



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

HEITOR VILAR DE AZEVEDO

PROIBIÇÃO DE PRISÕES ARBITRÁRIAS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: Estudo da (in)constitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado sob a óptica do Supremo Tribunal Federal

JOÃO PESSOA
2020

HEITOR VILAR DE AZEVEDO

PROIBIÇÃO DE PRISÕES ARBITRÁRIAS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: Estudo da (in)constitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado sob a óptica do Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Luciano Mariz Maia

JOÃO PESSOA
2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A994p Azevedo, Heitor Vilar de.

PROIBIÇÃO DE PRISÕES ARBITRÁRIAS E O PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: Estudo da
(in)constitucionalidade da execução da pena antes do
trânsito em julgado sob a óptica do Supremo Tribunal
Federal / Heitor Vilar de Azevedo. - João Pessoa, 2020.
74 f.

Orientação: Luciano Mariz Maia.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Presunção de inocência. 2. Direito Constitucional.
3. Execução Provisória. 4. Segurança jurídica. 5.
Condenação em segunda instância. I. Maia, Luciano
Mariz. II. Título.

UFPB/CCJ

HEITOR VILAR DE AZEVEDO

PROIBIÇÃO DE PRISÕES ARBITRÁRIAS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: Estudo da (in)constitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado sob a óptica do Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Luciano Mariz Maia

DATA DA APROVAÇÃO: 27 DE MARÇO DE 2020

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. Luciano Mariz Maia
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. Carlos Pessoa de Aquino
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. Solon Henriques de Sá e Benevides
(AVALIADOR)**

*À minha família,
Que tanto faz por mim.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha família, por sempre ter tratado minha educação como prioridade, por me ensinar o caminho do bem e do justo e por acreditar em meus sonhos e em minhas capacidades;

Aos professores com quem tive o privilégio de aprender em sala de aula, na pesquisa e nos estágios;

Ao meu professor-orientador Luciano Mariz Maia, que durante as monitorias em Constitucional I e III, ensinou-me valiosas lições sobre a vida, sobre o direito e sobre humildade;

Aos membros do escritório Nildeval Chianca, pela cortesia com que me receberam e por me introduzirem ao mundo da advocacia;

Aos membros da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, que me mostraram a nobreza em assistir os socialmente vulneráveis;

Às amigas que construí durante o curso, as quais me acompanharam nos momentos difíceis e me ajudaram a encarar os desafios da vida acadêmica com sabedoria e coragem, especialmente Tássio, João, Matheus, Júlio e Gabriel, pessoas que terei grande satisfação em acompanhar na vida, com a certeza de que serão grandes profissionais do Direito;

À minha turma, pela habitual cooperação e fraternidade, e a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, até o presente momento. Muito obrigado!

*Se enxerguei mais longe é porque me apoiei
em ombros de gigantes
Isaac Newton*

RESUMO

A presente monografia busca elucidar os motivos e os fundamentos que explicam a reiterada alternância de entendimentos da Suprema Corte em relação à possibilidade da execução provisória da sentença penal após a condenação em segunda instância, discutir a compatibilidade dos posicionamentos com o princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da CRFB/88, bem como examinar as consequências jurídicas e sociais decorrentes do quadro de insegurança ocasionado pelas constantes viradas interpretativas. No primeiro capítulo, apresenta-se a evolução conceitual e histórica do princípio da não culpabilidade e a sua inserção no direito brasileiro através da Constituição Federal de 1988, além dos tratados em matéria de direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil e internalizaram o princípio em nosso ordenamento jurídico com *status* de norma supralegal. Já no capítulo segundo, adentra-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, discutindo-se, em ordem cronológica, as teses jurídicas prevalecentes nos precedentes da Corte e que tratam da ponderação desse princípio com a possibilidade da execução provisória da pena. Por fim, na terceira seção, foram avaliados os possíveis deslindes futuros, diante dos atuais projetos legislativos em tramitação no Congresso Nacional. Para isso, foi realizada uma revisão jurisprudencial e doutrinária do tema, com destaque para a mais recente decisão do Tribunal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, em novembro de 2019. Por fim, foram verificados, no estudo do direito comparado, possíveis alternativas e soluções que permitem a importação de conceitos jurídicos e que favorecem um entendimento comum entre os poderes e a sociedade, tendo em vista que o posicionamento dicotômico que oscila no STF representa, na verdade, dois extremos de uma mesma questão, sem que nenhum deles pareça atender, de maneira adequada e estável, aos anseios sociais.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Direito Constitucional. Execução Provisória. Segurança jurídica. Condenação em segunda instância.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 EVOLUÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	10
2.1 Surgimento e inserção no ordenamento jurídico brasileiro	11
2.2 Mitigações constitucionais à presunção de inocência	14
3 PRECEDENTES DO STF	19
3.1 HC 68.726/SP – O <i>leading case</i> (1991)	19
3.2 HC 84.078/MG – A virada jurisprudencial (2009).....	21
3.3 HC 126.292/SP – Retorno ao entendimento tradicional (2016).....	25
3.4 ARE 964.246/SP – O julgamento com efeitos <i>erga omnes</i> (2016).....	29
3.5 HC 152.752/PR – O caso Luiz Inácio Lula da Silva (2018)	31
4 ADCs 43, 44 E 54: NOVA VIRADA JURISPRUDENCIAL E A VOLATILIDADE NO STF (2019)	34
4.1 Votos favoráveis à necessidade do trânsito em julgado	40
4.2 Argumentos vencidos sobre a execução provisória da pena	48
4.3 Consequências jurídico-sociais da alternância de entendimentos da Suprema Corte	53
4.4 Projetos legislativos em trâmite no Congresso Nacional	57
4.4.1 Divergências acerca da constitucionalidade da PEC 199/2019.....	59
4.5 Execução provisória e o direito comparado: considerações acerca do sistema de três instâncias	61
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca trazer a lume a controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da (in)constitucionalidade da confirmação da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória no sistema judiciário brasileiro, bem como o debate da temática pelo Supremo Tribunal Federal (STF) desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o recente julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43, 44 e 54, no ano de 2019, analisando-se ainda os possíveis deslindes futuros diante dos atuais projetos legislativos em tramitação no Congresso Nacional, os quais pretendem alterar o último entendimento firmado pela Excelsa Corte.

O presente tema requer uma abordagem interdisciplinar, uma vez que envolve questões de Direito Penal e discussões relativas ao sistema carcerário nacional, às garantias fundamentais, à efetivação da justiça e ao combate à criminalidade, além de exigir uma análise da forma como é ponderado o Princípio da Presunção de Inocência¹ ante os diferentes posicionamentos da doutrina e da jurisprudência.

A matéria é recorrente não só no campo teórico, como também no Judiciário, sobretudo em decorrência das diversas mudanças de posicionamento do STF nas últimas décadas, o que, conforme será aprofundado, tem ocasionado considerável insegurança jurídica, com relevantes consequências jurídicas e sociais, acentuando-se, ainda mais, por se tratar de fator determinante na definição da prisão da figura política do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Não obstante, a pertinência deste tópico torna-se evidente diante da extensão e da repercussão dos seus efeitos na sociedade, mormente em virtude do fomento dos meios de comunicação, que o associam como fator central e determinante no combate à corrupção, bem como na redução dos índices de criminalidade, encontrando, ainda, abrigo no clamor popular pela efetividade da justiça, o qual se acentuou no Brasil, nos últimos anos.

É imperioso destacar que o presente tema, embora apreciado diversas vezes pela Suprema Corte – a última delas por ocasião do suprarreferido julgamento conjunto das ADCs nº 43, 44 e 54, em novembro de 2019, em que se concluiu pela necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início de sua execução –, ainda não se encontra pacificado, tramitando no Senado Federal e na Câmara dos Deputados,

¹ Art.5º, inciso LVII, CRFB/88: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

respectivamente, o Projeto de Lei (PLS 166/2018)² e uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 199/2019)³, visando a modificar a atual tese jurídica prevalecente no STF.

Será analisado ainda, por fim, através do estudo do direito comparado, a forma como os países estrangeiros estruturaram seus sistemas penais, a fim de compatibilizar o princípio da presunção de inocência e o devido processo legal com a efetividade da justiça penal, assegurando o cumprimento de suas leis, sem, contudo, violar direitos e garantias processuais fundamentais, de forma a buscar soluções e alternativas para o impasse em que se encontra o sistema brasileiro.

Em relação à metodologia utilizada, a pesquisa pretendida é de natureza jurídico-dogmática, de caráter exploratório, uma vez que se realizou uma revisão teórica acerca da prisão após confirmação da sentença em segundo grau, confrontada com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de suas viradas interpretativas, nos últimos anos. Nesses termos, objetivou-se propor, esclarecer e modificar conceitos e ideias, discutindo as teorias suscitadas, os conceitos existentes e eventuais novas interpretações, a partir da análise dos casos concretos, carregando, pois, um caráter igualmente interpretativo.

Ante o exposto, indaga-se: sob que aspectos pode-se considerar (in)constitucional a possibilidade de prisão sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e em que medida é possível compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência, do devido processo legal e da proporcionalidade e da razoabilidade? Quais são os fundamentos jurídicos sustentados pelo Supremo Tribunal Federal e seus ministros? A ordem constitucional brasileira permite a edição de propostas legislativas tendentes a mitigar a incidência do princípio da não culpabilidade? Quais são as perspectivas de mudanças futuras em relação ao tema?

² Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>

³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>

2 EVOLUÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O estudo da constitucionalidade do princípio da presunção de inocência em face da execução provisória da condenação penal, antes do seu trânsito em julgado, já foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em pelo menos seis ocasiões diferentes, desde 1988.

Esse posicionamento pendular decorre, em grande parte, da dificuldade em se estabelecer, de forma definitiva, se o início da prisão após condenação por órgão colegiado viola (ou não) o princípio em tela, também conhecido como da não culpabilidade, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, que prevê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".⁴

O núcleo axiológico em comento se constitui, sobretudo, em um impedimento à outorga de consequências jurídicas sobre o réu, antes do trânsito em julgado da sentença criminal. Nas palavras do ministro Celso de Mello, o princípio impõe a vedação de que seja atribuído ao acusado o ônus de provar sua inocência, cabendo, portanto, ao Estado, por intermédio do Ministério Público, o ônus de provar a suposta culpa:

Nenhuma acusação penal se presume provada. **Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado.** Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Grifo nosso).⁵

Vê-se, portanto, que a resolução definitiva dessa questão ultrapassa as barreiras meramente hermenêuticas, perpassando também aspectos como os vícios na estrutura do sistema judiciário brasileiro, além dos interesses econômicos e políticos, bem como a opinião pública. Não obstante, enfrenta ainda resistências relativas à sua inserção e adequação no ordenamento jurídico pátrio e à necessidade da busca por um entendimento comum entre os poderes constituídos, avaliando-se, para isso, a evolução conceitual e histórica deste princípio no direito brasileiro, a ser analisado no item seguinte.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.947/AM**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, voto do relator, 07.08.2007, 2.^a T., DJE de 01.02.2008, p. s/n.

2.1 Surgimento e inserção no ordenamento jurídico brasileiro

A origem do “Princípio da Presunção de Inocência” remonta ao direito romano no século I, em que se destaca a célebre frase dos escritos de Trajano, segundo o qual “*Satius est impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*” (é melhor deixar impune o crime de um culpado, do que condenar o inocente).⁶

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por sua vez, representou um marco histórico na definição do princípio da presunção de inocência como uma garantia fundamental entre o rol dos direitos humanitários a serem assegurados pelos Estados democráticos, ao prever em seu artigo 9º que “todo acusado é declarado 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”.⁷

Já em 1948, a ONU, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, buscou elencar um repertório mínimo de direitos humanos a serem universalmente reconhecidos entre os países, formando um sistema protetivo das Nações Unidas, a partir do qual se fomentou a multiplicação dos tratados relativos a direitos humanos em escala global. Entre os direitos enumerados neste diploma, destaca-se a inserção, em seu artigo 11.1, do princípio ora debatido, ao prever que:

Artigo 11. § 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.⁸

Em que pese a ausência de previsão constitucional expressa desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro antes da CRFB/88, as discussões acerca da sua existência e validade jurídica já despertavam intensos debates nos tribunais superiores pátrios, sobretudo em face da cláusula constante no art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69⁹, com destaque para o julgamento do RE 86297/SP em 1976, ocasião em que o STF, reformando a decisão do TSE, concluiu, por maioria dos votos, pela constitucionalidade da alínea “n” do inciso I do

⁶ FAÉ, M. Noeli. **Aforismo Forense**: origem e anotações ao Direito brasileiro. 1. ed. Curitiba: Tribel, 1979. p. 69.

⁷ Article 9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

⁸ ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁹ Art. 153, §36 - A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

art. 1º da Lei Complementar nº 5/1970, que estabelecia a inelegibilidade dos cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime.¹⁰

Observa-se, contudo, que mesmo a Suprema Corte tendo reconhecido a constitucionalidade do citado dispositivo legal, não negou que o princípio da não culpabilidade poderia encontrar aplicações diversas na ordem jurídica brasileira.

Dessa forma, o princípio da presunção de inocência somente foi introduzido de forma expressa e definitiva, com o advento da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passando a integrar o título dos direitos e garantias fundamentais, previsto em seu artigo 5º, inciso LVII¹¹. Neste sentido, observa o ministro Celso de Mello em seu voto na AP 858/DF:

Nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. **Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não culpabilidade.**¹² (Grifo nosso)

Posteriormente, diferentes tratados internacionais de direitos humanos e que tratam do princípio da não culpabilidade foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, regulamentando sua validade e eficácia. Por meio da promulgação do Decreto nº 592, em 1992¹³, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi o primeiro a ser incorporado, trazendo a previsão em seu art. 14.2, segundo o qual “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.¹⁴

Nesse mesmo ano, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi inserido no direito brasileiro através do Decreto nº 678 de 1992, regulamentando essa matéria em seu art. 8.2, nos seguintes termos:

Art. 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 86297/SP**, Relator(a): min. Thompson Flores, Tribunal Pleno, julgado em 17.11.1976, DJe 26.11.1976.

