



Centro Universitário de Brasília – UniCeub

Faculdade De Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

SHEYLA APARECIDA PRADO JACINTO

**EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU
DE JURISDIÇÃO**

BRASÍLIA

2019

SHEYLA APARECIDA PRADO JACINTO

**EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU
DE JURISDIÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para conclusão da disciplina Monografia III, sob a orientação do Professor: Marcus Vinícius Bastos

BRASÍLIA

2019

SHEYLA APARECIDA PRADO JACINTO

**EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA APÓS CONDENÇÃO EM SEGUNDO GRAU
DE JURISDIÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para conclusão da disciplina Monografia III, sob a orientação do Professor: Marcus Vinícius Bastos

BRASÍLIA, _____ de _____ 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcus Vinicius Reis

Prof. Examinador

RESUMO

Em 17 de fevereiro de 2016, em julgamento de um *habeas corpus* sob nº 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal (STF) modificou a jurisprudência deliberada em sede de uma mesma ação autônoma de impugnação, no ano de 2009 (HC nº 84.078/MG), reassentando a tradicional orientação suprema de que a execução penal provisória após o exercício do duplo grau de jurisdição não fere o princípio da não culpabilidade, mesmo com o alcance atribuído à sua extensão, pelos Tribunais Superiores, em âmbito das recorribilidades excepcionais. A inteligência hermenêutica que se consolidou naquela acirrada contenda, por sua vez, foi reafirmada na oportunidade da apreciação de medida cautelar reclamada nas Ações de Declaração de Inconstitucionalidade de nºs. 43 e 44/MCDF, sem, contudo, ter-se decidido o mérito das Ações, restando por confirmar tanto a constitucionalidade do reformado artigo 283 do Código de Processo Penal, em 2011 – que naquelas foi cotejado com o princípio da presunção de inocência –, quanto da questão jurisprudencial a envolver o limbo do instituto do trânsito em julgado na seara penal. Por arremate, a questão, pela quarta vez, foi igualmente entendida, em Plenário Virtual, ante ao ajuizamento de um Agravo (ARE 964.246) o qual, ao concluir pela repercussão geral da causa, conferiu efeito *erga omnes*, a vincular os demais juízos sobre a matéria. Desta feita, tomando por base as quatro reafirmações professoradas pelos Eminentes Pares (STF, 2016), a presente pesquisa se inclina a demonstrar que a possibilidade de uma execução provisória após decreto de acórdão apenatório, ainda que dele se erijam recursos extraordinários, não fere o princípio expresso no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República/88. Para tanto, iniciou o estudo abordando as nuances da presunção de não culpabilidade, suas consequências no processo criminal e sua aplicação nos Tribunais de Brasília, para, em seguida, adentrar-se à execução penal provisória propriamente, a fim de entender sua legalidade e aplicabilidade no interesse do réu, tal qual na pendência de recurso especial e extraordinário. Por fim, debruçou-se à análise do *habeas corpus* sob nº 126.292/SP e dos principais argumentos que deram retorno à clássica jurisprudência suprema sobre o tema, os quais estão a prevalecer, tanto para o sistema penal acusatório como para o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Princípio da não culpabilidade. Execução Provisória da Pena. Sistema Recursal. Mínima efetividade da justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E A SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL	7
1.1 CONCEITO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	8
1.2 CONSEQUÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA O PROCESSO PENAL: REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E (IM)POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA PENA.....	14
1.3 PRECEDENTES DO STF E DO STJ SOBRE A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE	23
2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	34
2.1 EXECUÇÃO PENAL DEFINITIVA E EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA: DIFERENÇAS.....	34
2.2 HIPÓTESES DE EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA: EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NO INTERESSE DO RÉU E EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NA PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO.....	43
3 EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO: HC Nº 126.292/SP-STF	49
3.1 JURISPRUDÊNCIAS DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO	49
3.2 ARGUMENTOS QUE ATUALMENTE PREVALECEM	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo discorrer sobre a execução da pena após condenação em segundo grau de jurisdição. A escolha do objeto deste estudo veio a partir do julgamento do *Habeas Corpus (HC)* nº 126.292/SP, realizado em 17 de fevereiro de 2016, com fulcro, em especial, no voto do Ministro Luís Roberto Barroso – Supremo Tribunal Federal (STF), o qual – voto – defendeu ser legítima a execução penal provisória da pena após apreciação do duplo grau de jurisdição com vistas à garantia da efetividade do direito penal e dos bens jurídicos que esta tutela.

O tema, cuja relevância é indiscutível em diversas esferas, entre as quais, criminal, social, política e acadêmica, é por demais atual, haja vista a mudança de entendimento ocorrida em 2016, frente ao HC nº 126.292/SP – que arrematou ser “o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias” –, e à sinalização dada pelo STF, em 2018, de outra possível mudança de posicionamento desse assentamento na direção contrária ao último.

Contudo, a presente abordagem científica sobre o assunto em voga não abordará questões político-partidárias, ainda que o resultado do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP tenha atingido pessoa de inquestionável popularidade política em virtude da dignidade do alto cargo que ocupou.

Por seu turno, a ação autônoma de impugnação sob análise (HC) comporta discussão a respeito da legal defesa do início da execução da pena imediatamente à confirmação da condenação em primeiro grau prolatada no segundo.

Sucintamente, o estudo abordará sobre o cabimento da **prisão** antes do instituto do trânsito em julgado, da possibilidade da **prisão imediata**, tão logo condenação proferida em grau de apelação, assim como tratará da **execução provisória da pena** na pendência de impugnações superiores (Recurso Extraordinário / Recurso Especial).

Neste esteio, o presente trabalho, dentro de suas nuances, não se furtará em estudar assuntos correlatos, tais quais, a aplicação do princípio da presunção de inocência no processo penal, trazendo seu conceito e suas consequências, do mesmo modo, sua aplicação, enquanto precedente nos Superiores Tribunais (Supremo Tribunal Federal, STF, e Superior Tribunal de Justiça, STJ), no primeiro capítulo.

Em continuidade, será abordada a execução provisória da pena, apresentando as sutilezas que permeiam as diferenças quanto à definitividade e provisoriedade de uma prisão,

assim como hipóteses de um cumprimento penal provisório quando no interesse do acusado e quando na pendência das recorribilidades extraordinárias, no segundo capítulo.

Por fim, será examinado o HC nº 126.292/SP (2016), enquanto *leitmotiv* do retorno à tradicional jurisprudência superior sobre o tema, em interdisciplinaridade com a execução penal interpretada ante ao HC nº 84.078/MG (2009), arrematando, em última análise, os fundamentos prevaletentes da vigente cognição jurisprudencial em torno do assunto, no terceiro capítulo.

Fato é que, em todos os argumentos que levaram ao resultado final do atual posicionamento da Suprema Corte, o princípio da não culpabilidade fez-se presente. Ponto-chave dessa pesquisa. Fato-gerador de divergência e polêmica, o que justifica o interesse deste trabalho científico.

Assim, a partir da hodierna orientação sobre o caso, torna-se primacial a investigação acadêmica a respeito dessa matéria, cujas fontes são ricas e abastadas, desde os posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais – a julgar pela controvérsia contida no princípio constitucional da presunção de inocência –, e os dispositivos legais, a enriquecer feitura da pesquisa.

1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E A SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

O princípio da presunção de inocência, ou presunção de não culpabilidade, foi consagrado em nosso ordenamento pátrio a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando pôs-se a compor o rol dos direitos e garantias de todo cidadão, cuja constitucionalidade derivou do princípio nuclear do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CR/88), o qual, no conceito do Ministro Luís Roberto Barroso¹, “tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental”.

Em parêntese, assevero por preliminar, não ver a necessidade de ocupar em fazer distinção das expressões presunção de inocência (como escrita no Pacto de São José da Costa Rica²) e presunção de não culpabilidade (como adotada pela Constituição Federal de 1988³), por ser cediço que constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo⁴. E, portanto, sob o ponto de vista prático, constitui-se inútil o cotejo. Por consequência, serão as expressões aqui tratadas como sinonímias.

Fato é que a essência da norma está mantida, a segurança de uma garantia infra processual (Código de Processo Penal – 1941) e constitucional (Constituição Federal – 1988), a assegurar ao acusado, sob a submissão da jurisdição penal do Estado (processo penal), ser tratado inocente durante a *persecutio criminis*. Contudo, em razão de suas características específicas, o princípio da não culpabilidade deve ser cuidadosamente estudado, em virtude de seus desdobramentos em razão do princípio-mor do devido processo legal.

¹ “A cláusula do devido processo legal, constante das Emendas 5 e 14, surgiu como uma garantia de natureza processual, compreendendo direitos à citação, ao contraditório, à assistência por advogado, a um juiz imparcial, dentre outros (v. Vitek v. Jones, 1980). Com o tempo, todavia, desenvolveu-se a ideia de **devido processo legal substantivo**, critério pelo qual a Suprema Corte passou a exercer um controle sobre a discricionariedade dos atos governamentais – legislativos e administrativos –, admitindo a possibilidade de invalidá-los por falta de racionalidade ou de razoabilidade”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48. Disponível em: https://www.academia.edu/24243768/Direito_Constitucional_-_Luis_Roberto_Barroso?auto=download. Acesso em: 15 jan. 2019.

² Art. 8º.2. “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de nov. de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

³ Artigo 5º, inc. LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. **PARECER: Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. 2016. p. 15. Disponível em: http://www.emporiiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.

