



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências
Sociais
Curso de Direito

JULIA ROBERTA FREITAS PEREIRA

**O DEBATE SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BRASÍLIA

2017

JULIA ROBERTA FREITAS PEREIRA

**O DEBATE SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Carolina Costa Ferreira

JULIA ROBERTA FREITAS PEREIRA

**O DEBATE SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como no Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Carolina Costa Ferreira

Brasília, 1º de junho de 2017.

RESUMO

O presente trabalho examina o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena por meio de uma análise sistemática da Constituição Federal, a partir da conjugação de diversos princípios constitucionais. Para isso, foi feita a análise dos principais argumentos apresentados pelos Ministros no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292/SP, demonstrando-se que a execução da pena antes do trânsito em julgado não fere o princípio da presunção de inocência. Neste estudo, observou-se que o precedente gerou conflitos entre os posicionamentos individuais dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que é reflexo da falta de unidade da Corte Suprema em relação aos seus entendimentos jurisprudenciais. Foi realizada, ainda, uma comparação entre a prisão preventiva e a prisão decorrente da execução provisória da pena, com o intuito de demonstrar que esta última se mostra mais coerente com os princípios processuais penais e constitucionais, inclusive com o princípio da presunção de inocência e, sendo assim, deveria ter o mesmo grau de aceitação da primeira.

Palavras-chave: Processo Penal. Execução provisória da pena. Princípios constitucionais. Princípio da presunção de inocência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E AS TENSÕES DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL	9
1.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	9
1.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE	13
1.3 O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	16
1.4 O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	18
1.5 A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL	21
2 O HC 126.292	26
2.1 DESCRIÇÃO DO CASO	26
2.2 OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO	28
2.2.1 Argumentos favoráveis à execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação	29
2.2.2. Argumentos desfavoráveis à execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação	39
3 PONTOS DE TENSÃO	46
3.1. CONFLITOS INSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO PRECEDENTE FIRMADO	46
3.2 AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE REFERENTES AO ART. 283 DO CPP	50
3.3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO REGIMENTAL (ARE) 964.246	51
3.4. PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA OU TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS	54

3.5 A SELETIVIDADE DO USO DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL NO STF E NO STJ	54
3.6 SAÍDAS PARA A DIMINUIÇÃO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA: PRISÃO PREVENTIVA <i>VERSUS</i> EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA ...	56
CONCLUSÕES	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa verificar a legitimidade da execução provisória da pena, que consiste no início do cumprimento da pena fixada em sentença judicial antes da ocorrência do trânsito em julgado da condenação.

O interesse pelo tema surgiu da ampla repercussão do julgamento do *Habeas Corpus* número 126.292/SP, ocorrido em fevereiro de 2016 e da percepção da força e da relevância dos argumentos apresentados, tanto contra quanto a favor da execução provisória da pena.

Para desenvolver esta análise, será necessário fazer uma interpretação sistemática da Constituição Federal, com a conjugação de diversos princípios. A partir da realização de uma ponderação entre eles, será possível avaliar se a limitação dada ao princípio da não culpabilidade é razoável ou não. Com o intuito de tornar este exame mais objetivo, serão estudados apenas os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, da efetividade da prestação jurisdicional e da razoável duração do processo.

É importante também apreciar as taxas de provimento dos recursos e de concessão dos *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, bem como temas de maior incidência desses recursos. Com estes dados, ter-se-á um panorama das causas do problema do excesso de recursos de natureza extraordinária e de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Ademais, será possível prever o impacto da execução provisória da pena no sistema carcerário brasileiro.

Será feita, ainda, uma análise dos argumentos apresentados pelos Ministros na decisão referente ao HC 126.292/SP, a qual determinou a possibilidade da execução da pena de uma sentença condenatória confirmada em segunda instância, antes da ocorrência do trânsito em julgado da condenação. Sabe-se que existem argumentos convenientes tanto a favor da execução provisória da pena quanto contra. A partir da análise destes argumentos, será possível considerar constitucional ou inconstitucional a execução provisória da pena.

Esse julgamento, realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2016, gerou algumas tensões institucionais. As decisões conflitantes proferidas pelos Ministros após o julgamento do HC 126.292 geraram uma profunda insegurança jurídica, razão pela qual foram ajuizadas duas Ações Diretas de

Constitucionalidade referentes ao artigo 283 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses legais de prisão. Ainda sobre o mesmo tema, foi interposto um recurso extraordinário com agravo regimental (ARE 964246), no qual foi reconhecida a repercussão geral e a reafirmação da jurisprudência. Apesar de essas decisões aparentemente terem resolvido o problema da desobediência dos Ministros aos precedentes, será possível avaliar se foi possível chegar a um entendimento comum do órgão jurisdicional ou somente fundamentos apresentados pelos Ministros de forma isolada.

Será retomado, no último capítulo, o argumento da seletividade dos recursos no processo penal no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no HC 126292, por ser um argumento empírico de extrema relevância social.

Por fim, realizar-se-á uma comparação entre a prisão preventiva e a prisão decorrente da execução provisória da pena, com o intuito de encontrar saídas para a diminuição do encarceramento em massa.

1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E AS TENSÕES DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL

Os princípios são normas genéricas que têm o objetivo de guiar a interpretação normativa, resolvendo problemas de coerência das normas e preenchendo lacunas deixadas pelo legislador. Não se trata de simples regras. Há uma primazia dos princípios sobre as normas, no sentido de que estas devem estar sempre em sintonia com aqueles. Assim, o ordenamento jurídico como um todo deve ser compreendido e interpretado à luz dos princípios constitucionais (VILELA, 2000).

1.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O princípio da presunção de inocência se diferencia de outros institutos processuais penais, como o *favor rei*, o *favor libertatis*, o *favor defensionis* e o *in dubio pro reo*, o que demonstra que este princípio apresenta características específicas e deve ser analisado separadamente (VILELA, 2000).

Quanto à nomenclatura, não se trata de presunção no sentido técnico, mas sim de uma verdade interina, porque parte da experiência de que os cidadãos são em regra inocentes e assim devem ser considerados até que se prove o contrário. Porém, alguns autores afirmam que se trata não de uma verdade interina, mas de uma ficção jurídica, pois a maioria dos acusados acaba sendo condenada. O que muda nesses dois posicionamentos é apenas o referencial. Se considerar que o princípio incide sobre os cidadãos de forma geral, a presunção consiste em uma verdade interina. Porém, se for considerar apenas os acusados, trata-se de ficção jurídica (VILELA, 2000).

Este princípio configura-se, ainda, como direito subjetivo público consistente em uma garantia subjetiva do acusado, de ser considerado inocente enquanto sua culpa não for provada por quem acusa, tendo surgido para opor a ideia de que o acusado era culpado até que se provasse o contrário (VILELA, 2000). Foi esse o objetivo original da criação da norma constitucional que positiva o princípio da presunção de inocência. A ideia era criar um mecanismo para a proteção do

indivíduo perante o Estado, pois há um evidente desequilíbrio de condições entre eles. Inverteu-se, portanto, o ônus da prova da culpa, que passou a ser da parte acusadora.

Trata-se de um princípio constitucional, pois está positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). É sabido no meio jurídico que não se deve dar interpretação extensiva às normas que são claras (TUCCI, 2011). Contudo, sabe-se também que o ordenamento jurídico deve ser analisado como um sistema, conjugando-se as normas e os princípios a fim de dar coerência e lógica à multiplicidade de dispositivos legais existentes. A Constituição, fazendo parte desse sistema, também deve ser analisada como um todo, não sendo suficiente, evidentemente, uma interpretação literal de cada uma de suas normas para solucionar os conflitos que são levados ao Judiciário. Este tipo de interpretação é importante de maneira inicial. Todavia, verifica-se que existem muitas normas incompatíveis, inclusive no texto constitucional e para dar harmonia, é preciso enxergar o direito como um sistema complexo. É importante que seja feita uma análise mais profunda antes de dar a resposta positivista de que *in claris cessat interpretatio* (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2013).

Sob a ótica deste brocardo latino, deveria ser feita uma interpretação literal das normas constitucionais e assim grande parte dos problemas seriam facilmente resolvidos. Entretanto, o que o direito almeja não é a facilidade da resolução dos problemas, e sim, a justiça. Com o crescente número de processos no Judiciário, é evidente que as normas não terão respostas prontas para todas as situações. É por esse motivo que existem os princípios gerais e específicos de direito. Ademais, o direito não foi feito para ser rígido, mas sim para dar as respostas e soluções aos problemas que a sociedade coloca na pauta do Poder Judiciário.

Nesse sentido, para se entender de fato a abrangência do princípio da não culpabilidade, não basta um olhar limitado ao inciso LVII do art. 5º da CF. É preciso fazer uma interpretação com base na Constituição como um todo e também com base nos demais princípios jurídicos implícitos no texto constitucional (BARROSO, 2009).

Fazendo esta análise, verifica-se a presença de outros valores constitucionais, que devem ser levados em consideração. Esses valores consistem

na duração razoável do processo e na efetividade da prestação jurisdicional, previstos no art. 637 do CPP e art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, respectivamente. Também é necessário mencionar o direito a uma proteção jurídica efetiva, que se consolida a partir do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF), conjugado com a garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e a garantia da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) (BARBAGALO, 2015; BRASIL, 1988).

A demora no julgamento e, conseqüentemente, na prisão do condenado gera uma sensação de impunidade que atua como estimuladora da prática de crimes, e não inibidora. Vale ressaltar que em se tratando de direito penal, o interesse é tanto público quanto da vítima. É necessário que a sentença penal tenha efetividade e essa efetividade somente pode ser constatada quando há o cumprimento da pena estabelecida pelo Poder Judiciário e quando este cumprimento se dá em um prazo razoável (BARBAGALO, 2015). Não se trata, aqui, da eficácia jurídica da norma penal incriminadora, que significa, simplificada, a capacidade normativa de produção de efeitos. Trata-se da ideia de eficácia social, ou efetividade, que se traduz no cumprimento da função social da norma. Em outras palavras, é necessário que haja um resultado efetivo (BARROSO, 2006). A sociedade clama por um sistema penal efetivo. Porém, isso jamais ocorrerá se a resposta jurídica for muito lenta ou inexistente. Este ponto será aprofundado a seguir.

Diferentemente das regras, que são prescrições objetivas e são aplicadas na modalidade “tudo ou nada”, os princípios apontam uma direção, o que indica que seu peso será valorado de acordo com a situação (BARROSO, 2015).

Ressalte-se, portanto, que os princípios não são absolutos. Tomar-se-á como exemplo os efeitos dos recursos de natureza extraordinária. Partindo da premissa de que lei ordinária não pode revogar norma constitucional, é evidente que havendo conflito de normas destas duas naturezas, prevalece a estabelecida pela Constituição Federal. Uma das correntes jurídicas que trata dos efeitos do recurso especial e do recurso extraordinário afirma que a sentença penal condenatória, ainda que confirmada em segunda instância, é ato ineficaz até que sobrevenha o trânsito em julgado (GRINOVER; FILHO; FERNANDES, 2008). Isso significa entender que os dispositivos legais que prescrevem que os recursos de natureza

extraordinária não teriam efeito suspensivo estariam dissonantes do texto constitucional.

Contudo, observa-se que mesmo enquanto o entendimento era de que a prisão somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado da condenação, o próprio Supremo Tribunal Federal determinou a execução provisória da pena em casos em que ficava nítido o intuito meramente protelatório dos recursos (BARBAGALO, 2015). Verifica-se, assim, que o princípio já estava sendo limitado em prol de um interesse coletivo da efetividade das decisões judiciais (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2013). Pode-se dizer, inclusive, que essa forma de agir dos Tribunais Superiores se aproxima da decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da aplicação da lei penal, por se verificar o abuso do direito de defesa com a interposição excessiva de recursos sem fundamentos sólidos (BARBAGALO, 2015). A grande diferença entre elas é o fato de que na execução provisória há uma sentença penal condenatória, o que gera o respeito ao regime adequado para o cumprimento da pena, além de já ter ocorrido uma ampla análise probatória, o que, por si só, já deveria reduzir a amplitude do princípio.

Robert Alexy (1986), ao tratar de um modelo constitucional de princípios – e esse é o pressuposto deste trabalho, tendo em vista que estuda as limitações do princípio da presunção de inocência -, analisa como pode ser feita uma restrição a direitos fundamentais. Ele afirma que só é admissível a restrição a um direito fundamental se for colocado um maior peso aos princípios que a ele se conflitam. Isso é precisamente o que ocorre em relação à execução provisória da pena. Nesta interpretação atual, foi colocado um peso maior nos demais princípios constitucionais, o que gerou a necessidade de interpretar restritivamente a norma que trata do princípio da presunção de inocência.

