



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS PARÂMETROS CONTEMPORÂNEOS DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES

Mariana Monteiro de Barros Ribeiro da Fonte

Rio de Janeiro
2017

MARIANA MONTEIRO DE BARROS RIBEIRO DA FONTE

A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS PARÂMETROS CONTEMPORÂNEOS DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação Lato Sensu da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS PARÂMETROS CONTEMPORÂNEOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Mariana Monteiro de Barros Ribeiro da Fonte

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Doutora em História Social da Cultura pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em História Política pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel e Licenciada em História pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Jornalismo pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora de História da rede estadual do Rio de Janeiro desde 2010.

Resumo – O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n° 126.292/SP entendeu ser possível a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mudando o entendimento firmado em 2009 que considerava a execução antecipada inconstitucional por ofensa ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República. A essência do trabalho é proporcionar uma reflexão sobre o princípio da presunção de inocência e sua relação com a execução antecipada da pena de prisão; verificar as mudanças de entendimento do STF acerca do tema; apontar a tendência a seguir que não viole as garantias constitucionais, de maneira que o processo penal na fase de execução da pena respeite o texto da Constituição da República e as normas infraconstitucionais. É certo que tais normas exigem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que seja possível dar início ao cumprimento da pena de prisão, fora dos casos das prisões cautelares legalmente autorizadas.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Princípio da presunção de inocência. Prisão antes do trânsito em julgado.

Sumário – Introdução. 1. Dos atuais contornos jurídicos atribuídos ao princípio da presunção de inocência: uma reflexão à luz das garantias processuais constitucionais. 2. A prisão sem sentença penal condenatória transitada em julgado: uma leitura das ações diretas de constitucionalidade 43 e 44. 3. A vedação ao retrocesso: um olhar sobre a tendência a ser adotada sem violação constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica é uma reflexão sobre o tratamento do princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne à possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Procura-se analisar a mudança de entendimento trazida pelo julgamento do HC n° 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, no qual o Supremo Tribunal Federal considerou que tal prisão não ofende o princípio da presunção de inocência.

O princípio em questão é previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe o direito de toda pessoa acusada de delito ter o direito da presunção da sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa. Aparece também na Constituição da República, art. 5°, inciso LVII, como um desdobramento no princípio da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Mais do que positivada, a presunção de inocência é um pressuposto de um Processo Penal calcado em um ordenamento jurídico que tem como a dignidade da pessoa humana como princípio regente.

O Supremo Tribunal Federal vem alternando o seu entendimento, ora considerando que o cumprimento provisório da pena, antes do trânsito em julgado ofende a Constituição da República, ora afastando a ofensa. Em 2009 no HC n° 84.078 havia decidido que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Outrossim, no julgamento do *Habeas Corpus* n° 126.292 mudou o entendimento, permitindo que tenha início a execução da pena após a decisão condenatória confirmada em segunda instância. Em razão do julgamento do *Habeas Corpus* seguiram-se duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade visando o reconhecimento da legitimidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal cujo dispositivo determina que ninguém será preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

Cumprir refletir se a falta de segurança jurídica que decorre do tratamento vacilante do Supremo Tribunal Federal no tocante à presunção de inocência viola as garantias processuais constitucionais, considerando que o princípio positivado no artigo 5°, inciso LVII, da Constituição, está no inserido no rol dos direitos individuais não sujeitos a alteração por emenda constitucional, portanto, cláusula pétrea.

O tema é controvertido e gerou debate entre os processualistas penais e controvérsia

jurisprudencial uma vez que o HC nº 126.292 considera que o imputado é considerado culpado com a decisão de segunda instância. Na sequência do HC foram propostas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade; as ADCs nº 43 e 44, nas quais os autores pediam concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, porque tais acórdãos violariam o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal. A análise das decisões proferidas permite refletir sobre a possibilidade de um novo paradigma para a compreensão do instituto *in dubio pro reo*.

Cumprir investigar qual a tendência mais adequada das Cortes Superiores para garantir que não haja violação das garantias constitucionais, especialmente se considerarmos que o papel do Supremo Tribunal Federal é o de guardião da Constituição.

