

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE LUIZ SILVA BERNARDES

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
análise das recentes decisões do STF e seus desdobramentos acerca da possibilidade de início do
cumprimento da pena após a condenação em segunda instância**

São Luís

2018

FELIPE LUIZ SILVA BERNARDES

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
análise das recentes decisões do STF e seus desdobramentos acerca da possibilidade de início do
cumprimento da pena após a condenação em segunda instância**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Maranhão,
como requisito para obtenção do grau de Bacharel
em Direito

Orientador: Prof. Raimundo Nonato Serra Campos
Filho

São Luís

2018

BERNARDES, Felipe Luiz Silva.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: análise das recentes decisões do STF e seus desdobramentos acerca da possibilidade de início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância / FELIPE LUIZ SILVA BERNARDES. - 2018.

57 p.

Orientador(a): Raimundo Nonato Serra Campos Filho. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luis, 2018.

1. Execução Provisória da Pena. 2. Habeas Corpus 126292/SP. 3. Princípio da Presunção de Inocência. 4. Processo Penal. I. Campos Filho, Raimundo Nonato Serra. II. Título.

FELIPE LUIZ SILVA BERNARDES

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
análise das recentes decisões do STF e seus desdobramentos acerca da possibilidade de início do
cumprimento da pena após a condenação em segunda instância**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Maranhão,
como requisito para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Aprovado em: ____/____/____, às ____:____ horas.

Nota: ____ (____)

BANCA EXAMINADORA

Prof. Raimundo Nonato Serra Campos Filho (Orientador)

Universidade Federal do Maranhão – UFMA

1º Examinador

Universidade Federal do Maranhão – UFMA

2º Examinador

Universidade Federal do Maranhão - UFMA

AGRADECIMENTO

Agradeço à DEUS, pelo presente da vida.

Aos meus pais, por serem minha fonte inesgotável de inspiração.

Aos meus avós pelo carinho que nunca faltou.

Aos meus irmãos André, Nayanna e Rafaela pelo apoio incondicional e pela convivência agradável de sempre.

À Yasmim, pelo companheirismo e amor com que dividimos essa caminhada.

Aos Professores Gláucio Fernando Barros Cunha e Raimundo Nonato Serra Campos Filho, meus orientadores, por me terem despertado ainda mais o gosto pelo Direito Penal.

Aos amigos de infância, que sempre torceram por mim.

Aos professores da Unidade Federal do Maranhão que, direta ou indiretamente, me ajudaram a trilhar o caminho acadêmico e a conceber o presente trabalho.

“O ser humano vivencia a si mesmo, seus pensamentos, como algo separado do resto do universo, numa espécie de ilusão de ótica de sua consciência. E essa ilusão é um tipo de prisão que nos restringe a nossos desejos pessoais, conceitos e ao afeto apenas pelas pessoas mais próximas. Nossa principal tarefa é a de nos livrarmos dessa prisão, ampliando o nosso círculo de compaixão, para que ele abranja todos os seres vivos e toda a natureza em sua beleza. Ninguém conseguiu atingir completamente este objetivo, mas lutar pela sua realização já é por si só parte de nossa liberação e o alicerce de nossa segurança interior”.

Albert Einstein

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade ou não de execução provisória da pena após sentença condenatória de segundo grau e antes do efetivo trânsito em julgado, assim como o histórico debate entre a (im)possibilidade da execução provisória frente ao princípio constitucional da presunção de inocência. O tema ganha relevância na medida que a partir do ano de 2016, o plenário do STF, no bojo do Habeas Corpus 126.292/SP, entendeu ser possível a execução provisória da pena, o que vinha sendo combatido desde o ano de 2009, muito embora recentes decisões e declarações públicas de Ministros da Suprema Corte indiquem que possivelmente poderão existir novas mudanças em um futuro próximo. Por fim, elucida-se o histórico da legislação e jurisprudência quanto ao tema, como a execução provisória se comporta frente aos preceitos e garantias constitucionais e quais fatores vem motivando tal mudança de posicionamento pela Suprema Corte Brasileira.

Palavras-chave: Processo Penal. Execução Provisória da Pena. Princípio da Presunção de Inocência. Habeas Corpus 126292/SP.

ABSTRACT

The purpose of this study was to analyze the change of understanding of the Federal Supreme Court regarding the possibility or not of provisional execution of the sentence after a conviction of second degree and before the effective finality of the final sentence, as well as the history of the debate between the im) possibility of provisional execution in the face of the constitutional principle of the presumption of innocence. The subject becomes relevant as long as from the year 2016, the plenary of the Supreme Court, in the vein of Habeas Corpus 126292 / SP, understood that provisional execution is possible, which had been combated since the year 2009, although recent decisions and public statements by Supreme Court Ministers indicate that there may be new changes in the near future. Finally, this analysis we elucidate the history of the legislation and jurisprudence on the subject, how the provisional execution behaves in front of the constitutional precepts and guarantees and what factors have motivated such a change of position by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Criminal Procedure. Provisional Execution of the Penalty. Presumption of innocence principle. Habeas Corpus 126292 / SP.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PROCESSO PENAL..... | 13 |
| 2.1 Noções Introdutórias e aspectos históricos..... | 13 |
| 2.2 As regras em que se materializam a presunção de inocência..... | 18 |
| 2.2.1 Da Regra de Tratamento..... | 18 |
| 2.2.2 Da Regra probatória..... | 21 |
| 2.2.3 Da Regra destinada ao Juiz do caso..... | 22 |
| 3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS SENTENÇA CONDENATÓRIA DE SEGUNDO GRAU: histórico e julgamento do HC 126.292/SP..... | 23 |
| 3.1 Legislação e importantes decisões sobre o tema antes do julgamento do HC 126.292/SP..... | 23 |
| 3.2 Julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal..... | 28 |
| 4 CRÍTICAS AO NOVO POSICIONAMENTO, JULGADOS POSTERIORES E TENDÊNCIAS..... | 38 |
| 4.1 Críticas ao posicionamento adotado no Habeas Corpus 126.292/SP..... | 39 |
| 4.2 Julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 pelo STF..... | 42 |
| 4.3 Julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246..... | 44 |
| 4.4 Julgamento do Habeas Corpus preventivo 152.752 (Ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva)..... | 45 |
| 5 CONCLUSÃO | 49 |
| REFERÊNCIAS | 52 |

1 INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2016 o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 126292/SP, por maioria de apenas um voto entendeu ser possível a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado junto aos tribunais superiores. O referido veredito retomou acalorado debate doutrinário e jurisprudencial acerca da incompatibilidade, ou não, da execução provisória da pena com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nesta senda, o presente trabalho tem por objetivo geral a análise histórica dos diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do debate entre a possibilidade de execução provisória da pena diante do princípio constitucional da presunção de inocência. Por objetivos particulares, analisar como a mudança de posicionamento do STF quanto à possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado pode alterar a realidade penal/processual penal pátria e quais alternativas são utilizadas no direito comparado.

Isto posto tem-se a problemática do presente trabalho: Como o ordenamento jurídico vigente recebe o novo entendimento adotado pelo STF à luz do princípio da presunção de inocência?

O princípio supramencionado, inserido, de início, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1798, em seu art. 9º, e que veio a ser corporificado posteriormente em outros tratados e convenções internacionais (Declaração Universal de Direitos Humanos/1948 – Art. 11.1, Convenção Americanas sobre Direitos Humanos/DEC. 678/92 – Art. 8º, §2º, etc.), assim como em diversos ordenamentos jurídicos de países democráticos – inclusive o Brasileiro -, traz à tona a preocupação com a real efetividade dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo dentro do processo penal, buscando sempre proteger o suspeito/acusado da conduta arbitrária e autoritária por parte do Estado, para evitar que aquele, caso inocente, seja submetido a uma sanção que só deveria ser aplicada, em verdade, aos culpados.

Em nosso ordenamento foi inserido pela primeira vez de forma expressa na Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º, inciso LVII, onde se garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Apesar da clareza do Texto Constitucional muito continuava a se debater sobre a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena antes da decisão condenatória ter transitado em julgado. A despeito das divergências entre a primeira e segunda turma do STF

(assim como da quinta e sexta turma do STJ), o Plenário da Suprema Corte, no julgamento dos HC's n. 91.232/PE e 84.078/MG, datados dos anos de 2007 e 2009, respectivamente, decidiu pela obediência à literalidade do mencionado dispositivo constitucional, ou seja, entendeu que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória violava o princípio da presunção de inocência e por consequência a própria constituição.

Tanto jurisprudência, quanto doutrina já esperavam a pacificação do tema no sentido da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, eis que surge a recente decisão no julgamento do Habeas Corpus 126292/SP, em fevereiro de 2016, para contrapor e mudar o entendimento vigente à muito na Suprema Corte, gerando um precedente histórico que já vem resultando em substancial alteração da realidade penal/processual penal no ordenamento Jurídico Brasileiro.

Seguindo o entendimento majoritário adotado pelo STF no HC 126292/SP, tribunais de todo o país passaram a decidir de forma a autorizar a execução provisória estando esgotadas as instâncias ordinárias e deliberadamente decidiram ignorar o disposto nos art. 5º, inciso LVII da CF, Art. 283 do Código de Processo Penal e Art. 105 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84).

No julgamento do ARE 964.246 RG/SP o Plenário do STF, por 6 votos a 4, entendeu existir repercussão geral e pela reafirmação de jurisprudência observada no julgamento do HC 126292/SP. A defesa apresentou a tese de que a manutenção do entendimento adotado: "iria acarretar o injusto encarceramento de dezenas de milhares de condenados, notadamente de pessoas humildes, que estão sendo defendidas pela Defensoria Pública", muito embora, o saudoso Ministro Teori Zavascki tenha categorizado tal afirmação como "absolutamente desprovida de base real".

Desde os supramencionados julgamentos, parte do Ministros da Suprema Corte vêm afirmando a necessidade de rediscussão do tema e não raro prestando forte resistência ao recente entendimento. Em abril de 2018, no julgamento do HC preventivo 152.752/PR, impetrado pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, a mudança de posicionamento do Ministro Gilmar Mendes foi confirmada, enquanto a Ministra Rosa Weber passou a votar à favor da execução provisória da pena, muito embora, seu voto tenha se dado muito mais por questões de respeito à Jurisprudência já solidificada pelo Plenário, do que por convicções pessoais acerca da in(constitucionalidade) da antecipação da execução punitiva, portanto, possível e provável futura mudança em seu entendimento.

Diante da possibilidade de mais uma alternância de posicionamento, o tema para pesquisa se mostra de extrema importância apenas pela análise histórica do instituto da

execução provisória da pena e quão grande suas consequências. O sistema carcerário brasileiro se encontra em estado de caos e as garantias constitucionais talvez nunca tenham se mostrado tão importantes.

Da mesma forma a ânsia social pelo combate à impunidade, principalmente daqueles que tem condição de recorrer até as últimas instâncias, é premente. O momento histórico do país pede um sistema carcerário mais humano, um direito penal que respeite as garantias constitucionais, mas que ao mesmo tempo se materialize de forma eficiente, que puna aqueles que de todas as formas, e principalmente por (ab)uso do poder econômico, tentam escapar ao alcance da justiça.

Qualquer posicionamento adotado pela Suprema Corte pode alterar substancialmente a realidade penal brasileira, e tanto por isso, vem gerando acalorados debates, seja no âmbito doutrinário ou jurisprudencial.

Não se consubstancia em tema puramente teórico: As recentes decisões do STF e eventual mudança de posicionamento quanto aos julgados de segunda instância surtirão efeito na vida de milhões de acusados que se vêm na iminência de terem a execução provisória de sua pena decretada. O presente trabalho se propõe a analisar as justificativas de ambos os posicionamentos, consequências e possíveis soluções que não atentem contra o princípio da presunção de inocência e ao mesmo tempo garantam a eficiência do direito penal.