¹¹ Art. 5º, inciso LVII, CRFB/88: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento da AP 858/DF**, Relator: Min. Gilmar mendes, 1ª Turma, Acórdão publicado no DJe de 7.11.2014, voto do Min. Celso de Mello p. s/n.

¹³ BRASIL. **Decreto-lei nº 592, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 25 de dez. de 2019.

¹⁴ ONU. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, 1992, p. s.n.

processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.¹⁵

Insta destacar que esse último tratado recebeu, pelo Supremo Tribunal Federal, *status* de normal supralegal, prevalecendo a tese do Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual os tratados internacionais subscritos pelo Brasil e que cuidam da proteção dos direitos humanos estão hierarquicamente abaixo da CF/1988, porém acima da legislação interna, de forma que tornam inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja anterior ou posterior ao ato de ratificação, consoante destacou o ministro em seu voto:

[...] Diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. [...]. **Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.**¹⁶ (Grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, discorreu o ministro Luiz Fux, ratificando a incorporação da tese da supralegalidade destes tratados no ordenamento jurídico brasileiro, por ocasião do julgamento da ADI 5.240, *ipsis litteris*:

Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira — porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo art. 5º, § 3º, da CF/1988 — foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25. [...] **Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste Tribunal de que o art. 7º, item 7, da CADH teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à CF/1988, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.**¹⁷ (Grifo nosso)

¹⁵ BRASIL **Decreto-lei nº 678** de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 8 jan. de 2020.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343/SP**, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal pleno, DJE 104 de 05.06.2009, Tema 60, voto do min. Gilmar Mendes, p. s/n.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI 5.240/SP**, rel. min. Luiz Fux, Tribunal pleno, P, j. 20.8.2015, DJE 18 de 01. 02. 2016, voto do relator, p. s/n.

Quanto à sua inserção no Código de Processo Penal brasileiro, o legislador pátrio, através da Lei Ordinária nº 12.403/11, atribuindo nova redação ao art. 283 do CPP, buscou regulamentar, de maneira específica – e em nível infraconstitucional –, o princípio da presunção de inocência, estabelecendo a vedação quanto à possibilidade do cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao prescrever que:

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.¹⁸

Desta forma, vê-se que o Poder Legislativo, por meio da prerrogativa do princípio da reserva legal que lhe é inerente, realizou a opção política de vedar a possibilidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Ante a nova redação, em regra, a segregação do acusado somente poderá ser executada – antes de o decreto condenatório transitar em julgado – em situações de fundamentada necessidade, oportunidade em que o magistrado deverá utiliza-se dos instrumentos da prisão temporária ou preventiva.

Insta destacar, conforme será analisado no terceiro capítulo, que a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal foi justamente o objeto central das ADCs nº 43, 44 e 54, julgadas, em novembro de 2019, pelo STF.

2.2 Mitigações constitucionais à presunção de inocência

Antes de adentrar propriamente nos julgamentos do STF acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e as relações com o princípio da presunção de inocência, faz-se mister destacar que, embora não sejam o objeto central do presente estudo, a análise pela Suprema Corte da constitucionalidade das espécies de prisões cautelares representou a gênese da discussão que envolve a possibilidade jurídica de mitigação do princípio da não culpabilidade, restringindo sua aplicabilidade e alcance, diante da necessidade de se assegurarem a aplicação da lei penal e a efetividade da justiça.

¹⁸ BRASIL, **Código de Processo Penal**, decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 15. jan. 2020.

Nesse sentido, quanto às prisões cautelares, destaca-se a consolidação do entendimento jurisprudencial da Excelsa Corte, no sentido de que a consagração da presunção de inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, uma vez que a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, mas constituem, na verdade, instrumentos indispensáveis à exitosa persecução criminal.¹⁹

Diante disso, não obstante haja a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, as espécies de prisões cautelares podem validamente incidir sobre seu *status libertatis*, sendo, portanto, constitucionais as prisões temporárias²⁰, as em flagrante, as preventivas e as por pronúncia, conforme se verifica na jurisprudência do Supremo:

HABEAS CORPUS - RÉU PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES - PRISÃO PREVENTIVA - LEGALIDADE DE SUA DECRETAÇÃO - REFERENCIA NA SENTENÇA DE PRONUNCIA AS CIRCUNSTANCIAS QUALIFICADORAS - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DOS REUS - ROL DOS CULPADOS (CPP, ART. 408, PAR. 1.) - INSUBSISTENCIA EM FACE DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE - NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - HIPÓTESE INOCORRENTE - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. - O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5., inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção "juris tantum" de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.

[...]

A jurisprudência do STF tem reiteradamente proclamado a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar que, não obstante a presunção "*juris tantum*" de não-culpabilidade dos réus, PODE validamente incidir sobre o seu "*status libertatis*". Com a pronúncia do réu, que havia anteriormente sofrido decreto de prisão preventiva, torna-se legítima - desde que subsistentes os motivos dessa custódia - a manutenção de sua prisão cautelar, ainda que se trate de acusado primário e de bons antecedentes. - Reveste-se de plena validade jurídico-processual a sentença de pronúncia que, atendendo aos requisitos do art.408 e do art. 416 do CPP, especifica "todas as circunstâncias qualificativas do crime".²¹ (Grifo nosso)

Outro ponto a ser levantado refere-se ao âmbito das consequências cíveis da presunção de inocência no ordenamento jurídico pátrio, destacando-se o julgamento das Ações

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.903/SP**, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 01.08. 2003.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **RHC 1.576/SC**. Rel. Min. José Dantas. Diário da Justiça, DJe 09.03. 1992, p. 2.588.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69696/SP**, Relator(a): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18.12.1992 DJ 01.10.1993.

Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30, em 2012, pelo STF, oportunidade em que foi apreciada a constitucionalidade da art. 1º, inciso I, alínea “e”, da Lei Complementar nº 64/90, introduzido pela Lei Complementar nº 135/2010, também conhecida como “Lei da Ficha Limpa”.²²

Essa lei trouxe a previsão de que seriam inelegíveis os réus investigados pelos diversos crimes elencados em seu inciso I do art. 1º, desde que condenados por órgão colegiado, independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entendimento da Suprema Corte, a referida lei é constitucional, na medida em que atende aos pressupostos de proporcionalidade e da moralidade pública, bem como não viola o núcleo essencial dos direitos políticos, uma vez que se trata de uma hipótese de restrição que atinge somente o direito político passivo (*ius honorum*) do réu, não afetando os seus direitos políticos ativos.

Dessa forma, entenderam os ministros que não se trata da hipótese prevista no inciso III do art. 15 da CRFB/88²³, que exige o trânsito em julgado da condenação criminal, já que não prevê a perda ou a suspensão dos direitos políticos, mas tão somente uma restrição pautada na exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato, na forma do art. 14, § 9º, da CRFB/88²⁴ sendo, portanto, constitucional a sua aplicação, bastando para tanto, a condenação por órgão colegiado para a incidência de seus efeitos, conforme sedimentado na ementa do referido julgado:

ACÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgadas em 16.02.2012.

²³ Art. 15: É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

²⁴ Art. 14, § 9º: A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

[...]

2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

[...]

5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.

6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *múnus* público.

[...]

8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral).²⁵ (Grifo nosso).

Vê-se, portanto, que é vasta a jurisprudência do Supremo em relação à possibilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência e da forma como este é sopesado diante do aparente conflito com outros princípios e bens jurídicos constitucionais colidentes.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 29/DF, Relator(a): min. Luiz fux, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, processo eletrônico DJ de 28.06.2012.

Apesar disso, os entendimentos jurisprudenciais acima, em que pese representarem importante apoio histórico, hermenêutico e argumentativo para uma compreensão adequada e verossímil do princípio em estudo, tratam-se de temas que se encontram, em grande parte, pacificados. Nesse diapasão, o ponto que permanece como de maior impasse na doutrina e na jurisprudência, tendo o STF apreciado novamente esse tema em novembro de 2019, por ocasião do julgamento conjunto das ADCs nº 43, 44 e 54, refere-se justamente à (in)constitucionalidade da prisão em decorrência do cumprimento provisório da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que será analisado através dos precedentes do Tribunal, no capítulo seguinte, a começar pelo HC 68.726/SP, em 1991.

3 PRECEDENTES DO STF

Conforme citado em capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de maneira pendular quanto à possibilidade do início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, uma vez que o Tribunal já apreciou o tema em pelo menos seis ocasiões distintas, após a promulgação da CRFB/88, representando um fator de instabilidade à segurança jurídica. Apesar disso, o tema ainda não se encontra pacificado, tendo em vista que estão em tramitação, neste primeiro semestre de 2020, o Projeto de Lei (PLS 166/2018)²⁶ e uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 199/2019)²⁷, que visam, justamente, modificar o último entendimento esposado pela Suprema Corte, em novembro 2019.

Ante o exposto, serão analisados no presente capítulo, em ordem cronológica, os julgamentos do STF após a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciando-se pelo ano de 1991, com o HC 68.726 (1991). Posteriormente, o Plenário da Corte apreciou este mesmo tema no HC 84.078 (2009) e no HC 126.292 (2016). Depois, no ARE 964.246 (2016) e no HC 152.752 (2018), também conhecido como “caso Lula”. Por fim, a Excelsa Corte foi instada, novamente, a posicionar-se acerca dessa mesma matéria, em virtude do julgamento conjunto das ADCs 43, 44 e 54, no segundo semestre do ano de 2019.

3.1 HC 68.726/SP – O *leading case* (1991)

O julgamento do HC 68.726/SP, em 1991, representou um importante marco no posicionamento do STF, já que, pela primeira vez, o tribunal apreciou de forma específica o presente tema, já sob a égide da CRFB/88, analisando a compatibilidade entre a execução provisória da pena privativa de liberdade com o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. **A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art.**

²⁶ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>

²⁷ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>

27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido²⁸. (Grifo nosso)

Observa-se que, em um primeiro momento, entendia-se que o cumprimento imediato das penas era compatível com a ordem constitucional uma vez que, conforme prevê o art. 637 do CPP²⁹, os Recursos Extraordinários não possuem efeito suspensivo, de forma a permitir a execução da decisão condenatória de segunda instância, ainda que o julgamento do respectivo RE esteja pendente. Seguindo este entendimento, foram editadas as Súmulas 716³⁰ e 717³¹ do STF, que tratavam justamente da progressão de regime de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal, pressupondo, portanto, sua constitucionalidade.

Em julgamento posterior, já no ano de 1994, destaca-se o voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, durante a apreciação do RHC 71.959/RS, ocasião em que, contrariando a jurisprudência até então predominante na Suprema Corte, que entendia pela constitucionalidade da execução provisória da pena, defendeu a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência e da ampla defesa.

Ainda segundo o ministro, é possível admitir a perda da liberdade do sentenciado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas que esta prisão não poderia ocorrer em decorrência de sua execução provisória, e sim quando necessário para garantir uma exitosa persecução criminal possuindo, portanto, natureza de prisão cautelar, conforme observou em seu voto:

Admito que o sentenciado possa perder a liberdade, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença. Todavia, é preciso que conste da sentença fundamentação no sentido de que **esse recolhimento**

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68841/SP**, Relator(a): Min. Moreira Alves, 1ª Turma, julgado em 24/09/1991, DJ 11.10.1991.

²⁹ 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.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716**: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. - DJ de 09/10/2003, p. 6; Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>. Acesso em: 30 de jan. 2020.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 717**: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. - DJ de 09/10/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>. Acesso em: 30 de jan. 2020.

precoce, antecipado, faz-se no campo acautelador, tenho em vista os interesses da sociedade³². (Grifo nosso)

Esse voto representou o início de uma virada jurisprudencial no entendimento da Corte sobre o tema, culminando, 14 anos depois, no julgamento do HC 84.078/MG, em 2009.

3.2 HC 84.078/MG – A virada jurisprudencial (2009)

O *habeas corpus* de nº 87.078/PR, no ano de 2009, tratou do caso de um réu levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, pois fora indiciado por tentativa de homicídio duplamente qualificado. Após a condenação, interpôs apelação, a que o TJ/MG deu parcial provimento. Inconformado, a defesa interpôs então Recurso Especial ao STJ.

Ocorre que, antes do julgamento do REsp, o Ministério Público pediu ao TJ/MG a decretação de prisão do réu, argumentando que este estaria dilapidando seu patrimônio ao colocar à venda seus bens de forma repentina, fornecendo, assim, indícios de que estaria visando a juntar fundos suficientes para uma eventual fuga.

Diante da situação fática e atendendo ao requerimento do Ministério Público, o presidente do TJ decretou a prisão preventiva do réu. Em resposta e no uso de suas garantias, este impetrou *habeas corpus* no STF, justificando a venda de seus bens como uma mudança de ramo de atividade econômica, levando o relator à época, o ministro Eros Grau, a concluir que não haveria indícios suficientes de que se tratava de um planejamento para uma tentativa de fuga.

Não obstante, desde aquele momento, o ministro já declarou em seu voto que a jurisprudência até então dominante no STF deveria ser revista, devendo-se aguardar o trânsito em julgado da sentença, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência, insculpido artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88, *in verbis*:

Refletindo a propósito da matéria, estou inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto.

[...]

Se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 71.959/RS**. Relator Min. Marco Aurélio. 1ª Turma, DJU 22.11.1994, voto relator p. 59.

situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia.³³ (Grifo nosso)

Segundo Eros Grau, o referido princípio deve englobar todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, ocorrendo que a execução da sentença após condenação penal em segunda instância, como o do caso analisado, seria uma restrição indevida ao direito de defesa e à presunção da inocência. Sendo assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, diante da análise do caso concreto do HC 84.078/MG, acabou concedendo-o por sete votos a quatro e fez perdurar tal entendimento – da não execução da pena quando dependente de recurso –, nos seguintes termos:

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

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

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

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. **Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.**

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG**. Relator Min. Eros Grau. Tribunal pleno. DJU, Brasília, 05 fev. 2009, voto relator p 1055.

amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

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

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.³⁴ Ordem concedida. (Grifo nosso)

Diante disso, vê-se que a Corte, em uma virada jurisprudencial, posicionou-se no sentido de que, apesar da determinação do art. 637 do CPP, que prevê o efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinários, não se pode, mesmo assim, admitir a prisão do réu condenado em segunda instância durante todo o transcurso do processo penal, tanto em virtude do art. 5º, inciso LVII, CRFB/88, o qual prediz a necessidade do trânsito em julgado para aferição da culpa, quanto do art. 105 do Código de Execução Penal³⁵, que prevê a execução da pena após o trânsito em julgado.