O primeiro capítulo apresenta os atuais contornos jurídicos atribuídos ao princípio da presunção de inocência e traz uma reflexão à luz das garantias processuais constitucionais.

O segundo capítulo apresenta, em linhas gerais, as decisões estampadas no HC nº 126.292 e nas ADC nº 43 e 44, tendo em vista a análise de um novo paradigma para a compreensão do instituto *in dubio pro reo*.

O terceiro capítulo destina-se a pesquisar qual a tendência a ser adotada sem que haja violação constitucional, considerando-se as críticas doutrinárias acerca da impossibilidade de interpretação que contrarie tanto o texto constitucional quanto a sua sistemática normativa.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las por meio da argumentação.

A abordagem do objeto desta pesquisa parte da análise das teses jurídicas apresentadas nos julgamentos em questão, assim como na análise dos votos contrários à decisão final, no caso do *Habeas Corpus* e dos argumentos em defesa da constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal no caso das Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

1. DOS ATUAIS CONTORNOS JURÍDICOS ATRIBUÍDOS AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA REFLEXÃO À LUZ DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 elevou o Direito Processual ao seu devido lugar de guardião da liberdade individual e dotou o processo de meios e instrumentos indispensáveis ao direito de defesa para que se alcance a verdadeira justiça¹. No rol principal das garantias dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, fazendo erigir o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade expresso no artigo 5º, inciso LVII, CRFB/88.

Em que pese haver divergência doutrinária acerca do emprego dos termos “presunção de inocência” e “presunção de não-culpabilidade”, entendendo parte da doutrina que existe diferença entre eles, autores como Girolamo Bellavista afirmam não haver qualquer diferença entre presunção de inocência e de não-culpabilidade². De toda sorte, é certo que o princípio integra o modelo garantista que deu forma à Constituição Federal.

A presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência é um instrumento de proteção da liberdade que tem por objetivo evitar juízos condenatórios precipitados. Evita-se assim os excessos das autoridades públicas³.

A garantia está positivada em importantes documentos no plano internacional. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “todo homem é inocente até que seja declarado culpado.” Na Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se prove a sua culpabilidade conforme a lei” artigo que foi incorporado *ipsis literis* à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Marcelo Novelino⁴ afirma que na CRFB/88 a presunção de não culpabilidade é geralmente designada como princípio, mas, não raro, a norma é aplicada como regra, ou seja, “como mandamento definitivo a ser cumprido na medida exata de sua prescrição”. O autor⁵ afirma:

¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149.

² *Ibid.*, p. 150.

³ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 418.

⁴ *Ibid.*, p. 418.

⁵ *Ibid.*

“no direito Penal e processual penal, a presunção de não culpabilidade proíbe o Estado de tratar como culpado qualquer indivíduo antes da condenação criminal irreversível”⁶. Se alguém é mantido preso sob custódia do Estado em execução provisória da pena, ou seja, antes de transitada em julgado uma sentença condenatória, não há que se falar em presunção de inocência.

É necessário analisar as divergências existentes em delimitar ou precisar em que momento ocorre o trânsito em julgado da sentença penal. O Supremo Tribunal Federal tem decisões que geram insegurança quanto a este aspecto pois vem modificando o seu entendimento ao longo dos últimos anos, de forma a alternar decisões que se antagonizam.

Em 2003 a segunda turma entendeu que o princípio constitucional da não culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como é o que se verifica nos recursos especial e extraordinário⁷.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que a execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória contraria o artigo 5º, LVII da Constituição, ressalvadas as hipóteses de prisão cautelar com fundamento no Código de Processo Penal⁸.

Por último, em 2016, o Supremo Tribunal Federal entendeu que 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 Federal⁹.

Este último entendimento¹⁰ não foi unânime entre os Ministros. Assim, a análise dos quatro votos contrários a tal conclusão é fundamental para que percebamos as divergências acerca da questão se a prisão antes do trânsito em julgado é ou não é ofensiva ao princípio estampado no art. 5º, LVII da CRFB/88.

A Ministra Rosa Weber¹¹ ressaltou a importância de manter a jurisprudência da Casa em prol do princípio da segurança jurídica. Para fundamentar seu voto, ela cita trechos da

⁶ Ibid., p. 419.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n°81.964-SP*, apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 155.

⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n°84.078*. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n°126.292/SP*. Relator: Ministro Teoria Zavascki. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

fundamentação do *Habeas Corpus* que estabeleceu a orientação quanto à necessidade de que houvesse sempre o trânsito em julgado para a execução da sentença¹². Na fundamentação o HC trazia que o inciso LVII é explícito de direito, regra expressamente afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição¹³.

Para o Ministro Marco Aurélio¹⁴ o princípio não permite interpretações porque onde o texto constitucional é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica e no caso o preceito constitucional. Ele argumenta que uma vez perdida a liberdade e posteriormente sendo a condenação alterada por meio de recurso, absolvendo-se o réu, não haverá como se restituir a liberdade tomada do inocente.

O decano Celso de Mello¹⁵ afirma que a presunção de inocência é legitimada pela ideia democrática e representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso do poder, analisando historicamente a evolução do princípio e relacionando documentos de caráter regional e global que o adotam. Para ele, a repulsa ao princípio denota uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional. A presunção de inocência é um direito fundamental de qualquer pessoa. Independentemente da gravidade ou da hediondez do delito, deve viabilizar uma hermenêutica emancipatória, devendo-se considerar inocente até o trânsito em julgado da condenação criminal. Aduz que a cláusula é insuperável e a execução prematura da sentença penal é frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente.

Ricardo Lewandowski¹⁶ manteve a posição que ostentava de longa data no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, uma verdadeira cláusula pétreia. Para o Ministro, o dispositivo é taxativo, categórico e não tem o que se interpretar (*in claris cessat interpretatio*). Para além desse argumento ele fala do “inferno de Dante” que é o falido sistema carcerário brasileiro, que se

¹² Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n°84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

¹³ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n°126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n°126.292/SP*. Relator: Ministro Teoria Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n°126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 05 set. 2016.

encontra entre o estado de coisas inconstitucionais. A pessoa presa tem, segundo as estatísticas trazidas por ele cerca de 25% de chance de absolvição e nesse caso não terá nenhuma possibilidade de ver restituído o tempo que ficou nas condições miseráveis sob custódia do Estado. Avalia ainda a repercussão que a decisão trará de acrescentar aos cerca de 240 mil presos provisórios (40% do número total de presos no Brasil são decorrentes de prisões provisórias), dezenas ou centenas de milhares de novos presos condenados em segunda instância.

Em que pese os votos dos quatro Ministros citados, prevaleceu o contrário, definindo que 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.

De acordo com este entendimento, é possível que o réu condenado em segunda instância seja obrigado a iniciar o cumprimento da pena ainda que não tenha havido o trânsito em julgado. Tal conclusão gerou a propositura de duas ações declaratórias de constitucionalidade relacionadas ao artigo 283 do Código de Processo Penal, cujo *caput* dispõe que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência da sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, questão que será abordada no capítulo 2.

2. A PRISÃO SEM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO: UMA LEITURA DAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44

Duas Ações Direta de Constitucionalidade, de números 43 e 44¹⁷, foram propostas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e o pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) respectivamente, para declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com pedido de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de prisão de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

¹⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADCs n° 43 e 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

O pedido de decretação da medida cautelar nas ADCs foi justificado ao argumento de que magistrados em todo o território nacional passaram a determinar a execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória proferida pelos tribunais, após o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, sem contudo, se julgasse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal que dispõe:

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.

Pela interpretação literal do dispositivo legal, faz-se necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o Estado efetue a prisão, quando não for caso de flagrante delito ou em virtude de prisão temporária ou preventiva. Considerando que a interpretação literal não é a única forma de hermenêutica, o Supremo interpretou diversamente. Na decisão, o Tribunal Pleno do STF¹⁸, em 05/10/2016, por 6 votos a 5, indeferiu o pedido de medida cautelar, fundamentando no sentido de considerar que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

No julgamento da medida cautelar, o pedido principal das Ações Declaratórias de Constitucionalidade¹⁹ não foi alcançado, porque o STF conferiu ao artigo 283, do CPP interpretação conforme a Constituição para afastar aquela na qual o dispositivo legal obstaría o início de execução da pena, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias. Diante desse entendimento, manteve a possibilidade da aplicação da pena de prisão após o julgamento em segunda instância, antes do julgamento dos Recursos Especial e Extraordinário.