Serão utilizados como embasamento teórico, tendo-se em conta a atualidade e importância do tema, bem como a escassez de doutrinas específicas que discorram sobre o assunto, especialmente, as obras de Renato Brasileiro, Evandro Lins e Silva, Vlamir Passos de Freitas, Aury Lopes Jr., Gustavo Henrique Badaró, Guilherme de Souza Nucci, Fernando da Costa Tourinho Filho, dentre outras, todas ao final referenciadas. Ademais, far-se-á análise exaustiva de votos do Supremo Tribunal Federal e de outras Jurisprudências acerca do tema, estas as fontes teóricas principais do presente trabalho.

Por fim, traduz-se em pesquisa exploratória por meio de investigação bibliográfica, tendo sempre como norte obras doutrinárias, artigos científicos e jurisprudências, valendo-se do método de abordagem dedutivo.

Desta maneira, este trabalho de conclusão será estruturado da seguinte forma: três capítulos principais, com a finalidade de analisar aspectos acerca do princípio da presunção de inocência, sua aplicação no processo penal e a possibilidade ou não da execução da pena após sentença condenatória proferida em segunda instância e quais as principais opiniões jurídicas acerca das recentes decisões do STF acerca do tema.

No primeiro capítulo será analisado o princípio da presunção de inocência, noções gerais, as formas(regras) em que a presunção de inocência se materializa, assim como seu histórico, positividade em tratados, convenções internacionais e no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, serão tratados aspectos históricos e noções sobre a possibilidade ou não da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória antes e durante o julgamento do HC 126.292/SP, suas consequências para a realidade penal brasileira, assim como a motivação dos votos de cada um dos Ministros.

Por fim, o terceiro capítulo tratará dos fatos e argumentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do novo posicionamento adotado pelo STF no julgamento do HC 126.292, possíveis futuras mudanças de entendimento e consequências, para só então determinar se a mudança de comportamento foi um avanço ou retrocesso.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PROCESSO PENAL

Neste item será abordada a correlação entre o processo penal e a Constituição Federal, com ênfase no debate entre a possibilidade de coexistência entre o Princípio da Presunção de Inocência e a execução provisória da pena. Para tanto será demonstrado o conceito de presunção de inocência, seu histórico e como o mesmo é aplicado no processo penal e como está previsto no ordenamento pátrio e em tratados e convenções internacionais.

Serão ainda exploradas as regras por meio do qual o Princípio da Presunção de Inocência se materializa, quais sejam a regra probatória e a regra de tratamento, e como as mesmas interferem ou não na possibilidade da execução provisória antes do trânsito em julgado junto aos Tribunais Superiores.

2.1 Noções Introdutórias e aspectos históricos

A Constituição Federal de 1988, também denominada Constituição Cidadã, inspirada nos anseios sociais que pediam uma maior proteção ao indivíduo contra os arbítrios do Estado, haja vista o longo e obscuro período ditatorial vivenciado em anos passados, trouxe uma cadeia de princípios que por fim representam mandamentos nucleares do sistema jurídico.

Alguns desses mandamentos consubstanciam-se em verdadeiras garantias fundamentais ao indivíduo, sem as quais seria impossível entender o Processo Penal como um todo, ou mesmo em partes específicas, uma vez que no amago da maioria das normas penais

encontram-se princípios garantidores, portanto, norma e princípio estão intrinsicamente ligados.

Nucci (2016a) assevera ser impossível desassociar o processo penal dessa forma de pensar. Nesse sentido os princípios, em vários casos, acabam suplantando a própria letra normativa. Dentre tantos outros princípios constitucionais garantidores concernentes ao Processo Penal temos a presunção de inocência como um de seus principais. Para entender como o mesmo foi inserido no Ordenamento Pátrio e seu conceito, primeiro se faz necessário entender suas origens.

Já em 1764, Cesare Beccaria (1997, p. 69), na famosa obra *Dos Delitos e das Penas*, ensinou: ‘‘Um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada’’.

Segundo Bonfim (2011) o direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente foi positivado pela primeira vez no Art. 9º da Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, esta inspirada pelos ideais iluministas de Voltaire e Rousseau: ‘‘Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.’’ (França, 1789).

Tourinho Filho (2009, p. 29-30) descreve o momento histórico em que se desenvolveram as bases do princípio da presunção de inocência:

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado ‘‘Iluminismo’’, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido com objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que ‘‘a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige’’ (*Dos delitos e das penas*, São Paulo, Atena Ed.,1954, p.106). Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1789, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida Declaração que: ‘‘Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei’’. (...) Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente.

Mais tarde a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948, *on-line*), aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), datada de 10 de dezembro de 1948, em seu Art. 11.1 determinou:

Artigo 11.1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Vários outros dispositivos internacionais abordaram o tema de maneira semelhante, são exemplos a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais em seu Art. 6.2, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu Art. 14.2 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969, *on-line*) em seu Art. 8, §2º: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O professor Marco Antônio Marques da Silva (2001), em análise dos diversos tratados e legislações internacionais, extraiu três significados para o princípio da presunção da inocência: a) finalidade de estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (escolas doutrinárias italianas); b) proteger o acusado durante um processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789); c) regra dirigida diretamente ao juiz de fato da sentença penal, que deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, e em caso negativo, deve absolver o réu (Declaração Universal de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).

No Ordenamento Pátrio o princípio da presunção de inocência foi positivado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, inciso LVII: “Art. 5º. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988, *on-line*).

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 43-44) observa que a constituição federal inova e vai além do conceito de presunção de inocência previsto nos tratados a cima citados:

Comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. (...) A par dessa distinção terminológica, percebe-se que o texto constitucional é mais amplo, na medida em que estende referida presunção até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória,

ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, Art. 8º, nº2) o faz tão somente até a comprovação legal da culpa.

Deixando de lado o debate terminológico pouco proveitoso entre as nomenclaturas presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, vê-se que o texto constitucional, além de apresentar todos os 3 significados do princípio da presunção de inocência anotados pelo professor Marco Antônio Marques da Silva no âmbito dos Tratados e Legislações internacionais, ainda inova e explicita de forma clara a necessidade do Trânsito em julgado da sentença penal para só então afastar o estado inicial de inocência.

Tal fato demonstra o intuito do Constituinte em alavancar a presunção de inocência ao patamar de verdadeira garantia constitucional efetiva, que venha, não só a evitar qualquer abuso do poder público, mas que o acusado realmente seja tratado como inocente até que não sobre dúvidas quanto à sua culpa e meios de defesa. Preferiu, portanto, correr o risco de que um culpado seja tratado como inocente, do que um inocente seja tratado como culpado.

Ferrajoli (2014, p. 441) assevera: “Trata-se de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Moraes (2010) alerta que no decorrer do processo penal, a situação é de claro desequilíbrio para o réu, que têm direitos e garantias restringidos durante a persecução penal, traduzindo-se a presunção de inocência como ponto de equilíbrio nesse contexto.

A esfera criminal deve ser tratada como um meio residual de trabalhar com os problemas sociais, limitando a intervenção do Estado na vida privada aos parâmetros mínimos, buscando, no entanto, tornar essa intervenção mais efetiva, mais eficiente nesse sentido. Então, as funções do direito penal devem ser sintetizadas como, por um lado, o controle social, através dos mecanismos simbólicos de prevenção e, por outro, a garantia do indivíduo contra o Estado e suas pretensões de intervir na liberdade individual. No contraponto entre essas facetas da esfera criminal, o direito penal é direcionado para a valorização do homem como referência, como a razão mais elevada para as relações sociais. (COELHO, 2005, *on-line*).

A Constituição Federal determina que a restrição da liberdade do réu, antes do trânsito em julgado, só pode se dar em situações extraordinárias (LIMA, 2016).

Segundo Távora e Alencar (2016, p. 46-47):

Cria-se assim ‘um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal’, porém, ‘sem impedir que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei’, assegurando o combate legítimo e efetivo da criminalidade.

Como se pode observar a presunção de inocência não se trata de obstáculo à efetivação da pretensão punitiva do estado, mas sim meio de garantir que abusos não sejam perpetrados pelo Estado.

Há de se ter atenção para este fato, que apesar de se tratar de consequência lógica da própria aceção da presunção de inocência, muitas vezes é ignorado. No ramo dos operadores do direito (especialistas em direito penal, juízes, advogados criminalistas...) se encontra pouca ou quase nenhuma resistência disposta a se manifestar quanto à presunção de inocência. De outra forma, no âmbito da população ‘leiga’ à teoria jurídico-constitucional, e alarmada pelo crescente aumento da criminalidade e impunidade, não acontece o mesmo. A própria sociedade relaciona a presunção de inocência à impunidade do criminoso, que junta a outros princípios e garantias estariam a impedir uma política eficiente do Estado para combater a criminalidade. (BATISTI, 2009).

Moraes (2010, p. 348) mais uma vez nos mostra que essa tendência observada no bojo da sociedade deve ser evitada:

Sem a presunção de inocência, ou seja, sem a vedação *prima facie* de que qualquer efeito condenatório seja aplicado ao cidadão antes da declaração definitiva de sua culpa, a persecução penal justa (devido processo legal) perderia sua própria razão de ser, pois, antes mesmo de chegar ao final para verificar culpa ou inocência do acusado, ele já teria sido tratado como condenado.

Por fim, cabe asseverar mais uma vez que a presunção de inocência não se mostra como obstáculo à pretensão punitiva, nem mesmo corolário da impunidade, principalmente daqueles que detém poder social e econômico para perpetrar uma defesa sólida, como por muitas vezes entende a sociedade. Trata-se em verdade de garantia de uma persecução penal justa, respeitando os princípios concernentes ao devido processo penal. Ela legitima o processo penal e dá a este verdadeira efetividade, impedindo a execução da justiça dos justiceiros, sem parâmetros, sem meios de defesa ao acusado e mais importante, evita aquele tipo de acusação que em si só já é uma sentença.

2.2 As regras em que se materializam a presunção de inocência

O Princípio da presunção de inocência no ordenamento Brasileiro se materializa em três regras que devem ser observadas durante a persecução penal: regra probatória, regra de tratamento e regra de juízo.

2.2.1 Da Regra de Tratamento

Um dos meios de se medir o nível de desenvolvimento humano de determinada sociedade é observar como aquele ordenamento trata os réus. Jorge Figueiredo Dias (1984, p. 428) prelecionou: “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o institui”.

No ordenamento pátrio, que pelo menos teoricamente alcança elevado nível garantista, a prisão antes do trânsito em julgado deveria ser exceção. Lima (2016, p. 45) demonstra:

A privação cautelar de liberdade, sempre qualificada pela nota de excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses restritas, ou sejam a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar preso no curso do processo. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal.

A regra de tratamento é imposta e ao mesmo tempo encontra-se no cerne do princípio da presunção de inocência: por ela o Poder Público está impedido de agir em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado. (LIMA, 2016).

Segundo Aury Lopes Junior (2016b, p. 191-192) para efetivação da Regra de tratamento a mesma deve ser observada em duas dimensões:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

Observa-se que a regra de tratamento imposto pela presunção de inocência não proíbe a prisão cautelar por razões excepcionais e tende a garantir a efetividade do processo. Ambos os institutos (presunção de inocência e prisão cautelar) caminham juntos, uma vez que trabalham para o desenvolvimento de um processo penal justo, mas efetivo.

J.J. Gomes Canotillo (1993) ensina que se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal.

Nesse sentido, a Constituição Federal ao passo que evidencia a presunção de inocência em seu Art. 5º, inciso LVII, por outro lado, em seu Art. 5º, inciso LXI, permite a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que tenha caráter excepcional e se mostre extremamente necessária no caso em questão: “Art. 5º. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. (BRASIL, 1988, *on-line*).

