprimento ainda que aparentemente fira o princípio da presunção da inocência disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Ao longo dos anos a interpretação a respeito do tema por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) vem variando ora no sentido da execução da pena privativa de liberdade de forma provisória após confirmação da sentença em segunda instância ser aplicável, ora ser possível somente após o esgotamento de todos os recursos cabíveis, ou seja, após o trânsito em julgado.

Com a promulgação da Constituição Federal em, 1988, era pacífico o entendimento que a pena poderia ser executada desde que não houvessem recursos pendentes com o efeito suspensivo.

Entretanto, em 2009, com o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, o Plenário do Supremo Tribunal Federal por maioria dos votos, proferiu acórdão com efeito vinculante no sentido da impossibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade provisoriamente enquanto ainda não houvessem esgotados os recursos, ainda que sem efeito suspensivo.

Após o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP em 2016, a Corte decidiu que é constitucional e não fere o princípio da presunção de inocência o cumprimento de pena após a confirmação da sentença em segunda instância. Essa decisão não foi unânime, e dada a divisão do pleno, o assunto ainda não é pacífico, gerando ainda instabilidade jurídica, pois no julgamento do *Habeas Corpus* 152.752/PR, o ministro Gilmar Mendes declarou a mudança no seu entendimento, o que numa eventual reanálise do tema, a jurisprudência poderia novamente ser alterada, voltando à situação do período entre 2009 e 2016.

A presente monografia tem como objetivo analisar a execução provisória da pena privativa de liberdade ao longo dos anos, e sua variação conforme a interpretação que o Supremo Tribunal Federal (STF) dá ao assunto à luz do princípio da presunção da inocência.



Será demonstrado ao longo do trabalho que as discussões acerca do tema ainda estão longe do fim, e que a alteração da forma de aplicação da pena em períodos de tempo relativamente curtos, acaba sendo prejudicial ao sistema jurídico-prisional, pois os efeitos da mudança jurisprudencial causa consequências de repercussão geral atingindo o que está por vir e o que já estava aparentemente concluso.

O primeiro capítulo aborda as penas do Ordenamento Jurídico Brasileiro, destacando seus conceitos, princípios e espécies, detalhando suas características, bem como aplicabilidade.

No segundo capítulo, foi feito um estudo acerca da evolução ocorrida ao longo dos anos no tocante à execução da pena de forma provisória, e sua correlação com o princípio da presunção de inocência. Para tal, se analisou os julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) em ações com efeito vinculante.

O terceiro capítulo faz uma análise comparativa sobre o tema e suas consequências legais, apoiado em jurisprudências e doutrina.

Para realizar este trabalho, adotou-se o método descritivo e bibliográfico para estudar, entender e expor a presente situação do Ordenamento Jurídico Brasileiro, analisando as doutrinas e jurisprudências adotadas ao longo dos anos acerca da interpretação das normas, a fim de se aprofundar nos motivos e razões de tais mudanças de paradigma a respeito do tema, observando as matérias de Direito Penal, Direito Processual Penal e Execução Penal.

## 2. DAS PENAS

Antes de se analisar a execução da pena de uma sentença criminal, faz-se necessário observar seu conceito, princípios norteadores e suas espécies, para melhor entender o assunto.

### 2.1. Conceito de Pena

Para Nucci, pena é “a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes” (2013, p. 325).

No mesmo sentido, afirma Jesus:

“A sanção aflagrante pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”. (JESUS, 2014, p. 198)

Portanto, podemos entender que a pena tem dois objetivos principais: o de punir a conduta considerada reprovável como retribuição e o de prevenir a prática de novo delito, conforme exposto no artigo 59 do Código Penal.

Num primeiro momento, as penas eram apenas manifestações de vinganças de forma individuais, sendo desproporcionais, arbitrárias e excessivas. (TELES, 2006, p.314). Entretanto, de forma mais atual, é possível afirmar que a pena exerce outro papel na sociedade: o da ressocialização. Tal preceito vem exposto na Lei de Execução Penal, Lei 7.210 de 1984, em seu artigo 1º, demonstrando o caráter reeducativo da pena:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

## 2.2. Princípios da Pena

Os princípios norteadores da pena ajudam na interpretação da lei, preenchendo eventuais lacunas. Esses princípios podem ser considerados:

- a) princípio da personalidade ou da responsabilidade social: a pena é considerada personalíssima, não podendo passar da pessoa do condenado, previsto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal (NUCCI, 2013, p. 332.)
- b) princípio da legalidade: a pena deve estar prevista em lei vigente, sendo inadmissível que a pena seja cominada em regulamento ou ato normativo infralegal, conforme o art. 1º do Código Penal, e art. 5º, XXXIX da Constituição Federal. (CAPEZ, 2012, pag. 125)
- c) princípio da inderrogabilidade: consequência da legalidade, uma vez confirmada a prática do delito, a pena não pode deixar de ser aplicada, é inderrogável. (NUCCI, 2013, p. 332.)
- d) princípio da proporcionalidade: a pena deve ser proporcional ao crime cometido, deve haver equilíbrio entre a sanção e a transgressão cometida, previsto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal (NUCCI, 2013, p. 332.)
- e) princípio da individualização da pena: previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição, é o princípio que diz respeito à valoração das condutas de um acusado para então cominar-lhe a pena individual que varia de pessoa para pessoa de acordo com a importância do bem tutelado. (GRECO, 2015 p.119)
- f) princípio da humanidade: disposto no artigo 5º, XLVII e XLIX, esse princípio veda a aplicação de penas consideradas insensíveis e dolorosas no país, sendo necessário respeitar a integridade física e moral dos condenados. (NUCCI, 2013, p. 332)

## 2.3. Espécies de Pena

Pode-se dividir as penas do ordenamento jurídico brasileiro entre privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa, conforme enuncia o artigo 32 do Código Penal:

Art. 32 - As penas são:  
I - privativas de liberdade;  
II - restritivas de direitos;  
III - de multa.