Nota-se, ainda, que pouco importa se os recursos de natureza extraordinária possuem efeito suspensivo ou não, tendo em vista que os efeitos dos recursos são consequência do que se entende da natureza jurídica das sentenças condenatórias ou dos acórdãos dos Tribunais, bem como da delimitação da abrangência do princípio da presunção de inocência. Isso é percebido pelo fato de que mesmo antes da declaração de constitucionalidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, enquanto os recursos de natureza extraordinária

ainda eram entendidos como dotados de efeito suspensivo, esse efeito era muitas vezes mitigado, conforme mencionado anteriormente.

Além disso, ainda com relação aos efeitos da sentença condenatória, é preciso ressaltar que esta, quanto à sua natureza jurídica, deve ser entendida como um ato presumidamente válido, apto a produzir efeitos. Ainda que ela seja alterada pelas instâncias superiores e ainda que ela possua efeito suspensivo, a sentença consiste em uma “aplicação válida do poder jurisdicional”, até que seja substituída (BARBAGALO, 2015).

A sentença, então, não pode ser considerada “mera situação jurídica” ou ato sob “condição resolutive ou suspensiva”, tendo em vista que essas interpretações retiram a autoridade e a legitimidade das sentenças e ignoram a possibilidade da produção imediata de efeitos. De fato, os efeitos que serão produzidos após as decisões das instâncias superiores não mais serão decorrentes da sentença de primeira instância, mas sim do acórdão ou decisão que substituiu a sentença. O mesmo ocorre em relação aos acórdãos de segunda instância, que já produzirão efeitos imediatos – a não ser que os recursos apresentem efeito suspensivo –, até que sejam substituídos pelo acórdão ou decisão das Cortes excepcionais (BARBAGALO, 2015).

1.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE

A ideia inicial deste princípio, oriunda da Alemanha, é de que a liberdade individual somente deve ser limitada em prol de interesses coletivos. Era chamado, inclusive, de princípio da proibição do excesso (FERNANDES, 2012).

Para alguns autores, como Luís Roberto Barroso e Suzana de Toledo Barros, o princípio da proporcionalidade se mistura ao princípio da razoabilidade, apontando para ambos os mesmos requisitos (FERNANDES, 2012). Para os fins do presente trabalho, estes princípios também serão analisados como sinônimos.

Este princípio busca o equilíbrio entre interesses opostos, ao proteger o indivíduo contra os abusos do poder do Estado. Trata-se de buscar construir uma equivalência de poder. Como o indivíduo é pequeno perante o Estado, o princípio da

razoabilidade é um instrumento que busca dar efetividade aos direitos fundamentais (FERNANDES, 2012). A sua constitucionalidade vem da garantia ao devido processo legal. O princípio da razoabilidade está implícito no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que apresenta a seguinte redação: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Ele decorre da influência norte-americana no tocante à natureza substantiva do devido processo legal, ou seja, na esfera da limitação do exercício do poder estatal (BARROSO, 2009).

Assim, o exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas se dá a partir de uma análise do devido processo legal do ponto de vista substantivo, avaliando se existe injustiça ou arbitrariedade nos atos do poder público, o que possibilita a defesa de direitos individuais, e não apenas da regularidade do processo em si (BARROSO, 2009).

Desse modo, de acordo com Barroso (2009), o devido processo legal “enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”. Trata-se dos requisitos da adequação, que afere se a medida é apta a alcançar os resultados pretendidos; da necessidade ou exigibilidade da medida, que verifica se a medida causará o menor prejuízo possível; e da proporcionalidade em sentido estrito, que verifica se a intervenção é justificável ou não. Estes são os requisitos para que possa haver a limitação de algum direito individual. Os autores alemães os chamam de tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade (BARROSO, 2009).

A adequação indica que o meio utilizado para a restrição de um direito é apto à realização do resultado pretendido. O meio deve ser adequado ao fim. Este requisito deve ser observado qualitativamente, ou seja, em relação à natureza do meio a ser utilizado; quantitativamente, com relação à intensidade da aplicação, e também de forma subjetiva, no tocante à efetividade ou exigência do meio perante o indivíduo. O requisito da necessidade indica que se deve prezar pela menor restrição possível. Isso quer dizer que diante das alternativas disponíveis para se chegar à finalidade almejada, deve-se optar pela menos gravosa. Por fim, é imprescindível que se determine, entre os valores em conflito, qual deve prevalecer (FERNANDES, 2012).

Quanto à dúvida de se este princípio deve ser aplicado somente em favor do acusado ou se também se aplica em favor da acusação, nota-se que a proporcionalidade busca alcançar a medida adequada, necessária e justa, independentemente de qual lado ela esteja beneficiando (FERNANDES, 2009).

Para ilustrar esta afirmação, segue-se o ensinamento de Antonio Scarance Fernandes:

Não se trata de impedir a existência ou atuação de norma restritiva ou de fazer imperar sempre o princípio mais favorável ao acusado, mas de fazer atuar certa regra ou prevalecer determinado princípio de maneira equilibrada. Assim, não se cuida de invocar o princípio em favor do acusado ou da acusação, mas de verificar se, no caso concreto, a restrição do acusado é adequada, necessária e se justifica em face de valor maior a ser protegido (FERNANDES, 2012, p. 62-63).

É neste ponto que o princípio da proporcionalidade se relaciona com o princípio da presunção de inocência no caso da execução provisória da pena. É preciso analisar se essa alteração na interpretação do princípio da não culpabilidade gera uma desproporcionalidade no tratamento do acusado. É preciso avaliar se a execução provisória da pena é uma medida adequada, necessária e justa. Nos próximos capítulos, os argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP serão estudados, o que vai trazer um pouco mais de clareza para essa questão. No entanto, para não deixar o tópico em aberto, analisar-se-á o princípio da proporcionalidade com base em parâmetros específicos (FERNANDES, 2012).

Seguindo-se os parâmetros de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, no tocante à verificação da atuação do princípio da proporcionalidade no caso concreto, observa-se que a execução provisória da pena, apesar de se tratar de uma restrição da liberdade do indivíduo, é justificável do ponto de vista constitucional, pois consiste na execução de uma pena já fixada em sentença penal condenatória, e, portanto, fundada em fatos e provas. Quanto ao bem jurídico, é justificável essa restrição com base na ponderação de valores, como será visto mais adiante (FERNANDES, 2012).

Ressalte-se, ainda, que esta medida não fere o princípio constitucional do devido processo legal, pois não interfere nos demais direitos e garantias fundamentais, os quais, se forem desrespeitados após a decisão de segunda

instância, podem ser protegidos por meio de remédios constitucionais, como o *habeas corpus*.

Contudo, cada um desses aspectos será pormenorizado nos próximos capítulos. O que interessa no ponto em questão é demonstrar que há razoabilidade e proporcionalidade na decisão, pois a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, apesar de se tratar de uma restrição da liberdade, é uma medida que foi escolhida com base na preponderância de outros valores fundamentais, como a efetividade da prestação jurisdicional e a razoável duração do processo.

1.3 O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Primeiramente, é preciso apresentar o que se entende por efetividade. De acordo com Luís Roberto Barroso (2009), o princípio da efetividade da prestação jurisdicional se refere à orientação da doutrina contemporânea de dar preferência às interpretações constitucionais que gerem o maior grau de eficácia possível no caso concreto. A eficácia social da norma se traduz na sua efetividade. Dizer que uma norma é efetiva significa afirmar que ela se concretiza no plano concreto, seja em decorrência de sua obediência ou da prestação jurisdicional.

Assim, para que a norma seja efetiva, pressupõe-se que ela possui eficácia jurídica, que consiste na possibilidade jurídica de produção de efeitos. No entanto, os efeitos a serem produzidos, ou seja, as consequências da aplicação da norma, irão depender da sua interpretação. Há uma tensão constante entre as normas constitucionais e a realidade social, e é no espaço entre esses dois polos, segundo Barroso, que é definida a abrangência da interpretação constitucional (BARROSO, 2009).

O direito regula a sociedade e a sociedade regula o direito. Tanto o direito é capaz de produzir uma mudança fática, quanto a realidade social é capaz de provocar alterações no direito, seja legislativa ou hermenêutica. No caso da execução provisória da pena, a demanda social exigiu o retorno à antiga interpretação constitucional, diante da crise institucional atual. Não se pode deixar que diariamente ocorram inúmeros casos de prescrição em razão da protelação do

fim do processo em evidente violação ao princípio da efetividade. Há condenação, mas não há punibilidade. Essa situação gera uma total falta de efetividade no sistema, o qual faz a máquina judicial se mover durante anos cuidando de um mesmo processo para, ao final, terminar sem o cumprimento da pena estabelecida. Isso ocorre em razão de diversos fatores que serão abordados nos próximos capítulos, como a desobediência dos juízos de primeiro e segundo grau aos entendimentos consolidados dos Tribunais Superiores, ou a interposição de recursos meramente protelatórios pelas partes. Diante desta situação, cabe ao Poder Judiciário tornar as normas penais efetivas.

Sabe-se que existem muitos dispositivos que funcionam como letra morta na lei, apesar de possuírem força jurídica. As normas constitucionais possuem uma força que vai muito além da moralidade, embora existam proposições consideravelmente abstratas. Para escapar das abstrações, é preciso elaborar mecanismos de aplicação que sejam aptos a concretizar a vontade da lei. São estes mecanismos que irão garantir a efetividade da legislação.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso (2009):

Um dos pontos capitais relativamente ao princípio da efetividade é a necessidade de o Poder Judiciário se libertar de certas noções arraigadas e assumir, dentro dos limites do que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais. Para tanto, precisa superar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo (BARROSO, 2009, p. 264).

Para conseguir efetividade na aplicação de certos mandamentos constitucionais, é preciso inovar. Dar uma nova interpretação não significa ir contra o preceito constitucional, mas sim pensar em uma forma mais efetiva de aplicação e concretização. Deixar que a norma se expresse em si mesma pode significar negligência e desrespeito à Constituição. Como dito anteriormente, é preciso interpretar o texto constitucional de forma sistêmica, conjugando-se os princípios e normas a fim de dar a interpretação que melhor satisfaça os interesses públicos e individuais. Para que as normas sejam de fato aplicadas e para que a vontade do Poder Constituinte seja realizada, é necessário que se obedeça ao princípio da efetividade. Com efeito, consiste na escolha da interpretação mais conveniente do ponto de vista prático.

As normas jurídicas nem sempre se revestem de um sentido único e direto. Em verdade, raramente isso acontece. O legislador, ainda que de forma não intencional, deixa um caminho aberto para diversas interpretações da letra da lei. As normas constitucionais possuem um caráter aberto, principiológico e, em decorrência disso, não apresentam um sentido único, mas sim um direcionamento que será especificado na análise do caso concreto. Deve-se considerar, ao realizar uma interpretação constitucional, os impactos que ela causará sobre a realidade social. Isso não significa dizer que a interpretação deve se dar a partir do resultado almejado, mas sim que a interpretação deve considerar as consequências práticas da aplicação daquela norma, para que se concretize a vontade do legislador e, ainda, para que seja respeitado o princípio da efetividade (BARROSO, 2009).

Tudo isso faz parte da nova interpretação constitucional, que pressupõe uma maior atuação do intérprete no sentido de integrar os princípios e as normas abstratas, dando a eles o sentido que parecer mais correto à luz de uma análise mais global do texto normativo (BARROSO, 2009).

A colisão entre princípios faz parte do sistema, que é dialético. A ponderação entre eles deve ser feita com base nos elementos do caso concreto e a escolha deve ser bem argumentada. Nem sempre haverá como dizer se há um princípio correto e outro incorreto na análise do caso concreto. Existem sempre bons argumentos apontando para diversas direções. É o caso da execução provisória da pena (BARROSO, 2009).

1.4 O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O princípio da razoável duração do processo tem previsão legal no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e consiste em uma garantia fundamental.

Enquanto alguns princípios buscam dar celeridade ao processo, outros fazem com que o processo caminhe de forma ainda mais lenta. Isso também se aplica às normas processuais (JOÃO, 2007). É este o caso do princípio da não culpabilidade, que, sendo interpretado de forma literal, retira por completo a eficácia social das sentenças judiciais. Uma das funções do princípio da razoável duração do processo é justamente impedir que a demora no julgamento se converta em impunidade.

O termo razoabilidade, no princípio da razoável duração do processo, indica a união da celeridade e da segurança jurídica. Aponta que os atos processuais devem ter a duração necessária para que se garanta a segurança destes atos e sem perder a efetividade (JOÃO, 2007).

Vale salientar que o legislador não utilizou o termo rapidez. Isso significa que não se trata apenas de dar celeridade, mas principalmente de dar efetividade ao processo. Para se atingir essa duração razoável, é preciso levar em conta as particularidades de cada caso. Portanto, é preciso conjugar este princípio ao da proporcionalidade, para que se alcance o equilíbrio desejado (JOÃO, 2007). Dessa forma, não se pode analisar esse princípio de forma isolada. Sua finalidade primordial é garantir o cumprimento do princípio da efetividade e o meio para se atingir esta finalidade perpassa pelo princípio da razoabilidade.