Ignorando-se o disposto na constituição, durante anos, prevalecia na jurisprudência o entendimento de que não havia óbice à execução da sentença quando pendentes apenas recursos sem efeito suspensivo, mesmo inexistentes os requisitos excepcionais da preventiva. Tal entendimento era embasado no art. 637 do CPP, que dispõe: “Art. 637. 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”. (BRASIL, 1941, *on-line*).

Desta forma o acusado estaria sujeito à prisão, mesmo que tivesse interposto recurso extraordinário ou especial e inexistentes os pressupostos da prisão preventiva.

A Suprema Corte alterou este entendimento, determinando que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, art. 105), colacionados à ordem constitucional (art. 5º, LVII da CF), sobrepujam-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. Agora a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar (LIMA, 2016, p. 47).

Sobre as cautelares e a efetiva aplicação do princípio da presunção de Inocência (ou não culpabilidade), o Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 80.719, discorreu:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. (...)

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. (BRASIL, 2001, *on-line*).

Posteriormente a Lei nº 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal, veio ao confirmar a nova orientação do STF na nova redação do art. 283:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2011, *on-line*).

O respeito integral à regra de tratamento foi mais uma vez afirmado: qualquer das modalidades de prisão cautelar não poderia ser usada como meio inconstitucional de antecipação executória da própria sanção penal.

Estes instrumentos somente se legitimariam se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, de medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do réu.

Esse posicionamento a muito vinha sendo o entendimento aceito majoritariamente tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, como exemplo no julgamento histórico do HC 84.708/MG, de Relatoria do Min. Eros Grau, em fevereiro de 2009, que será abordado detalhadamente no próximo capítulo, por enquanto cabe trecho pertinente à regra de tratamento:

(...) A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. (BRASIL, 2009, *on-line*).

Renato Brasileiro (2016, p. 47) aduz que apesar do novo (a partir de 2007, e consolidado em 2009) entendimento do STF quanto à impossibilidade da Execução Provisória da pena após a sentença condenatória de segundo grau e sem estarem presentes os requisitos da

cautelar, a Suprema corte, em situações excepcionais continuou a admitir o início imediato da execução:

Todavia, em situação excepcionais, quando restar evidenciado o intuito meramente protelatório dos recursos, apenas para impedir o exaurimento da prestação jurisdicional e o consequente início do cumprimento da pena, os Tribunais Superior têm admitido o imediato início da execução mesmo antes do trânsito e julgado, haja vista o exercício irregular e abusivo do direito de defesa e do duplo grau de jurisdição e a consequente violação ao princípio da cooperação, previsto no art. 6º do novo CPC (“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”), ao qual também se sujeitam as partes. Nessa linha, como já se pronunciou o Supremo, “a reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos seus pressupostos, evidencia o intuito meramente protelatório. A interposição de embargos de declaração com finalidade meramente protelatória autoriza o imediato cumprimento da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da publicação de acórdão”.

Pois bem, não se olvidando da permissão para se decretar a execução provisória nos casos acima mencionados de recursos meramente protelatórios, o entendimento geral até o ano de 2016 era de que a execução provisória só poderia ser decretada caso presentes os pressupostos da prisão preventiva, caso contrário deveria ser respeitado o disposto nos Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, do Art. 283 do CPP e no Art. 105 da Lei de Execução Penais, mantendo-se os efeitos da regra de tratamento para proteger o acusado dos Arbítrios do Estado e evitar que esse fosse tratado como culpado enquanto ainda houvessem dúvidas. O julgamento do HC 126292/SP realizado em 2016 marcou uma mudança de entendimento da Suprema Corte, o que será analisado mais a fundo no próximo capítulo.

2.2.2 Da Regra probatória

A segunda regra impõe à parte acusadora o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não a este de provar sua inocência. Antônio Magalhães Filho (1994) enumera os efeitos da regra Probatória: a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado; b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente; D) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos.

Segundo Badaró (2003) trata-se de exigência, segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, ou seja, a presunção de inocência impõe a necessidade de certeza.

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 45) assevera:

(...) a presunção de inocência confunde-se com *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.

Na lição de Canotilho “isso significa que quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e essas restrições pressuponham a existência de determinados fatos acoplados a juízos de prognose, o ônus da prova pertence não a quem invoca o direito” (2004, p. 174).

Nesse sentido observa-se que o princípio da presunção de inocência está intimamente ligado com a produção de provas, devendo, de acordo com Moraes (2010), definir quem deve provar, por meio de que tipo de prova e o que deve ser provado.

As regras de tratamento e probatória se complementam na medida que uma necessita da outra para ser efetivada e juntas corporificarem o princípio da presunção de inocência: O Estado se encontra impedido de tratar o réu como condenado (regra de tratamento) até se provar sua efetiva culpa (regra probatória).

2.2.3 Da Regra destinada ao Juiz do caso

Alguns autores citam ainda o princípio da presunção como norma de julgamento. Aury Lopes Junior (2016a) analisa o referido princípio como regra de julgamento a ser invocada em situações em que houver dúvida sobre fato superveniente relevante para o *decisum processual*.

A bem da verdade, a regra de julgamento nada mais é do que uma adaptação doutrinária das regras probatórias e de tratamento à conduta do Juiz no caso concreto, tanto é, que boa parte da doutrina somente faz distinção entre regra probatória e regra de tratamento, incluindo a de julgamento nas duas primeiras, apenas especificando de que formas as duas devem ser observadas pelo Juiz do caso.

3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS SENTENÇA CONDENATÓRIA DE SEGUNDO GRAU: histórico e julgamento do HC 126.292/SP

Neste capítulo serão analisados o histórico normativo e Jurisprudencial acerca da possibilidade de execução provisória da pena, e, principalmente, os argumentos constantes nos votos de cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no emblemático julgamento do HC 126.292/SP.

3.1 Legislação e importantes decisões sobre o tema anteriores ao julgamento do HC 126.292/SP

O Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL, 1941, *on-line*), em seu Art. 393, inciso I, instituiu como efeito da sentença penal condenatória recorrível a prisão do réu.

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

Tratava-se de norma extremamente dura, sendo regra a prisão, mesmo após mera sentença condenatória de base. Excetuavam-se os casos passíveis de fiança, não sendo o caso deveria o juiz, mesmo que o réu tenha cometido crimes “mais brandos”, como pequenos furtos, sedução, entre outros, condenar e ao mesmo tempo já expedir o mandado de prisão. (FREITAS, 2016, *on-line*).

Segundo o desembargador Vladimir Passos de Freitas (2016, *on-line*) tal quadro abrandou-se em 22 de novembro de 1973:

(...) quando o presidente Médici sancionou a Lei 5.941, que permitia ao réu primário e de bons antecedentes apelar em liberdade. A Referida lei foi editada porque o delegado paulista Sérgio Fleury, homem de prestígio junto ao regime militar, tinha tido sua prisão decretada por um juiz de Direito em sentença de pronúncia. Fleury ficou poucos dias preso e, segundo Percival de Souza (SOUZA, p. 356), a lei foi feita de encomenda para ele, tanto assim que passou a ser conhecida como “Lei Fleury”.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, seu artigo 5º, inciso LVII previa: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória”. (BRASIL, 1988, *on-line*). Para alguns não havia dúvidas quanto ao sentido exato do dispositivo: Não seria possível prisão antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de se esgotarem todas as instancias recursais.

Ocorre que a literalidade do Texto constitucional não foi capaz de solucionar o debate doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Durante anos, ou mesmo décadas, o entendimento predominante das Cortes Superiores continuou sendo o de que possível a execução provisória da pena mesmo antes do julgamento de recurso aos tribunais superiores, muito embora, com o advento da CF/88, a ideia de que a prisão antecipada feria a Constituição Federal ganhou força.

A jurisprudência majoritária evidenciava-se nos termos do Acórdão prolatado pelo plenário do STF em 1991, no julgamento do HC 68.726/DF de relatoria do Ministro Néri da Silveira, no qual defendia a possibilidade da execução provisória da pena após decisão de segunda instância e antes do julgamento de possíveis recursos pelos tribunais superiores, abarcando-se nos Arts. 27, § 2º da Lei 8.038/90 (revogado pelo CPC/15) e 542, § 2º, do CPC/73 que previam que os recursos extraordinário e especial seriam recebidos apenas no efeito devolutivo e no Art. 637 do Código de Processo Penal que retirava a possibilidade do Recurso Extraordinário apresentar efeito suspensivo:

CPP. Art. 637. 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. (BRASIL, 1941, *on-line*).

Dessa forma, uma vez que os recursos especial e extraordinário são de fundamentação vinculada, ou seja, incabíveis contra matéria de fato em virtude das súmulas 279 do STF e 7 do STJ, e ausente o efeito suspensivo, possível seria a execução provisória antes do trânsito em julgado.

Tal entendimento continuou a se manifestar nas decisões do STF durante vários anos, como bem ilustrou o voto do então Ministro Relator Sepúlveda Pertence, que inclusive era contra a execução antecipada, no HC 82.490/RN, publicado em novembro de 2002:

EMENTA: Presunção de não culpabilidade. I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator. II. Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da

jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. (BRASIL, 2002, p. 1).

Os defensores da execução provisória arguíam ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos não assegurava ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, conforme se depreende da ementa do julgamento do HC 73.151/RJ, de relatoria do Ministro Moreira Alves, datado de 18 de dezembro de 1995:

Esta Corte já firmou o entendimento de que o benefício da apelação em liberdade não se aplica com relação aos recursos extraordinário e especial que não tem efeito suspensivo, o que não é incompatível com a presunção de não-culpabilidade prevista no artigo 5., LVII, da Constituição Federal. - O Plenário do S.T.F. já salientou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados-Partes. - "Sursis" negado fundamentalmente. - Procedência da impetração no tocante a fixação da fiança. Precedentes do S.T.F. "Habeas corpus" deferido, em parte, para que o Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro competente para o julgamento da apelação do ora paciente, arbitrando em favor dele a fiança a fim de que possa ele, se prestada a fiança arbitrada, defender-se solto até o trânsito em julgado da sentença condenatória. (BRASIL, 1995, p. 1).

Nesse sentido tínhamos entendimento sumulado do STJ, na forma das súmulas 9, de 1990, e 267, de 2002:

Súmula N.º 9 A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. (BRASIL, 1990, *on-line*).
Súmula N.º 267 A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. (BRASIL, 2002, *on-line*).

Ambas as súmulas, embora formalmente vigentes, foram tacitamente canceladas, uma vez que se baseavam nos artigos 393, inciso I, e 594 do CPP, ambos revogados pelas Leis 12.403/11 e 11.719/08, sendo em 2008 aprovada a Súmula N.º 347 do STJ: “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. (BRASIL, 2008, *on-line*).

A ideia de inconstitucionalidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado ganhou força com o tempo dentro do meio jurídico, de forma, que em meados dos anos 2009 as duas turmas do STF, cada uma formada por cinco ministros, tinham entendimentos totalmente diversos, como bem explicitou ao tempo o Ministro Ayres Britto na proposta de remessa do julgamento do HC 84.078/MG ao plenário do Supremo, visando a pacificação da questão:

Quando da análise da causa, no entanto, observei que a jurisprudência desta Suprema Corte de Justiça, em sua nova composição, não é uniforme sobre o tema. (...) Há decisões proferidas por esta Colenda Primeira Turma no sentido de que a prisão do réu só é possível após o trânsito em julgado da condenação ou nas estritas hipóteses cautelares taxativamente previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, assim como há julgados provenientes da Colenda Segunda Turma que entendem que os recursos especial e extraordinário nem por se privarem de efeito suspensivo, deixam de viabilizar a imediata prisão do condenado. Ou seja, as duas Turmas dissitem quanto à interpretação do art. 312 do CPP. (BRASIL, 2009, p. 21-22).