¹⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADCs n° 43 e 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

¹⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADCs n° 43 e 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 01 abr. 2017.

O Ministro Marco Aurélio de Melo²⁰ entendeu que o artigo 283, do Código de Processo Penal se harmoniza ao princípio constitucional da presunção de inocência, contudo teve seu voto vencido.

Prevaleceu o entendimento que a execução da pena após esgotadas as instâncias ordinárias não ofende o artigo 283 e tampouco ofende o princípio constitucional de presunção de inocência²¹.

Na doutrina há entendimento, anterior ao ano de 2016, acerca do artigo 283 do CPP. Eugênio Pacelli²² afirma que independentemente da instância em que se encontra o processo somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar alguma das razões que autorizem a prisão preventiva. Para ele a ausência de qualquer exceção na lei, quanto à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na instância ordinária é problemática, na medida em que toda decisão dos tribunais superiores, para apreciar ou rejeitar o cabimento de recurso especial ou extraordinário, leva muito mais tempo que a tramitação na jurisdição ordinária de primeiro e segundo graus. Prossegue:

De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que como regra está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar, jamais descumprir.²³

É necessário que se faça um retrospecto da evolução do CPP, reformado sucessivamente ao longo dos anos. O art. 594²⁴ dizia que o réu não podia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se fosse primário de bons antecedentes. Marcellus Polastri Lima ao analisar tal dispositivo afirma que é coerente com o sistema do Código já que o art. 393, I, determinava ser efeito da condenação ser o réu preso ou conservado na prisão²⁵. Para Ada Pellegrini Grinover²⁶, a prisão em virtude de decisão condenatória recorrível colide com o princípio constitucional que consagra a presunção de inocência.

²⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADCs n° 43 e 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 01 abr. 2017.

²¹ Idem.

²² PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 499.

²³ Idem.

²⁴ BRASIL. *DL n° 3.689/41*. Art. 594. Revogado pela Lei n° 11.719/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm. Acesso em: 05 set. 2017.

²⁵ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 302.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. apud POLASTRI, op.cit., p. 303.

Em 2011, a Lei n° 12.403 conferiu a atual redação do artigo 283²⁷, privilegiando o princípio da presunção de inocência, ao exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória para a decretação da prisão, ressalvadas as possibilidades de prisão em flagrante, preventiva ou temporária. Há que se refletir se o STF não incorreu, de fato, em um retrocesso, ao julgar o HC e as Ações Diretas em comento.

A solução conferida nas ADCs encontra críticos entre os processualistas penais. Lênio Streck a analisa como uma aporia, um dilema sem saída, uma vez que criou um hibridismo entre ADI e ADC, ao mesmo tempo em que não encontrou inconstitucionalidade no artigo 283, concluiu que o artigo deve ser lido conforme a Constituição, fazendo, segundo o autor, uma interpretação em desconformidade. Streck afirma que nitidamente o STF fez um julgamento por política²⁸.

Insatisfação, anseios da sociedade, pressão da opinião pública são fatores externos que parecem, por vezes, influenciar decisões judiciais ou erigir teses jurídicas.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso não permitir a execução da pena após decisão de mérito de segundo grau gera efeitos desastrosos para o sistema penal: o primeiro efeito é o da procrastinação que leva à prescrição ou a uma punição tardia, 12 a 15 anos após o fato, de modo que não subsista utilidade do Direito Penal como forma mínima de reparação social. O segundo efeito é o reforço da seletividade, os réus pobres conseguem usar as mesmas estratégias daqueles que têm condições de contratar advogados²⁹.

Diante dos argumentos apresentados indaga-se acerca da incompatibilidade entre os efeitos para o Direito Penal e os efeitos para um indivíduo em um caso concreto, tendo de um lado a concretização de uma reparação social da pena e de outro os direitos e garantias individuais.