Dessa forma, no entendimento da corte, as prisões antes do trânsito em julgado somente seriam permitidas em caráter cautelar, devendo-se ser demonstrada sua necessidade imediata, sob pena de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078/MG**. Relator Min. Eros Grau. Tribunal pleno. DJU, Brasília, 05.02.2009.

³⁵ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Esse entendimento perdurou em nossa ordem constitucional durante um período de aproximadamente sete anos, até o ano de 2016, quando o debate foi então retomado em virtude do HC 126.292/SP.

Por fim, é mister destacar que, conforme verificado pelo juiz do TJDF, Fernando Brandini Barbagal – cujos argumentos, inclusive, serviram de base para a posterior mudança de entendimento no Supremo, a ação penal subjacente a este HC 84.078, ora debatido, acabou por resultar na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa, *in verbis*:

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). **Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213.**³⁶ (Grifo nosso)

Para o Ministro Teori Zavascki³⁷, a alarmante ocorrência de casos como este reforça a tese de que a necessidade de aguardar os julgamentos dos recursos nas instâncias extraordinárias para o início do cumprimento da pena não só não é meio hábil para reapreciação de fatos e provas, como também representa um estímulo à interposição de

³⁶ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro** [recurso eletrônico] / Fernando Brandini Barbagal. – Dados eletrônicos. – Brasília: TJDF, 2015, p. 120. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/escoladeadministracaojudiciaria/copy_of_e-books/e-bookspdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais. Acesso em: 21 de jan. 2020.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal pleno, j. 17.02.2016, DJE de 17.05.2016, voto do relator, p. 18.

recursos protelatórios que ameaçam a efetividade da justiça, conforme observou sete anos depois, no julgamento do HC 126.292, no ano de 2016, que será analisado em seguida.

3.3 HC 126.292/SP – Retorno ao entendimento tradicional (2016)

A análise do tema foi, então, retomada no HC 126.292/SP, em 2016, quando se discutia a constitucionalidade da prisão de um réu indiciado por roubo majorado, que foi condenado à pena de reclusão de cinco anos, em regime inicialmente fechado. De acordo com a acusação, em 2003, o réu e seu suposto cúmplice, teriam praticado assalto à mão armada, subtraindo da vítima, a quantia de R\$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais).

A defesa apelou ao TJ local, que não só negou recurso, como também determinou a expedição do mandado de prisão. Foi negado também o habeas corpus impetrado junto ao STJ. Diante disso, recorreu-se ao STF, objetivando a prisão somente após o trânsito em julgado da condenação. Ao analisar o caso, no ano de 2016, em decisão bastante polêmica, o STF, pelo mesmo placar de sete votos a quatro, novamente realizou uma virada jurisprudencial no entendimento da Corte, resgatando a jurisprudência tradicional, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5.º, LVII da Constituição Federal

2. Habeas corpus denegado. (Grifo nosso)³⁸

O Ministro Teori Zavascki, relator do HC em análise, iniciou seu voto destacando que as instâncias extraordinárias, como o STJ e o STF, não se prestam ao debate da matéria fático-probatória, uma vez que a possibilidade de exame de fatos e provas se exaure nas instâncias ordinárias.

Para o ministro, é no juízo de apelação que fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. Concretiza-se, assim, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal pleno, j. 17.02.2016, DJE de 17.05.2016.

ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal. Por conseguinte, fica assegurado ao réu o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Dessa forma, para o ministro, não se justificaria a atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, conforme a própria literalidade do art. 637 do CPP, justificando assim, a possibilidade da execução provisória da pena e a relativização do princípio da presunção de inocência, nos seguintes termos:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF — recurso especial e extraordinário — têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2.º, da Lei 8.038/90.³⁹ (Grifo nosso)

Ante o exposto, vê-se que, para o Ministro Teori Zavascki, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, o qual se refere precipuamente à imputação do ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação, “na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual”.⁴⁰

Relembrou ainda o julgamento das ADCs nº 29 e 30, no ano de 2012, em que foi apreciada, pelo Tribunal, a constitucionalidade da art. 1º, I, e, da Lei Complementar nº 64/90, também conhecida como Lei da Ficha Limpa, e se concluiu pela constitucionalidade da inelegibilidade do réu decorrente da existência de sentença condenatória por crimes nela

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal pleno, j. 17.02.2016, DJE de 17.05.2016, voto do relator, p. 8-9.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 11-12.

elencados, quando proferidas por órgão colegiado, argumentando assim, que a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.⁴¹

Por fim, sustentou que o entendimento firmado no HC 84.078, em 2009, serviria de estímulo para a utilização de recursos com propósitos meramente protelatórios, buscando a configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória através da interposição abusiva destes perante STF ou o STJ, exemplificando com a própria ação penal subjacente ao HC supracitado, em que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva de um crime de homicídio, sem que o réu sequer tivesse chegado a iniciar o cumprimento da pena, *ipsis litteris*:

E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de 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.⁴²

Diante dessa situação fática, concluiu o ministro pela necessidade de ponderar o princípio da presunção de inocência à luz da efetividade da função jurisdicional penal, permitindo-se a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, de forma que eventuais violações a direitos poderiam ser sanados por meio da requisição de efeitos suspensivos aos recursos, bem como por meio da impetração de habeas corpus.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, compartilhando do entendimento que prevaleceu no HC 126.292, defende que a previsão do art. 5º, LXVII, da CRFB/88 impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, no entanto a norma constitucional estaria longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

Para o ministro, essa definição perpassa pela necessidade de compatibilizar a garantia do réu contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade, com a existência de uma progressiva demonstração de sua culpa do acusado, conforme observa:

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30**, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgadas em 16-2-2012, Dje 29-06-2012.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal pleno, j. 17.02.2016, DJE de 17.05.2016, Voto do relator, p. 13-14.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. **No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador.**

A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP).

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. **Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.**

(...)

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. **Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.**⁴³ (Grifo nosso)

Já o ministro Luiz Roberto Barroso, que também acompanhou o relator nesse julgamento, demonstrou receio em relação à mudança de entendimento do STF a partir de 2009, argumentando que o referido posicionamento não estava mais garantindo a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísico, a propriedade, dentre outros igualmente tutelados pela Constituição Federal, de forma que não se justificaria, diante da realidade fática brasileira, a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução provisória da pena após a condenação por órgão colegiado.⁴⁴

Segundo o ministro Barroso, são três os principais pontos que justificam a manutenção do entendimento pela constitucionalidade da prisão após a condenação em segunda instância. Em primeiro lugar, a mudança de entendimento incentivou uma infundável interposição de recursos prolatórios, ocasionando um considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus.⁴⁵

Em segundo lugar, esta visão extremada do princípio da presunção de inocência teria acentuado ainda mais a seletividade do sistema penal, uma vez que somente os réus com boa condição financeira teriam condições de contratar os melhores advogados para defendê-los

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, e-book, p. 855.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal pleno, j. 17.02.2016, DJE de 17.05.2016, voto do min. Roberto Barroso, p. 8- 9.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 6.

através de sucessivos recursos, em contraste com os réus mais pobres, que não possuem meios próprios para isto e tampouco a Defensoria Pública possui estrutura para tanto.⁴⁶

Por último, a necessidade de esperar o trânsito em julgado da sentença penal teria aumentado ainda mais o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, uma vez que seria responsável pelo grande distanciamento temporal entre o crime cometido e o efetivo recolhimento do réu à prisão, bem como teria levado ao aumento expressivo de processos extintos em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, favorecendo a impunidade, conforme observou:

A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário especial e do recurso extraordinário para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.⁴⁷

Diante dos argumentos expostos, concluíram os ministros no julgamento do HC 126.292, por sete votos a quatro, no ano de 2016, que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5.º, LVII da Constituição Federal. Este entendimento foi ratificado posteriormente, no julgamento do ARE 964.246/SP, quando a temática foi analisada sob o rito de repercussão geral e com eficácia *erga omnes*, conforme se verifica no tópico seguinte.

3.4 ARE 964.246/SP – O julgamento com efeitos *erga omnes* (2016)

A análise do tema foi então retomada pela Excelsa Corte, porém, sem mudanças de entendimentos, em 10 de novembro de 2016, por ocasião do julgamento do ARE 964.246. Por seis votos a quatro, o STF, em plenário virtual, entendeu estar diante de reafirmação da jurisprudência HC 126.292/SP, ao apreciar o tema de nº 925, estabelecendo, em sede de repercussão geral, a seguinte tese:

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal pleno, j. 17.02.2016, DJE de 17.05.2016, voto do min. Roberto Barroso, p. 7.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 8.

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.⁴⁸ (Grifo nosso)

Basicamente, toda a linha de argumentação exposta no HC 126.292 foi mantida na apreciação do ARE 964.246, sobretudo que a presunção de inocência é princípio, e não regra, podendo, então, ser ponderada com outros princípios e valores previstos na Constituição, destacando-se o conflito entre o direito à liberdade e a pretensão punitiva do Estado.

Retomou-se também o argumento de que, nas instâncias extraordinárias, não se discutem fatos e provas, de forma que a própria necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário (art. 102, § 3.º, CF/88)⁴⁹ indica que o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, portanto, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto.

Dessa forma, o entendimento até então predominante na Corte foi mantido em sede de repercussão geral, no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Esse posicionamento permaneceu pacífico na Corte por menos de dois anos, até o julgamento do HC 152.752, no ano de 2018, em que a Suprema Corte novamente voltou a apreciar o tema, em virtude do julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, conforme se abordará a seguir.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246/SP**, Relator(a): Min. Teori Zavascki, plenário virtual, julgado em 10/11/2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito dje-251 divulg. 24.11.2016.

⁴⁹ Art.102, § 3º, CRFB/88. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

3.5 HC 152.752/PR – O caso Luiz Inácio Lula da Silva (2018)

A possibilidade do cumprimento provisório da pena voltou a ser analisado no julgamento do HC 152.752, em 2018, decorrente da ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, ação em que figurou como réu o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sendo condenado em primeira instância a nove anos e seis meses de reclusão. A pena foi majorada quando houve apelação ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, passando a doze anos e um mês de reclusão, com comando de execução provisória da pena após o exaurimento de jurisdição ordinária.

Insta destacar que, na época do julgamento da apelação, estava vigente, no TRF-4, a Súmula nº 122 desse tribunal, com o seguinte teor: “Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”⁵⁰. O entendimento sumulado foi firmado pelo TRF-4 em 14 de dezembro de 2016 e sagrou-se como um mantra da execução provisória imediata da pena, independentemente de qualquer fundamentação relativa às prisões cautelares.

Em decorrência da condenação pelo TRF-4, a defesa do ex-presidente, impetrou habeas corpus no STJ, que foi denegado. Diante disso, impetrou novo HC perante o STF, sob a alegação de que seria ato coator ilegal o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que o denegou. Por meio do HC 152.752, a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva tentava impedir a execução antecipada da pena de doze anos e um mês de reclusão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

O pedido do HC, entretanto, foi rejeitado pela maioria dos ministros, sob o argumento de que não há ilegalidade na decisão da 5ª turma do STJ que negou, em março de 2018, o pedido da defesa de Lula, para que não fosse preso até o trânsito em julgado da ação penal. Para os ministros, decisão do Superior Tribunal de Justiça só seguiu jurisprudência do próprio Supremo. Diante disto, por seis votos a cinco (vencidos, em menor extensão, os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, no sentido de se aguardar a decisão do STJ, e, em maior extensão, os Mins. Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, concedendo a ordem para impedir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória), manteve-se o entendimento firmado nos precedentes anteriores (HC 126.292 e ARE 964.246),

⁵⁰ BRASIL. TRF-4. Súmula 122 D.E. (Judicial) de 14-12-2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4&seq=194%7C967. Acesso em: 21 de jan. 2020.

negando o habeas corpus e permitindo, então, a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau de jurisdição, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. [...]

3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada.

4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, **não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes**, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência.

5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.

6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação.

7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade.

8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. ⁵¹
(Grifo nosso)

Dessa forma, vê-se que apesar da grande repercussão midiática que o HC em comento obteve, tendo em vista que se tratava de um julgamento em que figurava como réu um ex-Presidente da República, o STF manteve o entendimento até então predominante na Corte, que só viria a ser novamente apreciado em virtude da análise do mérito das ADCs nº 43, 44 e

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752/PR**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, processo eletrônico Dje 27.06.2018.

54, que estava pendente de análise, com pauta designada para o segundo semestre do ano de 2019, ocasião em que foi sedimentado o atual entendimento prevalecente na Suprema Corte, a ser analisado em capítulo próprio, ante a sua importância histórica e jurídica.

4 ADCs 43, 44 E 54: NOVA VIRADA JURISPRUDENCIAL E A VOLATILIDADE NO STF (2019)

Após o julgamento do HC 126.292/SP, em 2016, o Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PCdoB (Partido Comunista do Brasil) ajuizaram Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), com pedido de liminar, a fim de que fosse assentada a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Neste sentido, já destacava Lenio Luiz Streck, em 2016, que o STF teria sido omissivo no julgamento do HC 126.292, ao não apreciar de forma expressa o art. 283 do CPP, o que ocasionaria, segundo o autor, uma dicotomia jurídica: de um lado, um dispositivo do CPP (ainda) válido e, de outro, uma decisão do STF estabelecendo o seu sentido contrário, sem que fosse declarada expressamente sua inconstitucionalidade, o que representaria uma ofensa direta à Súmula Vinculante nº 10⁵², conforme observou:

O artigo 283 é, por assim dizer, uma questão pré-judicial e prejudicial. Ele é barreira para chegar ao resultado a que chegou a Suprema Corte.

[...]

Assim, o STF contrariou a jurisdição constitucional, naquilo que ele próprio vem estabelecendo. Veja-se, nesse sentido, a Súmula Vinculante 10, pela qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Como se sabe, essa súmula, embora com nítido caráter tautológico por parecer dizer o óbvio, tem o objetivo de evitar que o judiciário dê a “volta” (um drible hermenêutico) em um dispositivo legal válido.