Durante algum tempo, os pacientes de Habeas Corpus impetrados no Supremo ficaram à mercê da ‘’sorte’’, uma vez que enquanto a primeira turma concedia habeas corpus garantindo a liberdade de pessoas presas após a condenação em primeira instância, mas antes do trânsito em julgado, de outra forma, a segunda turma em reiteradas oportunidades concedia liminares autorizando a antecipação da execução.

Em cinco de fevereiro de 2009, o plenário do STF, no julgamento do supramencionado HC 84.078/MG, de Relatoria do Ministro Eros Grau, declarou, por 7 votos a 4, a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena por entender que esta feria o Princípio da Presunção de Inocência e da Dignidade da Pessoa Humana. Deferiram o pleito do paciente para que o mesmo pudesse recorrer a tribunais superiores em liberdade, entendendo, portanto, que seria possível atribuir efeito suspensivo à recursos extraordinários e especiais contra acórdão condenatório de 2º grau, ressalvadas as hipóteses de prisão cautelar dispostas no art. 321 do CPP. (BRASIL, 2009).

O referido decisum provocou prolongados debates. De um lado estavam aqueles que entendiam impossível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado perante os Tribunais Superiores, os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio de Melo e por outro lado os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

O voto do Min. Menezes Direito, ainda se valendo do argumento de que os recursos especiais e extraordinários não possuíam efeito suspensivo, sintetizou a exposição de motivos dos Ministros vencidos:

A se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia se atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos. Ora, o princípio da presunção de inocência não está enlaçada pela natureza típica de tais recursos, o que quer dizer que o início da execução da pena com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias não o atinge. Anote-se que esse

raciocínio levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários. A simples interposição dos recursos conduziria ao impedimento de cumprir-se a decisão condenatória. (BRASIL, 2009, p. 54).

Durante os debates, o ministro Joaquim Barbosa, usando argumentos de cunho prático, questionou a eficácia do sistema penal brasileiro para argumentar a favor da execução provisória: “Se tivermos que aguardar o julgamento de recursos especial e extraordinário, o processo jamais chegará ao fim”. (BRASIL, 2009, p. 88).

Ademais, afirmou que em nenhum país se observava a vasta possibilidade de impetração de Habeas Corpus como no Brasil, e ainda, que tais recursos causavam extrema morosidade ao processo penal:

Sou Relator, nesta Casa, de uma série de habeas corpus relacionados a uma estrepitosa ação penal que tem curso no Estado de São Paulo. Só em relação a um dos réus, nos últimos quatro ou cinco anos, foram julgados nada menos do que sessenta e dois recursos. Dezenas deles da minha relatoria, alguns da relatoria do Ministro Eros Grau, outros da relatoria do Ministro Carlos Britto, aqui nesta Corte. Portanto, o leque de opções de defesa que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao réu é imenso, inigualável. Não existe nenhum país do mundo que ofereça tamanha proteção. Portanto, se resolvermos, politicamente - porque essa é uma decisão política -, que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o recurso extraordinário julgado por esta Corte, temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão. (BRASIL, 2009, p. 89-90).

A despeito dos entendimentos a favor da execução provisória, o entendimento majoritário seguiu o voto do relator, Min. Eros Grau, do qual se extraem os seguintes pontos.

Apesar de o Art. 637 do CPP estabelecer 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 Execuções Penais, assim como a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, inciso LVII, condicionam a execução da pena, e o afastamento da condição de inocente, ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Os preceitos da Lei de Execuções Penais, além de condizentes ao disposto na Constituição, sobrepõe-se temporal e materialmente ao Art. 637 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2009).

A garantia da ampla defesa, não é restrita, e, portanto, perfaz todo o processo, inclusive perante os tribunais superiores. A execução provisória caracteriza desequilíbrio entre a pretensão estatal punitiva e o direito do acusado de elidir a questão. (Brasil, 2009).

A antecipação da execução penal somente se justifica em nome da conveniência dos magistrados. Dizem os Tribunais Superiores que, caso não se aceite a execução provisória, serão inundados por recursos especiais e extraordinários, agravos e embargos, e ninguém mais será preso. Trata-se de evidente Jurisprudência Defensiva, que diminui garantas fundamentais em nome de comodidade do STF. (BRASIL, 2009).

Citou como exemplo o RE 482.006, de Relatoria do Ministro Lewandowski, ocasião em que o STF, decidiu, por unanimidade, que dispositivo de determinada Lei Estadual não poderia impor redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem processo penal, uma vez que violaria o inciso LVII, 5º da CF/88 (mesmo aqui debatido) por antecipar pena, sem que a esta tenha precedido o devido processo legal. Dessa forma, a Corte que prestigia o dispositivo constitucional em nome da garantia da propriedade, não poderia ter entendimento mais gravoso quanto à garantia da liberdade, uma vez que aquela normalmente afeta as elites, e esta todas as classes sociais. (BRASIL, 2009).

Em sistemas democráticos modernos, até mesmo os criminosos são sujeitos de direitos, não perdendo tal qualidade no decorrer do processo penal:

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, 2009, p. 2).

Dessa forma, a partir do ano de 2009 o pleno do Supremo Tribunal Federal vinha entendendo pela impossibilidade da execução provisória da pena após julgamento em segunda instância e antes do trânsito em julgado, devendo a regra do Art. 5º, LVII, CF/88, ser interpretada literalmente, sobretudo a necessidade de se esperar o trânsito em julgado perante as instâncias superiores para afastar a presunção de inocência. (BRASIL, 2009).

Finalizado o julgamento do HC 84.078/MG, tanto doutrina, quanto Jurisprudência dos tribunais ordinários, esperavam certa pacificação do tema, quando então sobreveio o julgamento do HC 126.292/SP.

3.2 Julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal

Em 17 de fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgou o emblemático HC 126.292/SP, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki. O réu foi condenado em primeira instância à pena de reclusão de 5 anos e 4 meses pelo crime de roubo qualificado, com direito de recorrer em liberdade. A defesa apelou, ocasião em que Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso e determinou que fosse expedido o mandado de prisão. Foi então impetrado Habeas Corpus junto ao STJ, ocasião esta que o Ministro Presidente indeferiu o pleito liminar. Momento em que a defesa impetrou o HC 126.292/SP perante o STF alegando:

(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, 2016a, P. 3).

De início, o Eminentíssimo Relator, após expor o histórico jurisprudencial da Corte Suprema, apresentou, em suas palavras, entendimento capaz de compatibilizar a execução provisória com o entendimento vigente desde 2009, ou seja, o de que a execução antes do trânsito em julgado representava afronta à Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 2016a).

Para ele o exame de fatos e provas acaba no âmbito das instâncias ordinárias quando ocorre a fixação da responsabilidade criminal do acusado, desse modo a presunção de inocência poderia e deveria ser relativizada no caminhar do processo penal a partir deste ponto. (BRASIL, 2016a).

Seria ali, na decisão de segundo grau, que se concretizaria em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição. Os recursos de natureza extraordinária não se configurariam como desdobramentos do duplo grau de jurisdição, uma vez que não se tratam de recursos de ampla devolutividade por não se prestarem a reavaliar matéria fático probatória (vide sumula 7 e 289, do STF e STJ, respectivamente), ou seja, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação (Tribunal Ordinário) ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. (BRASIL, 2016a).

Observa-se que não se trata de tese inédita no âmbito do STF quanto ao tema. Já no julgamento do HC 84.078/MG, de 2009, os votos vencidos baseavam-se na impossibilidade de

atribuir-se efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, assim como à impossibilidade do STF e STF de reavaliar matéria fática para justificar a execução provisória da pena, uma vez que ali a análise da culpabilidade do réu já estaria encerrada.

O Nobre Ministro Relator valeu-se do entendimento pré-existente e o repaginou, afirmando agora, não que o Princípio da presunção de inocência restaria intacto diante da execução provisória da pena, e sim, que a partir da sentença de segundo grau o mesmo poderia ser relativizado ou mesmo invertido:

(...) 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. (BRASIL, 2016, p. 10).

Nesse sentido Nucci (2016) ensina que a finalidade dos recursos extraordinários e especiais é preservar o sistema normativo e não reanalisar o caso concreto.

Os artigos 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de 1988 impõem a necessidade da causa já ter sido decidida pelos Tribunais Ordinários para posterior apreciação pelos Tribunais Superiores:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (BRASIL, 1988, *on-line*).

Alegou ainda o Ministro Zavascki que a execução provisória da pena não iria de encontro ao pressuposto de não culpabilidade, uma vez que seu núcleo essencial restaria intacto por ter sido, o indivíduo, tratado como inocente durante todo o processo, ou, pelo menos até o ponto em que o ordenamento mandava e garantia, que seria quando encerradas as possibilidades de revisão da matéria fático probatória quanto à culpabilidade do réu. A partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes julgamentos de recursos de natureza extraordinária, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal já poderia ser autorizada pelos tribunais ordinários. (BRASIL, 2018).

Trouxe exemplos, na forma do voto da Ministra Hellen Gracie no HC 85.886 (DJ 28/10/2005), de Ordenamentos estrangeiros como Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha,

Canadá, dentre outros, nos quais a execução de uma condenação penal, depois de observado o duplo grau de jurisdição, não aguardam referendo da Corte Suprema.

Nesse sentido, vale mencionar trechos do excelente estudo, utilizado como base pelo Min. Teori Zavascki, referente ao Direito comparado acerca do tema, realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman (2015).

Na Inglaterra o recorrente tem garantida a liberdade mediante fiança enquanto a Corte Suprema examina o mérito da causa, porém, tal direito não é absoluto e não é garantido em todos os casos. Em 2003 o procedimento de recorrer em liberdade provisória sofreu restrição, sendo atualmente a regra aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena. (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015).

A presunção de Inocência não aparece expressamente na Constituição Norte Americana, muito embora, seja um dos corolários da 5^a, 6^a e 14^a Emendas, assim como está disposta expressamente no Art. 16 do Código de Processo Penal Americano (Criminal Procedure Code). Não obstante, a Justiça Americana não considera contraditório que as decisões penais condenatórias sejam executadas imediatamente, conforme disposto no US Code, onde na sua subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções. (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015).

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta à consulta da 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes”. Prossegue informando que “o sistema legal norte americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão. (FRISCHEISEN, (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN. 2015, p. 507).

O estudo traz ainda outros exemplos, como Alemanha e Canada, que apesar de reconhecerem a relevância da presunção de inocência, apenas admitem efeito suspensivo nos recursos destinados às Cortes Supremas em raras exceções. Até mesmo a França, que adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos modelos de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa, já dispõe no Art. 465 do seu Código de Processo Penal situações em que o Tribunal pode expedir mandado de prisão, mesmo estando pendentes outros recursos. (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015).

Por fim, o Ministro Teori Zavascki trouxe ainda como argumento o fato de que inúmeros recursos protelatórios se baseiam na forma como o princípio da presunção de inocência é aplicado:

[...] negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. (BRASIL, 2016a, p. 16-17).

Segundo o Desembargador Vlamir Passos de Freitas cada recurso, ou petição qualquer, significa meses de atrasos entre os atos processuais, somados representam anos. Facilmente o trânsito em julgado somente se configurava depois de 15, 20 anos de processo penal, resultando na prescrição ou mudança do status da pessoa (morte, envelhecimento), tornando a persecução penal inútil. (FREITAS, 2016).

Até mesmo em casos midiáticos, quando os veículos de comunicação realizam certa pressão, acompanhando processos penais *in loco*, o resultado, apesar de menos suscetível à prescrição do que nos casos “comuns”, é demasiadamente demorado (FREITAS, 2016).