De acordo com Roberto Delmanto Junior (2011, p. 138):

[...] os processos devem se estender no tempo dentro de uma justa medida: a necessária, e nada mais do que isso, para se conhecer dos fatos, amadurecer os conceitos e prestar jurisdição, definindo as relações jurídicas a ele apresentadas.

Afirma esse mesmo autor (DELMANTO JUNIOR, 2011) que o direito à razoável duração do processo é um direito subjetivo público. É um interesse geral, inclusive do Poder Judiciário, já que a resposta jurisdicional dada de forma tardia apresenta pouca ou nenhuma efetividade.

Neste mesmo sentido é o posicionamento de Adriano Sérgio Nunes Bretas (2006, p. 42):

Quanto mais a persecução se dilatar no tempo, tanto maior será a injustiça do processo. Quanto mais o Estado se atrasar na resposta jurisdicional ao cidadão, tanto mais remanescerá uma sensação de iniquidade, seja para o acusado, seja para a sociedade.

O processo tem função instrumental e em razão disso, é preciso que ele seja efetivo e desempenhe seu papel de efetivar a justiça. Estes dois princípios são indissociáveis (TUCCI, 1997). É preciso, portanto, o desenvolvimento de mecanismos que garantam a efetividade da tutela jurisdicional. Contudo, a efetividade somente será garantida se a prestação jurisdicional ocorrer em tempo oportuno. O caráter reparador e repressivo da sentença judicial se enfraquece ao

longo do tempo, o que reduz sensivelmente a sua efetividade (DELMANTO JUNIOR, 2011).

Porém, é muito difícil estabelecer uma regra específica que indique o lapso temporal de duração de um processo que poderia ser considerado razoável. Em razão disso, para saber se há excesso de prazo na instrução processual, deve-se observar a complexidade do assunto; o comportamento das partes e a atuação do órgão jurisdicional. Isso é feito analisando-se o caso concreto, no Poder Judiciário (TUCCI, 1997).

A lentidão no julgamento dos processos é um problema que não afeta somente o Brasil. Analisando-se os sistemas judiciais de outros países, nota-se que as causas do problema da morosidade são praticamente as mesmas. Trata-se de fatores institucionais, fatores de ordem técnica e subjetiva e fatores derivados da insuficiência material. Falta interesse em se realizar uma reforma do sistema que gere uma otimização do processo. Além disso, há uma desmotivação da parte dos magistrados para dar celeridade ao processo, pois, na prática, a sentença proferida por um juiz de primeiro grau não possui valor algum. Dificilmente a sentença transitará em julgado sem que haja a interposição de algum recurso e como antes do julgamento do HC 126292 somente poderia executar a pena após o trânsito em julgado, a execução da pena demorava ainda mais tempo para acontecer (TUCCI, 1997). Some-se a isso a falta de efetividade advinda da desobediência dos precedentes dos Tribunais Superiores.

Em qualquer hipótese, é imenso o dano da demora do julgamento. Estando o réu solto, ele permanece amarrado ao processo penal durante anos, o que gera um pesado estigma social sobre ele. Estando o réu preso, há o risco de esta prisão se prolongar indeterminadamente, até que se consiga o relaxamento ou até que se passe cumprir a pena definitiva. Havendo a superveniência de condenação, esta, na maioria das vezes, mostra-se intempestiva e, conseqüentemente, sem qualquer efetividade. Por fim, havendo a superveniência de uma decisão absolutória, verifica-se que o dano se mostrou muito mais grave ao acusado em virtude da demora do julgamento (BRETAS, 2006).

Assim, é preciso levar este princípio em consideração na análise da legitimidade da execução provisória da pena. Este princípio, que apresenta íntima

relação com o princípio da efetividade e com o princípio da razoabilidade, mostra-se indispensável à compreensão argumentos favoráveis à execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ao fazer uma ponderação entre os princípios para alcançar a solução mais adequada para a questão controvertida, deve-se levar em conta todos estes fatores apresentados na análise dos princípios constitucionais da razoabilidade, da efetividade e da razoável duração do processo.

1.5 A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL

Outro aspecto que deve ser abordado é a taxa de provimento dos recursos nos Tribunais Superiores. A partir dessa análise, pode-se ter uma ideia do impacto da decisão no sistema prisional brasileiro, bem como descobrir as verdadeiras causas do problema.

O sistema punitivo adotado mundialmente é falho. Existem erros em qualquer instituição do mundo, assim como em tudo o que é regido por seres humanos, pois a falibilidade é uma característica inerente ao homem. Contudo, se esses erros forem muito recorrentes, verifica-se um verdadeiro problema e não mais uma consequência natural do comportamento humano. Isso pode gerar graves injustiças, ainda mais quando se trata do cerceamento da liberdade de um indivíduo.

Analisando-se a taxa de concessão dos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados nos Tribunais Superiores¹, verificou-se que a taxa de concessão (parcial e integral) é de 8,27% no STF e de 27,86% no STJ. Essa elevada taxa de concessão do STJ tem seu fundamento no fato de haver uma frequente divergência entre o entendimento dos Tribunais de 2ª instância e dos Tribunais Superiores. Por conta disso, é comum a reversão das decisões de 2ª instância no STJ, o que consequentemente diminui a quantidade de *habeas corpus* perante o STF.

¹ Pesquisa intitulada “Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores”, a qual faz parte do Projeto “Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil” financiado pelo Ministério da Justiça (MJ) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), vinculado à Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE). (BOTTINO, 2015)

Ressalte-se que ao isolar os crimes e temas de maior incidência de *habeas corpus*, as taxas variam bastante. Nota-se que nestes delitos a taxa de concessão é ainda mais alta. O exemplo dado no texto da pesquisa é a combinação do crime de roubo com o tema “erro na fixação do regime inicial de cumprimento de pena”, nos HCs e RHCs impetrados contra o TJSP, que têm 62% de concessão (BOTTINO, 2015). É em decorrência de dados como esse que se faz relevante a análise da seletividade quanto a punibilidade no sistema penal brasileiro. Este ponto será retomado nos próximos capítulos.

Quando aos recursos especial e extraordinário, a realidade é um pouco diferente. Verifica-se, quanto a esses recursos, que: a) sua interposição para combater prisões ilegais é mínima, sendo o *habeas corpus* o mecanismo mais utilizado para esta finalidade; b) naqueles poucos recursos dessa natureza interpostos com a finalidade de combater prisões ilegais, a taxa de provimento é microscópica (BARBAGALO, 2015). Em uma pesquisa, constatou-se que o impacto da decisão proferida no HC 126.292 na realidade prisional brasileira seria muito pequeno. A estimativa é de que 0,6% dos réus cujos processos tramitam perante os Tribunais Superiores irão para os já superlotados presídios. Este número está longe de denotar um caos no sistema prisional a ser causado a partir da execução provisória da pena (HARTMANN, et al., 2016).

Neste ponto, entra outra questão relevante: a utilização de *habeas corpus* como instrumento de proteção contra as ilegalidades patentes na execução provisória da pena. A pergunta é se de fato o *habeas corpus* seria capaz de solucionar todas as injustiças que podem surgir a partir da autorização da prisão antes do trânsito em julgado.

O *habeas corpus* está previsto na Constituição Federal como garantia fundamental. Ele é um mecanismo de proteção das liberdades civis e se volta contra os autoritarismos e abusos que podem existir por parte do Estado (BOTTINO, 2015).

De fato, o sujeito é mínimo perto da grande armadura do Estado. Por isso a Constituição Federal de 1988 concede tantos direitos e garantias individuais, o que é fruto da evolução da democracia e da cidadania, que colocou os indivíduos em um papel de destaque, reconhecendo sua vulnerabilidade diante do Estado (BOTTINO, 2015).

Em razão de sua ampla proteção constitucional e por ser uma ferramenta poderosa e célere (ao menos em tese), os números de *habeas corpus* e recurso em *habeas corpus* impetrados nas cortes superiores são incontáveis. Por conta disso, os Tribunais tentaram criar maneiras de diminuir essa quantidade insustentável. A principal limitação, criada em 2012, foi a da proibição da impetração do *habeas corpus* quando é cabível o recurso ordinário constitucional. Isso gerou o entendimento de que, sendo cabível qualquer outro recurso, não será conhecido o *habeas corpus* (BOTTINO, 2015).

Contudo, essa mudança não gerou alterações práticas. Isso porque os Tribunais, embora não conheçam o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, analisam o mérito mesmo assim, para conceder “de ofício” no caso de eventual ilegalidade existente. Na prática, então, não mudou absolutamente nada, tendo em vista que embora teoricamente não conhecido o *habeas corpus*, é feita a análise do mérito mesmo assim. Dessa forma, esse provimento não ocorre “de ofício”, como afirmam os Tribunais, uma vez que houve provocação da parte e seus argumentos foram acolhidos. Apesar dessa total inconsistência, os Tribunais Superiores continuam com essa prática (BOTTINO, 2015).

Apesar da tentativa de diminuição destas ações, verificou-se que as restrições aos *habeas corpus* e aos recursos em *habeas corpus* não serão capazes de sanar o problema, porque estas restrições não trabalham com a causa do problema, mas apenas com os resultados do verdadeiro distúrbio. Esse distúrbio consistiria tanto no desrespeito aos precedentes dos Tribunais Superiores pelos Tribunais de 2ª instância quanto na demora de pacificação de questões controversas pelo STF e STJ. Ainda existem muitas questões em que há divergência entre as Turmas do STJ, o que dificulta ainda mais a solução do problema da quantidade de *habeas corpus* impetrados (BOTTINO, 2015).

Fazendo-se uma análise da impetração de HCs nos Tribunais Superiores, observa-se que as taxas de concessão aumentam conforme se isolam as variáveis. Por exemplo, a taxa de concessão de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* oriundos do TJSP é de 31,9%. Porém, observando-se apenas a taxa de concessão quanto ao crime de roubo dos *habeas corpus* desse mesmo tribunal, a taxa se eleva

para 44,7%. A taxa aumenta para 62% se recortar apenas o erro na fixação do regime inicial de cumprimento de pena (BOTTINO, 2014).

Estes números surpreendem bastante, pois se referem a temas já pacificados e sumulados pelo STJ e STF. Essa taxa elevada de reforma das decisões se dá, portanto, em decorrência da não obediência dos Tribunais de segunda instância às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores. Dessa forma, a solução para a elevada taxa de impetração de *habeas corpus* não é a limitação deste recurso, mas sim um reforço dos posicionamentos dos Tribunais Superiores já pacificados, bem como a pacificação de temas que são recorrentes e que ainda permanecem controversos (BOTTINO, 2014).

Em relação ao direito ao duplo grau de jurisdição, há o entendimento de que ele se esgotaria nos Tribunais ordinários. Isso significa que os recursos especial e extraordinário não estariam enquadrados nesse direito constitucional. Seu fundamento está no fato de que o segundo julgamento tem o intuito de corrigir falhas e satisfazer a necessidade das partes de se obter uma segunda análise da questão. Esses não são os objetivos do julgamento pelas instâncias superiores. Para que se possa recorrer perante o STJ, é preciso que tenha havido alguma violação de dispositivo de lei federal, enquanto para recorrer perante o STF, é necessária a violação de dispositivo constitucional. Os Tribunais Superiores não são instâncias revisoras. Eles foram criados com o intuito de proteger o direito constitucional e infraconstitucional, no seu sentido abstrato, cujos efeitos se estendem aos casos concretos. Por conta disso, esses Tribunais não analisam os fatos, mas apenas o direito.

Seguindo esse raciocínio, pode-se concluir que o princípio da presunção de inocência, aqui interpretado pelo brocardo do "*in dubio pro reo*", não poderia mais ser aplicado nos Tribunais Superiores, tendo em vista que não há reanálise dos fatos e provas (BARBAGALO, 2015).

A interposição incessante de recursos após a decisão de segunda instância gera descrédito das instituições jurídicas, tendo em vista que protela indefinidamente a ocorrência do trânsito em julgado da condenação. Assim, o Supremo Tribunal Federal verificou a necessidade de se tomar alguma medida para garantir a efetividade das decisões judiciais, com o efetivo cumprimento da pena imposta ao

acusado. Essa medida foi a determinação da execução, antes do trânsito em julgado, da sentença condenatória confirmada em segunda instância, nomeada pela doutrina de execução provisória da pena.

2 O HC 126.292

Este capítulo explorará os fundamentos apresentados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento que alterou o entendimento do órgão ao permitir que se inicie a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2.1 DESCRIÇÃO DO CASO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes de 2009, determinava que a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória recorrível não fere o princípio da presunção de inocência. Esse entendimento foi alterado pelo Plenário, no julgamento do HC 84.078/MG², sob a relatoria do Ministro

² EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 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 delinqüente". 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 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

Eros Grau, o qual determinou a inconstitucionalidade da prisão definitiva antes do trânsito em julgado (BARBAGALO, 2015).