[...]

No caso, o STF afastou — sem dizer — a incidência do artigo 283. E ao não dizer e fundamentar devida e claramente, fez algo que ele mesmo proíbe aos demais tribunais.⁵³ (Grifo nosso)

Diante disso, as ADCs nº 43 e 44 foram apresentadas no mês de maio de 2016, e a ADC nº 54, distribuída por prevenção em 18 de abril de 2018. A análise do mérito da ação ficou pendente até o segundo semestre do ano de 2019, quando a Corte analisou, de modo

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 10**: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. DJE de 27.6.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 25 de jan. 2020.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF**. Conj. 29.02.2016, p. s/n. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>. Acesso em: 21 de jan. 2020.

específico, a conformidade entre o art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, com a nova redação do art. 283 do CPP, inserida Lei nº 12.403/2011.⁵⁴

Segundo o autor da ADC nº 43 – o Partido Ecológico Nacional (atual Patriota) –, o legislador pátrio, ao conferir essa nova redação ao 283 do Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 12.403/2011, buscou concretizar, na esfera processual penal, a garantia explícita na Carta da República de 1988 de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁵⁵ Argumentou-se ainda que a detenção, para fins de cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, consubstancia caso de prisão não previsto na legislação nacional, afirmando a impossibilidade de criação de custódia mediante decisão aditiva, enfatizando ser inviável, no que concerne ao Direito Penal, o exercício do poder normativo pelo Judiciário.

Já a ADC nº 44, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, também buscou a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que o preceito controvertido permanece válido, devendo ser aplicado pelos tribunais estaduais e federais, porquanto não afastado expressamente pelo Pleno no exame do referido habeas corpus nº 126.292. Destarte, os pronunciamentos judiciais que tivessem determinado a execução provisória de decisão condenatória, sem a declaração de inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, deveriam ser considerados nulos, por inobservância do artigo 97 da Constituição Federal de 1988.⁵⁶

Sustentou ainda a constitucionalidade do art. 283 com alicerce na tese da constitucionalidade espelhada, segundo a qual o preceito em debate não é apenas compatível com a Constituição Federal, mas também replica o texto, enfatizando que o STF, ao julgar o HC 126.292, teria esvaziado o art. 5º, LVII, da CRFB/88, efetuando uma mutilação constitucional. Por fim, requereu, liminarmente, a suspensão da execução antecipada da pena em todos os casos em que os órgãos fracionários de segunda instância, com fundamento no acórdão do habeas corpus nº 126.292, teriam ignorado o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, violando a cláusula de reserva de plenário.

O Plenário, em 05 de outubro de 2016, ao analisar o pedido de liminar postulado nas ADC nº 43 e 44, indeferiu-o nos seguintes termos:

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Art. 5º, inciso LVII, CRFB/88: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁵⁶ Art. 97 Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando

houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.⁵⁷ (Grifo nosso)

Já o PCdoB, autor da ADC nº 54, arguiu ser uma violação de direitos fundamentais o início do cumprimento de qualquer pena, sem que o Supremo e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) examinem os recursos contra eventuais ilegalidades e inconstitucionalidades ocorridas no processo penal, ressaltando que a aplicação da pena restritiva de liberdade sem uma sentença definitiva em última instância é um desrespeito à CRFB/88.

O julgamento foi, então, retomado em 17 de outubro de 2019, com a leitura do relatório do ministro Marco Aurélio. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela inadmissão das ações, justificando a perda superveniente de interesse e utilidade, referindo-se à análise, pelo plenário virtual, do Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246/SP, ocasião em que foi reafirmada, sob o rito de repercussão geral, a tese do HC 126.292, apontando a inexistência de controvérsia judicial apta a autorizar a formalização de Ação Declaratória de Constitucionalidade, conforme prevê o inciso III do artigo 14 da Lei nº 9.868/1999.⁵⁸

No mérito, defendeu o Procurador Geral da República, Augusto Aras, a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, no tocante à vedação da execução provisória da pena, alegando tratar-se de medida compatível com a garantia do duplo grau de jurisdição e com o princípio da não culpabilidade, estando em harmonia, portanto, com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, uma vez que esse dispositivo constitucional não pode ser interpretado isoladamente, mas em harmonia com outros dispositivos constitucionais, sobretudo os que se referem, de forma específica, à execução da pena como efeito da sentença penal condenatória.

Defendeu ainda a tese já arguida por outros ministros, segundo a qual a culpa do réu é demonstrada de forma progressiva no transcorrer do processo, de sorte que, à medida que as condenações vão confirmando-se entre as instâncias, o ordenamento jurídico permitiria um tratamento mais severo ao réu, entre as quais a possibilidade de prisão após o esgotamento das vias ordinárias, com a condenação por órgão colegiado, nos seguintes termos:

Em tempos de polarização, de defesa dos extremos, é preciso buscar nos princípios do efeito integrador e da harmonização, próprios à

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Liminar ADCs 43 e 44/DF**, Relator(a): Min. Marco aurélio, Relator(A) P/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Julgado em 05/10/2016, processo eletrônico dje-043 divulg 06.03.2018.

⁵⁸ Lei 9868/99, art. 14, III: Art. 14. A petição inicial indicará: III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

hermenêutica constitucional, uma solução que favoreça a integração social e a unidade política, bem como equilíbrio e temperança ao sopesar os valores positivados na Carta da República.

[...]

A presunção de culpa é inegavelmente progressiva à medida que um processo tome as vias recursais possíveis em nosso ordenamento jurídico e tenha a condenação confirmada.

[...]

Igualmente aponta como vetor interpretativo da maior envergadura o objetivo de construirmos uma sociedade justa (art. 3º, I, da CF/88), **o que impõe resguardar os interesses dos culpados e também das vítimas, resguardar o direito de liberdade dos réus, mas também o direito à vida, à liberdade e à segurança das vítimas**, das ruas, o direito de aguardar o processo solto, mas também o direito de ver cumpridas as condenações judiciais quando exaurida a via ordinária.⁵⁹ (Grifo nosso)

Destacou ainda que não se pode fechar os olhos para a realidade do sistema processual penal brasileiro, tendo em vista o longo tempo de tramitação dos processos judiciais no Brasil e as inúmeras possibilidades recursais, bem como as corriqueiras interposições de recursos protelatórios, além das medidas de obstrução da Justiça e o indesejável, mas frequente, abuso do direito de defesa, de forma que o impedimento à execução provisória da pena contribui para a disfuncionalidade do sistema.

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, argumentou que a interpretação conforme a Constituição do art. 5º, LVII, da CRFB/88, não permite que seja classificada como prisão arbitrária a execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível, tendo em vista ser necessário resguardar também outros direitos fundamentais colidentes, bem como o valor da justiça para a coesão social, conforme consta na ementa do seu parecer:

Execução provisória de condenação penal. Artigo 283, caput, do Código de Processo Penal. A Constituição reserva tônicas normativas distintas para "presunção de inocência" (tratamento processual justo) e "vedação de prisões arbitrárias". **A garantia do artigo 5º, LVII, não viabiliza, nem mesmo por intermediação legislativa, uma associação inflexível entre "execução antecipada da pena" e "prisão arbitrária"**. Fosse assim, o conceito de crime inafiançável não faria sentido. **Conferir interpretação hipergarantista à presunção de inocência equivale a embotar os direitos fundamentais de vítimas e o valor do sistema de justiça para a coesão social**. A revisão jurisprudencial de 2016 repõe senso de coerência

⁵⁹ BRASIL, Procuradoria-Geral da República, **Sustentação oral PGR Augusto Aras**, ADCs 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Sessão de 23.10.2019, p.4 - 8. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nosso-sistema-penitenciario-parece.pdf>. Acesso em: 14 de jan. 2020.

normativa na proteção dos bens jurídicos básicos da sociedade. ⁶⁰ (Grifo nosso)

Em 23 de outubro de 2019, iniciaram-se os votos dos ministros, começando pelo Relator, o ministro Marco Aurélio, seguido pelos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Na sessão de 24 de outubro, o julgamento prosseguiu com os votos dos ministros Rosa Weber, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Foi, então, retomado em 07 de novembro de 2019, quando o julgamento foi concluído, com os votos dos ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Dias Toffoli.

Nesta última oportunidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, concluiu o julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, julgando procedente as ações e concluindo pela constitucionalidade da regra do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), prevendo o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da sentença penal condenatória) para o início do cumprimento da pena.

Dessa forma, o julgamento em tela representa uma clara hipótese de *overruling* na jurisprudência da Suprema Corte, que superou o entendimento predominante até então, desde o ano de 2016, com o julgamento do HC 126.292/SP, que entendia pela constitucionalidade da execução provisória da pena.

Votaram a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, presidente do STF. Restaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que entendiam que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da CRFB/88.

Insta destacar, por fim, que a decisão não veda todas as formas de prisão antes do esgotamento dos recursos, mas estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência de requisitos ensejadores da prisão preventiva, elencados no artigo 312 do CPP – para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ante o exposto, serão analisados os argumentos principais, que sustentaram as decisões dos magistrados nesse julgamento.

⁶⁰ BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manifestação AGU André Mendonça**, ADCs 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Sessão de 23.10. 2019, ementa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-agu-adcs-43-44-54.pdf>. Acesso em: 30 de jan. 2020.

4.1 Votos favoráveis à necessidade do trânsito em julgado

Conforme supracitado, votaram a favor da procedência das ADCs e, conseqüentemente, da declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, presidente do STF.

O primeiro a votar foi o ministro Marco Aurélio, que manteve seu tradicional posicionamento, contrário à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Para este, a previsão do inciso LVII do art. 5º da CRFB/88 é clara e, portanto, não deixa margens para controvérsias semânticas. Defendeu que as prisões anteriores ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória só poderiam ocorrer, quando, na análise do caso concreto, fossem verificados os pressupostos ensejadores da prisão cautelar, nos termos do art. 312 do CCP, conforme assentou em seu voto:

Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. **A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.**

[...]

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva.

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: **pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal.** Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável.⁶¹ (Grifo nosso)

Rebateu ainda alguns dos argumentos apresentados por outros ministros em julgados anteriores e também pelo PGR Augusto Aras, alegando que não se permite, sob a óptica constitucional, uma formação gradual da culpa, não havendo, portanto, um meio termo, de forma que o réu só pode iniciar o cumprimento da pena após a demonstração conclusiva desta, o que, por determinação constitucional expressa, somente ocorreria após esgotadas as possibilidades recursais.

Em tempo, destacou ainda a necessidade de respeitar a literalidade das normas em sua inteireza, de forma que as alegações, que classificou como metajurídicas, entre as quais se

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do relator, p. 8.

destacam os argumentos que elencam a morosidade e a seletividade do sistema, não justificariam o afastamento de uma norma literal e específica, como é o art. 283 do CPP, em sede de controle objetivo de constitucionalidade.

Ante os argumentos expostos, concluiu seu voto, julgando procedentes os pedidos formulados nas ADCs nº 43, 44 e 54, no sentido de declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, determinando a suspensão da execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem como colocando em liberdade todos aqueles que tenham sido presos após condenação em segunda em instância, devendo-se manter as prisões somente daqueles casos concretos, verdadeiramente enquadráveis nas hipóteses de prisão preventiva do art. 312 CPP, nos seguintes termos:

Daí se extrai a importância do marco revelado pela preclusão maior do título condenatório, quando a materialidade delitiva e a autoria ficam estremes de dúvidas e devidamente certificadas pelo Estado-Juiz. Em cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando autorizada normativamente a prisão cautelar, **não cabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a supressão da liberdade.**

[...]

Revela-se impróprio, presente a garantia estampada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, cogitar da existência de terceiro grupo a partir de argumentos metajurídicos, os quais não seduzem a ponto de suplantar, no controle objetivo de constitucionalidade, a literalidade da norma.

[...]

Julgo procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de nº 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. [...] Reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.⁶² (Grifo nosso)

Entre os ministros favoráveis à tese do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o segundo voto foi o da min. Rosa Weber, em 24 de outubro de 2019. Sustentou Weber que, em que pese o clamor popular pela celeridade e efetividade da justiça, esta não pode ser efetivada por meio de violações de direitos e garantias fundamentais, previstas na Constituição Federal. Pondera que uma mudança desse tipo, no sistema penal, teria que ser inserida no ordenamento por meio de alterações legislativas, e não por técnicas hermenêuticas, na análise de ações no controle concentrado, conforme assinalou:

A sociedade reclama, e com razão, que processo penal ofereça uma resposta célere e efetiva. Tal exigência, no entanto, não pode ser

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs 43, 44 e 54/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do relator, p. 24 – 27.

atendida ao custo da supressão das garantias fundamentais asseguradas no Texto Magno, garantias estas lá encartadas para proteger do arbítrio e do abuso os membros dessa mesma sociedade.

As reflexões calcadas no aspecto da eficiência, nos *topoi* do direito comparado, na urgência do quadro social ou na preferência, dogmática ou ideológica, por determinados modelos de racionalidade processual em detrimento de outros, são pertinentes. **Somente se legitimam normativamente, todavia, de lege ferenda ou de constitutione ferenda.**⁶³ (Grifo nosso)

Quanto ao momento de definição da culpa e à possibilidade do início do cumprimento da pena, defendeu a ministra que o princípio da presunção de inocência não é norma meramente principiológica, pois perdura íntegro, enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória, impondo-se a exigência de que responsabilidade criminal seja provada acima de qualquer dúvida razoável, uma vez que esta foi a escolha do poder constituinte e também do Congresso Nacional, ao ratificá-la no art. 283 do CPP, não cabendo ao Poder Judiciário, portanto, deturpá-la por meio de uma interpretação própria:

Não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida pelo Legislador a uma garantia constitucional, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da Constituição.

[...]

Problemas e distorções decorrentes da estrutura normativa penal e processual penal – tais como o frequentemente extenso lapso entre o início da persecução penal e o início do cumprimento da pena privativa de liberdade – **devem ser resolvidos não pela supressão de garantias, e sim mediante o aperfeiçoamento da legislação processual penal pertinente, insisto.**⁶⁴ (Grifo nosso)

Já o ministro Ricardo Lewandowski, dentre os analisados neste tópico, foi o terceiro a votar, seguindo o entendimento do Relator Marco Aurélio, e da min. Rosa Weber, no sentido de que somente se autoriza a execução da pena após o trânsito em julgado do processo.