O empresário e ex-Senador (DF) Luiz Estevão foi acusado de desvio de recursos no valor de R\$ 2 bilhões, na construção do TRT de São Paulo, cuja licitação ocorreu em 1992 (Caso Lalau). Somente em 9 de dezembro de 2015 ele foi condenado em definitivo pelo STF a cumprir pena de 26 anos de reclusão. Segundo notícia no site do Correio Braziliense, a defesa de Luiz Estevão apresentou 21 recursos e 11 Habeas Corpus. A demora foi-lhe vantajosa, pois levou à prescrição das penas relativas aos crimes de formação de quadrilha e de uso de documento falso. (FREITAS, 2016, *on-line*).

O eminente Relator apresentou também ressalvas, como a de que erros podem ocorrer nas condenações proferidas por Tribunais ordinários, porém, ressaltou que existem instrumentos processuais aptos à evitar ou corrigir tais erros como a impetração de *Habeas Corpus*. (BRASIL, 2016a).

Acompanhando o voto do Relator, o Ministro Roberto Barroso arguiu que a mudança de posicionamento da Suprema Corte quanto à execução provisória da pena tratava-se de mutação constitucional, em decorrência de alteração na compressão da realidade social que por fim viria a modificar o próprio direito material. (BRASIL, 2016a)

Tal alteração já havia ocorrido em 2009, muito embora, naquela ocasião, segundo o Ministro Barroso, três pontos negativos haviam surgido do novo entendimento (impossibilidade

de execução provisória). a) Funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; b) seletividade do sistema penal; e por fim c) sensação de impunidade e descrédito do sistema de justiça penal. (BRASIL, 2016a).

No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. (...) Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições. (BRASIL, 2016a, p.33).

A seletividade do sistema configura-se frente ao fato de que a ampla possibilidade de recorrer em liberdade normalmente era aproveitada pelos réus de elevado poder econômico, com condições de contratar bons advogados capazes de defende-los em sucessivos recursos. Em regra, o réu pobre não tem condições para bancar a procrastinação: ‘‘Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude’’. (BRASIL, 2016a, p.34). Quanto ao terceiro ponto, o Ministro Barroso asseverou:

O novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva 9 ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados. (BRASIL, 2016a, p.33-34).

Diante destes três fatores o Ministro Barroso arguiu que não mais se justifica no cenário atual leitura extremamente conservadora do princípio da presunção de inocência, que impede a execução provisória da pena quando já existente pronunciamento jurisdicional de segundo grau acerca da culpabilidade do agente. (BRASIL, 2016a).

Cabe ainda ressaltar a tese apresentada de que a presunção de inocência é um princípio, e como tal esta sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais, podendo ser aplicada em maior ou menor intensidade. No decorrer do processo penal ocorre uma espécie de

gangorra, onde, na medida que o princípio da presunção de inocência perde peso, a efetividade do processo penal ganha. (BRASIL, 2016a).

Após o acordo proferido em sede de Apelação, a execução provisória se constituiu como obrigação jurídica, e não faculdade. (BRASIL, 2016a).

No mais, o Ministro Barroso seguiu a linha de argumentos do Ministro Relator, ressaltando a necessidade de resguardar a integridade física do acusado, como óbice à reiteração de delitos e como fator de aumento da credibilidade das instituições públicas. Nesse sentido a execução provisória da pena significaria um pilar da garantia da ordem pública. (BRASIL, 2016a).

O Ministro Gilmar Mendes compartilhou o entendimento dos Ministros Zavascki e Barroso quanto à necessidade de se impedir o ajuizamento de recursos protelatórios e a prescrição da pretensão punitiva. (BRASIL, 2016a).

Segundo o mesmo, o princípio da presunção de inocência, pode e deve ser relativizado no decorrer do processo penal, desde que mantido seu núcleo principiológico. Demonstrou que no ordenamento pátrio já existe certa relativização do princípio da presunção de inocência no decorrer do processo, como em casos de mandados de busca e apreensão baseando-se em indícios fáticos. (BRASIL, 2016a).

Como já apontado pelo Ministro Relator, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que os Recursos de natureza extraordinária não possuem efeito suspensivo e não são aptos a rediscutirem matéria de fato. A culpa do réu estaria afastada, ou não, já no momento da prolação da decisão condenatória de segunda instância. (BRASIL, 2016a).

Suscitou o direito comparado, na forma dos ordenamentos Norte Americano e Alemão, para demonstrar que em várias democracias modernas o momento de se afastar a presunção de inocência se dá quando da análise da culpabilidade do réu, ou seja, quando se tem fim à análise dos fatos e das provas. (BRASIL, 2016a).

A estrutura processual Brasileira, em que se tem amplo acesso às instâncias extraordinárias, impossibilita coexistência entre a duração razoável do processo e a definição do trânsito em julgado junto aos tribunais superiores como marco final da presunção de inocência, uma vez que resulta em excessivo atraso no andamento do processo penal e como consequência gera sensação de impunidade. (BRASIL, 2016a).

O Ministro Edson Fachin seguiu o voto do Relator, entendendo ser possível a execução provisória da pena diante do caráter excepcional dos Recursos de natureza extraordinária e por ser a presunção de inocência um princípio, portanto, passível de apreciação e ponderação junto a outros princípios, como o da razoável duração do processo. (BRASIL, 2016a).

Quanto ao primeiro ponto, ressaltou que o papel do STF não seria o de corrigir eventuais injustiças, e sim guardar a ordem constitucional. A possibilidade de Recursos perante os Tribunais Superiores não se trata de ampliação ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. (BRASIL, 2016a).

Caso a presunção de inocência não perca densidade no decorrer do processo penal e não seja, por fim, apartada do réu após a sentença condenatória em segunda instância, o Judiciário estaria invertendo o princípio em desfavor do órgão jurídico, criando espécie de presunção total de desconfiança quanto às decisões de instâncias ordinárias. (BRASIL, 2016a).

O Ministro Luiz Fux também acompanhou o voto do Relator, dando ênfase ao argumento de que a análise da matéria fático probatória estaria encerrada com a decisão condenatória de segunda instância. Trouxe em seu voto o conceito de coisa julgada e a teoria dos capítulos de sentença.

Segundo Ovídio Silva (2000, p, 484) a coisa julgada pode ser definida:

(...) como a virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a 'lei do caso concreto.

Nesse sentido, no decorrer do processo penal, a coisa julgada (imutabilidade da decisão) quanto à culpabilidade do Réu se configuraria a partir da impossibilidade de rediscussão da matéria fático-probatória, ou seja, com a decisão condenatória de segunda instância estaria concretizada a coisa julgada desta parte da sentença. Assevera que o Ordenamento Pátrio permite a coisa julgada de apenas partes(capítulos) da sentença, de forma que outros capítulos, que sejam referentes a pendências constitucionais ou federais, possam ainda ser rediscutidos. (BRASIL, 2016a).

Na mesma linha do que apresentou o Ministro Barroso, o Ministro Fux afirmou que o entendimento da Suprema Corte não estava mais alinhavado com o que chamou de "sentimento constitucional", ou seja, existia clara dissonância entre a realidade existente e a interpretação constitucional vigente, devendo o STF, como guardião da constituição, buscar novo entendimento que represente a vontade dos seus representados. Tal anseio se traduz na possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. (BRASIL, 2016a).

Tanto o Ministro Dias Tofolli, quanto a Ministra Carmén Lúcia, apresentaram, em síntese, os mesmos argumentos proferidos pelo Ministro Relator, em especial o de que

impossível reavaliar matéria fático probatória em sede de Recursos de natureza extraordinária, e, portanto, a execução provisória da pena não afeta o princípio da presunção de inocência. (BRASIL, 2016a).

Até aqui foram expostos os argumentos constantes dos votos que entenderam ser possível a execução provisória da pena no rastro do voto do Eminentíssimo Ministro Relator Teori Zavascki. Desse ponto em diante, será feita análise dos votos contrários ao Relator e a favor da interpretação literal do Art. 5º, LVII, da CF/88 e da impossibilidade de relativização do marco final do princípio da presunção de inocência.

O Ministro Celso de Mello asseverou que o marco final do princípio da presunção de inocência não poderia ser relativizado, uma vez que a Constituição Federal não abria margem para tanto. O Eminentíssimo Ministro Decano é contumaz ao declarar que a Constituição Federal de 1988 expressa claramente como marco final da presunção de inocência o trânsito em julgado, não só diante dos tribunais ordinários, mas também junto aos Tribunais Superiores. (BRASIL, 2016a).

A regra de tratamento, imposta pelo Princípio da Presunção de Inocência, impede que o réu seja tratado como culpado até o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Impossível e inconstitucional a mitigação ou afastamento da regra de tratamento antes do trânsito em julgado junto aos Tribunais Superiores. (BRASIL, 2016a).

Alega que não é possível se basear no direito comparado para justificar a execução provisória da pena, uma vez que nos exemplos dos ordenamentos invocados pelos Ministros já citados, a execução da pena não está vinculada ao trânsito em julgado, ou seja, não existe previsão constitucional expressa de que a presunção de inocência seja mantida até o efetivo trânsito em julgado, diferente do que ocorre na CF/88. (BRASIL, 2016a).

Lênio Streck (2016a) chama atenção para o marco temporal final expresso claramente na CF/88, segundo o qual, somente a partir do trânsito em julgado se pode afastar a presunção de inocência do réu, diferente do que aconteceu em Constituições mundo a fora, e portanto, o Judiciário, apenas por não concordar com o texto constitucional, não pode proferir entendimento diverso ao seu bel prazer.

Ressaltou ainda, que tanto a LEP, em seus Arts. 105 e 147, quanto o CPC, em seu Art. 283, definem como marco final da presunção de inocência a sentença penal condenatória irrecorrível, seguindo integralmente o disposto no texto constitucional. Não poderia dessa forma, o interprete e guardião constitucional, por mero descontentamento ou divergência pessoal ao texto constitucional, aplicar entendimento que dali não se pode extrair. (BRASIL, 2016a).

A Ministra Rosa Weber, que já a muito vinha adotando em suas decisões o critério da manutenção da jurisprudência assentada pelo colegiado, maiormente quando se tratam de decisões de grande repercussão social, em respeito ao princípio da segurança jurídica, seguiu o voto do Ministro Celso de Mello e entendeu impossível a execução provisória da pena, conforme entendimento adotado pelo STF, desde o ano de 2009, de que a Constituição Federal de 1988 previa expressamente o marco final da presunção de inocência e este não se configurava apenas com a condenação em segunda instância. (BRASIL, 2016a).

Cabe aqui asseverar, que embora a Ministra tenha suscitado como um de seus argumentos o respeito à jurisprudência cimentada pelo colegiado, a mesma já tinha por diversas vezes demonstrado que o seu entendimento pessoal também é pela impossibilidade de execução provisória da pena, o que restou evidenciado posteriormente, quando do julgamento de HC preventivo impetrado pelo ex-presidente Luis Inacio Lula da Silva, quando votou a favor da execução provisória da pena mas deixou claro que o fazia por respeito ao entendimento da maioria e não por convencimento próprio. (BRASIL, 2016a).

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu os votos do Ministro Celso de Mello e da Ministra Rosa Weber, ao entender ser impossível interpretação da presunção de inocência divergente do que dispõe a CF/88.

Para ele o argumento de que a efetividade no processo penal estaria sendo minada diante da aplicação absoluta do princípio supramencionado não é capaz de relativizar a aplicação do Art. 5º, LVII, da CF/88. (BRASIL, 2016a).

Quanto às consequências de uma eventual mudança de posicionamento, no sentido de se admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado quanto aos tribunais superiores, asseverou a necessidade de se atentar para o já existente caos no sistema penitenciário que se traduz em incontáveis violações às garantias constitucionais, o que poderia ser agravado pela mudança de posicionamento. (BRASIL, 2016a).