É necessário observar que o réu não deixou de ter a seu favor o que dispõem os artigos 5°, LVII e LXI, da CRFB/88 e 283, do CPP. As garantias fundamentais individuais e o favor rei ainda vigoram tanto na letra da lei quando na interpretação do Supremo. De outro lado, não apresentam qualquer relação com um indivíduo processado e condenado nas instancias ordinárias que as

²⁷ BRASIL. DL. n° 3.689/41. Art. 283. Artigo com redação pela Lei n° 11.719/2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 05 set. 2017.

²⁸ STRECK, Lênio. *Supremo e a presunção de inocência: interpretação conforme a quê?* Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 30 set. 2017.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. A atualidade do STF. Fórum Permanente de Direito Penal e Processual Penal. *Revista Magistratus*, n° 2, 2017, p. 14.

instâncias superiores tenham julgamentos morosos por se encontrarem assoberbadas ou por não haver uma maior eficiência na assistência defensiva fornecida aos hipossuficientes pelo Estado.

Pelo viés do entendimento calcado em decisões políticas ou na análise de consequências que uma decisão do Supremo pode gerar haveria que dar grande peso ao impacto que a decisão de permitir a prisão após a decisão sem trânsito em julgado causa ao sistema carcerário, aumentando demasiadamente o número de presos. É reconhecido pela doutrina e jurisprudência o sistema carcerário no Brasil compõe um “estado de coisas inconstitucional”, não comportando medidas que gerem uma enxurrada de prisões Brasil adentro.

Conclui-se que seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal³⁰ é possível hoje a prisão após a sentença condenatória de segundo grau, mesmo estando pendentes recursos nas instâncias extraordinárias.

O debate acerca do acerto ou não da mudança paradigmática continua mobilizando críticas favoráveis e contrárias e gerando incertezas. No próprio STF o Ministro Gilmar Mendes expressa a possibilidade de mudança de entendimento³¹, no sentido de aguardar o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim Mendes se justificou, após conceder pela primeira vez desde a mudança de jurisprudência do STF, Habeas Corpus contra o cumprimento de pena imediatamente após a condenação em segunda instância³².

3. A VEDAÇÃO AO RETROCESSO: UM OLHAR SOBRE A TENDÊNCIA A SER ADOTADA SEM VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal³³ possibilitou que tribunais dessem início à execução provisória da pena antes do julgamento dos recursos nas instâncias

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 05 set. 2016.

³¹ TEIXEIRA, Matheus. Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução antecipada da pena. *Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em 29 set. 17.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 146.818*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000370194&base=baseMonocratica> Acesso em: 01 nov. 2017.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Publicado no DOU de 17 de fevereiro de 2016.

superiores. O julgado do Supremo Tribunal Federal³⁴ é usado como paradigma e fundamento para possibilitar a prisão sob a justificativa do exaurimento da cognição de matéria fática, balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena.

O Superior Tribunal de Justiça³⁵, acolhendo o paradigma, justificou a prisão antes do julgamento do recurso por ser possível o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo.

Do ponto de vista do acusado, a possibilidade de prisão antes do julgamento de Recurso Especial e Extraordinário pode trazer efeitos de questionável legalidade. Isso porque ao julgar o recurso os tribunais podem reduzir a pena de modo que o regime inicial de cumprimento passe do semiaberto para o aberto, havendo ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Nesse sentido, a defesa dos acusados impetra Habeas Corpus sob a justificativa da flagrante ilegalidade da prisão em tais casos³⁶. Acolhendo a tese defensiva o Ministro Gilmar Mendes concedeu Habeas Corpus para suspender a execução provisória da pena no HC nº 146815, optando o Ministro por uma posição intermediária, sugerida pelo Ministro Dias Toffoli, no sentido de que a execução da pena deve ficar suspensa com a pendência de recurso especial do Superior Tribunal de Justiça.

Há no Supremo Tribunal Federal, portanto, duas posições acerca da execução provisória da pena de prisão. Uma corrente que admite a execução após julgamento em segunda instância e outra corrente que defende que a prisão só pode ocorrer após julgamento de recurso especial no Superior Tribunal de Justiça.