O tema, porém, voltou a ser discutido na “PEC dos recursos” - proposta em 2011 e rejeitada pelo Plenário em 2015 -, e voltou à tona em fevereiro de 2016 com o julgamento do HC 126.292/SP³ pelo STF. Tanto o projeto de lei quanto a decisão da Corte Superior tiveram o intuito de resolver o mesmo problema, que consiste na aparente impunidade advinda da interposição incessante de recursos com o simples objetivo de retardar a execução da pena ou gerar a prescrição da pretensão punitiva, o que foi consequência natural do julgamento de 2009 (BARBAGALO, 2015).

A consequência imediata do julgamento do HC 84.078/MG, de 2009, foi a interposição de oito recursos pela defesa, todos rejeitados, e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. O réu, que havia sido condenado pelo Tribunal do Júri a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime fechado, tendo sido esta sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, não cumpriu sua pena, em decorrência da interposição de oito recursos, todos perante o mesmo órgão, decorrentes de uma mesma decisão, e todos rejeitados. Essa situação vem se repetindo desde então (BARBAGALO, 2015).

De fato, a grande preocupação dos Tribunais Superiores em relação a essa questão é a grande quantidade de recursos protelatórios interpostos. Em razão disso, esse tema sempre teve uma grande divisão de opiniões dentro do próprio STF. Em incontáveis casos, a interposição de diversos recursos tem o único fim de obstar ao máximo o trânsito em julgado da condenação e em uma quantidade

decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida (BRASIL, 2009)

³ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2016a).

considerável de casos, a consequência é a ocorrência da prescrição (FRISCHEISEN et al., 2013).

No caso do HC 126.292/SP, o réu foi condenado em primeira instância à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP (roubo circunstanciado). Na ocasião lhe foi dado o direito de recorrer em liberdade. A defesa interpôs o recurso de apelação contra essa decisão, ao qual foi negado provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O Tribunal ainda mandou expedir mandado de prisão contra o paciente, sem demonstrar a presença dos requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva. Contra o acórdão, foi impetrado *habeas corpus* com pedido de liminar no STJ, tendo sido este pedido indeferido. Foi impetrado, então, contra essa decisão, o HC 126.292/SP, sob o argumento da falta de fundamentação para a prisão do paciente, sobretudo porque na primeira instância lhe foi dado o direito de recorrer em liberdade. O pedido da defesa consiste no sobrestamento do mandado de prisão. O pedido liminar foi concedido pelo Ministro Relator Teori Zavascki, tendo sido revogado quando houve a denegação do HC em questão pela maioria do Plenário da Corte Constitucional (BRASIL, 2016a).

Foi interposto, ainda, um Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, oriundo da mesma ação penal referente ao HC 126.292/SP, cuja repercussão geral foi conhecida e a jurisprudência foi reafirmada por maioria no Plenário Virtual, utilizando-se os mesmos fundamentos da decisão proferida em sede de *habeas corpus*.

2.2 OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Sabe-se que a Corte Constitucional brasileira privilegia as manifestações individuais a um entendimento uniforme da instituição, o que se evidencia pelo costume de os Ministros levarem seus votos prontos para o Plenário nos casos mais difíceis, fato que limita a deliberação. Cada Ministro já possui o seu ponto de vista sobre o caso e não está muito disposto a reconsiderá-lo a partir de um argumento de outro Ministro. Isso colabora para a preponderância dos argumentos individuais (SILVA, 2016). O Ministro Luís Roberto Barroso (2016) também afirma que o

Supremo Tribunal Federal não é um colegiado, é um Tribunal composto por 11 Ministros, cada um com uma opinião diferente. Nas decisões, não se busca uma discussão que gere um entendimento do órgão. De acordo com o Ministro, as decisões são feitas por “placares”, o que reflete a falta de uniformidade entre os posicionamentos dos membros da Corte Constitucional.

Assim, há uma grande dificuldade de identificar os argumentos da Corte como um todo. Costuma-se, então, entender os fundamentos da decisão do STF a partir do voto do Ministro Relator do processo, que é o primeiro a proferir sua decisão (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016). Apesar disso, no caso em questão é necessário analisar os principais argumentos de todos os Ministros e não apenas do Ministro Relator, principalmente por ter sido uma decisão acirrada, decidida pela maioria de seis votos a cinco.

Os Ministros Teori Zavascki (relator do processo), Edson Fachin, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso votaram pela denegação da ordem de *habeas corpus*, ou seja, a favor da possibilidade de execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Já os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber votaram em sentido contrário. No julgamento, constata-se que alguns argumentos se repetem nos discursos, apesar de cada voto apresentar a visão particular do membro do Supremo Tribunal Federal. Passa-se a analisar, portanto, os principais argumentos trazidos pelos Ministros.

2.2.1 Argumentos favoráveis à execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação

Os Ministros Teori Zavascki e Edson Fachin afirmam a necessidade de se interpretar a Constituição Federal de forma sistemática, harmonizando os princípios nela contidos. Para eles, é preciso buscar o equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Para o Ministro Edson Fachin, um princípio não pode destoar das demais normas constitucionais, sob pena de ser aplicado de forma ilimitada, como acontecia

com o princípio da não culpabilidade. Em seu entendimento, este princípio deve ser observado em consonância com o princípio da razoável duração do processo.

Assim, o Ministro afirma o seguinte:

Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição.

Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo (BRASIL, 2016a, p.3).

Já o Ministro Relator afirma que o princípio da presunção de inocência deve estar equilibrado com o princípio da efetividade da função jurisdicional do Estado, o que não é muito diferente do que assevera o Ministro Luís Roberto Barroso, ao expor a necessidade de se ponderar o princípio da não culpabilidade com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). Para este Ministro, os princípios, diferentemente das regras, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, a depender da ponderação que se faz com os demais princípios constitucionais.

Vale ilustrar o entendimento do Relator com o seguinte trecho de seu voto:

[...] Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado". (BRASIL, 2016a, p.15).

Segue, ainda, trecho da ementa do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

(ii) 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 (BRASIL, 2016a, p.).

Dessa forma, é evidente que, ponderando-se os princípios constitucionais, nota-se a impossibilidade de uma aplicação ilimitada do princípio da não

culpabilidade, sob pena de caracterizá-lo como um “super princípio”, nas palavras do Ministro Edson Facchin (BRASIL, 2016).

Quanto à culpabilidade, os Ministros Teori Zavaski, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes afirmaram que o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado até que haja um juízo de culpa sobre o acusado, ainda que não definitivo.

O texto da norma indica que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação. Porém, resta saber o que significa ser considerado culpado. A Ministra Cármen Lúcia afirma que a culpabilidade e a condenação são institutos distintos. A culpabilidade de que trata o princípio se refere somente à condição de que todos são considerados inocentes até que se prove o contrário.

O seguinte trecho demonstra este posicionamento da Ministra:

[...] Eu, Senhor Presidente, fiquei vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido do que é o voto agora do Ministro-Relator, ou seja, considere que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte [...] (BRASIL, 2016a, p.1).

Dentro desta mesma lógica, afirmam os Ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes que é aceitável a ocorrência de um tratamento progressivamente mais gravoso conforme o processo evolui. Isso significa que após o julgamento da causa em primeira instância, já se estabelece um juízo de culpa sobre o acusado. Após o julgamento em segunda instância, este juízo de culpa se consolida, tendo em vista que neste momento se esgota a análise dos fatos e provas. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “[...] 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” (BRASIL, 2016a, p. 68). Dessa forma, é totalmente incongruente que após o duplo grau de jurisdição o condenado permaneça com o mesmo grau de dúvida quanto à sua inocência com que era tratado no início do processo.

O seguinte trecho ilustra essa ideia:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, 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. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias (BRASIL, 2016a, p. 70).

A interpretação ilimitada do princípio significa, na prática, uma “presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instancias ordinárias”, de acordo com o Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2016). Em outras palavras, a interpretação anterior dada ao princípio retira o caráter da sentença de ato presumidamente válido. É necessário, portanto, encontrar um equilíbrio na hermenêutica constitucional que possibilite resgatar a força jurídica da sentença penal.

Quanto ao núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, afirmam os Ministros se tratar da imposição do ônus da prova sobre a acusação. Assim, pode-se ampliar ou restringir a aplicação deste princípio, desde que não se atinja este núcleo fundamental.

É esta a afirmação do Ministro Gilmar Mendes, como se pode ver neste trecho do seu voto:

O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo (BRASIL, 2016a, p.67).

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, faz as seguintes considerações:

[...] o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida (BRASIL, 2016a, p.14).

Este núcleo fundamental se manifesta sobre duas diretrizes: a do *in dubio pro reo*, que indica que qualquer dúvida deve gerar uma interpretação que beneficie o

acusado e a do *favor libertatis*, que determina que a liberdade é a regra e a exceção é a prisão.

Como desdobramento, verifica-se a necessidade de o ônus da prova recair sobre o órgão acusador, não cabendo ao acusado comprovar sua inocência. Isso significa que o imputado é inocente até que se prove o contrário (BARBAGALO, 2015).

É válido destacar que o Ministro Relator Teori Zavascki traçou um panorama do cenário internacional, que demonstra que em países como Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos, Argentina, entre outros, a execução da pena se dá imediatamente após a condenação em primeira instância ou, no máximo, após a segunda instância. O Ministro destaca uma afirmação realizada pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento do HC 85.886, dizendo que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

O Ministro Luís Roberto Barroso afirma, ainda, que o entendimento brasileiro de que se deve aguardar o trânsito em julgado da condenação para iniciar o cumprimento da pena tem como consequência a perda de credibilidade no Poder Judiciário e no sistema penal, pois estes deixam de desempenhar seu papel mínimo de punição e prevenção de delitos. O Ministro tece as seguintes considerações sobre o tema em seu voto:

Tamanha ineficiência do sistema de justiça criminal já motivou inclusive a elaboração, pela Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de que o país é parte, de recomendação ao Brasil no sentido de ‘implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção’

Aliás, a este propósito, cumpre abrir janelas para o mundo e constatar, como fez a Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 86.886 (j. 6.09.2005), que ‘em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte’. Nos diferentes países, em regra, adota-se como momento do início da execução a decisão de primeiro grau ou a de segundo grau, sem que se exija o prévio esgotamento das instâncias extraordinárias. É o que demonstra estudo cobrindo países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Argentina, citado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto (BRASIL, 2016a, p. 22).

Já o Ministro Gilmar Mendes faz uma análise das Constituições de países de mesma tradição da brasileira. Nestes países - Angola, Guiné-Bissau, Cabo Verde,

Moçambique e São Tomé e Príncipe -, observa-se a consagração do princípio da presunção de inocência com vigência até o trânsito em julgado da condenação, assim como na Constituição brasileira. Apesar disso, ele afirma que a interpretação deste princípio não pode perder de vista o nosso próprio ordenamento jurídico e chama a atenção para a ampla acessibilidade às Cortes Superiores. É interessante destacar os seguintes pontos da análise realizada pelo Ministro Gilmar Mendes:

Nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade.

Em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: 'Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa'.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que 'Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada'.

Disposições semelhantes são encontradas no direito francês (artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), canadense (seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e russo (artigo 49 da Constituição).

Todas escolhem, como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Resta saber em que momento isso ocorre [...] (BRASIL, 2016a, p. 7).

Como visto acima, o princípio da presunção de inocência, de acordo com os tratados e convenções internacionais, se limita ao momento em que a culpa é legalmente comprovada. Diante da realidade brasileira, é insustentável a manutenção de um sistema que alimenta a cultura da impunidade, que se deve tanto à demora no julgamento, quanto às inúmeras ocorrências de prescrição.

Em relação aos recursos de natureza extraordinária, ou seja, o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, é unânime o entendimento de que estes recursos não são ferramentas para a reanálise dos fatos e provas. Há, inclusive, enunciados de súmulas que fazem esta mesma afirmação (Súmula 279 do STF⁴ e Súmula 7 do STJ⁵). No entanto, parece haver uma dificuldade de se entender qual seria a verdadeira finalidade destes recursos.

Afirmam os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso que a finalidade dos recursos de natureza

⁴ Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

⁵ A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.

extraordinária não é analisar as injustiças do caso concreto, mas sim a uniformização da interpretação das leis federais e da Constituição Federal.

O seguinte trecho, extraído do voto do Ministro Edson Fachin, demonstra claramente essa ideia:

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional) (BRASIL, 2016a, p. 4).

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a Constituição estabelece que o Supremo Tribunal Federal é competente para julgar “causas decididas”, o que significa que não há mais a possibilidade da revisão dos fatos e provas, mas apenas a interpretação do direito que se aplica ao caso concreto. É isso que se extrai do seguinte trecho do seu voto:

Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP) (BRASIL, 2016a, p.15).