O tempo perdido pelo réu caso tenha a execução provisória autorizada, e posteriormente seja inocentado em sede de recurso de natureza extraordinária, não será devolvido ao mesmo, traduzindo-se em grave e irreparável mácula ao seu direito de liberdade. (BRASIL, 2016a).

O Ministro Marco Aurélio, ultimo a votar, seguiu o voto da Ministra Rosa Weber, e afirmou que, nos casos possíveis, dever-se-ia objetivar manutenção de entendimento jurisprudencial já sedimentado, mormente em casos semelhantes ao em comento, em que se põe em xeque o próprio sistema democrático e garantista pátrio. (BRASIL, 2016a).

Não se olvidando da existente e problemática morosidade da justiça penal pátria, alegou que a forma clara e expressa como a Constituição exterioriza o princípio da presunção de inocência não autoriza interpretação alheia ao Direito positivado, sendo dessa forma impossível se autorizar a execução provisória sob pena de estar o pretense interprete na realidade reescrevendo a norma constitucional. (BRASIL, 2016a).

Por fim, a decisão do Plenário, por maioria de sete votos a quatro, denegou o Habeas Corpus 126.292, e firmou novo entendimento no Supremo Tribunal Federal de que a execução provisória da pena, após decisão condenatória de segunda instância, mesmo que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária, não seria incompatível com o texto constitucional e com o princípio da presunção de inocência. Na esteira do voto do Eminentíssimo Relator Ministro Teori Zavascki, a favor da execução provisória da pena, seguiram os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Dias Toffoli, restando vencidos os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio. (BRASIL, 2016a).

4 CRÍTICAS AO NOVO POSICIONAMENTO, JULGADOS POSTERIORES E TENDÊNCIAS

O emblemático julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP causou grande conturbação no ambiente jurídico brasileiro. Tribunais Ordinários passaram a aplicar o novo entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo enquanto vários de seus membros continuavam a fazer resistência.

Várias entidades de classe, principalmente as que representam a Advocacia Criminal (OAB, Movimento de Defesa da Advocacia, Instituto de Garantias Penais, etc.), teceram um sem número de críticas, assim como vários doutrinadores de cunho garantista. Por outro lado, vários membros do Ministério Público e Associações de Magistrados vieram em defesa do “novo” modo de interpretar a lei. Diante da enorme pressão, alguns Ministros deram sinais de que poderiam mudar de posicionamento, assim como em alguns casos efetivamente o fizeram, resultando em novos e importantes julgados acerca do assunto.

Neste capítulo serão expostas as ideias externadas quanto ao tema pelos principais críticos à nova decisão, assim como os julgados mais importantes posteriores ao HC 126.292/SP, e ainda, quais as tendências diante do que vêm demonstrando publicamente os Ministros do STF.

4.1 Críticas ao posicionamento adotado no *Habeas Corpus* 126.292/SP

A partir do julgamento do HC 126.292/SP pelo plenário do STF e a consequente mudança de posicionamento quanto à possibilidade de execução provisória da pena, intensificaram-se os debates acerca do tema. É bem verdade que o debate acerca da mitigação do princípio da presunção de inocência não é recente, e muito menos inédito, muito embora, como já demonstrado, a partir do ano de 2009 tanto doutrina, quanto os tribunais ordinários, caminhavam para relativa pacificação quanto ao assunto.

Nesse sentido várias foram as críticas tecidas pela doutrina diante do novo posicionamento da Suprema Corte. Gustavo Badaró e Aury Lopes Jr (2016) destacam como argumento contrário principal, o de que a regra de tratamento, uma das faces na qual o princípio da presunção de inocência se corporifica, impossibilita a execução da pena, no decorrer do processo (mesmo após julgamento perante segunda instância), excetuadas as situações em que a prisão cautelar é admitida.

Por fim, e este é o ponto de relevo maior para o presente parecer, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. São manifestações claras deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal. (LOPES JR.; BADARÓ. 2016, p. 9).

Como demonstrado no primeiro capítulo, a Constituição de 1988 não apenas recepcionou o conceito de presunção de inocência já existente em outras legislações estrangeiras, mas ampliou-o, condicionando a execução da pena ao efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dessa forma a Constituição Federal estabeleceu marco temporal final explícito da presunção de inocência, e, portanto, somente a partir daí (efetivo trânsito em julgado, inclusive perante às instâncias superiores) estaria permitida a execução da pena.

O texto constitucional brasileiro é expresso em estabelecer um marco temporal para a garantia da presunção de inocência, que nos precisos termos do inciso LVII do caput do art. 5º, vigora “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendida essa expressão, em seu significado técnico, de momento da passagem da sentença da condição de mutável à de imutável, marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada. (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p. 40).

Nesse sentido leciona Luiz Flávio Gomes (2016, *on-line*):

Há dois sistemas mundiais para se derrubar a presunção de inocência (possibilitando a imediata execução da pena). Primeiro: o do trânsito em julgado final. Segundo: o do duplo grau de jurisdição. No primeiro sistema, somente depois de esgotados “todos os recursos” (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra. A quase totalidade dos países ocidentais segue o segundo sistema (duplo grau). A minoria, incluindo-se a Constituição brasileira (art. 5º, inc. LVII), segue o primeiro (do trânsito em julgado). O direito internacional deixa que cada país regule o tema da sua maneira.

Em algumas constituições modernas, como nos casos da Italiana de 1948 e Portuguesa de 1974, das quais a Constituição Brasileira seguiu o exemplo, a presunção de inocência é garantida até o trânsito em julgado da condenação penal., contrapondo-se aos exemplos arguidos pelo Relator, Ministro Teori Zavasck no julgamento do HC 126.292/SP. (LOPES JR.; BADARÓ. 2016).

Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes (2008, p. 483) tece críticas à visão de que conforme o processo penal caminha, sobrevêm a mitigação do princípio da presunção de inocência.

Essa visão ‘gradualista’ da presunção de inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da ‘presunção de culpa’, pois sob seu argumento está uma ‘certeza’ de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória. Desconsiderando a importância da cognição dos tribunais, ‘crê’ que a análise do juízo a quo pela condenação prevalecerá e, portanto, ‘enquanto se espera por um desfecho já esperado’, mantém-se uma pessoa presa ‘provisoriamente’.

Margarida Bitencourt da Silva ressalta o dever do Estado democrático de direito de respeitar as garantias e liberdades individuais:

(...) o exercício do poder estatal somente é legítimo se houver respeito aos direitos e garantias individuais e sociais, bem como aos princípios que norteiam o conceito de justiça e equidade. Em razão disso, o problema da legitimação ou justificação do direito penal atinge, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cujo exercício do poder de punir lesiona duramente os direitos fundamentais do cidadão. (DA SILVA, 2010, *on-line*).

Voltando à regra de tratamento imposta pelo princípio da presunção de inocência, Badaró e Lopes Jr (2016) afirmam que, apesar de realmente os Recursos Extraordinários não se prestarem à reavaliação fática da prova, não se pode afastar em definitivo a regra de tratamento do acusado, ou seja, entre o acórdão condenatório do tribunal de origem e o trânsito em julgado perante os tribunais superiores, o réu não pode ser tratado como culpado, uma vez que em várias situações os recursos extraordinários, analisando apenas matéria de direito, podem resultar na reforma da decisão condenatória, sendo possível até mesmo o resultado absolutório.

Há diversos temas, envolvendo questões predominantemente de direito, e passíveis de ataque em recurso especial e extraordinário, que podem permitir uma alteração da decisão condenatória, seja para reforma-la para um resultado absolutório, seja para reduzir substancialmente a pena imposta, muitas vezes até mesmo alterando a espécie de pena privativa de liberdade, quando não ocorre a extinção da punibilidade pela prescrição. Também é possível que o recurso seja provido por violação de regra legal ou garantia constitucional de natureza processual, implicando a anulação do acórdão condenatório do tribunal local, para que outro seja proferido, observando-se corretamente o dispositivo de lei federal ou a regra constitucional tida por contrariada ou violada. E há muitos temas aptos a serem questionados que podem levar a tais resultados. (...) é perfeitamente possível a sua interposição, para se questionar os critérios de apreciação da prova, a errada aplicação das regras de experiência, a utilização de prova ilícita, a nulidade da prova, o valor legal da prova, as presunções legais, ou a distribuição do ônus da prova, pois todas estas questões não são “de fato”, mas “de direito” (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p. 24-25).

O argumento de que o número de recursos especiais e extraordinários admitidos ou providos seria reduzido, portanto, estariam sendo utilizados de forma meramente protelatória não merece prosperar, uma vez que “a legitimação dos recursos extraordinários não é ‘quantitativa’, e independe do número de recursos providos.” (LOPES JR.; BADARÓ, 2016, p. 33).

Ademais, alegam que as pesquisas quantitativas revelam significativo número de recursos extraordinários providos, mormente quando se leva em consideração a grande dificuldade em recorrer aos Tribunais Superiores diante do elevado número de súmulas proibitivas, necessidade de pré-questionamento e demonstração de repercussão geral. (LOPES JR.; BADARÓ, 2016).

Ainda quanto à morosidade jurisdicional, a demora no julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial não são fonte geradora de impunidade e insatisfação social, e sim, apenas mais um dos sintomas causados pelo sobrecarregado sistema de justiça criminal

brasileiro. Assim a demora jurisdicional e a eventual ocorrência da prescrição são problemas realmente existentes, muito embora a solução dada não é legítima, e muito menos capaz de resolver o problema. (LOPES JR.; BADARÓ, 2016).

Lênio Streck (2016c) criticou o entendimento do STF por entender que trânsito em julgado difere de condenação em segundo grau, como assevera a teoria do processo. A condenação em segunda instância não se perfaz em *decisum imutável*. Não pode o Supremo utilizar de argumento utilitarista quanto ao combate à corrupção e impunidade, para desconsiderar o conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, este efetivamente o marco final, o qual só a partir deste se pode afastar a presunção de inocência.

Por fim, sendo necessária reforma processual capaz de afastar o uso indiscriminado e impertinente de recursos meramente protelatórios, o meio por qual poderia se perfazer seria o Legislativo, diferente do que vem ocorrendo, onde os Tribunais, principalmente os Superiores, por meio de claro ativismo judicial, vem reformando o processo e, portanto, exercendo função que não lhes cabe. (NUCCI, 2016b)

4.2 Julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 pelo STF

Frente à decisão do STF no HC 126292/SP, já anteriormente analisada, que mudou o entendimento da Corte passando a aceitar a execução provisória da pena, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, nº 43 e 44, pleiteando a declaração de constitucionalidade integral do Art. 283 do Código de Processo Penal:

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

Para tanto alegaram que a decisão proferida no HC 126292/SP gerou acentuado debate e conseqüentes dúvidas, tanto no âmbito da doutrina, quanto da Jurisprudência, acerca do princípio da presunção de inocência, uma vez que, mesmo que a decisão ao tempo não possuísse efeito vinculante, de imediato influenciou Tribunais pátrios no sentido de executarem provisoriamente a pena estando esgotados os recursos junto aos tribunais ordinários ainda que

Recursos Extraordinários e Especiais estivessem em curso, e, portanto, estariam desconsiderando o Art. 283 do CPP. (BRASIL, 2016b).

O objetivo nuclear das ADCs seria a declaração integral de constitucionalidade do dispositivo, sobretudo quanto ao trecho ‘’ em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado’’, ou seja, visando que a execução da pena só pudesse se efetivar após o trânsito em julgado quanto aos Tribunais Superiores.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, decidiu em 1º de setembro de 2016, conceder medida cautelar, entendendo que o Art. 283 do CPP seria integralmente constitucional, muito embora, o Plenário do STF, em 5 de outubro de 2016, por maioria de apenas um voto (6 a 5), decidiu contrariamente ao Relator no sentido de que a execução provisória da pena não violava a Constituição Federal, assim como não violava o Art. 283 do CPP.