1.1 CONCEITO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

De forma branda e bem sucinta – ao tratar as expressões presunção de inocência e presunção de não culpabilidade como palavras de sentido semelhante –, a questão terminológica (ou tecnicismo jurídico) do princípio em voga, por ora, dá-se superada, passando-se ao juízo do que realmente se deve entender por presunção de inocência.

Em primeira análise, a presunção de inocência é um direito fundamental trazido pela primeira vez à Constituição Federal Brasileira em 1988. Mas sua origem é identificada na Revolução Francesa, plasmado no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁵, documento emblemático que ampliou os lindes do Iluminismo⁶. Em nossa Lei Maior, a presunção de não culpabilidade está reconhecida no inciso LVII do artigo 5º, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁷”.

Nesse ínterim, cujo fito era o de assegurar ao homem (ser humano) a plenitude da dignidade humana, diversos outros diplomas internacionais (tratados e convenções) – dentre os quais, a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, em seu artigo 11, 1 (1948⁸), assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), artigo 8º, 2 (1969⁹) –, agraciaram em seus textos o princípio da presunção de inocência.

Embora os artigos supracitados tragam divergências quanto à técnica redacional ou limite semântico (inocente ou não culpado, aqui considerados sinônimos para todo efeito), e quanto ao limite temporal (até o trânsito em julgado ou até a comprovação da culpa), fato é

5 Artigo 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.” ONU. **Declaração Dos Direitos Do Homem e do Cidadão**, 26 de agosto de 1789. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 22 jan. 2019.

⁶ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. Brasília: TJDFT, 2015, p. 14 Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 21 jan. 2019.

⁷ Artigo 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”. BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

⁸ Art. 11, 1: “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**, 10 de dezembro de 1948. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 22 jan. 2019.

⁹ Artigo 8º, 2: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...]”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de nov. de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

que o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental, e como tal enseja a compreensão também doutrinária, que o enxerga sob variadas acepções. Algumas a saber.

Do exposto, cabe à baila trazer a compreensão de constitucionalistas doutrinários a esse respeito – partindo dessa premissa que trata tal garantia processual penal como originariamente um princípio constitucional insculpido no rol dos direitos fundamentais (art. 5º da CF/88) –, os quais relacionam acepções objetiva e subjetiva do tema em exame à evolução das chamadas Gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais, entendida como um processo histórico de acumulação de direitos.

Dentro dessa concepção doutrinária, o Professor Zanoide de Moraes¹⁰ expressa que:

Uma grande conquista da atual doutrina constitucional foi compreender que ao lado da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais há uma dimensão objetiva. A **dimensão subjetiva** sempre foi tradicionalmente mais analisada, porquanto nos direitos fundamentais, máxime nos direitos de defesa (**primeira geração**), sempre teve relevo o exame da **relação que se estabelece entre o seu titular e o seu destinatário** (grifo nosso).

Noutras palavras, a significação doutrinária na acepção subjetiva está voltada para a relação entre o Estado e o indivíduo, a ensejar a postura de um Estado Liberal hibernado nas liberdades negativas, ou na não atuação estatal, de sorte que, hoje, o princípio da presunção de inocência “como direito subjetivo, garante uma posição de vantagem ou ativa em relação ao Estado e impede ou limita as atuações deste¹¹”.

Em sequência histórica, haja vista o lema da Revolução Francesa¹², a perspectiva objetiva do princípio em estudo obteve valoração com o surgimento dos direitos fundamentais de 2ª geração, também consagrados como direitos sociais ou liberdades positivas, sendo que, a essa luz, a presunção de inocência “estabelece critérios à atuação estatal na construção de

¹⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 295. Disponível em: <https://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2019

¹¹ KUMODE, Priscilla Miwa. **A presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade**: uma análise face à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP, 2016. Monografia – Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Curitiba, 2016. p. 19. Disponível em: <http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Priscilla%20Miwa%20Kumode.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

¹² “Como conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar a lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 45. Disponível em: https://www.academia.edu/35756936/Direito_Constitucional_2017_-_Alexandre_de_Moraes.pdf. Acesso em: 02 fev. 2019.

toda uma infraestrutura normativa, organizacional e procedimental destinada à maior efetivação dos direitos fundamentais¹³”.

Em arremate, pode se entender a presunção de inocência, antes de tudo, como uma defesa (proteção) do indivíduo contra os excessos do Estado (na acepção subjetiva), assim como considerada uma garantia social-coletiva (na acepção objetiva). E neste sentido, Maurício Zanoide¹⁴ é taxativo:

Mesmo limitando o exame dos **direitos fundamentais processuais penais** como direitos de defesa (de resistência, de liberdade ou de *status negativus*), ressurte importante ao operador notar que eles **não têm apenas feição individual, mas também conotação coletiva**, porquanto essencial para a vida em sociedade. Essa consciência de ampliação de perspectiva – do individualismo liberal para o coletivo, típico de um Estado Democrático e Social de Direito – desmistifica o que para muitos está na base de um dualismo insuperável e que acompanha o processo penal desde o conflito entre a Escola Clássica e a Escola Positiva: a luta entre o interesse público de punir contra o interesse privado à liberdade. (grifo nosso)

E prossegue, argumentando que:

Para o bem da evolução da ciência processual penal, não se pode mais aceitar o maniqueísmo de que no processo penal ou se protege o imputado ou se promove uma política repressiva estatal legítima e eficiente. **Há de haver uma compatibilização e uma coexistência equilibrada desses interesses.** (grifo nosso)

Noutro giro, dentre as múltiplas conceituações que ganha a presunção de inocência, o Professor Luiz Flávio Gomes¹⁵ entende que esse princípio pode ser analisado sob o ponto de vista formal ou extrínseco, assim como substancial ou intrínseco. Neste sentido, ensina que:

[...]. Do ponto de vista extrínseco, é um direito de natureza predominantemente processual, **com repercussões claras e inequívocas no campo probatório, das garantias** (garantista) **e de tratamento do acusado.** Cuida-se, **por último**, como não poderia ser diferente, de **uma presunção *iuris tantum***, é dizer, admite prova em sentido contrário. (grifo nosso)

Do exposto, é possível entender que o supra Autor compreende a presunção de inocência como uma regra de prova e como uma regra de tratamento ao inculcado. Contudo,

¹³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 314. Disponível em: <https://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2019.

¹⁴ Ibidem. p. 303.

¹⁵ VICENTINI, Naiara. **Presunção de Inocência**. Canal Ciências Criminais. 6 maio 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/presuncao-de-inocencia/>. Acesso em: 06 jan. 2019.

sob a visão Professor-Doutor Maurício Zanoide, a extensão e incidência deste ideário constitucional se relaciona, direta e indiretamente, como “norma de tratamento”, “norma probatória” e “norma de juízo, implicando serem estes o “âmbito de proteção¹⁶” que alcança tal princípio.

À presente pesquisa, no entanto, interessa conferir ao princípio em foco a acepção de um dever de tratamento, apesar, como visto, de sua larga conotação e incidência no âmbito processual penal. E como regra de tratamento que o deve ser, Adauto Suannes citado pelo Professor Aury Lopes Jr¹⁷ acentua que:

nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, **deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige**. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. [...]. **O que deve contar não é o interesse da sociedade**, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, **mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado**. (grifo nosso)

E sob a égide de uma norma jurídica de tratamento – sem desprezar o seu conceito e a sua presença em muitos diplomas jurídicos –, ser tratado como inocente, enquanto perseguido penalmente, não significa estar protegido sob o manto de uma garantia absoluta. Ao contrário. É, pois, em verdade, uma garantia relativa, vez que a prova em oposto pode dirimir a presunção. Nesta perspectiva, ensina o Ministro Roberto Barroso¹⁸:

[...] **direitos fundamentais não são absolutos** e, como consequência, **seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação**. Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. [...]. (grifo nosso)

Talvez tenha sido essa a inteligência adotada pelo constituinte originário que não consagrou a nomenclatura presunção de inocência na Carta Magna de 1988, portanto cabendo

¹⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 453. Disponível em: <https://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2019.

¹⁷ SUANNES, 1999 apud LOPES JR., A. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144-145. Disponível em: <http://www.ale.am.gov.br/presidentefigueiredo/wp-content/uploads/sites/8/2013/08/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2014.pdf>. Acesso em: 17 de fev. 2019.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 280. Disponível em: https://www.academia.edu/24243768/Direito_Constitucional_-_Luis_Roberto_Barroso?auto=download. Acesso em: 15 jan. 2019.

a lição de Paulo Rangel sobre a qual descreve que, “se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente¹⁹”.

Neste mesmo viés, considerando que a presunção de não culpa adquiriu ao longo de sua história conceptiva uma interpretação evolutiva – sob a qual foi reafirmada em 2016 pela Suprema Corte (STF) –, por assim a ser, não encontra unanimidade seu arrazoamento. Militando a favor daquele Egrégio, o jurista L.F. Gomes²⁰ tem a seguinte percepção:

Estou plenamente de acordo com o espírito do julgamento do STF, [...].

[...]

A presunção de inocência, prevista na CF-88 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), **não é um direito (e uma garantia) absoluto. O legislador não está impedido de disciplinar o assunto.**

Note-se que todos os tratados e documentos internacionais (desde o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) diz que **a presunção de inocência se derruba “de acordo com a lei”** (de acordo com a legislação de cada país). [...]. (grifo nosso)

Em suma, a Constituição Federal não presumiu a inocência. Ela expressamente afirmou (obstou) que ninguém será considerado culpado (CF, art. 5º, LVII). Neste mesmo raciocínio se posiciona o Promotor Rogério Sanches²¹, quando assevera em sua obra que:

[...] **a nossa Bíblia Política**, diferente de alguns documentos internacionais [Convenção Americana de Direitos Humanos], **não presume, expressamente, o cidadão inocente**, mas impede considerá-lo culpado até a decisão condenatória definitiva.