Neste mesmo sentido, afirma o Ministro Teori Zavascki que estes recursos não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, em razão da limitação material de análise (BRASIL, 2016).

Assim, é forçoso que os Tribunais Superiores se atem às suas funções precípuas de uniformização da jurisprudência constitucional, no tocante ao Supremo Tribunal Federal, e infraconstitucional, no tocante ao Superior Tribunal de Justiça. Não se trata de restringir o acesso a essas cortes, mas apenas de dar maior eficiência, tendo em vista que elas não possuem a função de atuar como um terceiro grau de jurisdição.

Entende-se, ainda, que o tratamento ilimitado ao princípio da não culpabilidade incentiva a interposição de recursos meramente protelatórios. Este é um argumento pragmático utilizado pelo Ministro Teori Zavascki, bem como pelo Ministro Edson Fachin e pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Afirma o Ministro Relator que é importante lembrar que o último marco interruptivo da prescrição é o acórdão do Tribunal de segundo grau, o que significa que o prazo prescricional continua correndo até que ocorra o trânsito em julgado da condenação.

Vale destacar o seguinte trecho do voto do Relator:

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 indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

[...]

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal (BRASIL, 2016a, p.15).

O Ministro Edson Fachin, complementando este argumento, afirma que sempre haverá algum recurso possível de ser interposto contra qualquer decisão, ainda que sejam os embargos de declaração, que não são propriamente recursos, pois não têm o intuito de obter uma nova decisão, mas ainda assim impedem a ocorrência do trânsito em julgado. Dessa forma, expõe o Ministro que se a execução da pena somente puder se efetivar após o trânsito em julgado, ou seja, após a parte sucumbente deixar de interpor recursos, isso significaria que a pena só será executada quando o condenado concordar. Afirma o Ministro que:

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado (BRASIL, 2016a, p. 5-6).

Já o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta alguns exemplos que demonstram que a interposição incessante de recursos constitui a regra, e não a exceção. Isso traz diversos prejuízos, como o grau de seletividade do sistema punitivo, tópico que será abordado mais à frente, bem como um lapso temporal inconcebível em qualquer sistema penal entre a ocorrência dos fatos e a execução das penas, além da ocorrência excessiva de prescrições da pretensão punitiva estatal (BRASIL, 2016).

É certo que apesar do direito ao duplo grau de jurisdição, ainda podem haver equívocos em um processo a serem corrigidos através de instrumentos legais. Não importa o grau de experiência e conhecimento que possua um magistrado, ele sempre estará sujeito a cometer erros, como qualquer ser humano. Para isso, existem mecanismos jurisdicionais aptos a corrigir os erros que possam aparecer no curso do processo. É este o caso do *habeas corpus*, remédio constitucional que pode ser utilizado quando há ilegalidade na restrição do direito de ir e vir.

Além do *habeas corpus*, afirmam os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin e Gilmar Mendes que há, ainda, a possibilidade de se requerer medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo, como se depreende do seguinte trecho do voto do Relator:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos (BRASIL, 2016a, p.16).

Desse modo, qualquer eventual ilegalidade existente poderá ser corrigida por outros meios, além dos próprios recursos de natureza extraordinária. Pode-se, ainda, atribuir efeito suspensivo a estes recursos, quando o fato concreto assim exigir.

Outro ponto importante tratado nos votos dos Ministros é a incongruência sistêmica diante da não aceitabilidade no meio social da interpretação ilimitada do princípio. Afirma o Ministro Luís Roberto Barroso que a execução da condenação após o esgotamento das instâncias ordinárias é uma questão de ordem pública, sob pena de se perder a credibilidade do sistema penal e do Poder Judiciário. Nessa mesma linha, afirma o Ministro Luiz Fux que a presunção de inocência não está mais dotada do “sentimento constitucional”, o que significa que há uma incongruência entre o entendimento amplo do princípio da não culpabilidade e o que a sociedade espera do sistema penal.

Segue trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva.

Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados (BRASIL, 2016a, p. 8).

Embora este argumento seja altamente subjetivo, por se tratar de um sentimento social de descrença no sistema punitivo brasileiro, ele é extremamente relevante, pois uma das funções da pena é a prevenção. Isso significa que a punição do agente criminoso gera uma expectativa na sociedade de que quem comete o crime receberá uma pena. Diante dessa expectativa, o sujeito, em tese, pensará mais vezes antes de cometer o delito.

Além disso, há um sentimento social de justiça que somente se satisfaz quando há a efetiva punição do réu condenado e que esta seja realizada em tempo hábil.

Um dos argumentos mais relevantes a favor da execução provisória da pena é o da seletividade do sistema penal, especialmente em se tratando dos Tribunais Superiores. Este argumento foi apresentado apenas pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Conforme narrado anteriormente, um problema decorrente da grande amplitude do princípio da presunção de inocência é a utilização abusiva do direito de defesa por meio da interposição protelatória de recursos. A questão é que esta prática se concerne apenas às pessoas que possuem recursos financeiros para manter um advogado para recorrer nos Tribunais Superiores. Isso significa que a

vedação à execução provisória da pena beneficia apenas os réus mais ricos, que geralmente são acusados dos crimes milionários apelidados de crimes do colarinho branco.

O Ministro afirma o seguinte:

Além disso, a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Atualmente, como já demonstrado, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo grau) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal. A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema (BRASIL, 2016a, p.26).

Esse é um problema que se manifesta em todos os graus jurisdicionais e é reflexo da desigualdade social brasileira. A impunidade dos mais influentes economicamente e politicamente somada ao alto grau de punibilidade dos cidadãos menos favorecidos economicamente, contribui de forma significativa para o aumento da desigualdade no tratamento dos indivíduos, uma violação clara ao princípio da isonomia.

2.2.2. Argumentos desfavoráveis à execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação

Os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski afirmam que o texto é claro, preciso e taxativo, não havendo margem para interpretações.

Para o Ministro Celso de Mello, não se deve fazer comparações com outros países, pois nas demais constituições não há a delimitação explícita consistente no trânsito em julgado:

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco,

que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal (BRASIL, 2016a, p. 9).

No entanto, como tratado anteriormente, a interpretação do preceito constitucional não deve ser feita de maneira literal, pois, deste modo, entraria em conflito com outras normas e princípios constitucionais. Há que ser dada interpretação de acordo com o que seria mais lógico e razoável, observando-se a Constituição Federal como um sistema complexo.

Outro ponto tratado é de que qualquer prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença não possuiria caráter punitivo, mas sim cautelar. Ao afirmar isso, o Ministro Celso de Mello faz a transcrição da seguinte ementa:

EMENTA: PRISÃO CAUTELAR. INCONSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE APÓIA A DECISÃO QUE A DECRETOU: GRAVIDADE OBJETIVA DO CRIME, NÃO-VINCULAÇÃO DO RÉU AO DISTRITO DA CULPA E RECUSA DO ACUSADO EM APRESENTAR A SUA VERSÃO PARA OS FATOS DELITUOSOS. INCOMPATIBILIDADE DESSES FUNDAMENTOS COM OS CRITÉRIOS FIRMADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. DIREITO DO INDICIADO/RÉU DE NÃO SER CONSTRANGIDO A PRODUZIR PROVAS CONTRA SI PRÓPRIO. DECISÃO QUE, AO DESRESPEITAR ESSA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL, DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA DO ACUSADO. INADMISSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. DOUTRINA. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

- A privação cautelar da liberdade individual ' qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) ' não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a idéia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), que não se confunde com a prisão penal ('carcer ad poenam'). Doutrina. Precedentes.

- A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes.

[...]

Medida cautelar deferida (BRASIL, 2008, p. 86/87).

A afirmação de que qualquer prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença apresentaria natureza cautelar não procede, pois esta modalidade

prisional, que pode ser em flagrante, temporária ou preventiva, e a execução provisória da pena têm naturezas completamente distintas, assim como se diferem seus pressupostos, então elas não devem ser confundidas. Ao se referir à prisão cautelar, a modalidade a ser discutida, para fins de comparação com a execução provisória da pena, é a prisão preventiva, pois a prisão em flagrante será em seguida convertida em preventiva ou relaxada e a temporária é realizada para fins de investigação e tem duração determinada. Dessa forma, analisar-se-á apenas a prisão preventiva, comparando-a com o instituto da execução provisória da pena.

Estes dois institutos penais serão aprofundados no capítulo 3. Porém, apenas a título de esclarecimento, deve-se tecer algumas breves considerações sobre o ponto.

A prisão preventiva consiste em uma prisão cautelar que pode ser adotada caso haja ameaça à ordem pública, à ordem econômica ou para assegurar a aplicação da lei penal. Essa prisão tem caráter estritamente excepcional, sendo aplicada apenas nas hipóteses do art. 313 do CPP, e deve estar devidamente motivada, com a demonstração da sua necessidade com base nos pressupostos autorizadores contidos no art. 312 do CPP. Somente deve ser imposta se as medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319 do CPP) se revelarem inadequadas ou insuficientes (LIMA, 2011).

Já a execução provisória da pena consiste no início do cumprimento da pena antes da ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesta modalidade de prisão, portanto, já foi constatada a culpa do acusado, tendo sido proferida uma sentença condenatória em primeira e/ou segunda instância. Isso não ocorre na prisão preventiva, em que há a certeza da materialidade, mas apenas indícios de autoria.

Portanto, são modalidades distintas de prisão, cuja principal diferença consiste no fato de que a execução provisória da pena tem seu fundamento na sentença penal condenatória confirmada em segunda instância, enquanto a prisão preventiva se fundamenta em uma decisão judicial de primeira instância anterior à dilação probatória.

O Ministro Celso de Mello assevera, por sua vez, que meras conjecturas não podem gerar consequências penais ou extrapenais, as quais somente podem advir de um título judicial com caráter definitivo. Ele afirma o seguinte:

Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, em sede processual penal, de idoneidade jurídica. Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade (BRASIL, 2016a, p.12).

O Ministro não aprofunda sobre o que seria considerado “meras conjecturas”. No entanto, levando-se em conta que tanto a sentença de primeiro grau quanto o acórdão do Tribunal se fundamentam nas provas obtidas nos autos, não há como sustentar que estes títulos se apoiem em elementos conjecturais.

Este argumento é frágil, pois para que haja uma condenação, especialmente em se tratando de matéria penal, é necessário que não haja dúvida razoável quanto à culpabilidade do réu, tendo em vista que na ocorrência de qualquer dúvida, o magistrado deve decidir a favor do réu.

Foi defendido, ainda, que não se pode haver um esvaziamento progressivo do princípio conforme o andamento do processo. Esta afirmação é feita pelo Ministro Celso de Mello, mas sem que discorresse sobre o tema. O Ministro afirma o seguinte:

Acho importante acentuar 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 sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República (BRASIL, 2016a, p.14).

Contudo, como afirmado pelos Ministros Teori Zavaski, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes, o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado até que haja um juízo de culpa sobre o acusado, ainda que não definitivo. Trata-se da análise da culpabilidade relacionada ao princípio da presunção de inocência. À medida que o processo segue perante cada grau de jurisdição, uma nova sentença judicial se forma sobre o acusado. Não há como pensar que após passar por um

juízo singular e outro colegiado pende sobre o réu o mesmo grau da presunção de inocência que tinha a seu favor no início do processo. Após a dupla análise dos fatos e provas, as quais geraram condenações criminais, é certo que o sujeito tem sobre si outro peso de culpabilidade.

Afirma, por outro lado, o Ministro Marco Aurélio que a execução provisória da pena aumentará muito o número de *habeas corpus*:

O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de *habeas corpus*, muito embora também seja dado constatar que o esvaziamento dessa ação nobre, no que vinga a autodefesa, considerada a grande avalanche de processos, e se busca uma base, seja qual for, para o não conhecimento da ação – nomenclatura, esta, que se refere a recursos – , considerados os pressupostos de recorribilidade (BRASIL, 2016a, p. 78).

Contudo, a realidade demonstra o contrário.

Como já dito anteriormente, o *habeas corpus* possui ampla proteção constitucional e é uma ferramenta poderosa contra os abusos que podem ocorrer na restrição da liberdade. Em decorrência deste fato, os números de *habeas corpus* e recurso em *habeas corpus* impetrados nas cortes superiores são insustentáveis.

No entanto, uma análise mais aprofundada mostra que essa quantidade de *habeas corpus* reflete os seguintes aspectos: a) em muitos temas frequentes de *habeas corpus* não há um entendimento pacificado nos Tribunais Superiores; b) nos temas sumulados tanto no STF quanto no STJ, há uma grande resistência das instâncias inferiores de aplica-las (BOTTINO, 2015).

De fato, foi constatado o seguinte:

[...] mais de 70% de todos os *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* oriundos dos cinco Tribunais de Justiça mais acionados no STJ estão concentrados em apenas seis tipos penais: roubo (simples e qualificado), furto (simples e qualificado), tráfico de drogas, homicídio qualificado, estupro (e atentado violento ao pudor) e posse e porte de armas (BOTTINO, 2015).