Para Lewandowski, a presunção de inocência integra o rol de cláusulas pétreas da CRFB/88 e, como tal, nem mesmo o poder constituinte derivado poderia extinguir ou minimizar sua aplicabilidade, tampouco os magistrados, por meio da utilização técnicas hermenêuticas na interpretação de seus dispositivos, sob a justificativa de combate à corrupção endêmica e à criminalidade que assola o país. Não haveria como se mitigar, assim, aquilo que chamou de “obstáculos intransponíveis das cláusulas pétreas”, a saber:

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto da min. Rosa Weber, p. 59.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 58.

A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, em seu art. 60, § 4º, denominadas pela doutrina de “cláusulas pétreas”, justamente para evocar o seu caráter de alicerce de todo o ordenamento legal, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão [...]

Daí a relevância da presunção de inocência, concebida pelos constituintes originários no art. 5º, LVII, da Constituição, com a seguinte - **e cristalina - dicção: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória”, o que, a toda a evidência, subentende decisão final dos tribunais superiores.**

[...]

Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, eis que esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas.⁶⁵ (Grifo nosso)

Criticou ainda o posicionamento dos que elencam a possibilidade da execução provisória da pena como uma solução para a corrupção, alegando que os anseios sociais momentâneos como este não são aptos a ensejar a violação das disposições constitucionais. Discordou também quanto ao argumento de que se trata de uma medida compatível e adequada, quando analisada sob o viés do direito comparado e das democracias modernas, tendo em vista que a realidade fática do sistema judiciário brasileiro é muito distante das dos países desenvolvidos, em que as garantias dos cidadãos são habitualmente asseguradas.⁶⁶

Por fim, concluiu pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, por entendê-lo plenamente compatível com o inciso LVII do art. 5º da CRFB/88, ante a taxatividade do dispositivo legal, considerando o comando constitucional absolutamente imperativo e categórico, em relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os jurisconsultos de antanho, *in claris cessat interpretativo*.

Já o Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, contrariando seu próprio posicionamento anterior, esposado no HC 126.292, de 2016, foi o quarto a votar pela declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, em 07 de novembro de 2019. Conforme destacou em seu voto, a mudança de entendimento decorreu após a verificação do cometimento de diversos abusos por parte das instâncias ordinárias, resultando na utilização indiscriminada de prisões

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Ricardo Lewandowski, p. 3-4.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 7.

preventivas, que acabavam por serem confirmadas em segunda instância e se perpetuavam durante todo o processo:

Assim, em 2016, na linha desses precedentes referenciados, consignei uma racionalidade que reputaria no futuro totalmente superada: **a noção de que o cometimento de abusos nas decisões condenatórias seria a exceção – e não a regra – no sistema processual penal brasileiro.**

[...]

Falei várias vezes que nós tínhamos um encontro marcado com as prisões alongadas de Curitiba. **E as prisões provisórias de Curitiba se transformaram em sentenças definitivas e em decisões definitivas de segundo grau. A regra era prisão provisória de caráter permanente.**⁶⁷ (Grifo nosso)

Para Gilmar Mendes, o entendimento consolidado no HC 126.292 foi desvirtuado pelas instâncias ordinárias, uma vez que a decisão firmada neste julgado se consubstanciava em uma possibilidade de iniciar a execução provisória da pena após condenação em segunda instância, de acordo com a verossimilhança das provas, da gravidade do delito e da necessidade efetiva da prisão, e não em uma imperatividade, aplicável a todas às ações penais, de forma automática e indiscriminada, como propunha a súmula nº 122 do TRF-4, segundo a qual “encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”⁶⁸.

Diante disso, elencou, como fator principal para a mudança de seu entendimento, as execuções imediatas das penas, de maneira automática e indiscriminada, perpetradas pelos tribunais de justiça de todo o país, *in verbis*:

De forma cristalina, afirmo que **o fator fundamental a definir essa minha mudança de orientação foi o próprio desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016.**

[...]

De fato, na própria ementa assentada no referido precedente, HC 126.292, consignou-se que **a execução provisória da pena seria uma possibilidade, e não uma obrigatoriedade.**

[...]

Todavia, a realidade é que, após o julgamento de 2016, os Tribunais brasileiros passaram a compreender essa possibilidade como um imperativo. Entendeu-se, equivocadamente, que estávamos determinando a prisão em segundo grau sem nenhuma avaliação acerca da eventual

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Gilmar Mendes, p. 12.

⁶⁸ BRASIL. TRF-4. Súmula 122 D.E. (Judicial) de 14-12-2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4&seq=194%7C967. Acesso em: 21 de jan. 2020.

controvérsia, da possibilidade de recurso, da observância inclusive da jurisprudência de tribunais superiores e ainda quanto à possibilidade de a decisão de segundo grau estar em contradição com entendimento do STJ ou do Supremo em determinadas matérias.⁶⁹ (Grifo nosso)

Por fim, concluiu seu voto asseverando que o papel do Supremo Tribunal Federal é interpretar a Constituição Federal e a legislação nos limites já fixados, e não alterar os textos normativos, que são expressos ao determinar que se aguarde o trânsito em julgado. Por corolário, qualquer eventual mudança teria que partir do Poder Legislativo, e não do Tribunal, de forma que o art. 283 do CPP representa a vontade do legislador e se amolda aos limites constitucionais fixados pelo inciso LVII do art. 5º da CRFB/88.

Já o ministro Celso de Mello, penúltimo dessa lista, proferiu seu voto no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 em 07 de novembro de 2019. Esclareceu, desde logo, a importância do Supremo Tribunal Federal e de seus ministros na luta sistemática contra a corrupção e contra o crime organizado, bem como na integridade das instituições democráticas do Brasil, *ipsis litteris*:

Tais práticas delituosas – que tanto afetam a estabilidade e a segurança da sociedade, ainda mais quando veiculadas por intermédio de organização criminosa – **enfraquecem as instituições, corrompem os valores da democracia, da ética e da justiça e comprometem a própria sustentabilidade do Estado Democrático de Direito [...]**.

A ordem jurídica, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a condutas de quaisquer autoridades da República que hajam incidido em censuráveis desvios éticos e em reprováveis transgressões criminosas no desempenho da elevada função de representação política do Povo brasileiro.

Esse entendimento – cabe enfatizar – é compartilhado por todos os Ministros desta Suprema Corte, pois nenhum Juiz do Supremo Tribunal Federal, independentemente de ser favorável, ou não, à tese do trânsito em julgado, discorda ou é contrário à necessidade imperiosa de combater e de reprimir com vigor, respeitada, sempre, a garantia constitucional do devido processo legal, todas as modalidades de crime praticadas por agentes públicos, qualquer que seja a posição hierárquica por eles ostentada nos quadros da República, ou por delinquentes empresariais investidos de grande poder econômico.⁷⁰ (Grifo nosso)

Em relação ao princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da CRFB/88, assinalou a importância de assegurá-lo em toda sua integridade, de forma que o Supremo, enquanto guardião da Constituição Federal, não pode permitir que, por meio de

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Gilmar Mendes, p. 15.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Celso de Mello, p. 1-3.

manipulações hermenêuticas, seus julgamentos sejam influenciados por motivos como o clamor popular e as pressões decorrentes de interesses econômicos e políticos, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e das garantias fundamentais. Assim registrou em seu voto:

Torna-se essencial proclamar, por isso mesmo, que **a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades jamais serão ofendidos.** Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada [...].

Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder.⁷¹ (Grifo nosso)

Rebateu ainda os argumentos que defendem que a presunção de inocência se esvazia progressivamente, conforme se sucedem os graus de jurisdição, argumentando que o texto constitucional é claro e inequívoco ao estabelecer o momento em que se exaure a presunção de inocência, qual seja, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dessa maneira, considerou ilegais e abusivas as restrições impostas aos cidadãos, tratando-os como se culpados fossem, ainda que haja condenação em segundo grau, haja vista que o pressuposto legitimador das sanções de direito penal, notadamente a efetivação executória da pena privativa de liberdade, é justamente a existência da coisa julgada penal. Leia-se trecho:

Há, portanto, segundo penso, considerado o que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal [...].

Acho importante referir, de outro lado, por necessário, que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da**

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Celso de Mello, p. 10 – 13.

sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.⁷² (Grifo nosso)

Ante os argumentos expostos, Celso de Mello concluiu seu voto julgando procedentes as ADCs interpostas, no sentido de declarar constitucional o art. 283 do Código de Processo Penal, à luz da Constituição Federal de 1988.

O último e decisivo voto foi do então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, que desempatou o placar de cinco votos a cinco, fazendo prevalecer a tese de que a prisão, com fundamento unicamente em condenação penal, só pode ser decretada após esgotadas todas as possibilidades de recurso. Para o ministro, o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência se desdobra em três vertentes principais, quais sejam a norma probatória, a norma de juízo e a norma de tratamento:

Como **norma probatória**, presunção de inocência significa que o ônus da prova recai inteiramente sobre o órgão acusador, a quem incumbe demonstrar, de forma suficiente, a existência dos fatos em que se lastreia a hipótese acusatória. O acusado, portanto, não tem o ônus de provar sua inocência.

Como **norma de juízo**, a presunção de inocência orienta e conforma o momento decisório, no qual o juiz analisa a suficiência ou a aptidão da prova da materialidade e da autoria de uma infração para formar seu convencimento. Um dos mais significativos desdobramentos da presunção de inocência como norma de juízo é o **in dubio pro reo**: a dúvida fática, em todas as decisões judiciais, deve favorecer o imputado.

Por fim, como **norma de tratamento**, a presunção de inocência significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado por esse princípio, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem a esse equiparado.⁷³

Sob esse último viés, enquanto norma de tratamento, o princípio da não culpabilidade implicaria na vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias, que visem a antecipar os efeitos da pena. Dessa forma, para o ministro, a prisão-pena, como sanção imposta pelo Estado pela violação de um bem jurídico penalmente tutelado, exigiria a formulação de um juízo definitivo de culpabilidade em um título judicial condenatório transitado em julgado. Isto posto, a execução provisória da pena, por tratar o imputado como culpado, infligindo ao réu uma punição antecipada, representa uma violação à garantia constitucional insculpida no inciso LVII do art. 5º da CRFB/88, *in verbis*:

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Celso de Mello, p. 60.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Dias Toffoli, p. 6.

Logo, se não for hipótese de prisão em flagrante ou de prisão cautelar, não se admitirá a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, vale dizer, antes que se forme a coisa julgada penal.

[...]

Nesse contexto, a execução provisória da pena, por tratar o imputado como culpado e configurar punição antecipada, violaria a presunção de inocência como “norma de tratamento”, bem como a expressa disposição do art. 283 do Código de Processo Penal.⁷⁴ (Grifo nosso)

Esse entendimento, explicou o ministro, decorre da opção expressa do legislador e se mostra compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência. Segundo ele, o Parlamento tem autonomia para alterar o dispositivo, definindo o momento da prisão.

Ante os motivos elencados, votou pelo reconhecimento da constitucionalidade do art. 283 do CPP, bem como pela vedação da execução provisória da sentença penal antes do trânsito em julgado, exceto na remota hipótese em que haja o risco iminente de consumação da prescrição da pretensão punitiva, quando caracterizada a procrastinação em razão do abuso no direito de recorrer, sendo legítima a baixa dos autos ao juízo de origem para a imediata execução da pena, desde que após a confirmação da condenação pelo STJ.

Com o voto do ministro Dias Toffoli, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, decidiu que é constitucional a regra do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

4.2 Argumentos vencidos sobre a execução provisória da pena

Consoante adiantado, em 07 de novembro de 2019, concluiu-se o julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), pelo Conselho Federal da OAB e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), com o objetivo de examinar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Ao final, foram julgadas procedentes pelo Plenário do STF, restando vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, os quais entendiam que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência.

O primeiro voto contrário à constitucionalidade do art. 283 do CPP foi o do ministro Alexandre de Moraes. Argumentou que, durante os 31 anos de vigência da Constituição

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Dias Toffoli, p. 9.

Federal de 1988, o posicionamento favorável à execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação foi amplamente majoritário por 24 anos e que, somente no período compreendido entre 05 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2016, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária, que exigia o trânsito em julgado.

Defendeu a necessidade de harmonizar o princípio da não culpabilidade com os demais princípios constitucionais processuais penais, como o da efetividade da tutela judicial e o do devido processo legal, sendo necessário, portanto, delimitar sua finalidade e extensão, com fulcro na razoabilidade e na proporcionalidade, inerente a um Estado democrático de Direito, *in verbis*:

A condicionante constitucional ao “trânsito em julgado”, portanto, exige a análise de sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível, no exercício de interpretação constitucional, realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º. A interpretação constitucional deverá superar aparentes contradições entre os citados princípios por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e que prestigie o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário, garantindo-lhes a maior eficácia e aplicabilidade possível, pois, como salienta CANOTILHO, o intérprete deve: “considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998).⁷⁵ (Grifo nosso)

Argumentou ainda que nem a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) nem a Convenção Europeia dos Direitos do Homem condicionam o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Sustentou, por fim, que a exigência do trânsito em julgado ou de decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da sentença penal aplicada seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais, negando-lhes eficácia, em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva. Ante o exposto, votou pela improcedência das ADCs questionadas.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Alexandre de Moraes, p.18.

O ministro Edson Fachin foi o segundo a posicionar-se de acordo com esse entendimento. Similarmente ao min. Alexandre de Moraes, destacou a necessidade de se harmonizar a regra do inciso LVII do art. 5º da CRFB/88 com outros princípios e regras constitucionais, argumentando que os Recursos Especiais e os Recursos Extraordinários não possuem, em regra, efeito suspensivo.

Diante disso, concluiu que a sentença condenatória, tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está em conformidade com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias, conforme dispôs em seu voto:

A inexistência de efeitos suspensivos no recurso especial decorre, em última análise, do truísmo singelo de que ninguém está acima da lei e que ninguém pode deixar de cumpri-la.