As penas privativas de liberdade dispostas no Código Penal acerca de crimes ou delitos são as de reclusão e detenção. Também existe uma terceira espécie de pena privativa de liberdade, a prisão simples, aplicável nos casos de contravenções penais (NUCCI, 2013, p. 332). Esta distinção pode ser encontrada no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal, que dispõe:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Já as penas restritivas de direitos podem ser encontradas no artigo 43 do Código Penal, e são as seguintes: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. (GRECO, 2015, p. 544)

Por fim, a pena de multa é a “sanção penal consistente no pagamento de uma determinada quantia em pecúnia, previamente fixada em lei.” (NUCCI, 2013, p. 408)

### 2.3.1. Das Penas Privativas de Liberdade

Apesar de haver divergências na doutrina acerca da diferenciação entre reclusão e detenção por conta de seus conceitos serem similares e difíceis de distinguir, é possível observar quatro diferenças entre as duas espécies de pena.

Primeiramente, conforme disposto no artigo 33, *caput*, do Código Penal, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a pena de detenção deve ser em regime semiaberto ou aberto, a não ser que haja necessidade de transferência a regime fechado.

No caso de concurso material, os artigos 69, *caput*, e 76, ambos do Código Penal, disciplinam que se aplica primeiro a pena de reclusão, e em seguida a de detenção ou prisão simples. (BITTENCOURT, 2008, p. 227)

Há também no caso da reclusão como efeito da condenação previsto no artigo 92, II do Código Penal, a incapacidade de exercer pátrio poder, ou seja, o poder familiar, tutela ou curatela caso cometa crime doloso contra filho, tutelado ou curatelado. (GRECO, 2015, p. 546)

E por fim, no que tange a aplicação da medida de segurança, a reclusão propicia a internação do condenado, enquanto no caso de detenção, é possível que o juiz o submeta a tratamento ambulatorial, conforme texto do artigo 97 do Código Penal. (NUCCI, 2013, p. 333).

### **2.3.2. Das Penas Restritivas de Direito**

As penas restritivas de direito são aquelas previstas no artigo 43 do Código Penal:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - (VETADO)
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Essas penas são alternativas às privativas de liberdade, que visam evitar que autores de crimes considerados mais leves acabem por ser presos, a fim de que a sua recuperação ocorra por meio de restrições de certos direitos. (NUCCI, 2015, p. 405).

Da mesma forma, diz a jurisprudência do STF:

“As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 110.078/SC, 2ª Turma, Relator: Min. Ayres Britto, 29 nov. 2011 Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21585274/habeas-corpus-hc-110078-sc-stf/inteiro-teor-110379925>. Acesso em 18 ago. 2018)”

A prestação pecuniária é definida como o pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, com valor entre um e 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, sendo esse valor deduzido no caso montante de eventual condenação na esfera cível. (GRECO, 2015, p. 606)

A perda de bens e valores ocorre em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e se refere aos bens adquiridos de forma lícita pelo condenado, fazendo parte de seu patrimônio. Tem como teto o que for maior, o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou terceiro com a prática do delito (NUCCI, 2015, p 407)

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais, atribuídas de acordo com suas capacidades e cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, não podendo estas prejudicar a sua jornada normal de trabalho (GRECO, 2015, p. 612)

A interdição temporária de direitos prevista no artigo 47 do Código Penal, tem como objetivo impedir o exercício de certas funções ou atividades por um período determinado, de forma a punir o agente por crime relacionado à tal função ou atividade. (NUCCI, 2015, p. 407)

A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, durante cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro

estabelecimento adequado, sendo ministrados ao condenado cursos e palestras ou outras atividades educativas. (GRECO, 2015, p. 616)

### **2.3.3. Da pena de multa**

A multa é sanção penal que consiste no pagamento de uma determinada quantia pecuniária fixada de forma prévia em lei. (NUCCI, 2013, p. 408)

O valor da pena de multa é recolhido por meio de guia ao fundo penitenciário, conforme o *caput* do artigo 49 do Código Penal:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

### 3. DO CUMPRIMENTO DA PENA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Como pode-se perceber, dentre as penas presentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a pena de prisão em regime fechado é a de maior consequência. O momento do início do seu cumprimento suscita interpretações controversas principalmente pelo instituto da presunção de inocência, contemplado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, que dispõe:

ART. 5º (...):

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Então gera-se a dúvida de quando deverá se iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade. Após decisão final de segunda instância ou quando não couberem mais recursos perante a Justiça?

O tema por atingir um direito fundamental à liberdade de locomoção do cidadão, suscita o debate todas as vezes que se pleiteia um *habeas corpus* nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; ”

O assunto ganhou grande destaque com a condenação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva em primeira instância e, posteriormente, com a confirmação da sentença pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) e conseqüentemente com a chegada dos recursos de sua defesa às Cortes Superiores.

Atualmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que o início do cumprimento da pena pode dar-se após a confirmação da sentença em segunda instância, não sendo necessário o trânsito em julgado. Tal posicionamento foi demonstrado no voto do Ministro Alexandre de Moraes no *Habeas Corpus* 152.752/PR, que analisa a evolução da aplicação da lei ao longo dos anos, desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, que expôs a possibilidade da execução de decisão penal condenatória proferida em 2ª instância de forma provisória, tomando em consideração o princípio da presunção de inocência. (Brasil. Supremo Tribunal Federal - STF. *Habeas Corpus* 152.752/PR. Tribunal Pleno.



Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 22 de Abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 30 de ago. 2018.)

### 3.1. Entendimento dos Tribunais Superiores a partir de 1988

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, não havia divergências no entendimento de que, uma vez condenado em segunda instância, a pena já poderia ser executada, a não ser que houvessem pendentes recursos com efeito suspensivo. Dessa forma, ainda que o acusado tivesse interposto recurso extraordinário, por esse não ter efeito suspensivo conforme disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal, estaria ainda sujeito à prisão, mesmo que não existentes pressupostos para a prisão preventiva (LIMA, 2016, p. 302).

No mesmo sentido, em 28 de março de 1989, apenas um ano após a promulgação da Constituição Federal, foi decidida por unanimidade a constitucionalidade da prisão pela Segunda Turma do STF, no HC 67.245/MG, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho:

“PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. TENDO O PACIENTE SIDO CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU, POR CRIME DE HOMICÍDIO, MAS, EM FACE DE SUA PRIMARIEDADE E DE SEUS BONS ANTECEDENTES, AGUARDANDO EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA SUA APELAÇÃO, TENDO VINDO A SER MANTIDA A CONDENAÇÃO TAMBÉM EM SEGUNDO GRAU, NÃO É DE SE LHE CONCEDER 'HABEAS CORPUS' PARA PERMANECER SOLTO, AGUARDANDO JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POIS, COMO RESULTA DO ART. 637 DO CPP, NÃO POSSUI ESTE EFEITO SUSPENSIVO. NÃO AMPARA SUA PRETENSÃO O DISPOSTO NO ART. 5º, LVII DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DE ANOTAR QUE SEQUER HÁ PROVA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 67.245 MG, 2ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 28 mar. 1989. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673780/habeas-corporus-hc-67245-mg>. Acesso em 30 ago;)

Da mesma forma, leciona Mirabete:

Conforme entendimento pacífico, deve-se proceder a execução de sentença condenatória ainda que na pendência de recursos sem efeito suspensivo,

como o recurso especial e o extraordinário, não existindo, nesse fato, qualquer ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao Pacto de São José da Costa Rica. Assim, julgado recurso ordinário deve ser expedido o mandado de prisão, caso o condenado já não esteja preso. (MIRABETE, 2004, p.290)

Esse entendimento perdurou até 2009, quando o STF mudaria o seu posicionamento acerca da execução da sentença, não aceitando que esta ocorresse antes do trânsito em julgado.

### **3.2. Entendimento dos Tribunais Superiores a partir de 2009**

Até a decisão proferida no *habeas corpus* 84.078, que teve como relator o Ministro Eros Grau, em 5 de fevereiro de 2009 o entendimento do STF acerca da execução da pena era pacífico. Com a publicação do acórdão do referido *habeas corpus* passou-se a seguir a jurisprudência que garantia o direito à liberdade mesmo que o réu tivesse a condenação confirmada por decisão colegiada, declarando a inconstitucionalidade de tal execução da pena:

"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". [...] 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. [...] 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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de jurisprudência. Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017)

Esse *habeas corpus* foi interposto por Omar Coelho Vítor, processado pelo crime de homicídio tipificado nos artigos 121, § 2º, I e IV, e 14, II, todos do Código Penal, e condenado a 7 anos e 6 meses de reclusão pelo Tribunal do Júri. Após a confirmação de sua condenação pelo Tribunal, interpôs ao STJ recurso especial, que negou seu pedido de recorrer em liberdade, visto que esse recurso não tinha efeito suspensivo. Por fim, interpôs *habeas corpus* ao STF, que foi inicialmente analisado pela 2ª Turma, e posteriormente foi submetido ao Plenário.

Após longos debates, foi-se decidido por maioria dos votos que a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado, seria contrária ao que foi disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, e também ao artigo 105 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1.984) que condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de jurisprudência. Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017)

Por outro lado, tiveram seus votos vencidos Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que expuseram que a matéria penal de fato se esgota nas instâncias ordinárias, e que os recursos dirigidos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo. Também arguíram que a Convenção Americana de Direitos Humanos não assegura o direito de recorrer em liberdade e

que diversos outros países, como Estados Unidos, Canadá e França admitem o início do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau de forma imediata. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de jurisprudência. Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg?ref=serp>. Acesso em: 30 ago. 2017)

Expôs, também o Ministro Celso de Mello que, enquanto a prisão provisória anterior a uma decisão transitada em julgado não fosse compatível com o disposto na Constituição, a prisão cautelar processual seria admissível, uma vez que baseada pressupostos encontrados no artigo 312 do Código de Processo Penal: a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de jurisprudência. Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg?ref=serp>. Acesso em: 30 ago. 2017)

Num mesmo sentido:

“(...) concluiu o Supremo Tribunal Federal que, a despeito dos *recursos* extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo (CPP, art. 637, c/c art. 27, §2º, da Lei nº 8.038/1990), enquanto não houver trânsito em julgado de sentença condenatória, não é possível a execução da pena privativa de liberdade, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, cuja decretação está condicionada à presença dos pressupostos do art. 312 do CPP.” (LIMA, 2011, p. 919)

Dessa forma, a prisão preventiva passou a ser a única modalidade de prisão cautelar que poderia ser executada de forma provisória, podendo ser decretada durante a investigação ou ao longo do processo, conforme o previsto nos artigos 311 a 316 e 413, §3º do CPP, desde que mantida por ocasião da sentença condenatória ou porventura decretada de forma originária nesse momento. (MARCÃO, 2018, p. 140)

Portanto, sob tal entendimento, somente se torna possível a execução provisória quando pendente Recurso Especial ou Extraordinário caso o acusado que recorre estivesse preso preventivamente, de forma certa e decretada fundamentadamente. (MARCÃO, 2018, p. 142.)

Essa jurisprudência norteou as decisões até a decisão pelo Plenário do *Habeas Corpus* 126.292/SP, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, em 17 de fevereiro de 2016, que, mudou novamente o entendimento, não mais exigindo o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

### 3.3. Entendimento dos Tribunais Superiores a partir de 2016

A partir do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, mais uma vez passou-se a entender que a execução de forma provisória de condenação penal em 2ª instância não viria por ferir o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, mesmo que ainda sujeito a recurso especial ou extraordinário:

“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.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 set. 2018).

Esse *habeas corpus* foi impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão de indeferir o pedido de liminar no *habeas corpus* 313.021/SP. O acusado foi condenado à 5 anos e 4 meses de reclusão por ter praticado a conduta de roubo majorado, previsto no artigo 157, 2º, I e II do Código Penal, com direito de recorrer em liberdade. Teria então o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negado provimento ao recurso de apelação oferecido pela defesa, determinando assim a expedição de mandado de prisão contra o condenado. A defesa então impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, onde o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar. Por essa razão, foi impetrado novo *habeas corpus* (HC 126.292/SP), endereçado ao Supremo Tribunal Federal, com os seguintes fundamentos:

“Neste *habeas corpus*, a impetrante alega: (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o

Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 set. 2018).

Por sete votos contra e quatro a favor, o *habeas corpus* foi denegado, gerando mais uma vez nova jurisprudência sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, tendo seus votos vencidos os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

O relator do processo, ministro Teori Zavascki, abordou o tema focando-se no “alcance do princípio da presunção da inocência” em conjunto com a “busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 set. 2018).

Expôs, então, como a execução provisória da pena privativa de liberdade era jurisprudência pacífica desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG em 2009, citando inclusive as Súmulas 716 e 717, ambas do STF, que partem do pressuposto da existência de execução provisória de sentenças penais condenatórias. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 set. 2018).

Acerca do princípio da presunção de inocência, o ministro relator sustentou:

“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.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 set. 2018).

Acerca do tema, usou como exemplo a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135 de 2010), que traz como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória quando derivadas de órgão colegiado, concluindo que a presunção de inocência não impede que sejam produzidos efeitos em desfavor ao acusado antes que ocorra o trânsito em julgado. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 set. 2018).

Também sustentou como recursos extraordinários não se destinam a analisar justças ou injustças de sentenças em casos concretos, e sim, de conservar o sistema normativo, evidenciando como o recurso extraordinário tem como requisito de admissibilidade a existência de repercussão geral da matéria, a ser julgada. Citando em seguida a análise do Ministro Joaquim Barbosa em julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, que expressou como a maioria dos recursos extraordinários não atendem os requisitos dispostos pela Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de Dezembro de 2004, ou seja, não se valendo de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política, sendo providos menos de 4% dos casos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 set. 2018).

Concluiu o Ministro Relator o pensamento, expondo como a prática tem permitido e incentivado a interposição de recursos de forma indevida e sucessiva com propósitos protelatórios, visando a prescrição da pretensão punitiva ou executória. Afirmou que ao invés de serem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, os recursos acabam se tornando mecanismo inibente da efetividade da jurisdição penal. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 set. 2018).

Também sustentou a possibilidade de suspensão do processo no caso de erro que pode gerar consequências graves ao acusado:

“Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos 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. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 set. 2018).

No mesmo sentido, os ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes seguiram o voto do relator, ministro Teori Zavascki. Por outro lado, votaram de maneira divergente os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Webber.



A ministra Rosa Webber optou por votar contra a mudança da jurisprudência visando a segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro, utilizando o voto do Ministro Eros Grau, proferido no HC 84.078 para fundamentar sua decisão, e acrescentando:

“Este Plenário apreciou o tema com profundidade, naquela oportunidade, à luz da Constituição. Exarados votos, inclusive um belíssimo, como sempre, do nosso eminente decano, Ministro Celso de Mello, no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 2 set. 2018).

O Ministro Marco Aurélio por sua vez argumentou que a execução da pena antes do trânsito em julgado iria de encontro com o disposto na Constituição Federal de 1988, que afirma que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória." Expôs que o texto de lei é claro, não permitindo interpretações diversas:

“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.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 2 set. 2018).

Complementou o Ministro Marco Aurélio que já houve a proposta de emenda constitucional por parte do Ministro César Peluso para que fosse possível o cumprimento das sentenças de maneira imediata nas instâncias ordinárias, porém, o âmbito legislativo não teria acolhido tal pretensão. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 2 set. 2018).