Na verdade, o princípio insculpido na referida norma garantia é o da presunção da não culpa (ou de culpabilidade). Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos. (grifo nosso)

Não obstante, não comunga do mesmo juízo intelectual o Doutrinador e também Promotor de Justiça Nestór Távora para o qual “ninguém deve ser considerado culpado antes

¹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 24. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/e0xcx0>. Acesso em: 22 jan. 2019.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena: STF viola Corte Interamericana**. Emenda Constitucional resolveria tudo. 2 mar. 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/16320>. Acesso em: 12 fev. 2019.

²¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 96. Disponível em: <https://prodezconcursos.com.br/wp-content/uploads/2017/11/Manual-de-Direito-Penal-Parte-Especial-Rogerio-Sanches-Cunha-2016.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

do trânsito em julgado da sentença penal condenatória²²”, e arremata, com certa redundância, que “enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, a culpa não se estabelece”.

Adepto à mesma linha de raciocínio do supra Promotor está o Professor Renato Brasileiro²³, que, ao começar a narrativa sobre o tema presunção de inocência em sua obra citando a doutrina de Cesare Beccaria²⁴, entende assim:

[...] o princípio da presunção de não culpabilidade [...] pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (grifo nosso)

Atenta a todos esses raciocínios, e com respeito a todas as *venias* que tal juízo comporta, mas o Supremo Tribunal Federal, contrapondo-se de maneira *lumini* e objetiva a algumas teses a envolver o princípio da não culpabilidade, firmou posição acerca da imediata prisão após julgamento de recurso pela segunda instância (HC n°. 126.292/SP²⁵), considerando que:

[...] a presunção de inocência tem sentido dinâmico, modificando-se conforme se avança a marcha processual. Dessa forma, se no início do processo a presunção pende efetivamente para a inocência, uma vez proferido julgamento em recurso de segunda instância essa presunção passa a ser de não culpa, pois, nessa altura, encerrou-se a análise de questões fáticas e probatórias²⁶. (grifo nosso)

Em breve resumo, o Supremo, em 2016, legitimou o alcance temporal para dar início ao cumprimento de pena, qual seja, a partir da publicação de decisão condenatória (Acórdão) pelo Órgão de segundo grau – instância onde se esgota a análise fático-probatória –, e não mais a partir do trânsito em julgado expresso em postulado constitucional (inc. LVII, art. 5º, CF), a envolver, concomitantemente, o conceito principiológico da inocência vs. não culpa.

Por último, mas sem a intenção de encerrar o assunto que culminou na reedição da atual jurisprudência (STF, 2016), a ser pormenorizado mais à frente, note-se que dispositivo

²² TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 70-73.

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 43.

²⁴ “Um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”. Op cit., p. 43.

²⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Execução provisória da pena**. 7 fev. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/02/07/execucao-provisoria-da-pena/>. Acesso em: 16 fev. 2019.

²⁶ *Ibidem*.

do CPP²⁷, tal como jurisprudência de Tribunais Superiores²⁸, mostram a compatibilidade da execução provisória da pena à ‘nova’ presunção de não culpabilidade, a partir da nova significação dada (sentido dinâmico no decorrer da marcha processual) ao princípio aqui em voga, a ser analisado a seguir no âmbito processual (penal).

1.2 CONSEQUÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA O PROCESSO PENAL: REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E (IM)POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA PENA

Foi aludido, em momento anterior, que o princípio da presunção de inocência (CF, inc. LVII, art. 5º) assiste ao acusado o direito de não ser patenteado culpado, até a inquestionabilidade de incisiva prova em contrário, e, por ser assim o ser, assegura-se-lhe o devido processo legal, do qual bifurcam outros dois princípios: o contraditório e a ampla defesa (CF, inc. LV, art. 5º).

Neste esteio, correto está enxergar o processo penal como garantidor dos direitos individuais, além de vê-lo como o caminho pelo qual se constituem as bases das garantias processuais/constitucionais, ou garantias instrumentais, a lograr êxito na efetiva proteção dos direitos dos cidadãos. Essa inteligência é reverberada por Geraldo Prado²⁹, a lecionar que:

Evidentemente, o processo como instrumento da jurisdição representa uma primeira garantia, **em razão de que outras não de operar**, especialmente a imparcialidade e independência do juiz, o contraditório e a ampla defesa e a iniciativa da parte para a ação (*ne procedat judex ex officio*), sacramentando-se, na medida do possível, a igualdade das partes. (grifo nosso)

Neste sentido, traduzindo a colocação doutrinária em relevo, o processo penal deve ser utilizado pelo réu como o meio pertinente ao exercício de sua ampla defesa – por todos os meios de prova admissíveis na lei –, concomitantemente ao exercício do contraditório, cujo fim é o de replicar as provas oferecidas pelo acusador.

²⁷ “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 de mar. 2019.

²⁸ “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 267**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf. Acesso em: 04 jul. 2019.

²⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 87. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7782/material/Livro%20-Sistema%20Acusatorio%20-%20Geraldo%20Prado.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

Ante a essas considerações, cabe a lição do Professor Renato Brasileiro³⁰, que instrui na seguinte direção: “Do princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) derivam duas regras fundamentais: a *regra probatória* (também conhecida como regra de juízo) e a *regra de tratamento* [...].”

Trocando em miúdos, a regra probatória da presunção de inocência enseja o ônus da prova; enquanto que a regra de tratamento trata da excepcionalidade à privação da liberdade ou, noutros termos, da (im)possibilidade de antecipar a prisão-pena. No primeiro momento, o estudo apreciará o *onus probandi* (ônus da prova).

Conceitua-se o ônus da prova, em apertada e objetiva síntese, como o encargo de provar³¹, isto é, àquele que alega cabe fazer a prova. Essa acepção literária encontra amparo no foro constitucional da presunção da não culpabilidade, cujo sentido principiológico foi utilizado pelo Ministro Moreira Alves, quando julgou o RE 86.297, como bem lembrou o Professor Gilmar Mendes³² em sua recente obra: “A presunção de inocência é [...] idéia-força que justifica uma série de direitos do acusado no processo penal moderno”.

Nesta esteira, e à luz do sistema processual penal adotado no Brasil, qual seja, um sistema acusatório (art. 5º, LV, CR/88), harmonizado com os moldes garantistas da Carta Constitucional Brasileira³³ – na qual estabelece ser função privativa do Ministério Público (MP) a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88) –, é axiomático entender que uma interpretação correta que se pode extrair da regra constitucional do art. 5º, inc. LVII refere-se ao ônus da prova³⁴.

Por este sentido, e pela força do dispositivo legal supra, o Ministério Público ostenta ser parte ativa no processo penal, ao tempo em que também funciona como *custos legis* (o guardião da lei), imbricando-lhe a imparcialidade de sua atuação.

E seguindo essa lógica constitucionalista, sobretudo em respeito ao devido processo legal ser o genitor³⁵ da presunção de inocência, o processo penal, enquanto *status* de garantia

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 44.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 370. Disponível em: <http://www.guilhermencucci.com.br/dicas/o-onus-da-prova-em-face-da-presuncao-de-inocencia-2>. Acesso em: 17 fev. 2019

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 479.

³³ “Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a **separação entre as funções** de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos”. TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 55.

³⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 24. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/e0xcx0>. Acesso em: 22 jan. 2019.

³⁵ “A propósito, lembre-se que a presunção de inocência foi uma novidade da Carta de 1988. No passado, ela era

fundamental, é o meio pelo qual o Estado defere ao indivíduo a proteção de seus direitos e os mecanismos necessários à efetivação dessa proteção (ampla defesa e contraditório), e ao acusador caberá provar a atuação criminosa do acusado, a fim de derrubar o seu estado de inocência, que se encontra sob presunção (*iuris tantum*).

Noutro giro, no âmbito infraconstitucional, a presunção de não culpabilidade repousa sobre a prova da alegação estampada no art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal (CPP³⁶). De sua análise adstrita, é possível conferir ao órgão ministerial (MP) o ônus da alegação da prova (1ª parte, *caput*, art. 156, CPP). Entretanto, não se trata de uma regra absoluta, como alude F. Capez³⁷, ao apontar existência de *faculdade supletiva* concedida ao magistrado quando necessária a produção de provas para dirimir dúvidas (art. 156, II, CPP).

Aury Lopes Jr³⁸ assevera que, diversamente da esfera cível, não existe repartição do *onus probandi* entre as partes no processo penal, razão por que são inaceitáveis decisões consubstanciadas na ausência de provas da tese defensiva. Desse mesmo entendimento partilha Lênio Streck³⁹, quando leciona não ser cabível a inversão do ônus da prova no processo criminal, pois, se assim o fosse, seria alegar fraqueza do Estado ante as forças do acusado.

Mas, em contrário ao exposto, a praxe novel emanada de ordens judiciais superiores vem considerando, em alguns casos, a validade da inversão do ônus da prova ao réu. Essa possibilidade vem arrazoada nas preleções de Renato Brasileiro⁴⁰ ao indagar qual é o ônus da prova da acusação e da defesa no processo penal:

extraída do contraditório e da ampla defesa, pois não vinha prevista taxativamente. [...]. Trata-se de uma projeção dos princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório, da ampla defesa, do *favor libertatis*, do *in dubio pro reu* e da *nulla poena sine culpa*.”. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 714.