[...]

Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual, apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias, é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

[...]

A interpretação que dá eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.⁷⁶ (Grifo nosso)

Pelos motivos expostos, votou no sentido de declarar inconstitucional a interpretação do art. 283 do Código de Processo Penal, quanto à exigência do trânsito em julgado para o início da execução da pena, assentando que é coerente com a Constituição da República brasileira o principiar da execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando houver atribuição expressa de efeito suspensivo a recursos eventualmente pendentes.

O ministro Luís Roberto Barroso votou em seguida, em 23 de outubro de 2019. Para Barroso, a Constituição Federal de 1988 distingue o juízo definitivo de culpabilidade, que exige o trânsito em julgado, do pressuposto para a privação de liberdade, que é a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Destacou ainda, na esteira dos argumentos elencados pelos outros ministros, que a presunção de inocência insculpida no

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Edson Fachin, p.24.

inciso LVII do art. 5º da CRFB/88 é princípio, e não regra, de sorte que, não só é possível, como também necessário ponderá-lo com outros princípios e bens jurídicos constitucionais colidentes, como a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas.

Por esse viés, com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, sobretudo em razão do fato de ser inviável o reexame de fatos e provas via REsp e RE, *in verbis*:

Em primeiro lugar, a Constituição brasileira não condiciona a prisão –mas, sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade –ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. **O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade.** [...] Assim, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.

Em segundo lugar, **a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes.** No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144).

[...]

Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.⁷⁷ (Grifo nosso)

O ministro Barroso relembrou ainda casos icônicos, que reforçariam a legitimidade da tese que sustenta a constitucionalidade do cumprimento provisório da pena após condenação em segunda instância. Trata-se de ações penais que foram amplamente difundidas na mídia televisiva e, até mesmo, na imprensa internacional, representando o abuso do direito de defesa pelo réu, bem como o manejo inadequado de recursos, com intuito meramente protelatório, visando a atingir à prescrição dos delitos.

Entre os casos citados, destaca-se o do ex-jogador de futebol Edmundo, que, em dezembro de 1995, saindo de uma festa noturna e dirigindo seu veículo a 120 km/h por hora na Lagoa Rodrigo de Freitas, na cidade do Rio de Janeiro, provocou um acidente e a morte de três pessoas. Foi condenado em outubro de 1999 a uma pena de 4 anos e meio de prisão. Os

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Luís Roberto Barroso, p. 16 - 19.

advogados de Edmundo entraram com nada menos do que 21 recursos, apenas no STJ. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena.

Outro caso foi o do ex-Senador da República, Luís Estêvão, que foi condenado pelo desvio de R\$ 169 milhões na construção do Foro Trabalhista de São Paulo, em 1992. Depois da interposição de 34 recursos, a decisão finalmente transitou em julgado em 2016, quando foi preso. Durante todo esse período, mesmo já condenado, circulou livremente em restaurantes e em carros de luxo.

Defendeu Barroso, que exemplos como esses reforçam, perante a sociedade, a ideia de que “o sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e difundia a impressão de que neste país o crime compensa”.⁷⁸ Por todo o exposto, votou pela improcedência das ADCs debatidas, declarando a inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, quanto à exigência de se esperar o trânsito em julgado para o início do cumprimento de pena.

Após o ministro Roberto Barroso, já na sessão plenária de 24 de outubro de 2019, o ministro Luiz Fux foi o quarto a posicionar-se favoravelmente ao cumprimento provisório da condenação penal, antes do trânsito em julgado. Alegou que a interpretação correta do art. 5º, inciso LVII, é no sentido de que, até o trânsito em julgado, o réu tem condições de provar sua inocência, porém, à medida que ocorre a tramitação do processo, com sucessivas condenações, a presunção de inocência é mitigada, e a prisão após condenação em segunda instância mostra-se imperativa.

À semelhança do ministro Barroso, Luiz Fux também exemplificou casos paradigmáticos, citando o caso do assassinato da menina Isabella Nardoni. Não obstante, reforçou que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, desde 2016, no HC 126.292, é uma regra salutar e que evita a impunidade. Diante disso, sobretudo em respeito à segurança jurídica, sustentou que o Tribunal não poderia mudar seus próprios precedentes sem uma motivação sólida, consubstanciada em argumentos novos, sob pena de a Excelsa Corte violar o seu magno papel de órgão de sobreposição na estrutura do Poder Judiciário, a quem incumbe manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente. Por fim, manteve seu tradicional posicionamento acerca do tema, votando pela improcedência das ações e declarando a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP.

A ministra Cármen Lúcia, a última entre os ministros favoráveis à prisão após condenação em segunda instância, proferiu seu voto no dia 07 de novembro de 2019. A

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Luís Roberto Barroso, p. 8.

ministra manteve seu habitual posicionamento acerca do tema, desde quando o Supremo apreciou no HC 84.078, em 2009.

Iniciou seu voto destacando a necessidade de respeito aos entendimentos contrários, reputando-os essenciais para o fortalecimento do regime democrático. Apesar disso, assentou que a justiça penal, da forma como propõem as ADCs, aguardando-se o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, gera, na sociedade, a certeza ou a crença de impunidade, o que fomenta ainda mais crimes, injuria a vítima e enfraquece o sistema de Direito.

Concordando com os argumentos de Roberto Barroso, sustentou ainda que a previsão do art. 283 do CPP favorece a seletividade do sistema penal, de forma que os que mais contam com essa crença na impunidade não são os mais pobres, mas sim aqueles que dispõem de meios para usar, ou até para abusar, de todo um rebuscado e intrincado sistema recursal, visando a evadir-se da responsabilidade de responder pelo delito, postergando o processo no tempo, até se chegar à prescrição da pretensão punitiva, o que violaria frontalmente os direitos e bens jurídicos, igualmente constitucionais, das vítimas dos delitos. Ante o exposto, a ministra concluiu seu voto julgando improcedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54.

Em que pese os argumentos apresentados pelos ministros e o apertado placar de seis votos a cinco, em 07 de novembro de 2019, concluiu-se o julgamento das ADCs propostas pelo Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), pelo Conselho Federal da OAB e pelo PCdoB, assentando-se a constitucionalidade do artigo 283 do CPP e restando vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

4.3 Consequências jurídico-sociais da alternância de entendimentos da Suprema Corte

Conforme analisado, o Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da CRFB/88, tem adotado um posicionamento pendular acerca da (in)constitucionalidade do início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, analisando, pela sexta vez, a mesma temática ora debatida.

Conforme destacou o ministro Luiz Fux, no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, a Suprema Corte possui um papel de órgão de cúpula em nosso ordenamento jurídico, e como tal, mostra-se imperioso a necessidade de que se mantenha uma jurisprudência estável, íntegra e coerente com a Constituição Federal, sob pena de violação do princípio da segurança

jurídica, basilar em um Estado Democrático de Direito. Nesse mesmo sentido, manifestou-se o ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual “devem ser excepcionais e raríssimos os casos em que se alterem posicionamentos já pacificados, em respeito à segurança jurídica”⁷⁹. Acrescentou ainda que “A segurança jurídica é fator essencial e indispensável para o fortalecimento do ordenamento jurídico.”⁸⁰

Essa mesma preocupação já havia sido destacada pela ex-Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, em seu parecer de 05 de março de 2018. Dodge defendeu a necessidade de que o STF se atenha aos precedentes da própria Corte, salvo em situações excepcionais, que justifiquem a necessidade de superação de entendimentos anteriores, sobretudo após a decisão proferida no ARE 964.246, analisada sob o rito de repercussão geral e com eficácia *erga omnes*.

Dessa forma, argumentou pela preclusão consumativa da matéria, sob pena de que a Suprema Corte tenha que analisar, de modo sucessivo, questões constitucionais já resolvidas, descredibilizando o sistema judiciário e inviabilizando o estabelecimento de um sistema de precedentes estável, previsível e efetivo, nos seguintes termos:

O eventual provimento destas duas ADCs significaria revogação do entendimento do STF no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP – do qual se originou precedente com eficácia vinculante *erga omnes*. **Ocorre que a revogação deste tipo de precedente só ocorre em situações especiais, quando se esteja diante de hipótese em que cabível o instituto da “superação do precedente” (*overruling*). Não é, todavia, o que ocorre no presente caso.**

Tais pressupostos derivam da própria lógica do sistema de precedentes vinculantes recentemente adotado no Brasil, voltado a conferir estabilidade, unidade e previsibilidade ao sistema jurídico pátrio.

De fato, não haverá sistema estável, coeso e previsível se as Cortes Superiores não se submeterem a critérios especiais para revogar os seus próprios precedentes.

Aliás, esta submissão a critérios diferenciados para revogação é justamente o que caracteriza a eficácia vinculante geral de que se revestem determinados julgados. **Do contrário, trata-se de precedente comum, com eficácia meramente persuasiva (ou, o que é pior, de sistema de precedentes vinculantes despido de credibilidade e, assim, de efetividade e utilidade).**⁸¹ (Grifo nosso)

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Alexandre de Moraes, p.13-14.

⁸⁰ *Ibidem*, p.17.

⁸¹ BRASIL, Gabinete da Procuradora-Geral da República. **Parecer PGR Raquel Dodge**. Liminar das ADC 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 5 de março de 2018, p.12 -13. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/raquel-dodge-recorre-decisao-reve.pdf>. Acesso em: 15 de jan. 2020.

Esse entendimento também encontra amparo na doutrina especializada, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni em seus ensinamentos, discorrendo acerca da necessidade de que se estabeleça, no Poder Judiciário, uma práxis jurídica que favoreça a previsibilidade e a estabilidade dos precedentes, sobretudo dos proferidos pelas Cortes de uniformização como o STJ e o STF, indispensável para a conformação de um Estado de Direito:

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. **Pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder.** Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário.

[...]

A previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. Interessante notar, ainda, que a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, às decisões, mas garante a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos. **Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania.**⁸² (grifo nosso)

O jurista Alemão Karl Larenz, desde 1985, já tratava do princípio da segurança jurídica enquanto elemento nuclear na estruturação de um Estado de Direito, representando uma condição essencial para uma vida coletiva pacífica. Isso porque a busca pela paz jurídica garante a confiabilidade e a previsibilidade dos cidadãos, que estarão certos de que as condutas por eles praticadas serão garantidas pelo Estado, *in verbis*:

O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protege, porque pode confiar [...] é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.⁸³

Celso Antonio Bandeira de Mello, nesse mesmo sentido, também elenca o referido princípio como inerente e essencial na estruturação de um sistema jurídico democrático, de forma que de nada adiantaria o conhecimento da norma e a uniformidade da interpretação, caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis, *ipsis litteris*:

É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional

⁸² Marinoni, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 96

⁸³ LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Madrid: Civitas, 1985, p.91.

como um todo [...]. O direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. **Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.**

[...]

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. **É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro: é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos futuros são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.**⁸⁴ (Grifo nosso)

No plano social, a insegurança jurídica decorrente do impasse na definição do tema pelo Supremo, que já o apreciou por mais de seis vezes, acaba por resultar em reflexos diretos na relação entre o grande número de habeas corpus nos tribunais superiores brasileiros e a possibilidade de prisão em segunda instância.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sebastião Reis, examina que o excesso desse remédio constitucional nos tribunais superiores, após o julgamento do HC 126.292, em 2016, foi decorrente, em grande parte, da preocupação dos advogados em evitar que seus clientes comecem a cumprir a pena antes do trânsito em julgado da sentença. “Assim, a avalanche de Habeas corpus tem, dentre outros motivos, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em autorizar a execução provisória da pena, após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância”.⁸⁵

Recentemente, como o fim do julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, em novembro de 2019, pelo STF, restou assentado o entendimento de que é necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início do cumprimento da pena. Diante disso, segundo dados oficiais do CNJ⁸⁶, essa decisão resultará em um número de aproximadamente 4.895 (quatro mil, oitocentos e noventa e cinco) réus que poderão ser beneficiados pelo novo entendimento, o que certamente terá como consequência a impetração de novos milhares de habeas corpus, bem como de seus recursos decorrentes, sobrecarregando ainda mais o já saturado Poder Judiciário brasileiro. Não obstante, o número revela também o fato de que milhares de pessoas que respondem a processos penais não possuem a certeza jurídica quanto

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 112 -114.

⁸⁵ Disponível em: <https://iabnacional.org.br/noticias/ministro-sebastiao-reis-diz-que-avalanche-de-hcs-se-deve-tambem-a-prisao-em-segunda-instancia>

⁸⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/>

à definição de seu *status libertatis*, podendo, com isso, verem sua liberdade cerceada de forma abrupta no curso do processo, a cada nova decisão da Suprema Corte.

Nessa óptica, faz-se imperiosa a cooperação entre os poderes, visando a alcançar um entendimento comum acerca do tema, por meio da busca de alternativas nos modelos estrangeiros, a ser analisada em tópico próprio, garantindo, em última instância, a persecução da segurança jurídica pelos aplicadores do Direito, tendo em vista a necessidade de se assegurar a confiabilidade e a previsibilidade dos cidadãos, no ordenamento jurídico brasileiro.

4.4 Projetos legislativos em trâmite no Congresso Nacional

Conforme enunciado na introdução da presente monografia, verifica-se que, no primeiro semestre do ano de 2020, encontravam-se em tramitação, no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, respectivamente, o Projeto de Lei 166/2018⁸⁷ e a Proposta de Emenda à Constituição 199/2019⁸⁸, os quais intentam modificar a atual tese jurídica prevalecente na Suprema Corte, no que tange ao tema.

O PLS nº 166/2018, apresentada pelo senador Lasier Martins, do partido político Podemos-RS, foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado em 11 de dezembro de 2019. O prazo para interposição de recursos foi de cinco dias úteis, contados da data de votação do parecer na comissão, e necessitava ser assinado por pelo menos nove senadores, o que não ocorreu.

Diante disso, o projeto de lei restou aprovado em caráter terminativo, o que significa que poderá seguir diretamente para a Câmara dos Deputados, tendo em vista que não foram apresentados recursos para votação em Plenário. Pelo PLS 166/2018, o Código de Processo Penal (CPP) passaria a vigorar com a seguinte redação do § 3º do art. 283:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão:

I – em flagrante delito;

II – por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente;

[...]