Acompanhou esse entendimento o Ministro Celso de Mello, segundo o qual afirmou que ninguém poderia ser tratado como se culpado fosse antes de condenação penal transitada em julgado:

“(..) a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 2 set. 2018).

Por fim, disse o Ministro Ricardo Lewandowski que o sistema penitenciário brasileiro estaria falido, e a permissão da execução da pena de forma provisória acabaria apenas agravando a sua situação precária. Também expôs que no caso de uma posterior absolvição, a pessoa condenada não teria “nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 2 set. 2018).

### **3.4. Julgamento do Habeas Corpus 152.752/PR**

Houve ainda nova discussão acerca do tema com o julgamento do *Habeas Corpus* 152.752/PR, interposto pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva de forma preventiva, que teve por objetivo impedir que ocorresse a execução provisória da pena depois da confirmação da condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro por parte do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por 6 votos a 5, negou o *habeas corpus*, tendo os ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo

Lewandowski, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello votado de maneira divergente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

A maioria dos votos seguiu o então relator, ministro Edson Fachin, que entendeu pela não existência de ilegalidade ou abuso de poder, uma vez que a prisão tinha sido baseada pelo entendimento majoritário do STF, que permite a execução da pena em sede de segunda instância, declarando:

“Nessa perspectiva, não depreendo que ato coator colida com a lei, tampouco que represente abusividade. Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça, ao cancelar a determinação emanada do TRF-4ª, limitou-se a proferir decisão compatível com a jurisprudência desta Suprema Corte e que, por expressa imposição legal, deve manter-se íntegra, estável e coerente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

Segundo Fachin, até que houvesse julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, não seria cabível considerar ilegal ou abusivo uma decisão de instância inferior que siga o entendimento então prevalecente.

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 por sua vez, foram propostas ao Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) logo após a decisão do Habeas Corpus 126.292/SP, com pedido liminar visando a suspensão dos efeitos dessa decisão relativos a prisão antes do trânsito em julgado, soltando as pessoas já presas e evitando a prisão das outras. Segundo o pedido, a decisão do Habeas Corpus 126.292, seriam uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 10 set. 2018.)

Alexandre de Moraes, votou expondo também que durante a vigência da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação foi permitida por 22 anos, e que apenas durante sete anos, entre 2009 e 2016, o STF teve um entendimento contrário. Disse que dos 34 ministros que passaram pelo STF desde 1988, a grande maioria foi favorável à prisão após segunda instância, tendo apenas 9 deles se posicionado de forma contrária. Sobre o entendimento atual, afirmou:

“Durante todos esses anos, quase 30, as alterações de posicionamento do Supremo Tribunal Federal não produziram nenhum impacto significativo no sistema penitenciário nacional, mas, principalmente nos últimos dois anos, produziu uma grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

Também acompanhando o relator, Barroso expôs os impactos negativos do entendimento do STF entre 2009 e 2016, que, segundo ele, era um incentivo para que se fossem interpostos inúmeros recursos com intenção protelatória um reforço para que o sistema penal se tornasse mais seletivo, e um descrédito do sistema de justiça penal por parte da sociedade, vez que por conta da demora do processo e das frequentes prescrições, gerava-se grande sensação de impunidade no país. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

A ministra Rosa Weber acompanhou o relator, no sentido de que não poderia considerar ilegal, abusivo ou teratológico, decisão que teria sido baseada no entendimento do próprio Supremo Tribunal. Afirmou que a segurança jurídica era imprescindível, dizendo que, “a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

Para o ministro Luiz Fux, que votou contra o pedido da defesa, não seria possível confundir a presunção de inocência com a impossibilidade de prisão decorrente de condenação não transitada em julgado, vez que essa se esgotaria quando o paciente é considerado culpado por um acórdão condenatório. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

A presidente do STF, Cármen Lúcia, manteve a mesma posição que teve em 2009, no julgamento do *habeas corpus* 84.078, afirmando que o princípio da presunção de inocência não impediria a execução da pena, e que a espera do trânsito em julgado da sentença condenatória poderia levar a impunidade, expondo que se por um lado a Constituição Federal garante os direitos fundamentais, por outro deve garantir que o direito penal e a pena de prisão sejam efetivos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

Em sentido oposto, a favor de se conceder o *habeas corpus*, votou o ministro Gilmar Mendes, que mudou seu entendimento, antes a favor da pena de prisão em segunda instância, justificando que a pena que deveria ser uma possibilidade estaria sendo aplicada automaticamente em todos os casos, “independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida.” Também apresentou a possibilidade de a prisão ocorrer após confirmação da condenação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

O ministro Dias Toffoli também acompanhou o voto de Gilmar Mendes, inclusive na possibilidade de se cumprir a pena após análise no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Afirmou que já existiam mecanismos para que não ocorressem abusos de recursos criminais com objetivo protelatório:

“Em meu sentir, a determinação de imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão, para a execução imediata da pena constitui mecanismo suficiente para tutelar as situações de abuso do direito de recorrer, o qual pode e deve ser utilizado pelos tribunais superiores.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

Também entendeu que a única possibilidade da execução de julgado em segundo grau de forma imediata seria de acórdão confirmatório de condenação do Tribunal de Júri.