³⁶ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (**1ª parte**), sendo, porém, facultado ao juiz de ofício (**2ª parte**) I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”. BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm. Acesso em: 03 de mar. 2019.

³⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 435-436.

³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 398. Disponível em: <http://www.ale.am.gov.br/presidentefigueiredo/wp-content/uploads/sites/8/2013/08/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2014.pdf>. Acesso em: 17 de fev. 2019.

³⁹ “[...] inverter o ônus da prova no direito penal-processual penal é o mesmo que dizer que, no confronto entre o Estado e o réu, a parte fraca seria o Estado, o que seria um contrassenso.” STRECK, Lenio Luiz. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, ano 2, n. 3, dez. 2015. Disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/revista_mppr/Revista_MPPR_3.pdf. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 608.

Acerca de tal questionamento, é possível apontarmos a existência de duas correntes: uma primeira (majoritária), que trabalha com uma **efetiva distribuição do ônus da prova entre a acusação e a defesa** no processo penal, e uma segunda, que aponta que, **no processo penal, o ônus da prova é exclusivo da acusação**. (grifo nosso)

Um exemplo a mitigar a regra exposta no art. 156 do CPP, foi a decisão exarada em julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG⁴¹), em 2008, ocasião em que foi presumida a responsabilidade do acusado por ter encontrado sob sua posse injustificada coisa furtada, competindo a ele o encargo de provar a aquisição legítima da “*res furtiva*”.

Em igual posicionamento, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF⁴², reafirmando a jurisprudência repetida daquele Egrégio, em face do delito de receptação (art. 180, *caput*, do CP), assentou recair sobre o réu o ônus de demonstrar que desconhecia a origem ilícita do produto do crime. Com o mesmo juízo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, elucidou a inversão do ônus da prova no *Habeas Corpus* nº 348.374/SC⁴³:

[...] as instâncias de origem concluiriam que o acervo probatório evidencia a materialidade e a autoria do crime imputado ao paciente, sendo que, **diante da apreensão da *res furtiva* em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem**, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal”. (grifo nosso)

Julgados outros⁴⁴ ainda explicitam a interpretação de que específicas situações habilitam inverter a presunção de inocência pela dinâmica do ônus, tornando o réu

⁴¹ “Presume-se a responsabilidade do acusado encontrado na posse da coisa subtraída, invertendo-se o ônus da prova, transferindo-se ao agente o encargo de comprovar a legitimidade da detenção da “*res furtiva*”, mormente se não há prova da escusa apresentada”. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Cartório da 6ª Câmara Criminal. **Apelação Criminal n. 1.0525.12.008540-8/001**. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10525120085408001.. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁴² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. 1ª Turma Criminal. Apelação Criminal Nº. 0009377-23.2014.8.07.0005, 06 de abril de 2017. **Acórdão n. 1009852**, Relator: Carlos Pires Soares Neto, Revisor: George Lopes, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 06/04/2017, Publicado no DJE: 19/04/2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/jurisprudencia-em-perguntas/direito-penal-e-processual-penal/crime-de-receptacao/na-receptacao-flagrado-o-reu-na-posse-de-coisa-produto-de-crime-a-quem-cabe-o-onus-de-provar-o-conhecimento-da-procedencia-do-bem-a-acusacao-ou-ao-reu>. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁴³ “A apreensão da *res furtiva*, em poder do acusado, gera presunção de responsabilidade na subtração, ocorrendo, assim, uma inversão do ônus da prova, mormente se a justificativa que ele apresente é inverossímil e não encontra respaldo na prova produzida. Vale dizer, o ordinário presume-se, o extraordinário é que deve ser provado [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). **Habeas Corpus n. 345.778 - SC (20150319652-9)**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495958&num_registro=201503196529&data=20160316&formato=HTML. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁴⁴ REVISÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS E REDUÇÃO DA PENA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA: “No presente caso, o requerente não trouxe para os autos qualquer elemento novo ou mesmo demonstrou a contrariedade entre a decisão revidada e as provas produzidas de modo a justificar a revisão pretendida, quer em processo de justificação judicial, quer em sentença declaratória ou processo criminal, pois em sede de

presumidamente culpado. Portanto, à acusação prescinde produzir prova, seja do dolo ou seja da culpa do acusado, cabendo a este, quando necessário à imposição de sua inocência, buscar a prova, pois, em outro sentido, o fato de o acusado “não ter o ônus da prova não significa que não possa produzi-la⁴⁵”.

Destarte, por entender que o direito é uno – embora o sistema jurídico brasileiro segregue as disciplinantes em ramos distintos, civil e penal, por exemplo –, ainda que determinada tese jurídica se desenvolva no seio de uma jurisdição cível, a fundamentação legal prolatada no Acórdão n.º. 1042640⁴⁶ (TJDFT) se amolda ao juízo penal em estudo e, portanto, cabe a citação:

À luz do princípio da cooperação, do qual se extrai a *teoria dinâmica do ônus da prova*, a prova deve ser produzida pela parte que, no plano material, tem o comando dos dados e informações relevantes para o deslinde do litígio. A respeito do tema, anotam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

[...]. À vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma relação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, vem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. [...]. Nesse sentido, dentro de um processo civil organizado a partir da ideia de colaboração, deve o juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes, dinamizar o ônus da prova sempre que as suas condicionantes materiais e processuais se façam presentes, a fim de outorgar tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante um processo justo. [...]. (Novo Código de Processo Civil Comentado, RT, 1.ª ed., p. 395/396) (grifo nosso).

Na mesma diretriz, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, **uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. (REsp 1286704/SP, rela. Mina. Nancy Andrichi, 3.ª T., DJe 28/10/2013).

Revisão Criminal, inverte-se o ônus da prova”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. **Agravo em Recurso Especial N.º 651.355 - GO (2015/0005229-4)**. STJ – AREsp: 651355 GO 2015/0005229-4. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Data da Publicação: DJ 18/04/2018. Pág.: 3. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568137761/agravo-em-recurso-especial-aresp-651355-go-2015-0005229-4/decisao-monocratica-568137793>. Acesso em: 24 fev. 2019.

⁴⁵ TORNAGHI, 1978, apud MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 458. Disponível em: https://www.academia.edu/35492389/Processo_Penal_Renato_Marc%C3%A3o_C%C3%B3digo_de_Processo_Penal_Comentado_2016_. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁴⁶ DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDFT. **Acórdão n. 1042640**, 20140111382526APC, Relator: James Eduardo Oliveira 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/08/2017, Publicado no DJE: 05/09/2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia>. Acesso em: 19 fev. 2019.

Data venia às exceções, mas o encargo probatório em debate situa-se no plano infraconstitucional penal, ensejando, em efeito à presunção (relativa) de não culpa, a naturalidade da inversão do ônus da prova, “cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. [...]”, como bem ensina Pedro Lenza⁴⁷, chancelado pelo Promotor de Justiça Felipe Moraes⁴⁸, para o qual parece claro que o estado de inocência do acusado iluminará o ônus probatório no processo penal.

Posto isto, segue-se à análise do segundo efeito do princípio em debate, a reconhecer que a norma *sub examine* impõe ao Estado a observação de duas regras para com o réu⁴⁹: a primeira, a regra probatória, exaurida *a priori*; a segunda, a regra de tratamento, para a qual, de acordo com os ensinamentos de Eugenio Pacelli, o imputado, “em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação”.

Nesta mesma entonação leciona Alexandre de Moraes⁵⁰, que destaca em seus preceitos doutrinários, ao abordar o princípio *in casu* que “[...] a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”. Coadunado com essa teoria, Luigi Ferrajoli⁵¹ pondera que, no sentido de “regra de tratamento ao imputado”, tal significado garantista (àquele associável) exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal.

Contudo, de outro modo, Maurício Zanoide⁵² entende tal regra de tratamento como um tipo de desdobramento da presunção de inocência manifestada no processo penal. E, neste prisma, o mesmo Doutrinador assevera: “pode-se observar que como “norma de tratamento” aquele direito pode ser reduzido de forma significativa no curso da persecução [...]”.

⁴⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1176.

⁴⁸ MORAIS, Felipe Soares Tavares. O Ônus da Prova e a Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. AMPRS. **Revista do Ministério Público do RS**. Ed. n. 81, set./dez. 2016. p. 40. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527186982.pdf. Acesso em: 05 fev. 2019.

⁴⁹ PACCELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 91. Disponível em: https://www.academia.edu/35756936/Direito_Constitucional_2017_-_Alexandre_de_Moraes.pdf. Acesso em: 02 fev. 2019.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 442. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

⁵² MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 532. Disponível em: <https://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2019.

Neste mesmo sentido, vem a calhar a lição de Julio Fabbrini⁵³, segundo o qual, no tocante aos princípios característicos do processo penal acusatório vigente – dentre eles, o estado de inocência e o contraditório –, aduz que “tais princípios, porém, não são exclusivos desse sistema e a ausência ou atenuação de alguns deles não o descaracterizam”.