§ 3º A prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente decorrente de juízo de culpabilidade poderá ocorrer a partir da condenação em segundo grau, em instância única ou recursal. (Grifo nosso).⁸⁹

⁸⁷ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>

⁸⁸ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>

⁸⁹ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7715945&ts=1581949206284&disposition=inline>

Na prática, o PLS 166/2018 altera o dispositivo do art. 283 do CPP, que condiciona o cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da condenação (esgotamento de todas as possibilidades de recurso), bastando, para o início da sua execução, a condenação por órgão colegiado, seja em instância única ou recursal. Esse projeto de lei, entretanto, encontra óbice no próprio entendimento firmado pelo STF no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, de forma que sua promulgação só ocasionaria ainda mais insegurança jurídica, o que fez com que os parlamentares brasileiros o colocassem em segundo plano, priorizando a votação da PEC 199, conforme será demonstrado.

A PEC 199/2019, proposta pelo deputado federal Alex Manente (Cidadania-SP), por sua vez, diferentemente do PLS 166/2018, visa, na verdade, a alterar o momento em que ocorre o trânsito em julgado, antecipando-o por meio da reestruturação do sistema recursal brasileiro de modo amplo, através da modificação da redação dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, transformando os Recursos Extraordinários e Especiais em ações autônomas de impugnação, de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, o que se daria com a seguinte redação:

Art. 1º O art. 102 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações:

s) a ação revisional extraordinária;

§ 3º A ação revisional extraordinária será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância, que:

[...]

Art. 2º O art. 105 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações, renumerando-se o parágrafo único como § 1º:

j) a ação revisional especial;

§ 1º A ação revisional especial será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados, ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que [...].⁹⁰ (Grifo nosso)

Diante dessa nova redação, o trânsito em julgado das sentenças penais condenatórias passaria a ocorrer logo após a condenação em segunda instância, de modo que a impugnação das decisões às instâncias superiores seriam condicionadas à abertura de um novo processo, mediante a propositura de ações autônomas com natureza constitutiva negativa (objetivando

⁹⁰ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835285&filenam e =Tramitacao-PEC+199/2019

desconstituir uma decisão transitada em julgado), semelhantemente ao que ocorre atualmente, por exemplo, com a revisão criminal, prevista no art. 622 do CPP.⁹¹

Por fim, mister se faz ressaltar a proposta encaminhada, no mês de outubro de 2019, pelo presidente do STF, Dias Toffoli, ao Congresso Nacional, que tem o propósito de combater os casos alarmantes de processos extintos em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, antes do trânsito em julgado, como o do ex-jogador de futebol Edmundo, já oportunamente analisado, em que, após o transcorrer de dezesseis anos do processo e da interposição de vinte e um recursos só no STJ, o ministro Joaquim Barbosa veio a declarar a prescrição da pena em 2011.

A proposta pretende alterar o artigo 116 do Código Penal, acrescentando um novo inciso e um parágrafo ao dispositivo, que passará a prever que a prescrição não corre enquanto pendentes de julgamento os recursos Especial e Extraordinário, bem como seus respectivos agravos. O §2º da proposta estabelece que “a causa impeditiva de prescrição incide desde a interposição do recurso especial ou extraordinário no tribunal de origem”.⁹² Esta alteração visa otimizar o sistema recursal penal sem, contudo, alterar o momento em que se autoriza o início do cumprimento da pena, o que representa uma notável vantagem em relação à PEC 199, que tem gerado diversos questionamentos acerca da sua constitucionalidade, conforme será analisado em seguida.

4.4.1 Divergências acerca da constitucionalidade da PEC 199/2019

Em reunião com o ministro da Justiça, Sergio Moro, os líderes da Câmara e do Senado decidiram, em 26 de novembro de 2019, que o Congresso Nacional dará prioridade à Proposta de Emenda à Constituição nº 199/2019, em detrimento do PLS 166/2018, sob o argumento de que, apesar de ter uma tramitação mais longa, uma alteração na Constituição daria mais garantia jurídica para que a norma tenha validade, além de correr menos riscos de ser questionada futuramente no STF.⁹³

Alguns ministros do STF, quando do julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, em 2019, já se posicionaram quanto à possibilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência em perspectiva de *lege ferenda*.

⁹¹ Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

⁹² Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/toffoli-propoe-ao-congresso-que-mude-lei-para-evitar-prescricao-quando-reu-recorrer.shtml>

⁹³ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/11/pec-que-permite-prisao-em-segunda-instancia-deve-ter-prioridade-no-senado>

O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, destinou um tópico próprio em seu voto para tratar da possibilidade de alteração do sistema processual penal desse modo, sustentando que o espaço de conformação do legislador é lato, na medida em que o inciso LVII do art. 5º da CRFB/88 não conceituou, de forma precisa, o que é ser culpado. Sendo assim, para o ministro, seria plausível a mitigação do princípio, desde que realizada pelo legislador brasileiro, e não pelos próprios ministros do STF, incumbidos de interpretar a Constituição Federal e a legislação nos limites já fixados, destacando ainda que “essa é uma opção do Poder Legislativo, e é lá o local onde tal debate deve se dar de modo legítimo e louvável”.⁹⁴ A ministra Rosa Weber, em que pese ter votado pela procedência das ADCs nº 43, 44 e 54, também reconheceu, em seu voto, a possibilidade de mudança do entendimento atual, que só se legitimaria normativamente, via *lege ferenda* ou *de constitutione ferenda*.⁹⁵

A referida PEC, entretanto, sofre fortes críticas da doutrina, como a do professor Lenio Luiz Streck e a do professor Marcelo Cattoni. Ambos a consideram uma violação fraudulenta da cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição, em que há previsão de que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.⁹⁶

Segundo os autores, frente a esse contexto, as emendas só podem ampliar os direitos e garantias fundamentais, mas não aboli-los, seja direta ou indiretamente, tampouco podem restringi-los, sob o argumento de que restrição é também, para efeito do disposto no art. 60, §4º, IV, uma abolição violadora do princípio constitucional de proibição do retrocesso.

Compartilhando desse entendimento, observou o ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, que é vedado aos deputados e senadores, no exercício do poder constituinte derivado, a proposição de projetos legislativos tendentes a abolir a presunção de inocência, tendo em vista que esse princípio possui natureza de cláusula pétrea e é um antídoto contra regimes autoritários, o que tornaria a PEC 199 materialmente inconstitucional com a CRFB/88.⁹⁷

Ante o exposto, verifica-se que, em que pesem as décadas de discussões jurisprudenciais e doutrinárias que cercam o princípio da presunção de inocência (ou da não

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Gilmar Mendes, p. 20.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto da min. Rosa Weber, p. 59.

⁹⁶ STRECK, L.L.; CATTONI, M.; **PECs contra a presunção da inocência são fraude à Constituição**. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constituicao>. Acesso em: 02 de jan. 2020.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Ricardo Lewandowski, p. 3-4.

culpabilidade) em relação à possibilidade da execução provisória da pena, esse debate não se encontra pacificado em uma perspectiva de futuro breve. A PEC 199/2019, conforme analisado, inegavelmente encontra maior aceitação entre os ministros, tendo em vista que muitos dos votos no julgamento das ADCs nº 43,44 e 54 fundamentaram-se na literalidade da norma e na conformidade do art. 283 do CPP com o inciso LVII, art. 5º, da CRFB/88.

Apesar disso, a referida PEC, ao alterar o conceito de trânsito em julgado no ordenamento jurídico brasileiro, na prática, irá suprimir duas instâncias de julgamento, o STJ e o STF, o que poderá ensejar novas discussões acerca de sua constitucionalidade pela Excelsa Corte, uma vez que irá ocasionar profundas mudanças no sistema processual penal pátrio, bem como mitigar direitos e garantias fundamentais.

Vê-se, portanto, que o debate desta temática poderá ainda se prolongar nos próximos anos, ocasionando diversos prejuízos para a segurança jurídica, bem como para a tentativa de se estabelecer, no Brasil, um ordenamento jurídico estável, confiável, previsível e uno.

4.5 Execução provisória e o direito comparado: considerações acerca do sistema de três instâncias

Conforme demonstrado no tópico anterior, estão em pauta, no Brasil, diversos projetos legislativos que buscam modificar a estrutura do sistema recursal penal no ordenamento pátrio, na tentativa de sanar os vícios existentes no sistema judiciário, tais como a morosidade da prestação jurisdicional e o alarmante número de casos extintos em decorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Nesse contexto, mister se faz o estudo do direito comparado, como forma de buscar alternativas e soluções, através da análise de semelhanças e diferenças entre as ordens jurídicas dos demais países, com destaque para o modelo de três instâncias alemão, expandindo assim, os horizontes para os reformadores da lei.

À semelhança do que ocorre no Brasil, verificam-se alhures diferentes concepções acerca da possibilidade de prisões antes do trânsito em julgado. Entre os países analisados, os Estados Unidos da América são um dos que possuem os mais rígidos padrões quanto a esse quesito. O princípio da presunção de inocência, embora não previsto expressamente na constituição norte-americana, é reconhecido pela jurisprudência de sua Suprema Corte como

axiomático e elementar, conforme sedimentado no julgamento do caso *Coffin versus Estados Unidos*, em 1895.⁹⁸

Apesar disso, a regra no ordenamento jurídico americano é pela execução imediata da pena, nos moldes determinados pelo art. 18 do *U. S. Code § 3143*, seu código processual penal federal, que determina a prisão imediata do acusado, salvo em casos excepcionais, mediante o pagamento de fiança. Porém, as exceções são bastante restritas, prevalecendo assim, o entendimento pelo cumprimento da pena logo após a condenação de 1º grau⁹⁹, conforme demonstra o estudo realizado pelos membros do Ministério Público Federal da 3ª Região, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman:

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª 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 juizes.”** Prossegue informando que “o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”.

Segundo a Embaixada, **“a regra do devido processo legal, tão cara também ao sistema legal brasileiro, lá é tida por satisfeita já na entrega jurisdicional de ‘primeiro grau’, não havendo necessidade de prosseguimento de julgamento por instâncias diferentes”**.¹⁰⁰ (Grifo nosso)

Já no direito inglês, a questão é regulamentada pela Seção 81 do *Supreme Court Act 1981*, segundo o qual se garante a liberdade do réu mediante pagamento de fiança, enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Apesar disso, as hipóteses em que se admite fiança, assim como ocorre nos EUA, são limitadas, de forma que, nos crimes considerados mais graves, como o tráfico de drogas, a regra é que o réu aguarde preso durante todo o julgamento dos recursos interpostos.

Esses sistemas, entretanto, em uma análise sumária, revelam-se pouco compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em decorrência da determinação do poder

⁹⁸ Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/156/432/case.html>

⁹⁹ art. 18 do U. S. Code § 3143: Except as provided in paragraph (2), the judicial officer shall order that a person who has been found guilty of an offense and who is awaiting imposition or execution of sentence, other than a person for whom the applicable guideline promulgated pursuant to 28 U.S.C. 994 does not recommend a term of imprisonment, be detained, unless the judicial officer finds by clear and convincing evidence that the person is not likely to flee or pose a danger to the safety of any other person or the community if released under section 3142(b) or (c) . If the judicial officer makes such a finding, such judicial officer shall order the release of the person in accordance with section 3142(b) or (c) .

¹⁰⁰ FRISCHEISEN, Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio; **Execução Provisória da Pena: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. Brasília; ESMPU, 2011, p. 18. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf/view. Acesso em: 25 de jan. 2020.

constituente, em seu inciso LVII, art. 5º da CRFB/88, que inegavelmente buscou estabelecer um processo de demonstração da culpa de maneira mais criteriosa, com ampla devolutividade dos recursos de apelação, como também em virtude do alto índice de reforma de decisões nos tribunais superiores, conforme demonstrou o levantamento publicado pelo jornal Folha de São Paulo em 2019, em que se verificou uma taxa de provimento desses recursos de aproximadamente 37%.¹⁰¹

O atual modelo recursal penal brasileiro, entretanto, adota uma interpretação mais extremada do princípio da não culpabilidade, seguindo os modelos italiano e português, cujos ordenamentos também preveem o princípio da presunção de inocência em nível constitucional, resguardando-o até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A constituição italiana prevê o referido princípio em seu art. 27, segundo o qual “*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”¹⁰². Já a constituição portuguesa, por sua vez, o prevê em seu art. 32, 2, de forma que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.¹⁰³

O ordenamento jurídico alemão, por sua vez, adota uma interpretação mais moderada da presunção de inocência, despontando enquanto uma alternativa promissora e adequada à realidade jurídica brasileira, merecendo especial atenção dos legisladores pátrios. Em que pese não haver previsão constitucional do referido princípio no Direito alemão, este encontra-se profundamente enraizado na jurisprudência do país, sendo previsto em nível infraconstitucional, no §449 do seu código de processo penal, o *Strafprozeßordnung*¹⁰⁴.

Segundo o dispositivo, as sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado, exceto quando o acusado é fortemente suspeito do cometimento de um crime grave.¹⁰⁵ Cumpre ressaltar que, para os alemães, o trânsito em julgado se dá após a condenação em terceira instância, no *Bundesgerichtshof* (que, no Brasil, corresponde ao STJ), e não após o julgamento por sua corte constitucional, o *Bundesverfassungsgericht*, distintamente da dinâmica brasileira, em que o trânsito ocorre apenas após apreciação de eventual Recurso Extraordinário pelo STF.

¹⁰¹ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/uma-em-cada-tres-decisoes-judiciais-em-segunda-instancia-e-alterada-no-stj.shtml>. Acesso em: 18 de jan. 2020.

¹⁰² Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 25 de dez. 2019.

¹⁰³ Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 05 de jan. 2020.

¹⁰⁴ Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>. Acesso em 7 de jan. 2020.

¹⁰⁵ §449 do *Strafprozeßordnung*: Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind”

Avalia-se que esse modelo de três instâncias, apesar das escassas discussões, até mesmo por parte da mídia especializada nacional, já encontra abrigo no entendimento de alguns ministros do STF, uma vez que além de retratar uma posição intermediária, oferece também uma interpretação mais racional e ponderada do princípio da presunção de inocência, em face da intransponível dualidade de entendimentos em que se encontra essa questão no cenário nacional, representando assim uma possível solução para o impasse jurídico travado na Suprema Corte e no Congresso Nacional.