A alteração no seio do Supremo aponta para as múltiplas interpretações acerca da questão de se confirmar ou refutar se a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ofende o princípio da presunção de inocência.

As decisões proferidas até outubro de 2017 vêm gerando insegurança jurídica. Primeiramente temos o HC nº 126.292 no qual o Supremo altera a jurisprudência para dizer que a

³⁴ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Questão de ordem na ação penal: QO na APn 675 GO*. Publicado em 26/04/2016. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=200700943919&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 31 out. 2017.

³⁵ Ibid.

³⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 146.818-ES*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000370194&base=baseMonocratica> Acesso em: 01 nov. 2017.

execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado não ofende a Constituição, depois nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, o mesmo Supremo decide que o artigo 283 do Código de Processo Penal não é inconstitucional, em seguida um dos Ministros do Supremo que votou a favor da execução provisória, concede Habeas Corpus para suspender uma execução provisória sob o argumento de que deveria aguardar até o julgamento do recurso especial.

É preciso analisar a tendência a ser adotada sem que haja violação constitucional. O dispositivo que firma o princípio da presunção de inocência “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³⁷ é um pressuposto de todas as garantias no processo³⁸ e um princípio político inserido em um “modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoas humana”.³⁹

Para Ada Pellegrini Grinover⁴⁰, a Constituição e as leis devem ser interpretadas em conformidade com a realidade social do momento e não conforme a interpretação de valores anteriores. Afirmar a saudosa processualista que “em nenhum lugar a Carta afirma que a presunção de inocência significa a impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado”⁴¹ e aponta os problemas processuais enfrentados na atualidade, tais quais a multiplicidade de recursos, o tempo infinitamente longo para seu julgamento, as procrastinações dos advogados.

Para Aury e Badaró⁴² não é a execução antecipada da pena que irá resolver o problema da imensa demora jurisdicional no julgamento dos recursos especial e extraordinário. Para esses autores, a ineficiência do Estado não pode suprimir das garantias processuais dos acusados.⁴³ Afirmam eles que cumpre ao Estado prover o órgão judiciário e estruturar eficientemente sua organização judiciária para que o processo possa se desenvolver sem retardos indevidos.

³⁷ Idem. *Constituição Federal*. Art. 5º, LII. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique: *Parecer*. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, 2016, p. 6. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ NOLASCO, Patrícia. Partidos políticos se fortalecem no parlamentarismo. Ada Pellegrini Grinover: jurista e processualista. *Tribuna do Advogado*. Ano LXV. Novembro 2016, nº 562, p. 7. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/19237-partidos-politicos-se-fortalecem-no-parlamentarismo-ada-pellegrini-grinover--jurista-e-processualista>>. Acesso em 15 jun. 2017.

⁴¹ Ibid.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴³ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, op. cit., p. 37.

É de se observar que a mudança da jurisprudência do Supremo representa um retrocesso no que tange às liberdades fundamentais individuais. Se antes o indivíduo somente seria preso, em cumprimento de sentença condenatória, após o HC nº126.292 o cumprimento da pena pode ser efetivado imediatamente à confirmação da condenação de primeiro grau pela instância judicial que lhe seja superior.⁴⁴ Ao analisar se a execução provisória seria uma causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos Vieira e Resende afirmam que o direito internacional dos direitos humanos outorga prevalência à norma que promova a proteção mais ampla e efetiva à dignidade da pessoa humana. Ademais deve-se impulsionar uma interpretação extensiva dos direitos humanos e restritiva de suas limitações. Por isso, os autores concluem que a vedação ao retrocesso é um balizamento para que as liberdades individuais não sofram redução.⁴⁵

O princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso significa que as questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas sob a égide do reconhecimento e consolidação de direitos. Uma vez reconhecido determinado direito como fundamental estará consolidado. Há que se refletir sobre a alteração na jurisprudência como um caso de perda ou diminuição de direitos.

É de se destacar, ainda, a possibilidade de obtenção da absolvição pela via dos recursos extraordinários, ou a mudança do regime inicial de cumprimento de sentença para o aberto, e nesses casos, não haveria como se devolver ao acusado o tempo de prisão em cumprimento de sentença antes do trânsito em julgado.