Em síntese os argumentos apresentados, tanto a favor da execução provisória da pena, quanto contra, foram praticamente os mesmos apresentados no julgamento do HC 126292/SP. Cabe destacar, do voto daqueles que votaram pela manutenção da possibilidade de execução provisória, apenas a adaptação dos motivos apresentados no julgamento do HC 126292/SP para o das ADCs 43 e 44, uma vez que àquele tratava a (in)possibilidade e (in)constitucionalidade da execução provisória da pena como um todo, já estas tratam apenas da (in)constitucionalidade do Art. 283 do CPP. (BRASIL, 2016b).

Nesse sentido o Ministro Edson Fachin reconheceu que o Art. 283 deve ser aplicado conforme interpretação dada pela Constituição Federal, e, portanto, consoante os mesmos motivos apresentados no julgamento do HC 126292/SP, não impediria o início da execução da pena após trânsito em julgado junto aos tribunais ordinários. (BRASIL, 2016b).

Os votos vencidos nas ADCs 43 e 44 também seguiram a mesma linha dos votos proferidos no julgamento do HC 126292/SP, entendendo que o Art. 83 do CPP traduz a regra disposta nos incisos LVII e LXI do Art. 5º da Cf/88, e que, portanto, o marco inicial para execução da pena, e possível afastamento da presunção de inocência, somente poderia se dar com o efetivo trânsito em julgado junto às instancias superiores, caso tivessem sido ajuizados Recursos Extraordinários ou Especiais. (BRASIL, 2016b).

Cabe asseverar que a única mudança de posicionamento quanto ao julgamento do HC 126292/SP veio do Ministro Dias Tofoli, ao entender que a execução deveria ficar suspensa diante de pendência de julgamento de Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que tratam de situação mais abrangentes de conflito entre tribunais, diferente do que acontece nos Recursos Extraordinários junto ao Superior Tribunal Federal onde a Repercussão

Geral delimitou sobremaneira a matéria penal à ser apreciada, dessa forma não obstante a execução provisória.

Dessa forma o entendimento dos Ministros do STF quanto à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado junto às instâncias superiores, alterou-se de sete votos a favor e quatro contra, para seis votos a favor e cinco contra, sendo um deles, o do Ministro Dias Tofoli, contra a execução provisória da pena apenas quando pendentes Recursos Especiais junto ao Superior Tribunal de Justiça.

4.3 Julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246

Em novembro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a Jurisprudência estabelecida no HC 126292/SP no sentido da possibilidade de execução provisória da pena, mesmo pendentes recursos junto aos tribunais superiores.

O entendimento constante na decisão exarada no Recurso Extraordinário com Agravo 964246, teve finalmente repercussão geral reconhecida pela Corte Suprema, devendo, portanto, ser aplicado nos processos em curso nas instâncias inferiores. O ARE em questão trata do mesmo paciente alvo do HC 126.292/SP.

O Ministro Relator Teori Zavascki, valeu-se dos mesmos argumentos utilizados no julgamento do HC 126.292/SP e das ADCs 43 e 44, entendendo pela possibilidade e constitucionalidade da execução provisória da pena após sentença condenatória de segunda instância, mesmo pendentes de julgamento recursos junto aos tribunais Superiores. (BRASIL, 2016c).

Como se tratava de reafirmação de jurisprudência consolidada no STF, o mérito foi decidido no Plenário Virtual, ocasião esta em que a maioria dos Ministros (seis) seguiu o voto do Relator e reafirmou a possibilidade da execução provisória. Neste julgamento restaram vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Tofoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Cabe destacar que a Ministra Rosa Weber não se manifestou, o que ao tempo já demonstrava certa inquietação, ou mesmo, dúvidas quanto à manutenção do seu entendimento, que anteriormente era de impossibilidade da execução provisória da pena.

4.4 Julgamento do Habeas Corpus preventivo 152.752/PR (Ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva)

Antes de entrar no mérito do julgamento do Habeas Corpus preventivo impetrado pelo Ex- presidente Luiz Inácio Lula da Silva, cabe chamar atenção para mudança na composição do Supremo Tribunal Federal e no entendimento de alguns de seus membros.

Após o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, vários eram os rumores de que o entendimento do Plenário do STF quanto à execução provisória da pena poderia ser alterado. Não sem motivos: no intervalo de tempo entre o julgamento supramencionado (11/2016) e o julgamento (04/2018) do habeas corpus preventivo impetrado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, vários foram os sinais de que alguns Ministros mudaram, ou pelo menos pensavam em mudar, seus votos acerca do tema.

Com o falecimento do saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, assumiu a cadeira o Ministro Alexandre de Moraes. Aliando-se a tal fato, o Ministro Gilmar Mendes (2017), afirmou, segundo matéria do Jornal o Globo (SOUZA, 2017, *on-line*), que a questão deveria ser rediscutida:

O ministro Toffoli fez um avanço que eu estou a meditar se não devo também seguir, no sentido de exigir pelo menos o exaurimento da matéria no STJ. Nós tínhamos aquele debate sobre a Defensoria Pública, que dizia que muda muitos julgamentos ou consegue uniformizar em sede de STJ. De modo que esse é um tema que nós temos talvez que revisitar. (MENDES, 2017 in SOUZA, 2017, *on-line*).

No mais, outros Ministros defenderam que a questão deveria ser revisitada, uma vez que o Ministro Alexandre de Moraes fazia parte da nova composição do plenário e, portanto, deveria manifestar publicamente seu entendimento, uma vez que o último julgamento tinha sido decidido por maioria simples e apenas um voto poderia mudar o resultado.

Cabe aqui destacar que o cenário em que se sucedeu o julgamento foi de grande pressão popular, tanto pelo tema discutido, quanto pelo réu em questão. Dessa forma várias foram as opiniões e críticas aos votos dos Ministros, desde alegações de que estariam votando por convicções políticas, até de que estariam sucumbindo à pressão popular, ou midiática, mostrando-se por fim tão emblemático para o tema quanto o julgamento do HC 126.292.

Tratava-se de Habeas Corpus preventivo nº 152/752/PR impetrado pela defesa do Ex-presidente Lula, objetivando impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) da condenação pelos crimes de crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Em março de 2018 o STJ já havia negado pedido do Ex-presidente para evitar a execução provisória da pena, dessa forma haveria o STF de analisar a legalidade do decisum exarado pelo STJ. Ressalta-se que não cabe a este artigo adentrar o

mérito das condenações, apenas do HC preventivo que buscava impedir a execução provisória da pena.

O julgamento iniciou-se no dia 04 de abril de 2018, com Relatoria do Ministro Edson Fachin, que votou no sentido de ausência de ilegalidade, abusividade ou anormalidade na decisão do STJ que aplicou ao caso a atual jurisprudência do STF, ou seja, permitiu a execução da pena após a confirmação pela segunda instância. Para o Relator, uma vez que o entendimento do plenário do STF ainda não havia sido modificado, não havia que se falar em ilegalidade no pronunciamento jurisdicional do STJ. (BRASIL, 2018a).

O eminente Relator asseverou que a atual posição do plenário no STF não se dava no sentido de suprimir direitos e garantias fundamentais:

Digo isso para rechaçar a pecha de que esta Suprema Corte, em 17 de fevereiro passado, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, sucumbiu aos anseios de uma criticável sociedade punitivista, comprimindo direitos humanos num ambiente de histeria. A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja, pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema Corte, ao acatar o princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência. (BRASIL, 2018, p.92)

Demonstrou (BRASIL, 2018a, p. 90-93) que por várias ocasiões a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado Brasileiro por violação à garantia de duração razoável nas investigações, determinando por fim que o Brasil se abstenha de: “recorrer a qualquer obstáculo processual para eximir-se dessa obrigação, por tratar-se de prováveis execuções extrajudiciais e atos de tortura.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017, p. 71).

A defesa alegou ainda que as recentes decisões acerca da execução provisória da pena não teriam força vinculante, muito embora, tal argumento foi rebatido pelo Relator ao argumentar que a decisão do TRF-4 sobre esse aspecto não teria se baseado em decisão do STF, e sim em súmula do próprio Tribunal Federal. (BRASIL, 2018a).

Por fim o eminente Relator reconheceu que futuramente o entendimento do STF quanto à possibilidade de execução provisória poderia mudar, muito embora não era este o caso, não restando dúvidas quanto à legalidade do ato praticado pelo STJ:

Consigno que é possível, em tese, que a compreensão desta Suprema Corte seja modificada se e quando verificar-se o julgamento das ADCs 43 e 44. Ressalto que, até tal ocorrência, não é cabível reputar como ilegal ou abusivo o pronunciamento jurisdicional, mormente por órgão inferior, que se coaduna com o entendimento então prevalecente, tampouco atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a infactível tarefa de alterar ou dissentir, em matéria constitucional, da compreensão explicitada por esta Suprema Corte. (BRASIL, 2018a, p. 90).

Em voto cercado de grande expectativa, o Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o voto do Relator. Para ele desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, apenas durante sete anos (2009 a 2016) o STF manteve entendimento contrário à prisão em segunda instância: “A decisão do STJ, ao acompanhar e aplicar a decisão do Supremo, agiu com total acerto. A presunção de inocência, todos sabemos, é uma presunção relativa”. (BRASIL, 2018b, *on-line*).

O ministro Barro mais uma vez destacou as consequências indesejadas advindas do posicionamento adotado entre 2009 e 2016 pelo plenário do STF, entre eles o grande número de recursos protelatórios visando a prescrição da pretensão punitiva e a seletividade do sistema penal que dificultava a condenação de réus abastados causando assim o descrédito do sistema penal junto à sociedade. (BRASIL, 2018a).

A ministra Rosa Weber mais uma vez destacou a importância da previsibilidade das decisões do Judiciário, assim como local e momento adequados para revisão de posicionamento solidificado pelo plenário, que não seria aquele. (BRASIL, 2018a).

Nesse sentido acompanhou o voto do Relator por entender que prevalece no STF o entendimento majoritário de que possível a coexistência da execução provisória da pena com o princípio da presunção de inocência.

O Ministro Fux seguiu o voto do Relator por entender que:

A presunção de inocência cessa a partir do momento em que, por decisão judicial, se considera o réu culpado”, disse. (...) Interpretar de forma literal o dispositivo, é negar o direito fundamental do Estado de impor a sua ordem penal. (BRASIL, 2018b, *on-line*).

A Ministra Presidente Carmen Lúcia, semelhante ao que já tinha feito o Ministro Fux no voto do HC 126.292/SP, argumentou que o processo penal pode ser dividido em fases, dessa forma, esgotados os recursos ordinários, possível a gradação da execução penal, ou seja, no decorrer do processo a com a relativização da presunção de inocência a pena poderia passar a ser executada mesmo que recursos aos Tribunais Superiores estivessem pendentes de julgamento, garantindo assim a efetividade do direito penal. (BRASIL, 2018a).

Como já havia feito nos julgamentos das liminares pleiteadas nas ADCs 43 e 44, o Ministro Gilmar Mendes discordou parcialmente do voto do Relator. Para ele o cumprimento da pena do Ex-presidente poderia ocorrer a partir da apreciação dos Recursos pelo STJ. (BRASIL, 2018a).

Mostrou preocupação com o fato que, a partir do julgamento do HC 126.292, a execução provisória da pena vinha sendo aplicada automaticamente pelos Tribunais ordinários, e não como possibilidade em análise ao caso individual. Nesse sentido trouxe exemplos de julgamentos no STJ que haviam reformado a decisão condenatória de segunda instância, e, portanto, esperar o julgamento dos Recursos diante do STJ seria o mais seguro, como argumentou o Ministro Dias Tofolli no julgamento das ADCs 43 e 44. (BRASIL, 2018a).