Vale salientar que os recursos oriundos destes Tribunais representam 71,7% de todos os *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* no STJ.

Este quadro se repete em relação aos temas destes recursos. Dos quarenta e um temas registrados em matéria de *habeas corpus*, apenas oito aparecem com mais frequência. O que é espantoso nesse resultado é que já existem diversas

súmulas relacionadas a esses temas, as quais por diversas vezes não são respeitadas (BOTTINO, 2015).

Tudo isso mostra que as causas do elevado número de *habeas corpus* em nada se relacionam com o momento da prisão. A causa é a disparidade que há entre as decisões dos Tribunais Superiores e as decisões dos juízes de primeira instância e dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, bem como a falta de entendimentos consolidados perante o STJ e o STF, o que gera insegurança jurídica e expectativa de se conseguir o direito, ainda que já exista farta jurisprudência sobre o tema.

Para ilustrar esse ponto, vale ressaltar o seguinte trecho da pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, extraída do voto do Ministro Edson Fachin, na análise das ADCs 43 e 44:

As críticas que seguiram a mudança jurisprudencial decidida pelo plenário do Supremo frequentemente aludiram a um caos no sistema prisional resultando dos novos mandados de prisão a serem expedidos. Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias produzido pelo Ministério da Justiça, existem atualmente 622.202 presos no país. A expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional. Longe, portanto, de previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância (HARTMANN et al, 2016, p. 16)

Dessa forma, a execução provisória da pena em nada alterará os números, pois não se estará atuando nas causas dos elevados percentuais de impetração de *habeas corpus*, mas apenas no momento da ocorrência da prisão. Ademais, vale salientar que o tema de maior incidência deste remédio constitucional é a falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2010). Como a execução provisória da pena se baseia no esgotamento da análise fático-probatória, este problema não se repetirá com a mesma intensidade que na prisão preventiva.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirma, por sua vez, que “o art. 637 do CPP, que atribui efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, deve ser revisto à luz da Constituição” (BRASIL, 2016, fl. 2).

Partindo-se da premissa de que lei ordinária não pode revogar norma constitucional, é evidente que havendo conflito de normas destas duas naturezas,

prevalece a estabelecida pela Constituição Federal. Uma das correntes jurídicas que trata dos efeitos do recurso especial e do recurso extraordinário afirma que a sentença penal condenatória, ainda que confirmada em segunda instância, é ato ineficaz até que sobrevenha o trânsito em julgado (GRINOVER et al., 2008). Isso significa entender que os dispositivos legais que prescrevem que os recursos de natureza extraordinária não teriam efeito suspensivo estariam dissonantes do texto constitucional (BARBAGALO, 2015).

Porém, a partir da decisão proferida em sede liminar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44, que analisaram a constitucionalidade do dispositivo 283 do CPP, ficou entendido, pelo voto da maioria do Plenário do STF, que esta norma não viola o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Vale destacar trecho do voto do Ministro Edson Fachin, que fala especificamente sobre a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário:

Quando do julgamento do HC 126.292/SP, ainda estava em vigor o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, segundo o qual “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. A essa regra somava-se aquela do art. 637 do CPP segundo a qual “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”. Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal (BRASIL, 2016)

Desse modo, analisando-se os diversos dispositivos legais que tratam do assunto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que são constitucionais os dispositivos que prescrevem que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo. Este entendimento é o mais lógico do ponto de vista da hermenêutica sistemática, dado que a natureza extraordinária desses recursos, bem como a sua finalidade, apontam para a ausência de efeito suspensivo, porquanto eles não se prestam a fazer uma reanálise de fatos e provas, mas apenas de gerar uma uniformização interpretativa.

3 PONTOS DE TENSÃO

A alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena gerou certa tensão institucional, em decorrência do desrespeito do precedente pelos próprios Ministros. Diante deste cenário, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs 43 e 44), questionando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Subsistem, ainda, alguns pontos controvertidos que merecem atenção especial, como o argumento da seletividade do sistema penal, bem como o caso especial dos processos de competência originária dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

É necessário, por fim, aprofundar na diferenciação entre o instituto da execução provisória da pena e a prisão preventiva.

3.1. CONFLITOS INSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO PRECEDENTE FIRMADO

Como dito anteriormente, é difícil afirmar que o Supremo Tribunal Federal possui um entendimento como Corte Constitucional sobre uma determinada matéria. É mais fácil afirmar qual é o entendimento de um dos Ministros – ou da maioria deles – do que apresentar um entendimento uniforme da instituição. Há uma dificuldade, tanto da parte dos Ministros quanto da parte dos estudiosos e aplicadores do direito em diferenciar quais são os fundamentos individuais e quais são os fundamentos coletivos nas decisões do Plenário (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016). A visão de que os argumentos da Corte são aqueles apresentados pelo Relator se mostra limitada, pois isso não ocorre na prática, como se extrai da reação de alguns Ministros ao enfrentar o tema da execução provisória da pena após o julgamento do HC 126.292 (SILVA, 2016).

Ao proferirem decisões monocráticas referentes a este assunto, alguns Ministros decidiram não aplicar o novo entendimento no Supremo. O Ministro Celso de Mello, no HC 135.100, deferiu o pedido de liminar no caso de um réu condenado por homicídio qualificado. Esta decisão foi proferida no dia 1º de julho de 2016,

meses após a alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Afirmou o Ministro que, de acordo com a Constituição Federal e com a Lei de Execução Penal, não se pode proceder à prisão do réu sem que haja uma decisão condenatória transitada em julgado. Asseverou, ainda, que a decisão relativa ao HC 126.292 não possui efeito vinculante, pois foi proferida em um “processo de perfil eminentemente subjetivo”, o que significa que os juízes e Tribunais não são obrigados a respeitá-la. (BRASIL, 2016b).

Isso ocorreu também no HC 135.752, cuja liminar foi deferida pelo Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, que determinou a liberdade do ex-prefeito de Marizópolis (PB), condenado por desvio de dinheiro público. O TRF-5 decidiu pela prisão do condenado sob o fundamento de que já havia se encerrado a análise fático-probatória (BRASIL, 2016c).

Afirma o Ministro que a decisão proferida no HC 126.292 não possui eficácia vinculante. Salaria que qualquer decisão precisa ser devidamente fundamentada e que deve ser observada a individualidade da aplicação da pena. Segundo ele, a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal apresenta o entendimento de que a prisão anterior ao trânsito em julgado fere o princípio da presunção de inocência (BRASIL, 2016c). Argumenta que não se esgotou o duplo grau de jurisdição, tendo em vista que o processo era de competência originária do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em decorrência do foro por prerrogativa de função. Salaria, ainda, que a prisão cautelar não pode ser decretada com base na gravidade abstrata do delito ou por meio de fundamentação genérica, pois a prisão antes do trânsito em julgado da condenação possui caráter excepcional. No entanto, é válido ressaltar que não se pode tratar este caso como prisão cautelar, tendo em vista que essa prisão decorreu diretamente do novo entendimento da Corte Superior relativa à execução provisória da pena.

Foi deferida liminar no HC 135.711, também pelo Ministro Ricardo Lewandowski, sob os mesmos fundamentos utilizados na decisão que proferiu no HC 135.752.

Todas essas decisões possuem caráter liminar. Isso significa que elas podem ser revertidas quando da análise do mérito, o que de fato ocorreu no HC 135.752, referente à prisão do ex-prefeito de Marizópolis⁶.

A tensão institucional se torna nítida quando o Ministro Edson Fachin caça a decisão do Ministro Ricardo Lewandowski, afirmando que apesar de a decisão proferida no HC 126.292 não possuir efeito *erga omnes*, ela não teve por base apenas o caso concreto e deve ser respeitada para garantir a estabilidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Afirma, ainda, que a execução provisória da pena consiste em um desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação específica. A prisão decorre do título judicial condenatório, o qual, por sua vez, deve estar devidamente fundamentado.

Salienta o Ministro, em relação ao efeito suspensivo do recurso extraordinário, que

[...] com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal (BRASIL, 2016c, p. 6).

O Ministro Edson Fachin, ainda nesta mesma decisão, faz uma análise das implicações da redação do art. 283 do CPP. Contudo, os argumentos do Ministro em relação a este tema serão estudados juntamente com as Ações Diretas de Constitucionalidade, que serão a seguir abordadas.

Outra tensão institucional se deu a partir da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, no HC 135.100/MG⁷. O Ministro expõe os mesmos

⁶ Vale ressaltar que as informações fornecidas sobre a manutenção das decisões cautelares estão atualizadas até a data de 27 de março de 2017.

⁷ EMENTA: “HABEAS CORPUS”. CONDENAÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV). CRIME HEDIONDO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU. “REFORMATIO IN PEJUS”. VEDAÇÃO (CPP, ART. 617, “in fine”). DECRETAÇÃO, “ex officio”, DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (“CARCER AD

argumentos que utilizou no HC 126.292, em que foi voto vencido, acrescentando que a decisão proferida naquele *habeas corpus* é apenas referência paradigmática, não apresentando efeito vinculante (BRASIL, 2016b).

O que se verifica, diante dessas situações, é a falta de respeito às decisões da Corte por parte de seus próprios membros. Reclama-se muito da falta de respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores nas instâncias ordinárias. Contudo, para que haja uma coerência no sistema, é preciso que as Cortes Superiores respeitem seus próprios precedentes. É preciso que os Ministros saibam diferenciar os seus entendimentos individuais dos entendimentos da instituição.

A discordância e o debate são válidos e necessários, pois é devido ao atrito que há evolução e transformação. Porém, não se pode achar que o posicionamento individual do membro do Tribunal tem legitimidade para desconsiderar o entendimento da Corte como um todo. É necessário ter em mente que os Tribunais Superiores são cortes de uniformização jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal possui o dever de guarda da Constituição. Isso significa que qualquer interpretação a ser dada a ela – ou qualquer posicionamento em relação a determinada situação ou tese – deve ser feito seguindo os princípios constitucionais, e não as opiniões pessoais. O que se nota a partir da situação acima retratada é que essa função foi esquecida ou simplesmente ignorada pelos membros atuais do STF (TORRANO, 2016).

Verifica-se, portanto, que foi correta a decisão do Ministro Edson Fachin no HC 135.752, pois, apesar de agravar a tensão institucional no tocante ao tema da

POENAM”). INADMISSIBILIDADE. AFIRMAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A CONDENAÇÃO CRIMINAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, NÃO OBSTANTE AINDA RECORRÍVEL, AFASTA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E FAZ PREVALECER A PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE DO RÉU (VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR). INVERSÃO INACEITÁVEL QUE OFENDE E SUBVERTE A FÓRMULA DA LIBERDADE, QUE CONSAGRA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA, A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. PRERROGATIVA ESSENCIAL QUE SOMENTE SE DESCARACTERIZA COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 5º, INCISO LVII). CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO QUE IGUALMENTE DESRESPEITA A PRÓPRIA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, QUE IMPÕE, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E/OU RESTRITIVAS DE DIREITOS, O PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO (LEP, ARTS. 105 E 147). INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO JULGAMENTO PLENÁRIO DO HC 126.292/SP: DECISÃO MAJORITÁRIA (7 VOTOS A 4) PROFERIDA EM PROCESSO DE PERFIL MERAMENTE SUBJETIVO, DESVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE (CF, ART. 102, § 2º, E ART. 103-A, “CAPUT”). PRECEDENTE QUE ATUA COMO REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA, E NÃO COMO PAUTA VINCULANTE DE JULGAMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (BRASIL, 2016b)

execução provisória da pena, o Ministro reforçou a ideia de que os precedentes devem ser respeitados e que este respeito começa na própria instituição de onde se origina tal posicionamento (TORRANO, 2016).

Vale salientar que respeitar um precedente não é o mesmo que concordar plenamente com os seus fundamentos e teses. O magistrado pode e deve fazer suas ressalvas ao entendimento coletivo, mas deve trabalhar por um sistema mais coerente e homogêneo, começando pelo respeito aos entendimentos consolidados (TORRANO, 2016).

3.2 AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE REFERENTES AO ART. 283 DO CPP

Além dessas decisões conflitantes, tramitam na Corte duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, as quais obrigam que o Supremo Tribunal Federal analise o artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual prevê explicitamente que a prisão do condenado somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado. A ADC 43 e a ADC 44 foram ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da OAB, respectivamente. Por terem o mesmo objeto, as ações estão sendo julgadas conjuntamente.

O Ministro Marco Aurélio, que é o Relator das duas ações, no dia 1º de setembro de 2016, votou pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP e pela imediata suspensão de todas as execuções provisórias da pena e, ainda, a revogação de todas as prisões decretadas antes do trânsito em julgado da condenação (com exceção das cautelares), utilizando os mesmos fundamentos apresentados pelos votos vencidos no HC 126.292.