Seguindo essa linha de raciocínio mitigatória a envolver a regra de tratamento em evidência, Renato Marcão⁵⁴, em sua publicação, expressa que da presunção de inocência não se pode retirar a possibilidade de se aplicar medidas cautelares (restritivas ou privativas) em desfavor do diligenciado. Em contíguo, para M. Zanoide, a porção do princípio em voga constituída como norma de tratamento, quando no cerne processual penal, “poderá ser reduzida de maneira muito significativa, chegando até mesmo à sua supressão em alguns pontos⁵⁵”. E assim prossegue o Douto Docente:

Quando se observa a presunção de inocência como “norma de tratamento”, evidenciam-se com mais nitidez outros direitos fundamentais também garantidos por ela, mas agora de modo indireto. Esses direitos são aqueles que sofrem constringências (totais ou parciais) **quando sobre a presunção de inocência se aplica uma intervenção estatal e, com isso, antecipa-se um ou mais efeitos de eventual e futura condenação**. Todas as espécies de sanções penais previstas para as mais diversas infrações implicam lesão total ou parcial a um feixe de direitos fundamentais; portanto, **todas as vezes em que uma dessas sanções é antecipada afasta-se (total ou parcialmente) a presunção de inocência e, com isso, atingem-se indiretamente também outros direitos**. (grifo nosso)

Dessarte, pelos termos expostos, é corretor admitir que a impossibilidade de antecipação da pena não é um mandamento absoluto (*iure et de iure*). É possível, pois, verificar que o próprio texto constitucional permite sua relativização (*juris tantum*), conforme os ditames do inciso LXI do artigo 5^o⁵⁶: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei [...]”.

Noutras palavras, a mesma Constituição (CR/88) que expressa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, (art. 5^o, LVII), linhas abaixo (artigo 5^o, LXI) lenifica o estado jurídico de inocência do inculpa-

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2000. p. 41.

⁵⁴ MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 450. Disponível em: https://www.academia.edu/35492389/Processo_Penal_Renato_Marc%C3%A3o_C%C3%B3digo_de_Processo_Penal_Comentado_2016_. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁵⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 533. Disponível em: <https://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2019.

⁵⁶ BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

podendo ocorrer o seu cárcere no andamento da persecução, quando cabível a decretação de uma prisão processual (flagrante⁵⁷, temporária⁵⁸ ou preventiva⁵⁹), sem descuidar, no entanto, o órgão acusador de demonstrar, a toda prova (lícita e incriminadora), a real precisão dessa imposição de tratamento restritivo.

Já no plano infraconstitucional, a extravagância da privação da liberdade encontra possibilidade de execução nas linhas do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP⁶⁰), que prevê o cabimento de prisões processuais ancorado em motivação adstrita às hipóteses ali prescritas, caracterizando aquelas constrições, ontologicamente, como uma medida cautelar⁶¹ excepcional, sem jamais esquecer que a liberdade é a regra; a prisão, a exceção⁶².

Assim, notório é que a presunção de inocência, enquanto uma titulação principiológica ficta (CR/88, art. 5º, LVII) e um derivador (norma) de tratamento, impõe ao acusado a regra de responder em liberdade ao *iter* procedimental. Todavia, em que pese essa constatação ser uma regra, por oportuno, cabe à baila a análise da contradita feita pelo Professor Rogério Sanches⁶³:

[...] a denominação **princípio da presunção de inocência não se coaduna com o sistema de prisão provisória previsto no nosso ordenamento jurídico**: como admitir que alguém, presumidamente inocente, seja preso na fase de investigação policial ou no curso da instrução criminal, leia-se, sem a haver sentença penal condenatória?

Por outro lado, **parece aceitável a decretação (excepcional) de uma prisão temporária ou preventiva** sobre alguém não presumido inocente, sobre o qual pairam indícios suficientes de autoria, mas que ainda não pode ser considerado culpado. (grifo nosso)

⁵⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**, arts. 301 a 310. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 de mar. 2019.

⁵⁸ BRASIL. **Lei n. 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em: 03 mar. 2019.

⁵⁹ **Código de Processo Penal**. Op cit. arts. 311 a 316.

⁶⁰ “Art. 263: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”. BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 de mar 2019.

⁶¹ “SÚMULA 9, STJ: A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 9**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 03 mar. 2019.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 29.

⁶³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 99. Disponível em: <https://prodezconursos.com.br/wp-content/uploads/2017/11/Manual-de-Direito-Penal-Parte-Especial-Rogerio-Sanches-Cunha-2016.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

A supra doutrina encontra-se em harmonia com decisão do Pretório Excelso (STF, 2011) proferida no HC 101.537/MS⁶⁴, quando, invocando o princípio constitucional da não culpabilidade (e não da presunção de inocência, atente-se!), firmou posição sobre a prisão preventiva (art. 312, CPP⁶⁵), ao balizar seu cumprimento em caráter de exceção, “reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal”.

Nesta senda, o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2015) editou Jurisprudência em Teses – quinze (15⁶⁶), até a presente data –, sobre matéria de custódia acauteladora, dentre as quais, pode-se apontar o entendimento ajuizado de que “a prisão cautelar deve ser fundamentada em elementos concretos que justifiquem, efetivamente, sua necessidade”, (tese nº.11).

De pronto, em observância à *men legis*, percebe-se que o constitucional princípio da inocência não obsta a aplicação de medida cautelar extrema, mediante à qual o não culpado pode vir a ser preso, situação compatível com a jurisdição dos Tribunais Superiores, os quais têm-se apresentado adeptos à excepcionalidade do cárcere cautelar (prisão processual ou provisória), compatível também com a literatura de Alexandre de Moraes⁶⁷, a discorrer que:

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, **não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis***. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas [...] e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado. (grifo nosso)

Resta claro, por fim, não ser forçoso verificar, ante as ponderações ora apresentadas, a possibilidade de antecipação da pena, sem ofensa a princípios garantistas, podendo ensejar tanto a ocorrência da prisão antes da condenação (prisão processual, art. 286, CPP) assim

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 101.537**- Primeira Turma- Rei. Min. Marco Aurélio-DJe 14/11/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629604>. Acesso em: 03 mar. 2019.

⁶⁵ “Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 de mar. 2019.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses**. n. 32: Prisão Preventiva. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2032:%20PRIS%C3O%20PREVENTIV> A. Acesso em: 03 mar. 2019.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 91. Disponível em: https://www.academia.edu/35756936/Direito_Constitucional_2017_-_Alexandre_de_Moraes.pdf. Acesso em: 02 fev. 2019.

como a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal (prisão-pena⁶⁸, pela execução provisória, HC n°. 126.292/SP).

Em suma, não se pode bradar que a garantia de ser titulado inocente ou não culpado (CF, art. 5º, LVII), por todo o andamento da persecução criminal, não permite ao réu ser alcançado pelos efeitos de uma eventual ordem condenatória, mesmo que não tenha transitado em julgado a condenação, pois “é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento⁶⁹”.

Por derradeiro, as regras neste tópico apresentadas (probatória e de tratamento), que derivam da presunção de não culpabilidade, mostraram que a execução provisória da pena se adequa, com acerto, ao substrato daquele princípio⁷⁰, entendimento este reafirmado pelo STF quando revisitou a posição anterior adotada (HC n° 84.078/MG), fechando essa questão pelos contornos do julgamento do HC n° 126.292, a ser vislumbrada em momento posterior.

1.3 PRECEDENTES DO STF E DO STJ SOBRE A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Por proêmio, com vista a uma compreensão precisa do que neste se pretende expor, vislumbro a importância de uma ligeira introdução acerca do significado de precedentes. Julgo, pois, necessário dedicar algumas linhas à clareza de tal instituto. Para tanto, serve-se este da inteligência do Professor Didier Jr. ruminada pelo Mestre Marcus Vinícius Barreto⁷¹, na ocasião de seu artigo científico: “O precedente pode ser compreendido como uma decisão

⁶⁸ “[...] ontologicamente, a prisão-pena não difere da prisão processual: ambas constituem supressão da liberdade pelo Estado. A diferença reside em dois aspectos: primeiro, naquilo que se entende por finalidade da pena; segundo, na presunção de inocência. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória segundo a Lei N° 12.403/11. Escola Superior do Ministério Público. ESMP. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. Edição v. 1, 2012. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/27. Acesso em: 03 mar. 2019.

⁶⁹ “Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 63-103. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

⁷⁰ “Decidiu a Corte que a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial da presunção de inocência, “na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**. Voto Min. Dias Toffoli, p. 63-103. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁷¹ SERRA JÚNIOR, apud DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et al.* **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p13. Acesso em: 07 mar. 2019.

judicial proferida em determinado caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como parâmetro para o julgamento posterior de casos análogos.”.

De forma mais compreensível, trata-se de uma decisão judicial (sentença ou acórdão) precedente (anterior) adotada à luz de determinado caso real, à qual poderá guiar, orientar julgamentos de novos processos a aquele (caso real) semelhantes. Não obstante, somente com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil (NCPC/2015) foi que essa asserção ganhou novos contornos literados no art. 489, §1º, incisos V e VI⁷², o qual conferiu aos magistrados a obediência de justificar suas decisões sob a égide de precedentes vigentes, conferindo-lhes força vinculante.

Já em foro constitucional, o sistema de precedentes brasileiro (*Civil law*⁷³) teve seu efeito vinculante expandido, por meio da reforma instituída pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, ocasião em que foi modificada a redação do parágrafo 2º de seu artigo 102⁷⁴, cujos efeitos passaram a alcançar, além das Ações Diretas de Constitucionalidade (contempladas pela EC 3/1993), as Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Nesse sentido, ganha importância a propriedade intelectual do Desembargador Alexandre Freitas Câmara⁷⁵:

Decidir com base em precedentes é uma forma de assegurar o respeito a uma série de princípios constitucionais formadores do modelo constitucional de

⁷² “Art. 489, NCPC: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 08 mar. 2019.