Por essa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça passaria a funcionar como Corte de Cassação, aumentando a racionalidade do sistema, além de, inegavelmente, representar uma menor mitigação dos direitos e garantias fundamentais processuais, se feita comparação com o que propõe a PEC nº 199/2019, que pretende antecipar o trânsito em julgado para o momento após a condenação em segunda instância.

Não obstante, há diferenças fundamentais e que devem ser destacadas entre a natureza e o objeto dos Recursos Especiais e dos Recursos Extraordinários, as quais justificam a adoção de um sistema de três instâncias no Brasil. Com efeito, o STJ examina diversas matérias, tais como a licitude da prova, a correta dosimetria da sanção e a tipicidade da conduta, não passíveis de apreciação por meio de Recursos Extraordinários, mas que se mostram essenciais para aferição da culpa do Réu e da justeza da condenação. Nesse sentido, observa o ministro Gilmar Mendes, destacando a diferença entre esses recursos:

O recurso extraordinário pressupõe a repercussão geral da questão constitucional suscitada, pelo que pressupõe a transcendência dos interesses subjetivos do recorrente. Assim, “como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual”, não haveria “razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário”. Por sua vez, o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, prestar-se-ia “à correção de ilegalidades de cunho individual”. Assim, concedi a ordem, para aguardar o julgamento do recurso especial.¹⁰⁶

Concordando com o entendimento acima esposado e ratificando a constitucionalidade da implantação de um sistema de três instâncias no Brasil, já se posicionou o ministro Dias Tofoli, segundo o qual se mostra compatível com o princípio da presunção de inocência o início do cumprimento da pena após a confirmação da condenação pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, e-book, p. 853.

Com efeito, para além dessas questões fáticas, **a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta[...].**

[...]

Na esteira dessa interpretação, se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável -, **reputo viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.**¹⁰⁷ (Grifo nosso)

Por todo o exposto, verifica-se a importância da análise no direito comparado, de possíveis soluções para o impasse em que se encontra o Judiciário e o Legislativo brasileiros, em que se destaca a possibilidade de importação de conceitos jurídicos que podem se mostrar essenciais para um entendimento comum entre os poderes, como o sistema de três instâncias, ora analisado e adotado no Direito alemão, em que se atribui ao STJ, de maneira ponderada e em harmonia com os demais dispositivos legais, o status de Corte de Cassação, propiciando, destarte, o retorno da segurança jurídica em nosso ordenamento, basilar para o fortalecimento do nosso Estado democrático de Direito, salvaguardando as garantias fundamentais e os bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019, voto do min. Dias Tofoli, p. 12.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elucidação dos motivos que ensejaram a alternância de entendimento do Supremo Tribunal Federal – que apreciou, ao menos seis vezes, a conformidade entre o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, e a possibilidade do início da execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória – exigiu uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária que esclarecesse as causas para tais divergências, no sentido da análise dos fundamentos jurídicos que justificam o impasse na busca por uma solução definitiva para o tema, por parte da Excelsa Corte.

Nesse percurso, observou-se, no capítulo primeiro, que a presunção de não culpabilidade foi inserida pelo constituinte, em nosso ordenamento jurídico, no rol de direitos e garantias fundamentais, com *status* de cláusula pétrea. Viram-se também os diversos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, os quais adentraram em nossa ordem jurídica sob o manto da supralegalidade, com fulcro na Constituição Federal, além da decisão da ADI nº 5.240/SP.

Por outro lado, abordou-se, nesse mesmo capítulo, a natureza principiológica dessa garantia e a sua possibilidade de conformação diante do caso concreto, verificando-se ocasiões em que a jurisprudência dos tribunais superiores buscaram mitigar sua aplicabilidade e o seu alcance, diante da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e a efetividade da justiça, como, por exemplo, em relação às prisões cautelares, cuja constitucionalidade encontra-se pacificada no STF.

O debate dos precedentes da Suprema Corte, no capítulo segundo, buscou trazer à baila os fundamentos que explicam seu posicionamento pendular, a começar pelo estudo do HC 68.726/SP, em 1991, o qual se firmou como *leading case*, estabelecendo, em um primeiro momento, a possibilidade de execução da decisão condenatória de segunda instância, sob o argumento de que os recursos Extraordinário e Especial são destituídos de efeito suspensivo.

Passou-se, então, pela virada jurisprudencial ocorrida no ano de 2009, em virtude do julgamento do HC 87.078/PR, em que prevaleceu a tese de que, em que pese a determinação do art. 637 do CPP, que prevê o efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinários, não se pode, mesmo assim, admitir a prisão do réu condenado em segunda instância durante todo o transcurso do processo penal, em virtude do art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, o qual prediz a necessidade do trânsito em julgado para aferição da culpa, entendimento que prevaleceu até o ano de 2016, quando foi novamente apreciado no HC 126.292/SP.

Nesse último julgamento, a Corte resgatou sua jurisprudência tradicional, em decisão bastante polêmica, mas que, segundo os ministros favoráveis à mudança, seria necessária, diante das consequências jurídicas e sociais que a percepção esposada em 2009 teria ocasionado, com destaque para o fato de que a análise dos fatos e das provas, conforme determina a Súmula nº 7 do STJ, exaure-se nas instâncias ordinárias, justificando-se, assim, a execução da pena a partir desse momento.

Outro argumento levantado, na oportunidade, diz respeito ao grande lapso temporal entre o cometimento do fato e o trânsito em julgado da condenação, fato que estaria gerando, na sociedade, um inadmissível sentimento de impunidade, além do descrédito do Poder Judiciário perante a população, mormente em decorrência dos alarmantes casos de prescrição da pretensão punitiva, ocasionados pela interposição abusiva de recursos, com intuito meramente protelatório.

Ocorre, porém, que, conforme destacou parte da doutrina especializada, como o professor Lenio Streck e também o Conselho Federal da OAB, os ministros, na ocasião deste julgamento, não apreciaram de maneira expressa o art. 283 do CPP, levando a uma dicotomia jurídica: de um lado, um dispositivo do Código de Processo Penal ainda válido; de outro, uma decisão do STF estabelecendo o sentido contrário, sem que fosse declarada expressamente sua inconstitucionalidade.

Isso fez com que a matéria fosse rediscutida em 2019, quando da análise das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), pelo Conselho Federal da OAB e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB). As ADCs tinham por objetivo, justamente, a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP, o qual prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O terceiro capítulo, por tratar do último julgamento do Supremo sobre o tema, suprarreferido, recebeu especial enfoque, tendo em vista que foram retomadas todas as discussões anteriores sobre a possibilidade da execução provisória da pena. A tese que prevaleceu nesse julgado – atualmente vigente – buscou destacar o fato de que o art. 283 do CPP não é apenas compatível com a Constituição Federal, mas também replica o texto do art. 5º, LVII, da CRFB/88. Por conseguinte, a detenção para fins de cumprimento antecipado da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, como definido no HC 126.292/SP, consubstancia caso de prisão não prevista na legislação nacional e, portanto, seria abusiva e arbitrária, restando inviável, no que concerne ao Direito Penal, o exercício do poder normativo pelo Judiciário.

Diante disso, em 07 de novembro de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, julgando-as procedentes e concluindo pela constitucionalidade da regra do art. 283, de forma que somente poderiam ocorrer prisões antes do trânsito em julgado, quando, da análise do caso concreto, restasse demonstrada a existência de requisitos ensejadores de prisões cautelares, como a prevista no artigo 312 do CPP.

Por fim, foram analisados também, neste derradeiro capítulo, os atuais projetos legislativos em tramitação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados – respectivamente, o Projeto de Lei do Senado 166/2018 e a Proposta de Emenda à Constituição 199/2019 –, os quais pretendem modificar a atual tese jurídica prevalecente na Suprema Corte, retomando o posicionamento anterior, pela possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância. Isso tem gerado novas discussões quanto à constitucionalidade material dessas iniciativas, tendo em vista o *status* de cláusula pétrea da presunção de inocência.

Por todo o exposto, resta evidente que, para a pacificação do tema, faz-se necessária e essencial a busca por novos conceitos e soluções jurídicas, entre as quais se destacam as possibilidades elencadas por meio do estudo do direito comparado.

A principal delas remonta à instituição, possível por meio de emenda à Constituição, de um sistema penal de três instâncias no Brasil, a exemplo do ordenamento jurídico alemão, atribuindo ao STJ a função de Corte de Cassação, pois, conforme foi demonstrado ao longo do presente estudo, a alternância de entendimentos do STF oscila reiteradamente entre duas posições, sendo uma referente à possibilidade de execução da sentença penal após condenação em segunda instância e a outra relativa à admissão do cumprimento da pena somente após condenação em quarta instância, quando do trânsito em julgado da condenação. Essa dicotomia jurídica representa, entretanto, dois extremos de uma mesma questão, e nenhuma parece atender adequadamente aos anseios sociais e da comunidade jurídica, perpetuando a discussão do tema em nossa ordem constitucional.

Nessa perspectiva, faz-se necessário o estabelecimento de um sistema penal harmônico e moderado, como o sistema de três instâncias baseado no modelo alemão, oportunamente analisado, e que atenda às reivindicações dos poderes constituídos e da sociedade. Apenas desse modo, restaurar-se-á a segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a garantir um sistema penal estável, coeso e previsível, assegurando a efetividade da justiça em nosso país, sem, contudo, violar os direitos e as garantias processuais fundamentais.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. **Constitucional: prática**. 11. ed. 2ª tiragem. Salvador: JusPodivm, 2018.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico] / Fernando Brandini Barbagalo. – Dados eletrônicos. – Brasília: TJDF, 2015. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais. Acesso em: 21 de jan. 2020.

BRASIL, Gabinete da Procuradora-Geral da República. **Parecer PGR Raquel Dodge**. Liminar das ADC 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 5 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/raquel-dodge-recorre-decisao-reve.pdf>. Acesso em: 15 de jan. 2020.

BRASIL, Procuradoria-Geral da República, **Sustentação oral PGR Augusto Aras**, ADCs 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Sessão de 23.10.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nosso-sistema-penitenciario-parece.pdf>. Acesso em: 14 de jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manifestação AGU André Mendonça**, ADCs 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Sessão de 23.10.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-agu-adcs-43-44-54.pdf>. Acesso em: 30 de jan. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 3689/41. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 15. jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 592, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 25 de dez. de 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 8 jan. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 20 de fev. de 2020.

BRASIL. TRF-4. **Súmula 122**: Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. Curitiba, PR: TRF-4. Dj. 14.12.2016. Disponível em:

https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4&seq=194%7C967. Acesso em: 21 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716**: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. - DJ de 09/10/2003, p. 6; Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>. Acesso em: 30 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 10**: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. DJE de 27.6.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 25 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 717**: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. - DJ de 09/10/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>. Acesso em: 30 de jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **RHC 1.576/SC**. Rel. Min. José Dantas. Diário da Justiça, DJe 09.03. 1992. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100203890&dt_publicacao=09/03/1992. Acesso em: 05 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI 5.240/SP**, rel. min. Luiz Fux, Tribunal pleno, P, j. 20.8.2015, DJE 18 de 01. 02. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4711319>. Acesso em: 25 de dez. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgadas em 16.02.2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4070308>. Acesso em: 20 de dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 29/DF**, Relator(a): min. Luiz fux, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, processo eletrônico DJ de 28.06.2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4065372>. Acesso em: 26 de dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43, 44 e 54/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJU, Brasília, 7.11.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 19 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 858/DF**, Relator: Min. Gilmar mendes, 1ª Turma, Acórdão publicado no DJe de 7.11.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4480919>. Acesso em: 17 de dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246/SP**, Relator(a): Min. Teori Zavascki, plenário virtual, julgado em 10/11/2016, processo eletrônico repercussão geral - mérito dje-251 divulg. 24.11.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em: 15 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal pleno, j. 17.02.2016, DJE de 17.05.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 23 de dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752/PR**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, processo eletrônico Dje 27.06.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 18 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68841/SP**, Relator(a): Min. Moreira Alves, 1ª Turma, julgado em 24/09/1991, DJ 11.10.1991. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1522701>. Acesso em: 5 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69696/SP**, Relator(a): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18.12.1992 DJ 01.10.1993. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1545107>. Acesso em: 14 de dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 71.959/RS**. Relator Min. Marco Aurélio. 1ª Turma, DJU 22.11. 1994. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1600452>. Acesso em 25 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.903/SP**, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 01.08. 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2104529>. Acesso em 14 de dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.947/AM**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, voto do relator, 07.08.2007, 2.ª T., DJE de 01.02.2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2198762>. Acesso em: 18 de fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078/MG**. Relator Min. Eros Grau. Tribunal pleno. DJU, Brasília, 05.02.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>. Acesso em: 17 de fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Liminar ADCs 43 e 44/DF**, Relator(a): Min. Marco aurélio, Relator(A) P/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Julgado em 05/10/2016, processo eletrônico dje-043 divulg 06.03.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 15 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343/SP**, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal pleno, DJE 104 de 05.06.2009, Tema 60. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>. Acesso em: 12 de fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 86297/SP**, Relator(a): min. Thompson Flores, Tribunal Pleno, julgado em 17.11.1976, DJe 26.11.1976. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%2886297>

%2ENUME%2E+OU+86297%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/wvn4wv5. Acesso em: 18 de jan. 2020.

BULOS, Lammêgo, U. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/>. Acesso em: 25 jan. 2020.

FAÉ, M. Noeli. **Aforismo Forense**: origem e anotações ao Direito brasileiro. 1. ed. Curitiba: Tribel, 1979.

FRISCHEISEN, Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio; **Execução Provisória da Pena**: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. Brasília; ESMPU, 2011. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf. Acesso em: 25 de jan. 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, e-book, 2018.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

STRECK, L.L; CATTONI, M.; **PECs contra a presunção da inocência são fraude à Constituição**. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constituicao>. Acesso em: 02 de jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF**. Conjur. 29.02.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>. Acesso em: 21 de jan. 2020.