No entanto, com a retomada do julgamento da cautelar, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria que o art. 283 do CPP não impede a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo indeferido as liminares pleiteadas.

Os Ministros utilizaram os mesmos fundamentos apresentados no HC 126.292/SP. No entanto, vale destacar algumas considerações específicas quanto

ao art. 283 do CPP, apresentadas pelo Ministro Edson Fachin na análise do mérito do HC 135.752/PB. Para o Ministro, este artigo não veda outras formas de prisão além daquelas que ele mesmo prevê. Assim, entendeu-se que o artigo trata da prisão preventiva. Ele exemplifica, afirmando que as prisões reguladas por outros campos do direito continuam válidas. Consigna que não há conflito entre este artigo e as regras que determinam que os recursos de natureza extraordinária tenham apenas efeito devolutivo (art. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC). Porém, ainda que houvesse conflito, prevaleceriam as regras do novo CPC, pelo critério temporal. A partir dessas considerações, o Ministro coloca os mesmos argumentos utilizados nos votos vencedores referentes ao HC 126.292 (BRASIL, 2016c).

3.3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO REGIMENTAL (ARE) 964.246⁸

O Recurso Extraordinário com Agravo Regimental 964.246/SP foi interposto contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à apelação do recorrente, determinando a expedição do mandado de prisão para o cumprimento da pena. Alega o recorrente que houve violação do princípio da presunção de inocência e assevera a existência de repercussão geral da questão.

O Tribunal reafirmou o entendimento tomado no julgamento do HC 126.292, com repercussão geral, no sentido de ser legítima a execução provisória da pena após acórdão condenatório proferido em sede recursal, não havendo incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, positivado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

O Relator, Ministro Teori Zavascki, repetiu os fundamentos apresentados no julgamento do HC 126.292, também de sua relatoria. Vale ressaltar, porém, sua fundamentação acerca da coisa julgada se formar no momento do escoamento do prazo para apresentação do recurso cabível. Afirmou o Ministro que em 2015, no

⁸ Mantida a nomenclatura utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão, apesar de ser tecnicamente mais correto tratar como Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (BRASIL, 2016).

juízo dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 386.266/SP (juízo em 12/08/2015), decidiu-se que:

[...] somente nas hipóteses em que o agravo não é conhecido por esta Corte (art. 544, § 4º, I, do CPC), o agravo é conhecido e desprovido (art. 544, § 4º, II, a) e o agravo é conhecido e o especial tem seu seguimento negado por ser manifestamente inadmissível (art. 544, § 4º, II, b, 1ª parte), pode-se afirmar que a coisa julgada retroagirá à data do escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível. (BRASIL, 2016d, p. 32)

Isso significa que o que impede a ocorrência do trânsito em julgado não é a interposição de um recurso no prazo legal, mas sim a interposição de um recurso cabível, ou seja, apto a produzir a reforma da decisão recorrida. Esse entendimento é razoável, tendo em vista que após sucessivas decisões de inadmissibilidade recursal, é injustificável que a parte se beneficie do tempo necessário para produzir essas decisões.

Ademais, no juízo do HC 84.078, a partir do qual não mais se permitiu a execução provisória da pena, decidiu-se que a data do trânsito em julgado retroagiria até o momento do escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível. Estes dois pontos apresentados demonstram que o conceito de trânsito em julgado e coisa julgada não está necessariamente relacionado com o juízo de todos os recursos. É preciso que os recursos interpostos sejam admissíveis para que tenham a aptidão de reformar a decisão recorrida e conseqüentemente interromper o prazo prescricional.

Para o Ministro Celso de Mello, tanto a decisão proferida no HC 126.292 quanto o juízo das ADCs 43 e 44 não apresentam efeito vinculante. O Ministro mantém seu posicionamento da inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta três fundamentos jurídicos para a constitucionalidade da execução provisória da pena, os quais já haviam sido apresentados no juízo do HC 126.292.

Segundo o Ministro, o primeiro fundamento consiste em considerar que o pressuposto da prisão não é a culpabilidade, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal.

Para o Ministro Barroso, o termo “presunção de não culpabilidade” é mais técnico do que “presunção de inocência” e denota claramente que o fundamento da prisão não é a irrecorribilidade da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. O Ministro apresenta este ponto fundamentando que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e da prisão, tendo em vista que os colocou separadamente no artigo 5º da Constituição Federal. A culpabilidade tem como pressuposto o trânsito em julgado da condenação e a prisão advém da ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Ele afirma, ainda, que sendo a presunção de inocência um princípio, ela deverá ser ponderada com outros princípios constitucionais e poderá ser aplicada com maior ou menor intensidade, a partir da relevância dada a cada um deles. No caso em questão, deve-se dar um peso maior ao princípio da efetividade da lei penal, diante da aferição da culpabilidade do réu a partir do esgotamento da análise dos fatos e provas.

Para Luís Roberto Barroso, a partir do esgotamento do duplo grau de jurisdição, a execução da pena passa a ser “exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.” (BRASIL, 2016d, p. 42).

O Ministro afirma, ainda, que a partir da execução provisória da pena:

[...] promove-se a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição.(BRASIL, 2016d, p. 47).

O Ministro Marco Aurélio manifesta pela ausência de repercussão geral no caso, bem como da inadequação da votação no Plenário Virtual.

Diante deste acórdão, nota-se que apesar de a maioria do Plenário ter votado no sentido de reafirmar a jurisprudência, ainda não se pode dizer que há um posicionamento definido no Tribunal. Os Ministros que votaram em sentido contrário apresentam um entendimento firme e não se mostram convencidos pelos argumentos dos demais.

É em razão disso que existem diversas decisões monocráticas dos Ministros apresentando entendimento diverso deste decidido no Plenário. Permanece o desrespeito aos precedentes do próprio Tribunal.

3.4. PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA OU TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

É relevante analisar uma questão que foi pouco tratada pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante à execução provisória da pena para réus que possuem foro por prerrogativa de função ou nos casos de competência originária dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais. Nestes casos, é preciso avaliar se é válida a execução provisória da pena, mesmo sem ter ocorrido o duplo grau de jurisdição.

No HC 140.213, o Ministro Luiz Fux deferiu a liminar para suspender a execução imediata do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual condenou um juiz de direito pelo crime de concussão. Tendo em vista que o processo é de competência originária do Tribunal de Justiça, entendeu o Ministro ser necessária uma análise mais cautelosa do caso, já que se difere dos precedentes sobre o tema.

Neste caso, se ocorresse a prisão antes do julgamento dos recursos especial e extraordinário, não teria havido o respeito à garantia ao duplo grau de jurisdição (BARROSO, 2002). Nesses casos, portanto, o recomendável é que se aguarde o julgamento destes recursos para que se proceda à execução provisória da pena. Ressalte-se que não é necessário aguardar o trânsito em julgado da condenação. Deve-se apenas garantir o respeito ao duplo grau de jurisdição. Este entendimento surge a partir da utilização do princípio da razoabilidade.

3.5 A SELETIVIDADE DO USO DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL NO STF E NO STJ

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no HC 126.292, afirmou que a seletividade é um grave problema no sistema penal brasileiro. Para ele, os

encarcerados são, em sua maioria, aquelas pessoas que não têm condições financeiras de contratar ou de manter um advogado.

Em suma: o que o Ministro Teori está propondo, e com adesão do Ministro Fachin, agora com a minha adesão, é a de tornar o sistema minimamente eficiente e diminuir o grau de impunidade. E, mais que isso, o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, porque quem tem condições de manter advogado para interpor um recurso descabido atrás do outro descabido não são os pobres, que hoje superlotam as prisões brasileiras. Ninguém deve ser punido por ser rico. Ricos e pobres têm os mesmos direitos. Porém, o sistema é dramaticamente seletivo, porque as pessoas acima de um determinado patamar, mesmo que condenadas, não cumprem a pena durante a sua sobrevivência, porque o sistema permite que se procrastine a execução por mais de vinte anos, como é precisamente o que acontece neste caso que eu aleatoriamente constatei dentro da nossa pauta de hoje. De modo que penso que nós precisamos reverter essa jurisprudência. (BRASIL, 2016).

Este argumento tem evidências empíricas, obtidas a partir da observação dos tipos penais que são objeto da maior parte dos *habeas corpus* nos Tribunais Superiores:

Se agrupados os tipos penais em suas modalidades simples e qualificadas, as cinco principais ocorrências seriam: crime de roubo, crime de tráfico de drogas, crime de homicídio qualificado e crime de furto. Verificou-se que apenas cinco crimes correspondem a 72,59% de todas as impetrações examinadas, indicando que se trata de matérias ainda controversas que possam se beneficiar de medidas institucionais para redução da litigância. Sozinhos, casos envolvendo os crimes de roubo e tráfico de drogas respondem por mais da metade de todos os HC's e RHC's originados contra decisões do TJ/SP (Fundação Getúlio Vargas, 2014)

Esse cenário é reflexo do que ocorre no primeiro grau de jurisdição, em relação às prisões cautelares. De acordo com o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em janeiro de 2017, os crimes que mais apresentam prisões cautelares são de tráfico de drogas, roubo, homicídio, crimes do sistema nacional de armas e furto, os mesmos correspondentes ao maior número de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* nos Tribunais Superiores. Juntos, eles correspondem a 83% (oitenta e três por cento) das prisões cautelares no Brasil. É evidente que esta situação crítica iria reverberar nos Tribunais Superiores.

Dessa forma, os números demonstram haver uma seletividade na ocorrência das prisões tanto no que se refere às prisões cautelares quanto em relação aos recursos nos Tribunais Superiores.

Essa seletividade aumenta a desigualdade social, pois gera um círculo vicioso que apenas acabará se houver uma mudança em todo o sistema. No primeiro grau de jurisdição, é necessário que haja uma diminuição das prisões

preventivas, dando-se preferência às medidas cautelares alternativas à prisão, dispostas no art. 319 do CPP. Nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, é forçoso que se obedeça aos entendimentos firmados nos tribunais superiores, para evitar o cometimento de injustiças e o desrespeito ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal). Nos Tribunais Superiores, por sua vez, é preciso que haja o consenso dos Ministros quanto ao entendimento da Corte como órgão jurisdicional, o que vai gerar segurança jurídica.

3.6 SAÍDAS PARA A DIMINUIÇÃO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA: PRISÃO PREVENTIVA *VERSUS* EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA

Primeiramente, é importante esclarecer a diferença entre estas duas modalidades prisionais. A prisão preventiva consiste em uma prisão cautelar que pode ser adotada caso haja ameaça à ordem pública, à ordem econômica ou para assegurar a aplicação da lei penal (LIMA, 2011). Essa prisão tem caráter estritamente excepcional, sendo aplicada apenas nas hipóteses do art. 313 do CPP, e deve estar devidamente motivada, com a demonstração da sua necessidade com base nos pressupostos autorizadores contidos no art. 312 do CPP. Somente deve ser imposta se as medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319 do CPP) se revelarem inadequadas ou insuficientes (LIMA, 2011).

Já a execução provisória da pena consiste no início do cumprimento da pena antes da ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesta modalidade de prisão, portanto, já foi constatada a culpa do acusado, tendo sido proferida uma sentença condenatória em primeira e/ou segunda instância. Isso não ocorre na prisão preventiva, em que há a certeza da materialidade, mas apenas indícios de autoria.

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar. As medidas cautelares buscam resguardar o desenvolvimento do processo, bem como dar efetividade ao processo penal (LIMA, 2011). Nesse sentido, elas têm caráter instrumental, pois existem somente para cumprir as finalidades acima apresentadas. Os requisitos das prisões cautelares são o *fumus commissi delicti*, que consiste na prova da ocorrência de um delito (materialidade) e indícios de autoria, e o *periculum*

libertatis, que indica que a conduta do acusado, caso permaneça em liberdade, poderá gerar algum prejuízo ao regular andamento do processo (LIMA, 2011). Ressalte-se que nem mesmo é necessário o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios para se determinar a prisão preventiva (LIMA, 2011).

A prisão cautelar pressupõe um suporte fático, o que significa que cessada a causa da prisão, é obrigatória a imediata soltura do acusado (LOPES JR., 2013). Contudo, o que mais ocorre é a falta de fundamento legitimador da prisão cautelar, que geralmente é pautada em um fundamento demasiadamente abstrato, o qual é cabível em qualquer situação. A prisão cautelar também deve ser de curta duração, para que não se caracterize como uma antecipação da pena. O problema é que o fato de a prisão preventiva ter prazo indeterminado abre margem para uma indefinição dos seus limites. Existe a possibilidade de se revogar a prisão por excesso de prazo, mas não há uma base concreta de indicação do limite do prazo (LOPES JR., 2013).

Ademais, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal (art. 311 do CPP), sendo que parte da doutrina admite inclusive a possibilidade de que ela seja decretada antes mesmo do oferecimento da peça acusatória e, ainda, após a sentença condenatória recorrível, se presentes os requisitos e os pressupostos autorizadores (LIMA, 2011).