⁷³ “A evolução do civil law, portanto, é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar um desejo revolucionário, e que, assim, nasceu com a marca da utopia. Nesta história tem lugar de destaque o constitucionalismo, notadamente o controle judicial da constitucionalidade da lei, a submissão da interpretação da lei à Constituição e o conceito de norma legislativa incompleta - ou de norma que deve ser completada de acordo com as circunstâncias concretas, permitindo a infiltração dos direitos fundamentais na resolução do caso. Note-se, assim, que a evolução do civil law inverteu os papéis desejados pela sua tradição, dando ao juiz o poder de interpretar, completar e negar a o direito produzido pelo legislativo, e até mesmo de criá-lo, no caso de omissão do legislador na tutela de um direito fundamental”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**: Texto base da conferência proferida no Congresso de Direito Processual, realizado pelo Instituto dos Advogados do Paraná entre os dias 21 e 23 de outubro de 2010. p. 2. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Confer%C3%Aancia_IAP2.pdf. Acesso em: 07 mar. 2019.

⁷⁴ “Art. 102, §2º: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

⁷⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 367. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/ne11sx>. Acesso em: 07 mar. 2019.

processo brasileiro. O sistema brasileiro de precedentes judiciais busca assegurar, precipuamente, isonomia e segurança jurídica [...]. (grifo nosso)

Percebe-se, pois, que não é outra a compreensão senão a de que as decisões jurídicas tomadas com base em precedentes traduzem a reverência a uma série de princípios que constituem as bases do modelo processual constitucional brasileiro, fundamentalmente a isonomia e a segurança jurídica⁷⁶. E, com fundamento sobretudo neste princípio último, “nota-se que a aplicação da teoria dos precedentes à realidade brasileira, tornando vinculantes as decisões das Cortes Superiores, especialmente o STF e o STJ, passa a ser uma necessidade⁷⁷.”

Neste mote, a segurança jurídica – indispensável à constituição do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CR/88) –, vê-se legitimada ante ao preenchimento de três condições: estabilidade, confiança e previsibilidade (sendo este último o valor que mais importa ao trabalho neste momento), como bem colocado pela Dra. Karla F. Gomes⁷⁸:

Dessa forma, atesta-se que **o precedente judicial** – formação da solução de uma questão jurídica – **garante a previsibilidade da jurisdição**, visto que permite que a sociedade conheça a ordem legal que a determina.

[...]

Assim, verifica-se que **os precedentes judiciais**, por garantirem a previsibilidade das decisões judiciais, **geram a estabilidade** nas relações sociais e a confiança da sociedade na atividade jurisdicional. (grifo nosso)

Destarte, não há dúvida de que os precedentes se constituem em meios pelos quais dá-se a efetivação do *mandamus constitucional* proveniente da segurança jurídica, vez que propiciam a estabilidade e a previsibilidade jurídicas, resultando esta na credibilidade do Judiciário concomitantemente na segurança das relações sociais.

Nesse compasso, e já caminhando para o fim da narrativa conceitual, a previsibilidade, dentro da acepção precedental, é sinônimo de coerência; coerência, por sua vez, remete ao tratamento isonômico dos princípios constitucionais – a partir de interpretações realizada

⁷⁶ “Art. 5º, XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”. BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

⁷⁷ SERRA JÚNIOR, apud DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et al.* **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 146. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p13. Acesso em: 07 mar. 2019.

⁷⁸ GOMES, Karla Fernandez. Os Precedentes Judiciais no Brasil e os Princípios Constitucionais da Segurança Jurídica, da Razoável Duração do Processo e da Igualdade. **Revista Jurídica da FA7**, v. 11, 30 abr. 2014. p. 47-59. Disponível em: <https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/72>. Acesso em: 08 mar. 2019.

pelas Cortes Supremas (STF e STJ) –, os quais (princípios), em casos concretos vindouros (futuros), deverão receber decisões pautadas nas mesmas normas interpretadas e aplicadas aos casos concretos precedentes (passados).

Sem maiores delongas, passe-se à análise do princípio da presunção de não culpa (ou da inocência), à vista dos precedentes, *prima facie*, do Superior Tribunal Federal. Com arrimo a iniciar, o Mestre Gilmar Mendes⁷⁹, em sua contemporânea literatura, perfaz um memorial dos posicionamentos do Supremo (STF) acerca tanto da execução provisória da pena como da presunção de inocência.

Nos contos do emérito doutrinador, o debate a respeito do princípio *quaestio* precede ao advento da Carta Magna de 1988, sendo aquele preceito investigado, *ab initio*, na promulgada Magna Carta de 1967/69⁸⁰.

A primeira manifestação do Superior Tribunal Federal (STF), no tocante ao princípio da presunção de inocência, datou de 1967, quando o Pretório Excelso, por 6 votos a 4, reformulou a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) prolatada no RESPE nº. 4.466, de 23.09.1976. Ambas as Cortes divergiram quanto a definição do princípio *in casu* presente na cláusula do Art. 153, §36 da CF/67-69⁸¹.

Em sua oportunidade, o TSE discerniu pela inconstitucionalidade de lei federal (Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970⁸²), por considerá-la incompatível com a presunção

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 478.

⁸⁰ “**Constituição de 1967**. Foi promulgada pelo Congresso Nacional durante o governo Castelo Branco. Oficializava e institucionalizava a ditadura do Regime Militar de 1964. Foi por muitos denominada de “Super Polaca”. [...]. Permitiu aos governos militares total liberdade de legislar em matéria política, eleitoral, econômica e tributária. Desta forma, o Executivo acabou por substituir, na prática, o Legislativo e o Judiciário. Sofreu algumas reformas como a emenda Constitucional n o 1, de 1969, outorgada pela Junta Militar. Tal emenda se apresenta como um “complemento” às leis e regulamentações da Constituição de 1967. Embora seja denominada por alguns como Constituição, já que promulgou um texto reformulado a partir da Constituição de 1967, muitos são os que não a vêem como tal. A verdade é que, a partir desta emenda, ficam mais claras as características políticas da ditadura militar. Continuava em vigor o Ato Institucional n o 5 e os demais atos institucionais anteriormente baixados. [...]. A Constituição de 1967 vigorou por 21 anos.” BRASIL. Câmara dos Deputados. **Constituições Brasileiras**: Constituições brasileiras: — Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2005. p. 10-11. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/a-camara/visiteacamara/cultura-na-camara/copy_of_museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁸¹ “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.” CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de.; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras Volume VI 1967**: “Emenda Constitucional nº 1, de 1969. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. p. 188-191. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137604/Constituicoes_Brasileiras_v6_1967.pdf?sequence=9. Acesso em: 09 mar. 2019.

⁸² “[...]. A possibilidade de levar em consideração a vida pregressa do candidato deu azo ao estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade que se baseavam na existência, contra o candidato, de processos pendentes de decisão definitiva. Disciplina assemelhada foi adotada pela Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, [...].

de inocência⁸³. Sucessivamente àquela declaração, à data 17.11.1976, em sentido contrário, o STF, ao se pronunciar no RE 86.297⁸⁴, reconheceu a culpabilidade como elemento impeditivo à elegibilidade de cidadãos, negando “que o princípio da presunção da inocência poderia encontrar aplicação na ordem jurídica brasileira⁸⁵”.

Neste diapasão, a discussão sobre as restrições legais a legitimar a incapacidade eleitoral dos cidadãos ressurgiu em agosto de 2008 no Pleno da Supra Corte (STF), por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº. 144/DF, ação pela qual, por 9 votos a 2, condicionou a inelegibilidade ao trânsito em julgado da sentença, momento em que a presunção de inocência foi novamente debatida e enaltecida, como no expressivo voto do Ministro Relator Celso de Mello⁸⁶.

Art. 1º São inelegíveis: I – Para qualquer cargo eletivo: (...) n) os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados”. MAGALHÃES, Flávia Cristina Mascarenhas. **Vida Progressa e Inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**, p. 5. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/vida-progressa-e-inelegibilidade-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 09 mar. 2019.

⁸³ “O TSE passou a reconhecer a inconstitucionalidade [...] ao fundamento de incompatibilidade com o princípio da presunção da inocência, que, embora não estabelecido na Constituição vigente, havia sido incorporado à ordem constitucional em razão da previsão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e do disposto no art. 153, § 36, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que determinava que a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Constituições Brasileiras: Constituições brasileiras**: — Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2005. p. 188-191. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/a-camara/visitecamara/cultura-na-camara/copy_of_museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁸⁴ “Tuchos do voto: [...] consideraram que se excedera o legislador complementar da autorização constitucional, ao admitir como inelegível o candidato cujo processo, pelos crimes que especifica, venha a ter a recebida denúncia. Adotando, com esse proceder, presunção de culpabilidade do imputado, reconhecendo-o sem condições de moralidade, posto que sobre ele não pese sentença condenatória, o que afeta a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, firmada na III Assembléia das Nações Unidas em 1948, e para a tal o Brasil concorreu com o seu voto. [...] Seria, data vênua, confundir causa de inelegibilidade com presunção de inocência, de conceituação jurídica diversa e com reflexos distintos. Pra o direito e o processual penal, onde vige o princípio do in dubio pro reo, certo não poderia valer qualquer presunção de culpabilidade antes da sentença. Não se cuida aqui da dita presunção, mas de medida cautelar, preventiva, provisória [...]. Assim, não teria por que exigir da lei complementar, sob pena de inconstitucional, como quer o acórdão, sentença condenatória para o fim de dar como inelegível o candidato”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 86297**, Rel. Min. Thompson Flores, DJ de 26/11/1976. p. 613-618. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/704950/recurso-extraordinario-re-86297-is/inteiro-teor-100422110>. Acesso em: 09 mar. 2019.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 478-479.