O ministro Ricardo Levandowski votou a favor da concessão de *habeas corpus* ao ex-presidente Lula, expondo que o princípio da presunção de inocência somente se encerraria após o trânsito em julgado, sendo uma das mais importantes salvaguardas do cidadão. Sobre o princípio, afirmou:

“A taxatividade e univocidade com que esse preceito foi redigido pelos membros da Assembleia Nacional Constituinte - exatamente para resguardar a nação contra a repetição dos desmandos cometidos ao longo do regime de exceção que acabara de ser superado -, a toda a evidência, não permite qualquer exegese no sentido de mitigar, seja a que pretexto for, essa relevantíssima garantia instituída em favor de todas as pessoas indistintamente, sob pena de irreparável retrocesso institucional.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

No mesmo sentido votou o ministro Marco Aurélio Mello, defendendo que, com base na regra constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a execução da pena só se daria ao fim do processo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

Por fim, votando a favor da concessão do *habeas corpus*, o ministro Celso de Mello afirmou que a presunção de inocência é garantia fundamental, mas não princípio absoluto, tendo como limite o trânsito em julgado de sentença condenatória, apresentando diversos pontos acerca do tema em seu voto:

“Em suma: (1) a presunção de inocência qualifica-se como direito público subjetivo, de caráter fundamental, expressamente contemplado na Constituição da República (art. 5º, inciso LVII); (2) o estado de inocência, que sempre se presume, cessa com a superveniência do efetivo e real trânsito em julgado da condenação criminal, não se admitindo, por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê, a antecipação ficta do momento formativo da coisa julgada penal; (3) a presunção de inocência não se reveste de caráter absoluto, em razão de constituir presunção “*juris tantum*”, de índole meramente relativa; (4) a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, pois só deixa de subsistir quando resultar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 05 set. 2018)

#### 4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E DOUTRINÁRIOS DA EXECUÇÃO DA PENA

Todo Estado possui suas normas codificadas num conjunto de leis. No Brasil a Constituição Federal promulgada em 1988 é, hierarquicamente a mais importante, balizando a aplicação das demais. A entrega da tutela jurisdicional ao Estado afastou do cidadão a ideia de autotutela, de fazer justiça pelos próprios meios. Contudo, a obrigação do Estado de obediência às diversas fases do processo por vezes é morosa, o que acarreta uma sensação de impunidade e privilégios de algumas classes sociais.

A duração de processos por vários anos é comum, pois deve-se observar os prazos, diligências, oitivas, perícias e recursos. Essas fases podem prolongar a demanda para além do que aparentemente seria razoável, o que em tese feriria a celeridade processual, prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

Contudo, um processo célere em demasia, poderia atropelar outros direitos também garantidos na Constituição, como o Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório. Deve-se produzir o máximo de resultados, num menor tempo possível, sem que haja prejuízos às demais garantias processuais, havendo um equilíbrio entre os direitos fundamentais e a celeridade processual.

Uma das maiores dificuldades enfrentadas pela justiça na busca pela celeridade, é o excesso de burocracia, que acaba provocando uma espécie de nó na justiça já que o grande volume de processos abertos supera o de efetivamente julgados, principalmente dada a facilidade de acesso à justiça hoje colocado à disposição da sociedade.

Uma das consequências desta busca por celeridade e observância do devido processo legal e o desequilíbrio nessa balança por vezes causa a impressão de falta da entrega jurisdicional do Estado, pois como vimos ao fim de muitos anos de



processo, quando finalmente é proferida a sentença, a mesma não é efetivamente cumprida.

Esse sentimento aflora principalmente na esfera penal, quando a sentença condenatória pressupõe que o condenado vá “pagar” sua dívida com a sociedade, cumprindo a pena a que foi sentenciado. No entanto, devido ao princípio do duplo grau de jurisdição previsto em lei, é garantido o direito de recorrer em liberdade à instância superior caso não tenha sido decretada prisão preventiva. Ou seja, deve haver a possibilidade de se propor recurso antes do réu ser recolhido à prisão.

Ainda que confirmada a sentença, mesmo que por unanimidade, não está afastado o direito de propor recursos extraordinários às instâncias superiores.

Tais recursos, apesar de não atacarem mais o mérito, para parte dos doutrinadores e operadores da lei, baseando-se no princípio da presunção de inocência, impediriam a execução provisória da pena, e que decidir contra esse entendimento seria um caso de retrocesso mediante a tese de que ninguém será considerado culpado senão após condenação transitada em julgado. Nesse sentido, votou o ministro Celso de Mello no julgamento do *Habeas Corpus* 152.752/PR:

“(..) 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, sem exceção, presumem-se inocentes. Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 19 set. 2018)

Essa aparente controvérsia entre a condenação do réu e o efetivo cumprimento da sentença também encontra defensores da ideia de que uma vez esgotada a análise do mérito, o recolhimento do réu pode ser decretado imediatamente. Esta linha foi seguida pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP:

“A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. 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.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 set. 2018).

Acerca do princípio da não culpabilidade do réu, percebe-se que a Constituição é mais ampla do que previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2), vez que explicita que a presunção de inocência se daria até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que o previsto no Pacto de São José da Costa Rica o entende apenas até a comprovação legal da culpa. Dessa forma, segundo a Convenção, a presunção de inocência poderia deixar de ser aplicada antes do trânsito em julgado, uma vez comprovada a culpa, como por exemplo, com de acórdão condenatório no julgamento de um recurso. Entretanto, o caráter mais benéfico da Constituição deveria prevalecer por ser consideravelmente mais favorável. (LIMA, 2016, p. 80.)