Desse ponto de vista, a tendência que melhor se aplicaria a um processo penal constitucional seria a impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado na interpretação literal do art. 283, do Código de Processo Penal segundo o qual 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 preventiva⁴⁶.

⁴⁴ VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. *Execução Provisória: causa para a corte interamericana de direitos humanos?* Disponível em: <<https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-2002201610>> Acesso em: 10 out. 2017.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ BRASIL. DL nº 3689/41, art. 283. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

CONCLUSÃO

O debate jurídico acerca da execução da pena antes do trânsito em julgado tem duas principais e opostas vertentes. De um lado há aqueles que pretendem dar uma resposta à sociedade ou a um certo clamor social, no sentido de ver se fazer cumprir as penas de prisão. Essa posição está ligada de certa maneira ao cumprimento da lei e a manutenção da ordem pública. O sistema processual brasileiro, a permitir uma sequência de recursos, leva à morosidade e insegurança social. Para essa corrente, visto que em sede de recurso especial e extraordinário não cabe reexame de matéria fática, a prisão após condenação a pena de prisão em segunda instância não ofende o princípio da presunção de inocência e nem tampouco contraria o que vem expressamente previsto no artigo 283, do Código de Processo Penal, mas é apreciada como possível e necessária, em favor da celeridade processual.

De outro lado, as condenações são modificadas no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, de modo que acusados são absolvidos ou têm suas penas diminuídas. Ao entender que é possível a execução antes do trânsito em julgado abrem-se possibilidades de pessoas permanecerem encarceradas injustamente, uma vez que havendo absolvição ou redução da pena, o acusado já teria dado início, ou até totalizado, o cumprimento com base na condenação em segunda instância.

Grande parte dos argumentos contrários à execução antecipada está ligada a problemas profundos que resultam em um sentimento de impunidade, levando a crer que no Brasil os criminosos não vão para a cadeia. Mas há que se ter muito cuidado. Problemas complexos não podem solucionados com respostas simples. A morosidade dos julgamentos extraordinários pode levar à prescrição, pode fazer com que a pena venha a ser aplicada muito tempo depois do cometimento do crime, não será resolvido com a execução antecipada. O sentimento de que há impunidade não será solucionado.

Ademais, há que se considerar o processo penal muito mais do ponto de vista do indivíduo que está sendo acusado do que o da sociedade que o acusa. Uma vez que entre 2009 e 2016 o STF aplicou o entendimento segundo o qual o princípio da presunção de inocência devia prevalecer e a execução antecipada da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ofende a Constituição, a mudança para o entendimento contrário, se caracteriza como um retrocesso em desfavor de uma das garantias individuais previstas na Constituição da República.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *DL n° 3689/41*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Questão de ordem na ação penal: QO na APn 675 GO*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n°81.964-SP*. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000097271&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n°84.078-MG*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n°126.292/SP*. Relator: Ministro Teoria Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n°146.818-ES*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000370194&base=baseMonocratica>>. Acesso em: 01 nov. 2017

_____. *Declaração Universal dos Direitos do homem de 1948*. Disponível em: <<http://dhnet.org.br>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR Aury. *Limite penal*. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Parecer. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. 2016. Disponível em:<

http://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. *Direito ao Processo Penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NOLASCO, Patrícia. Partidos políticos se fortalecem no parlamentarismo. Ada Pellegrini Grinover: jurista e processualista. *Tribuna do Advogado*. Ano LXV. Novembro 2016, nº 562, p. 7. Disponível em: <<http://www.oabrij.org.br/materia-tribuna-do-advogado/19237-partidos-politicos-se-fortalecem-no-parlamentarismo-ada-pellegrini-grinover--jurista-e-processualista>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. In: *Boletim do IBCCrim*, nº 277, dezembro de 2015.

TEIXEIRA, Matheus. Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução antecipada da pena. *Consultor Jurídico*, 26/05/2017. Disponível em: <www.conjur.com.br. Acesso em: 29 set. 2017.

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. *Execução Provisória: causa para a corte interamericana de direitos humanos?* Disponível em: <<https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>>. Acesso em: 10 out. 2017.