⁸⁶ “[...]. Esse, pois, o momento inaugural em que se deu o reconhecimento de que ninguém se presume culpado, nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado. [...] O que se mostra importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, é que, não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos, que preconizam o primado da idéia de que todos são culpados até prova em contrário, a presunção de inocência, legitimada pela idéia democrática, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 144/DF**. Disponível em:

Não é demais rememorar que no tópico anterior ficou provado que as espécies de prisões cautelares não agridem a presunção de não culpabilidade, seja ela prisão temporária⁸⁷, preventiva⁸⁸, ou em flagrante⁸⁹. E neste sentido foi que o Supremo Tribunal entendeu igualmente em consonância com o referido princípio está a prisão provisória para apelar em decorrência de sentença por tráfico de entorpecente⁹⁰, sem desprezar, contudo, o disposto na Súmula nº 697⁹².

Em momento outro, o significado da garantia constitucional da presunção de não culpabilidade também foi observado nos limites da legalidade quanto ao uso de algemas, que, segundo Fernando Capez⁹³, é controvérsia bastante calorosa, por envolver choque de interesses fundamentais (art. 5º, inc. III, 2ª parte; e inc. X, da CF/88), o que dificulta chegar a um consenso, sem, contudo, desconsiderar a existência de normas infralegais⁹⁴, com o mesmo intento. Neste imbróglio, urge o ativismo interpretativo das Cortes Maiores.

Por sedimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, com vistas a consolidar a prudência justa daquele Egrégio, no sentido iterativo de ser lícito o uso de algemas somente em casos excepcionais, aprovou Súmula Vinculante nº. 11⁹⁵, tendo por precedentes

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ADPF+144%29%29+E+S%2EF LGA%2E&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/z9h9zzz>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁸⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 715.

⁸⁸ *Ibidem.*, p. 716: “Precedente: TJSP, RJTJSP, 121:352.”.

⁸⁹ *Ibidem.*, p. 715: “Precedente: TJSP, RT, 649:275.”.

⁹⁰ “Art. 2º [...] §3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.”. BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de Julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁹¹ “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.” Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.”. BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁹² “SÚMULA Nº 697, STF: A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.”, tem por precedentes: HC nº 80.379-2/SP (2ª T, Min. Rel. Celso de Mello, 18/12/2000) e o HC nº 70.856-1/DF (1ª T, Min. Rel. Ilmar Galvão, 14/12/1993). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 697**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2781>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 345.

⁹⁴ Normas infralegais que regulamentam o emprego de algemas: O Código de Processo Penal Militar (art. 234, §1º); a Lei n. 9.537/97 (art. 10, inc. III); a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984, art. 199); o Código de Processo Penal (art. 284; art. 292, parágrafo único - instituído pela Lei 13.434/2017; e art. 474, §3º). Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 10 mar 2019.

⁹⁵ “SÚMULA Nº 11, STF: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”, tem por precedentes: HC nº 80.379-2/SP (2ª T, Min. Rel. Celso de Mello, 18/12/2000) e o HC nº 70.856-1/DF (1ª T,

representativos as Ações Autônomas de nº. 89.429 (rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 22-8-2006, *DJ* de 2-2-2007) e nº. 91.952 (rel. min. Marco Aurélio, P, j. 7-8-2008, *DJE* 241 de 19-12-2008), nelas emergindo o princípio da não culpabilidade.

Ocorre que a questão em torno do uso de algemas é tão emblemática que até mesmo as Casas Legislativas – Senado Federal (PL 761/2015⁹⁶) e Câmara dos Deputados (PL 2527/2007⁹⁷) –, manifestaram reações contrárias e apresentaram Projetos de Lei com desígnio de disciplinar em todo o território nacional este ato de agrilhoamento, sob o escopo de sê-lo “uma reação à injusta exposição, de caráter simplesmente midiático.”. (Frise-se que nenhuma dessas propostas normativas resultaram em lei).

Por conseguinte, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente julgamento (09.03.2017), também se pronunciou via processo Recurso em Habeas Corpus nº. 76.591/SP⁹⁸, cuja relatoria pertenceu à Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que assim votou: “Como regra de tratamento, o princípio da presunção de inocência exige que o acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva.”.

Mas, observe que nem sempre foi assim. O STJ, em sede de *Habeas Corpus* (HC nº. 35.540, 2004⁹⁹), já reconheceu lícito e aplicável o emprego de algema, “quando se faz atendendo à necessidade do momento”, arrematando o Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca que “o uso de algemas há de ser aferido em cada caso concreto, não podendo

Min. Rel. Ilmar Galvão, 14/12/1993) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 11**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1220>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁹⁶ “Todo indivíduo custodiado ou preso, ainda que amparado por princípios, como o da presunção da inocência e dignidade da pessoa humana, encontra-se num momento de exceção, onde há um cerceamento dos direitos albergados pela Constituição, reconhecido para todos, entre eles o da liberdade, visto que o estado de liberdade é a condição natural ao ser humano. A presunção de inocência, registre-se, nem sempre serve de obstáculo para a utilização de algemas, pois buscando o êxito da persecução criminal, pode-se admitir a decretação de prisão cautelar e de medidas restritivas de liberdade, como o uso de algemas, desde que se mostre necessário e desde que estas não desposem qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal. Autoria: Senador Davi Alcolumbre (DEM/AP). Ementa: Regulamenta o uso de algemas em todo o território nacional; revoga o art. 199 da Lei de Execução Penal, que estabelece que o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal.” BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 761**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124246>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei PL 2527/2007** (inteiro teor). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=379106>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁹⁸ “3. O uso de algemas – de quem se apresenta ao Tribunal ou ao juiz, para ser interrogado ou para assistir a uma audiência ou julgamento como acusado – somente se justifica ante o concreto receio de que, com as mãos livres, fuja ou coloque em risco a segurança das pessoas que participam do ato processual.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus n. 76.591 - SP (2016/0257194-4)**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+76591&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 19 fev. 2019.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 35.540**, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 06/09/2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19418432/habeas-corpus-hc-35540-sp-2004-0068076-0/inteiro-teor-19418433>. Acesso em: 10 mar. 2019.

haver **decisum** amplo, coibindo-o."

É de notório conhecimento que as demandas envolvendo precedentes do significado de presunção de não culpabilidade são inúmeras e nem sempre, pacíficas. Por assim entender, mas sem o fito de estender-se e preservar a finalidade última do presente estudo, vejo de avultada importância a esta academia citar, entre eles, o princípio da vedação da autoincriminação, ou o direito de permanecer em silêncio, doutrinariamente conhecido como "*nemo tenetur se detegere*" (nada a temer por se deter), que enseja o privilégio que toda pessoa (acusada ou não) tem de não produzir prova contra si mesmo.

Trata-se, pois, de prerrogativa à defesa pessoal na CF/88 expressa (art. 5º, inc. LXIII¹⁰⁰) e, posteriormente, no CPP prevista (art. 186, p.ú.¹⁰¹), cujo objetivo é favorecer ao acusado de suposta prática ilícita penal proteção frente ao arbítrio do Estado. Assim, "o sujeito encontra-se protegido pela presunção de inocência e a totalidade da carga probatória nas mãos do acusador¹⁰²", este último já explanado em tópico anterior (*vide* item 1.2).

Em consequência disso, a jurisprudência brasileira (STF¹⁰³) têm reconhecido o aspecto substancial do princípio garantidor de que ninguém se encontra obrigado a autoincriminar-se. Nada obstante, por não se tratar de um princípio de fácil posicionamento nos Tribunais, um exemplo clássico está sua aplicação à Lei nº 11.705/2008 (Lei Seca), que já trouxe divergência nas 5ª (Quinta¹⁰⁴) e 6ª (Sexta¹⁰⁵) Turmas do STJ, até a pacificação de tal *iuris*

¹⁰⁰ "Art. 5º, LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado." BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

¹⁰¹ "Art. 186. Parágrafo único: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa." BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 de mar. 2019.

¹⁰² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 398. Disponível em: <http://www.ale.am.gov.br/presidentefigueiredo/wp-content/uploads/sites/8/2013/08/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2014.pdf.pdf>. Acesso em: 17 de fev. 2019.

¹⁰³ "A bem ilustrar, a Instância Maior, por diversas vezes reafirmou "ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal" (HC 80.530-MC/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO), direito esse que foi estendido àquele que presta depoimento na qualidade de testemunha ou vítima, sendo advertido que "Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 365/DF**. RTJ 163/626, Rel. Min. Carlos Velloso Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395votoCM.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

¹⁰⁴ "[...] Por tal razão, é de se mencionar que esta Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, admitiu a possibilidade de se processar e julgar acusados do cometimento do delito de embriaguez ao volante que não se submeteram a exame pericial, quando fosse possível comprovar, por outro modo, a influência da substância inebriante no organismo. Exemplificativamente: STJ, RHC 26.432/MT, 5ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 22/02/2010; STJ, HC 140.074/DF, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 14/12/2009; STF, HC 94.592/SP, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 02/04/2009." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). **Habeas Corpus n. 117.230 - RS (20080217862-4)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17996327/habeas-corpus-hc-117230-rs-2008-0217862-4-stj/relatorio-e-voto-17996329>. Acesso em: 14 mar. 2019.

prudentia, em 2012, frente ao julgamento do Recurso Especial nº. 1.111.566 - DF¹⁰⁶.