Analisando a evolução do tema, percebe-se a alteração da aplicação da lei de forma diversa ainda que não tenha ocorrido nenhuma alteração no texto da

Constituição Federal, fenômeno conhecido como mutação constitucional. Nesse sentido, defende o ministro Barroso, em seu voto no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, que:

”Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado. (...) “A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente. (...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser. (...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 set. 2018).

Para a corrente seguida pelo ministro, a Constituição Federal pode ser alterada por meios formais, como por exemplo, através de emendas constitucionais, mas admitindo-se ainda uma mudança na interpretação, alterando-se somente a interpretação da matéria. (SARLET, 2016, p. 114)

Barroso salienta também em sua obra que essa mutação constitucional tem limites, que se encontram nas possibilidades semânticas da interpretação da lei, ou seja, os possíveis sentidos que podem ser atribuídos a norma, e a preservação dos princípios fundamentais que são a identidade da Constituição. Caso o novo sentido que quer se atribuir a norma não se encontrar de acordo com o texto, seria necessário a convocação do poder constituinte reformador, e, caso não ser compatível com os

princípios fundamentais, seria preciso a participação de novo poder constituinte originário. (BARROSO, 2015, p. 127)

Todas as vezes que a matéria chegou ao Plenário, o resultado da votação tem sido dividido e equilibrado, dada a dicotomia que existe em relação ao princípio da presunção de inocência frente a celeridade do processo. Apesar da jurisprudência formada por maioria ter o dever de ser seguida, por vezes quando da análise de tema correlato, alguns ministros dela divergem, enquanto outros apesar de seguir uma corrente doutrinária diversa ao proferirem seu voto sentem-se obrigados a seguir a jurisprudência da Casa, como ficou explícito no voto da Ministra Rosa Weber no *Habeas Corpus* 152.752/PR:

“(...) questão que antecede, ontologicamente, o próprio dimensionamento da garantia fundamental assegurada no art. 5º, LVII, da Constituição, objeto do mérito, que diz com a segurança jurídica, segurança jurídica que, na minha compreensão, mais do que um princípio, consiste em um valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. Nesse enfoque, a imprevisibilidade, segundo entendo, por si só qualifica-se como elemento capaz de degenerar o Direito em arbítrio. Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o Tribunal como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acréscio, razões de natureza pragmática ou conjuntural. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 19 set. 2018)

Complementa o voto baseando-se no princípio da colegialidade, quando afirma:

Abordo o significado do princípio da colegialidade, na engenharia decisória da atividade jurisdicional, notadamente a desempenhada pelas Cortes Supremas, princípio este que há de ser bem compreendido. A colegialidade, como método decisório dos julgamentos em órgãos coletivos pelo qual o decidir se dá em conjunto, impõe, aos integrantes do grupo, da assembleia ou do tribunal, procedimento decisório distinto daquele a que submetido o juiz singular. Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, avançando à fase da deliberação, na qual as manifestações individuais são postas em confronto e têm sua consistência e validade testadas, para, na etapa seguinte, proclamar-se resultado que expresse a opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo. A colegialidade, nesse enfoque, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por

óbvio, expressão de divergências. Em uma segunda dimensão, a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a conformar a ordem normativa constitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 19 set. 2018)

Esta divergência doutrinária poderia provocar uma instabilidade e conseqüentemente insegurança jurídica. Contudo isto não vem ocorrendo desde a promulgação da Constituição Federal, pois apesar da pluralidade da composição do Supremo Tribunal Federal (STF) a jurisprudência exalada pela Corte vem sendo seguida, em consonância com o voto da própria ministra:

“Nesse contexto normativo e institucional, reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 19 set. 2018)

Como vimos, a execução da pena de prisão de forma antecipada vem sendo praticada desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 seguindo a jurisprudência. Do período entre 1988 e 2009, entendia-se possível a execução provisória da prisão após confirmação de sentença em segunda instância, sendo pacífico esse entendimento por muito tempo.

No período entre os anos de 2009 e 2016, esse entendimento mudou, considerando-se que o Princípio da Presunção de Inocência seria incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Em 2016, entretanto, mais uma vez a jurisprudência foi alterada, trazendo que a partir de sentença de instância ordinária de segundo grau o réu já poderia cumprir a pena que lhe foi imputada, ainda que possível recurso a instância superior.

Longe de uma solução definitiva a atual jurisprudência corre o risco de novamente ser alterada, bastando para tal a colocação em Plenário de matéria cujo efeitos seria vinculante como as ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 de 2016, propostas ao Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) logo após a decisão do Habeas Corpus 126.292/SP, tendo como pedido liminar a suspensão dos efeitos dessa decisão relativos a prisão antes do trânsito em julgado, evitando novas prisões e suspendendo as que já estivessem em curso.

Segundo o pedido, a decisão do Habeas Corpus 126.292, seriam uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, e também não teria de fato efeito vinculante, estando em conflito com o artigo 283 do Código de Processo Penal, que diz:

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.

Nas ADCs, portanto, visava a declaração da constitucionalidade com eficácia *erga omnes*, ou seja, se aplica para todos e com efeito vinculante. Entretanto, por sete votos a quatro, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 5 de outubro de 2016 que o artigo não impediria a execução da pena de prisão em segunda instância, indeferindo, portanto, as medidas cautelares do pedido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 10 set. 2018.)