O Ministro Tofolli seguiu o voto do Ministro Gilmar Mendes, ressaltando o que já tinha arguido no julgamento das ADCs 43 e 44, no sentido da necessidade de aguardar pelo menos o trânsito em julgado junto ao STJ para só então autorizar a execução provisória da pena: “Como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento”. (BRASIL, 2018b, *on-line*).

O Decano do STF, Ministro Celso de Mello, contra argumentou o voto do Relator ao afirmar que a mais de 20 anos tem entendido que a execução da pena somente é possível a partir do trânsito em julgado junto aos tribunais superiores. Trata-se de limitação constitucional ao poder do estado de processar e julgar. (BRASIL, 2018a).

Dessa forma encerrou-se o julgamento do Habeas Corpus preventivo 152.752/PR, denegando-se a ordem ao Ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e autorizando a execução provisória da pena mesmo que pendentes recursos aos Tribunais superiores. Ressalta-se, assim como o fez o Ministro Celso de Mello, que tal julgamento não se impregna de grande importância por se tratar de pessoa política notória, transcendendo a pessoa do ex-presidente, pois o que se encontra em debate é a própria presunção de inocência, garantia assegurada à todos pela Constituição Federal.

O julgamento do HC preventivo 152.752/PR certamente não será o último a que o plenário do STF irá processar acerca do tema. Vários dos Ministros, como exemplo o Ministro Gilmar Mendes e a Ministra Rosa Weber ressaltaram a importância de se pacificar o tema no âmbito da Suprema Corte, uma vez que suas decisões são norte para todas as decisões exaradas em instâncias inferiores. Nesse sentido, possivelmente, em breve período, deveremos observar novo enfrentamento acerca do tema pelo plenário do STF.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão teve como objetivo análise dos principais argumentos, tanto a favor, como contrários à possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado junto aos Tribunais Superiores, proferidos no HC 126.292 SP, que mudou o entendimento do Plenário da Suprema Corte sobre o tema no ano de 2016, assim como em julgados subsequentes e explanações doutrinárias sobre o tema.

Em um primeiro momento buscou-se esclarecer o conceito de presunção de inocência e como o princípio está disposto dentro do Ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, foram apresentadas as regras (de tratamento, probatória e de julgamento) pelas quais o princípio da presunção de inocência se corporifica, como os Tratados e as Convenções Internacionais o preveem e como está relacionado dentro do processo penal com a possibilidade de execução provisória da pena.

A partir daí, demonstrou-se a importância da garantia da presunção de inocência para efetivação de um processo penal justo e democrático, para só então entender a profundidade e necessidade dos debates acerca do tema que povoam a algum tempo a comunidade jurídica.

A Constituição Federal de 1988, foi além do que era disposto sobre o princípio da presunção de inocência nos Tratados e convenções internacionais, assim como na maioria das Constituições vigentes em democracias modernas.

A CF/98 materializou o referido princípio em verdadeira regra de tratamento imposta ao Poder Público - não se limitando ao juiz do caso – frente ao acusado, de forma a impedir que o Estado trate o suspeito como se já houvesse sido condenado definitivamente enquanto não houver transitado em julgado a sentença penal, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha utilizado (ou pelo menos que tenha se dado a este a possibilidade de utilizar) todos os meios de prova pertinentes para sua defesa e para contraposição da credibilidade das provas apresentadas pela parte acusadora.

Por tal motivo, a partir do ano de 2009, no julgamento do HC 84.078, o plenário do STF, mudou entendimento à muito vigente e passou a não mais aceitar a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado junto aos Tribunais Superiores. Alegaram os Ministros que entendiam pela possibilidade da execução provisória, que os Recursos de natureza extraordinária não podiam rever matéria fático probatória, dessa forma observa-se ausência do efeito suspensivo nestes, contudo, o entendimento majoritário foi o de que a Constituição Federal era expressa e clara quanto ao marco final da presunção de

inocência, qual seria o efetivo trânsito em julgado, até mesmo perante os tribunais extraordinários.

Quando tanto doutrina, quanto jurisprudência já esperavam certa pacificação acerca do tema, o julgamento do HC 126.292/SP mudou mais uma vez o entendimento da Suprema Corte e restabeleceu o aplicado até o ano de 2009, ou seja, a possibilidade de execução da pena após sentença condenatória de segunda instância, mesmo que pendentes recursos de natureza extraordinária. Tal mudança de posicionamento se baseou principalmente na pretensão de um processo penal menos seletivo, que combata a corrupção e não deixe impunes aqueles que possuem recursos financeiros para recorrer indeterminadamente, que diminua o descrédito do judiciário junto à sociedade, na impossibilidade de rediscussão de matéria fático probatória no âmbito dos recursos de natureza extraordinária, assim como na ausência de efeitos suspensivos nos mesmos.

Nesse ponto foram demonstradas as principais críticas doutrinárias acerca do ‘novo’ posicionamento do STF, principalmente no que diz respeito ao marco final do princípio da presunção de inocência expresso claramente na Constituição Federal de 1988, que não poderia ser relativizado segundo as visões pessoais dos Ministros da Suprema Corte.

O STF é o guardião da Constituição, cabendo ao órgão guardá-la e interpretá-la nos limites do dispositivo, não podendo dessa forma reescrevê-la em nome dos anseios sociais e da efetivação do processo penal, e assim afastar direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

Não se deixa de reconhecer a existência de vários problemas no processo penal apontados pelos Ministros favoráveis à execução provisória em seus votos, como por exemplo a morosidade, a possibilidade de impetração de recursos de natureza extraordinária meramente protelatórios, a seletividade e o conseqüente descrédito junto à sociedade, muito embora, a necessária e premente reforma processual penal não se deva dar no âmbito da Suprema Corte, e sim no legislativo, onde estão os representantes da sociedade capazes de alterar o texto constitucional.

Diante do polêmico precedente o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) interpuseram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, respectivamente, pedindo a concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

No início do julgamento das citadas ADCs, em setembro de 2016, o Relator de ambas, Ministro Marco Aurélio de Melo votou pela obediência literal ao texto do artigo 283 do Código

de Processo Penal, entendendo ser impossível a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado. Entretanto, com a retomada do julgamento o Plenário do STF, por maioria de 6 votos a 5, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância, indeferindo as liminares pleiteadas em sede das Ações declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e concluindo que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

Os Ministros que votaram a favor da possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado mais uma vez arguíram que a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta, portanto a execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado seria legítima e possibilitaria garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados.

Posteriormente foram feitas análises de importantes julgados no âmbito do STF acerca do tema, entre eles o Julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, em que foi reconhecida repercussão geral ao entendimento proferido anteriormente no julgamento do HC 126.292/SP e o Julgamento do Habeas Corpus preventivo 152.752, interposto pelo Ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva que corroborou o entendimento anteriormente sedimentado.

Finalmente, em virtude de todos os posicionamentos apresentados, chegou-se a conclusão de que, o STF, em virtude do exposto claramente no Art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, violou o princípio da presunção de inocência ao determinar pela possibilidade de execução provisória da pena mesmo que pendentes recursos aos tribunais superiores.

Não se ignora, porém, que realmente, vários dos problemas apontados pelos Ministros que entendem ser possível a execução provisória da pena, existem, muito embora, a reforma da sistemática processual penal, necessária e urgente, não possa ser efetivada no Âmbito da Suprema Corte, à qual só cabe a guarda da constituição, e sim no âmbito do Legislativo Federal. No quadro fático-jurídico atual a possibilidade de execução provisória da pena somente representa mais uma violação das garantias fundamentais entre tantas outras já existentes num processo penal que em sua maior parte se mostra injusto e ineficaz.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 324.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicina, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martin Fontes, 1997.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. [online]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 1941. [online]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

_____. **Lei nº 12.403/11, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivo do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 9/STJ**. Publicada no Diário de Justiça em 12 de setembro de 1990. [online]. Disponível em http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 01 de julho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 267/STJ**. Publicada no Diário de Justiça em 22 de maio de 2002. [online]. Disponível em http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 01 de julho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 347/STJ**. Publicada no Diário de Justiça em 29 de abril de 2008. [online]. Disponível em http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 01 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Penal. **Ementa. Habeas Corpus nº. 73.151**. Rio de Janeiro. Relator: Moreira Alves. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1995. [on-line]. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744755/habeas-corporus-hc-73151-tj?ref=serp..> Acesso em: 01 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Penal. **Ementa. Habeas Corpus nº. 82.490.** Relator: Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 29 de novembro de 2002. [on-line]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000098123&base=baseA cordaos>. Acesso em: 01 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Penal. **Habeas Corpus nº. 80.719.** Impetrante: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e Outros. Paciente: Antônio Marcos Pimenta Neves. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 28 de setembro de 2001. [on-line]. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78493>>. Acesso em: 01 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Penal. **Habeas Corpus nº. 84.078/MG.** Impetrante: Omar Coelho Vitor. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 05 de fevereiro de 2009. Brasília, DF, 2009. [on-line]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 22 de novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292** São Paulo, Relator: Min. Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Julgado em 17/02/2016. Brasília, DF, 2016a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 22 de novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR.** Relator: Min. Edson Fachin. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outro. Julgado em 04/04/2018. Brasília, DF, 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 01 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância.** Brasília, DF, 2016b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 03 de junho 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246 São Paulo.** Brasil, DF, 2016c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula.** Brasília, DF, 2018b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em: 03 de junho 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COELHO, Edihermes Marques. **As funções do Direito Penal**. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, a. 4, no 146. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/835/as-funcoes-direito-penal>. Acesso em: 9 de julho de 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Pacto de São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. [online]. Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília v. Brasil. Mérito, reparações e Custas. 2017. p. 71. [on-line]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

DA SILVA, Margarida Bittencourt. **Estado Democrático de Direito e Legitimidade do Direito de Punir**. apud SOUZA, Diogo Rosa; SOUZA, Alexandre Delayti Motta de Souza. **Crítica à execução antecipada ou provisória da pena**. 2011. Revista de Educação, Ciência e Cultura. V. 16. N. 2. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Educacao/article/view/199/212>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. [online]. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 01 de julho de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. 1º vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão: admitidos pela Convenção Nacional em 1798 e afixada no lugar das suas reuniões** [online]. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 01 de julho de 2018

FREITAS, Vladimir Passos de. **Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena**. Consultor Jurídico, fev. 2016. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinarexecucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 20 de jun de 2018.

FRISCHEISEN, Luiz Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. **Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078.** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. GARANTISMO PENAL INTEGRAL – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. São Paulo: Atlas, 3. edição, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.** 2016. [on-line]. Disponível em <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>>. Acesso em 20 de junho de 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 4. Ed. Ver. Ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016a.

_____. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016b.

_____. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico.** Consultor Jurídico, mar. 2016c. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fimpresuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em: 01 de julho de 2018

_____. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer consultivo: presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** 2016. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 04 jul. de 2018.

MAGALHÃES FILHO, Antônio. **O princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** In Revista do Advogado. AASP, nº 42, 1994.

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. **Acesso à justiça e Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 30-31.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência.** GenJurídico, out. 2016b. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/10/11/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-penaapos->

o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-a-presuncao-de-inocencia/>. Acesso em: 22 out. 2017

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

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. I, p. 484.

SOUZA, André de. **Gilmar Mendes estuda rever prisão após segunda instância**. Publicado em 26 de maio de 2017. [on-line]. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-estuda-rever-prisao-apos-segunda-instancia-21395908>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

SOUZA, Diogo Rosa; SOUZA, Alexandre Delayti Motta de Souza. **Crítica à execução antecipada ou provisória da pena**. 2011. Revista de Educação, Ciência e Cultura. V. 16. N. 2. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Educacao/article/view/199/212>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

SOUZA, Percival de. **Autópsia do Medo**. São Paulo: Globo, p. 356.

STRECK, Lênio Luiz. **Presunção da inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC?** Consultor Jurídico, jun. 2016a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivum, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.