A partir dessas considerações sobre a prisão cautelar e a execução provisória da pena, observa-se que a primeira possui pressupostos altamente abstratos (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica e conveniência da instrução criminal), além de possuir prazo indeterminado e ser aplicada indiscriminadamente pelos juízes e Tribunais, enquanto a segunda é fundada no acórdão que confirma a sentença condenatória, após ampla dilação probatória e certeza da materialidade e autoria dos fatos, sendo proibida a posterior reanálise dos fatos e provas (LOPES JR., 2013).

Sendo assim, é evidente que a execução provisória da pena possui bases concretas e bem fundamentadas, além de garantir a aplicação da pena já estipulada ao réu, evitando que este se furte do cumprimento da pena por meio da interposição de recursos até a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

É importante ressaltar que enquanto na prisão preventiva o acusado fica necessariamente encarcerado, na execução provisória da pena, o réu cumprirá a pena conforme determinado na sentença condenatória, a qual poderá fixar regime aberto, semi-aberto ou fechado para o cumprimento de pena, garantindo-se, ainda, a progressão de regime. Isso significa que o réu é preso de acordo com a análise da proporcionalidade da pena em relação ao crime cometido, realizada pelo magistrado de primeiro ou segundo grau de jurisdição no momento da dosimetria da pena. Já na prisão preventiva, o acusado corre o risco de cumprir uma pena que ele não receberá, tendo em vista que ele pode ser absolvido ou até mesmo receber uma pena inferior à que cumpriu quando preso preventivamente.

Sobre este ponto, afirma o Ministro Teori Zavascki, no julgamento das ADCs 43 e 44:

De qualquer modo, é importante registrar que o caos do sistema carcerário se deve, em significativa medida, ao enorme número de prisões provisórias, antes de condenação alguma, notadamente por tribunal de apelação. Ademais, embora seja um cenário realmente preocupante para o Estado brasileiro como um todo, o Tribunal tem buscado soluções para impedir que as penas de privação de liberdade sejam cumpridas fora do regime apropriado, do que é exemplo o pronunciamento da Corte no RE 641.320, que resultou na edição da Súmula Vinculante 56, segundo a qual: "*a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS*".

[...]

Aliás, a ideia de efetividade no cumprimento da sanção imposta em juízo condenatório, diretamente relacionada ao alcance do princípio da presunção de inocência, tenderia a reparar, ou ao menos amenizar, a cultura da imposição deliberada e inconsequente de prisões preventivas como método de concretização da punição do acusado (BRASIL, 2016)

É certo que a prisão preventiva jamais pode ser mais grave do que uma eventual pena definitiva. O que ocorre na prática, no entanto, é a aplicação da prisão preventiva como regra, o que viola tanto o caráter excepcional desta modalidade prisional quanto a vedação de que seja mais grave do que a provável prisão-pena. É para isso que existem outras medidas cautelares. Havendo a possibilidade, deve-se aplicar primeiramente as medidas cautelares alternativas à prisão, dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal. Elas somente devem ser convertidas em prisão preventiva se o réu desrespeitar as medidas cautelares que lhe foram aplicadas. Isso deve ocorrer apenas em último caso, como determina o art. 282, §4º e §6º, do CPP c/c art. 312, parágrafo único, do CPP.

A intenção, contudo, não é demonstrar a fragilidade do instituto da prisão preventiva, mas sim atestar que a execução provisória da pena é bem mais coerente com os princípios do direito penal e processual penal, inclusive com o princípio da presunção de inocência.

O caos do sistema carcerário brasileiro se deve, principalmente, às prisões preventivas, tendo em vista que estas correspondiam a 41% (quarenta por cento) da população carcerária brasileira (sem considerar a prisão domiciliar), de acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça de 2014 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014). Porém, em levantamento realizado pelo mesmo órgão em janeiro de 2017, verificou-se a diminuição dos presos provisórios para o percentual de 34% (trinta e quatro por cento) do total de presos no Brasil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Essa redução ocorreu após a implementação das Audiências de Custódia. Isso demonstra que grande parte das prisões preventivas não são realmente necessárias. Estas prisões são decorrência da cultura do encarceramento, que ainda está fortemente presente tanto no meio jurídico quanto na população em geral.

CONCLUSÕES

Neste estudo, observou-se que a interpretação constitucional não deve ser feita de forma literal, mesmo nos dispositivos que são aparentemente claros, pois a Constituição é um sistema de normas e princípios, que, conjugados, devem nortear a elaboração e a interpretação de todas as outras normas do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, constatou-se que é preciso uma definição da abrangência do princípio da não culpabilidade, já que da forma que ele vinha sendo aplicado, havia um desequilíbrio entre o interesse da sociedade da punibilidade das condutas criminosas e o interesse do acusado de ter suas garantias respeitadas.

Assim, nota-se que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal não fere de modo algum a Constituição Federal, pois consiste em uma interpretação sistemática, que pondera diversos princípios constitucionais e infraconstitucionais, obtendo-se um equilíbrio que proporciona ao mesmo tempo o respeito às garantias individuais e a satisfatividade da prestação jurisdicional. É essencial que o condenado tenha suas garantias fundamentais respeitadas, mas há uma linha tênue entre a garantia do princípio da presunção de inocência e a descaracterização da conduta penal.

O que se conclui a partir desta análise, partindo-se da premissa de que nenhum princípio é absoluto, é que a culpabilidade do sujeito é aferida após a decisão de segunda instância, que é o momento em que se esgota a análise fática do objeto do processo. A partir deste momento, ou seja, perante as Cortes Superiores, cessa o duplo grau de jurisdição e somente se analisa matéria de direito, não havendo mais dúvidas quanto à culpabilidade do sujeito. Em razão disso, verifica-se que a execução da pena após a segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência, pois esta garantia se esgota a partir do momento em que não se analisa mais os fatos e, portanto, não há mais dúvidas quanto à culpabilidade do réu.

De fato, o que se observa na prática é que a vasta abrangência deste princípio tem gerado a ineficácia das decisões criminais e uma sensação social de impunidade, além da incessante interposição de recursos meramente protelatórios.

Contudo, foi constatado neste trabalho que apesar de ter havido até mesmo a reafirmação da jurisprudência do STF no Recurso Extraordinário com Agravo Regimental (ARE 964246), recebido com repercussão geral, ainda não se pode afirmar a existência de um entendimento do órgão jurisdicional como um todo. O que se nota são apenas fundamentos isolados dos Ministros, os quais se repetiram em todas as decisões proferidas sobre o tema. Percebe-se, inclusive, que mesmo entre os Ministros que apresentam o mesmo posicionamento, os argumentos utilizados são completamente diferentes. É evidente que a inexistência de uniformidade na Corte Suprema se refletirá em todos os outros órgãos judiciais que se subordinam à sua jurisdição.

Salienta-se que o princípio da não culpabilidade não era considerado absoluto nem mesmo antes dessa decisão do STF analisada no presente texto, pois já se admitia a prisão preventiva, que se funda somente em indícios de autoria do réu. Portanto, se praticamente não há discussão jurisprudencial em relação à constitucionalidade da prisão preventiva, que se pauta em meros indícios de autoria, não há que se discutir a execução provisória da pena, pelo menos não sob o fundamento da presunção de inocência, já que esta modalidade prisional se funda na certeza da culpabilidade do acusado, com base na exaustiva análise das provas dos autos em primeira e segunda instâncias.

Por fim, é importante refletir se uma punição tardia ainda tem alguma efetividade. Quando se passam dez, quinze ou até mesmo vinte anos da prática do delito, a punição já não tem a mesma força. Pode-se até dizer que ela não faz sequer algum sentido. Ao deixar de punir o agente criminoso ou puni-lo tardiamente, estar-se-á deixando de cumprir a função da pena de prevenir quanto à ocorrência de novos delitos. Perde-se, portanto, a credibilidade do sistema penal. A sociedade deixa de acreditar na punição e questiona se ela tem alguma efetividade. A execução provisória da pena resgata a função preventiva da pena e reforça a crença na legitimidade do sistema penal.

Assim, conclui-se ser constitucional e razoável a interpretação dada ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que autorizou a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação criminal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1986.

ALMEIDA, D.; BOGOSSIAN, A. M. "Nos Termos do Voto do Relator": considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. Rio de Janeiro: Revista Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, 2016.

BARBAGALO, F. B. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDFT, 2015.

BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R. *Os desafios da jurisdição constitucional no Brasil*. UniCEUB, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=422NoWhKQGs>>. Acesso em: 28 março 2017

BOTTINO, T. Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: pontos para reflexão e debate. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, set. 2014. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/hc_nos_tribunais_superiores_-_pontos_para_reflexao_e_debate_-_boletim_ibccrim_262_setembro-2014.pdf> Acesso em: 28 março 2017

BOTTINO, T. *Habeas Corpus nos Tribunais Superiores - Propostas para reflexão*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 23, v. 112, p. 213, mês jan-fev 2015. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/907303/HC_nos_tribunais_superiores___propostas_para_reflexão.pdf>. Acesso em: 28 março 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal (1941)*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 14 abril 2016.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 abril 2016.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 1990-1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 29 abril 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC 43 e 44. Tribunal Pleno. Requerentes: Partido Ecológico Nacional - PEN e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 5 outubro 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 março 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. *ARE 964246 RG/SP*. Tribunal Pleno. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+964246%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/hwf5y9o>>. Acesso em: 7 março 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus. HC 84078*. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2EENUME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ho3767b>>. Acesso em: 28 março 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Habeas Corpus. *HC 96.219*. Decisão Monocrática. Paciente: Robson Ramos da Cruz. Impetrante: Edvaldo Ferreira Garcia e outro(a/s). Coator(a): Relatora do HC 115.202 do STJ. Relator(a): Min. Celso de Mello. São Paulo, 9 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2896219%2EENUME%2E+OU+96219%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/goq4s63>> Acesso em: 28 março 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus. HC 126292 MC/SP*. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 5 de fevereiro de 2015 – transcrição do voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso – Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160511-04.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 126.292 . Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC 313.021 do STJ. Relator(a): Min. Teori Zavascki. São Paulo, 17 de fevereiro de 2016a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.

Acesso em: 28 março 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 135100/MC. Decisão monocrática. Paciente: Leonardo Coutinho Rodrigues Cipriano. Impetrante: Maurício de Oliveira Campos Junior e Outros(as). Relator(a): Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de julho de 2016b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28135100%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jzl5fwy>>. Acesso em: 7 março 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 135752/PB. Paciente: José Vieira da Silva. Impetrante: Guilherme Almeida de Moura e Outros(as). Relator(a): Min. Edson Fachin. Brasília, 2 de agosto de 2016c. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28135752%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jbvgny>>. Acesso em: 7 março 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF. Brasília: CNJ, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos Presos Provisórios do país e Plano de Ação dos Tribunais*. Agência CNJ de Notícias. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>> Acesso em: 27 mar 2016.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. A garantia da razoável duração do processo penal e a reforma do CPP. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 31, p.135-148, n. 113, set. 2011.

FERNANDES, A. S. Processo Penal Constitucional. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012.

FRISCHEISEN, L. F.; GARCIA, M. N.; GUSMAN, F. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 80.078. In: CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. *Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Mato Grosso: juspodivm, 2013.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Supremo em Números. *Os Habeas Corpus no STJ e STF*, 2010. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html>> Acesso em: 6 out 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.

HARTMANN, I. A.; KELLER, C. I.; VASCONCELOS, G.; NUNES, J. L.; CARNEIRO, L.; CHAVES, L.; TEIXEIRA, F. O Impacto no Sistema Prisional Brasileiro da Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre Execução da Pena antes do Trânsito em Julgado no HC 126.292/SP - Um estudo empírico quantitativo. Rio de Janeiro, 29 ago. 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2831802>> Acesso em: 6 set. 2016.

JOÃO, I. C. S. O princípio constitucional da razoável duração dos processos e da celeridade processual. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo, v. 11, n.13, jan. / dez., 2007.

LIMA, R. B. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JR., A. *Prisões Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, G. D. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, R. S. O direito fundamental à razoável duração do processo penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 919, ano 101, maio 2012.

PRADO, L. R.; CARVALHO, É. M.; CARVALHO, G. M. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUEZ, J. R.; NOBRE, M. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, J. R.; PUSCHEL, F. P.; MACHADO, M. R. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, V. A. *"Um voto qualquer?" O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Revista Estudos Institucionais, v. 1, 1, 2015. Disponível em: < <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21/22>>. Acesso em: 28 março 2017.

TORRANO, B. *Dói, mas o entendimento do HC 126.292/SP deve ser respeitado*, 24 ago. 2016. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-24/doi-entendimento-hc-126292sp-respeitado>>. Acesso em: 29 set. 2016.

TUCCI, R. L. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VILELA, A. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.