Desta forma, caso o Supremo Tribunal Federal dê provimento às ADCs em julgamento futuro, estaríamos diante de nova alteração jurisprudencial, retornando ao que balizava as decisões no período compreendido entre os anos de 2009 e 2016.

## 5. CONCLUSÃO

Após análises e discussões sobre opiniões divergentes acerca do assunto em voga, pode-se observar na atualidade a dificuldade de equilibrar a efetividade das sentenças condenatórias e a garantia constitucional da presunção de inocência, estando longe ainda de ser definitivamente solucionado.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LVII, garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo, é plausível a interpretação de que a execução provisória de uma sentença penal condenatória onde ainda cabem recursos, mesmo que sem a possibilidade de análise do mérito, seria inconstitucional, pois se apresentaria como uma antecipação da culpa.

Contudo, durante o período em que este entendimento prevaleceu, entre os anos de 2009 e 2016, uma sensação de impunidade aflorou na população, pois apoiados neste entendimento, os condenados lançavam mão dos inúmeros recursos existentes, mesmo que com propósito meramente protelatórios, para evitar o efetivo cumprimento da pena, prolongando o processo até eventual prescrição.

A corrente hoje majoritária entendeu que, a execução provisória da pena não fere o princípio da presunção de inocência, desde que observado o devido processo legal, como bem asseverou o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto no *Habeas Corpus* 152.752/PR:

“As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 10 set. 2018)

Exemplo da efetividade do entendimento atualmente aplicado fica evidenciado no episódio envolvendo o empresário Luíz Estevão, que mesmo condenado a 31 anos de prisão pelos crimes de peculato, estelionato qualificado, corrupção ativa, uso de documento falso e participação em quadrilha ou bando em segunda instância há mais de 10 anos, continuava livre, sem mudanças em sua vida, até 7 de março de 2016, quando teve o pedido de prisão imediata determinada, em conformidade com a jurisprudência vigente do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão em segunda instância, pouco antes de ocorrer a prescrição da pretensão punitiva.

A atual aplicação da lei permitindo a prisão antes do trânsito em julgado teve como efeito o encarceramento de figuras conhecidas no cenário nacional. Políticos e empresários que antes passavam a impressão de estarem acima das leis, hoje amargam duras penas cumpridas em presídios. Impossível dissociar o casuísmo de uma reanálise do tema num espaço tão curto de tempo, apenas dois anos, visto que os efeitos imediatos da alteração na jurisprudência no sentido de impedir a execução provisória da pena, seriam extremamente benéficos para os que hoje estão nela enquadrados e possuem capacidade financeira para interpor os inúmeros recursos que impediriam o início do seu cumprimento.

Vimos que, em julgamento recente de pedido de *Habeas Corpus* impetrado em favor do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, o mesmo foi negado, porém por decisão não unânime. Ministros contrariaram a própria jurisprudência da Casa, concedendo a ordem. Outros seguiram a jurisprudência por convicção. Coube a ministra Rosa Weber o voto de desempate, coincidentemente a mesma havia sido voto vencido quando da alteração em 2016 que passou a permitir a prisão e neste julgamento, em 2018, votou por denegar a ordem pois entende que o Princípio da Colegialidade deve ser respeitado e que a posição da Corte não deve ser alterada pelo simples fato de mudança na sua composição.

Apesar de já haver uma corrente que busca propor emenda constitucional para solidificar atual entendimento, dirimindo qualquer dúvida ou interpretação dúbia do texto da lei, o princípio da presunção de inocência foi contemplado na Constituição Federal como cláusula pétrea, não podendo ser alterado por emenda constitucional. Possível solução seria modificação das leis processuais e de execução penal, que



deveriam explicitar o momento do início do cumprimento da pena, mesmo que ainda passível de alterações por recursos extraordinários, uma vez que tais recursos não teriam efeito suspensivo nem análise de mérito.

Longe de ser uma ciência com verdades absolutas, o Direito é mutável, variando com o decorrer do tempo, evoluindo conforme transformações socioculturais ocorrem à sua volta.

Reanálises jurisprudenciais, novas interpretações do texto de lei, correntes doutrinárias inovadoras são salutares para garantir a adequação da aplicação da lei ao momento vivido. Contudo, tem-se que ter em mente que o princípio básico é o bem-estar geral e deve ser este o bem maior a ser tutelado.

Um papel fundamental do Supremo Tribunal Federal é o de ser o Guardião da Constituição, sendo prerrogativa sua a interpretação no caso de arguições de possíveis violações de seu texto. Entretanto, o colegiado tem a obrigação de julgar conforme a jurisprudência enquanto esta for a majoritária. Alterações não devem ocorrer conforme o caso que chega ao Plenário, e sim, de acordo com o momento vivido, pois se assim não fosse, estaríamos sujeitos a uma insegurança jurídica extremamente prejudicial à sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 22. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, vol. 1**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal comentários à Lei n. 7.210**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral, arts. 1º a 120**. v.1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006
- BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 110.078/SC, 2ª Turma, Relator: Min. Ayres Britto, 29 nov. 2011. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21585274/habeas-corpus-hc-110078-sc-stf/inteiro-teor-110379925>. Acesso em 18 ago. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 abr. 2018. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 30 de ago. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. **Pesquisa de jurisprudência**. Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 67.245 MG, 2ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 28 mar. 1989. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673780/habeas-corpus-hc-67245-mg>. Acesso em 30 ago. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 10 set. 2018.