Neste sentido, eleva notar que o princípio em análise igualmente tem notoriedade no âmbito do Poder Legislativo – federal ou estadual –, quando, no exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (CF, art. 58, parágrafo 3º), parlamentares conduzirem investigações análogas a Inquérito Policial nas Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs, como bem no interpretado HC nº. 89.269-8/DF¹⁰⁷.

A projeção do princípio da presunção de não culpabilidade também foi aplicada em lide que resistia sobre porte de arma de fogo, ilustrada em julgamento, no STJ, do RMS 42.620-PB¹⁰⁸, no qual ficou decidido, unanimemente, que a suspensão do porte de arma é ato que está amparado pela legalidade de Lei Federal (nº. 10.826/2003) e Decreto Regulamentador (nº 5.123/2004) a ensejar base fática ao suporte da decisão administrativa da Polícia Militar-PB, não havendo, por estes termos, falar em violação ao princípio da presunção de inocência.

Ainda em atenção à amplitude material arraigada ao postulado constitucional em voga, insta asseverar a modificação de interpretação do STF para o sentido de harmonizar o debatido princípio e a extensão de sua aplicabilidade a processos cíveis e administrativos¹⁰⁹,

¹⁰⁵ “A Egrégia Sexta Turma possui o entendimento no sentido de que a nova redação do art. 306 do CTB trouxe uma elementar objetiva no tipo penal, tornando-se, assim, indispensável prova técnica consubstanciada no teste de bafômetro ou no exame de sangue para a caracterização do crime, o que só poderá ser feito por meio dos aludidos exames técnicos, sob pena de atipicidade da conduta”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). **Habeas Corpus n. 166.377 - SP (20100050942-8)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029079/habeas-corporis-hc-166377-sp-2010-0050942-8/inteiro-teor-15029080?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹⁰⁶ “**Trecho do Recurso Especial:** O fundamento normativo dessa garantia pode ser encontrado no texto constitucional, tanto a partir da correlata cláusula de direito ao silêncio do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal (e contemplado posteriormente no art. 186 do CPP), quanto de uma interpretação conjugada dos dispositivos consagradores da presunção de inocência (art. 5º, LVII), da ampla defesa (art. 5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REsp 1111566**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 17/11/2010 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17430536/peticao-de-recurso-especial-resp-1111566>. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 89.269-8/DF**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+89269+DF%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxjtx3zc>. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹⁰⁸ “A Polícia Militar pode, mediante decisão administrativa fundamentada, determinar a suspensão cautelar do porte de arma de policial que responde a processo criminal. [...]. Nessa conjuntura, verificada a existência de base fática que dê suporte à decisão administrativa, não há que se falar em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Turma). **Recurso em Mandado de Segurança, RMS n. 42.620/PB (2013/0137968-5)**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201301379685.REG>. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹⁰⁹ “[...] o Supremo Tribunal Federal, ressaltando a “independência de instâncias”, não reconhecia a aplicação do princípio da presunção de inocência nos procedimentos administrativos, permitindo, por exemplo, a demissão do servidor público que viesse a ser processado criminalmente ainda antes do completo desfecho do processo criminal.[...] Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que pese a redação da garantia constitucional referir-se à sentença penal condenatória, alterou sua orientação jurisprudencial, passando a decidir que se incluem também no âmbito da presunção de inocência os processos cíveis e administrativos.” BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais:** em busca da

caso este do RE nº. 565519/DF¹¹⁰, que obstou a recusa de inscrição de candidato em curso de formação da Polícia Militar/DF, caso o aspirante estivesse respondendo a processo penal. Jurisprudência suprema que coaduna com aquela estabilizada na Súmula nº 444/STJ¹¹¹.

Noutro viés, a instância judiciária máxima (STF) inclinou-se à razão de que não se aplica a presunção de inocência à falta grave (p. ex., crime) cometida por um detento no curso de sua execução penal, “determinando as consequências do reconhecimento da falta ainda que o processo criminal não tenha sido concluído¹¹²”, expressão do art. 118, inc. II, da Lei de Execução Penal¹¹³, como bem lecionou o Juiz Fernando Brandini Barbagalo em seu exemplar, servindo-lhe de firmamento os *Habeas Corpus* nº. 97611/RS¹¹⁴ e nº. 93782/PR¹¹⁵.

Por último, soma-se a esse rol de precedentes aquele que mais preeminência tem ganhando nas Judicaturas Excelsas – e objeto deste trabalho –, qual seja, a execução antecipada (ou provisória) da pena, debatida no STF, no âmbito da privação de liberdade e, no STJ, quando do desdobramento da pena privativa de liberdade couber a substituição por restritivas de direito.

Naquele (STJ), a 5ª (Quinta) e 3ª (Terceira) Turmas adotaram postura no sentido de não ser possível a execução provisória quanto às penas restritivas de direito (PRD), por

racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. Brasília: TJDF, 2015. p. 76. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 21 jan. 2019.

¹¹⁰ “Trecho: A recusa administrativa de inscrição em Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar, motivada, unicamente, pelo fato de haver sido instaurado, contra o candidato, procedimento penal, inexistindo, contudo, condenação criminal transitada em julgado, transgride, de modo direto, a presunção constitucional de inocência, consagrada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n. 627** – RE 565519/DF – Presunção Constitucional de Inocência - Esfera Administrativa - Cursos e Concursos - Aplicabilidade. Brasília, 16 a 20 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo627.htm#transcricao1>. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 444**. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub). Acesso em: 14 mar. 2019.

¹¹² BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. Brasília: TJDF, 2015. p. 79. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 21 jan. 2019.

¹¹³ “Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: [...] II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).”. BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Lei de Execução Penal (LEP). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹¹⁴ “3. A prática de fato definido como crime doloso, para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende do trânsito em julgado da ação penal respectiva. Precedente. Ordem indeferida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 97.611/RS**. (HC 97611, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 Ement Vol-02368-04 PP-00827) Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2661024>. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹¹⁵ Ibidem.

necessário atender ao trânsito em julgado de sentença. Orientação esta que se pautou na redação do art. 147 da Lei de Execução Penal¹¹⁶, ao tempo do julgamento (5ªT) do HC n.º 469.457/SP¹¹⁷. Entretanto, há controvérsia desta jurisprudência na mesma Corte, vez que a 6ª (Sexta) Seção, no ERESP n.º 161987/SC, convergiu, por não haver observação nas decisões do Supremo, para a possibilidade de execução imediata da pena¹¹⁸.

Neste tocante, a fim de demonstrar o posicionamento jurisprudencial do STF de que o princípio constitucional em referência não é impeditivo do cumprimento da decisão de prisão após confirmação em segunda instância, recebe destaque aquele proferido no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, em 17.02.2016.

Vale citar, por fim, instrumentos processuais outros que deram causa às mudanças de juízo ao longo dos anos, tendo por partida a promulgação da Constituição Federal de 1988, como já exposto, além dos: HC 68.726/DF, em 28.06.91; HC n.º 74.983/RS, em 30.06.97; HC n.º 84.078/MG, em 05.02.2009; e da Súmula n.º 716, do STF, sem desprezar as ADCs n.º 43 e 44¹¹⁹, os quais serão pormenorizados em capítulos próprios e seguintes.

¹¹⁶ Art. 147. “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984.** Lei de Execução Penal (LEP). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). **Habeas Corpus n. 469.457 - SP** (2018/0240811-9). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/626879109/habeas-corpus-hc-469457-sp-2018-0240811-9/decisao-monocratica-626879128>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial n. 1.627.367 - SP**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433533606/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1627367-sp-2016-0248384-0/relatorio-e-voto-433533627>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

É de conhecimento que a execução da pena tanto pode ocorrer em caráter definitivo, atendendo ao mandamento constitucional do trânsito em julgado (art. 5º, inc. LVII), como em caráter provisório, com sucedâneo em lei própria (Lei nº 7.960/89) e no Código de Processo Penal, artigos 311 e seguintes.

Neste sentido, e apesar de a prisão provisória comportar maiores discussões acerca de suas peculiaridades, especificamente neste, o objeto de aprofundamento será em torno da prisão jurisprudencial provisória da pena (Inf. 842, SFT¹²⁰), cabível quando de “julgado condenatório, [...], na pendência de recursos sem efeito suspensivo, especial e extraordinário”, expressão do Professor Renato Marcão¹²¹, que coaduna com a convergência supra ministerial reafirmada no HC nº 126.292/SP¹²², que a este interessa analisar.

2.1 EXECUÇÃO PENAL DEFINITIVA E EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA: DIFERENÇAS

A execução penal é matéria conduzida pela Carta Magna (CRFB/88), no que tange seus princípios; pelo Código Penal (CP), quando regulamenta a prisão, e suas espécies, derivada de condenação; pelo Código de Processo Penal (CPP), que prevê as prisões cautelares ou provisórias; assim como pela Lei de Execução Penal (LEP, nº 7.210/84), que diz em seu art. 1º, *in verbis*:

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

Tal artigo inaugural deixa claro que, a partir de então (execução penal), o Estado, por meio do Poder Judiciário, irá concretizar a tríplice finalidade da pena¹²³ por meio da efetiva

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n. 842**. Brasília, 3 a 7 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo842.htm> Acesso em: 01 mar. 2019.

¹²¹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

¹²³ “O Código Penal não se pronunciou sobre qual teoria adotou, mas modernamente entende-se que a pena tem tríplice finalidade (polifuncional): (A) retributiva; (B) preventiva; (C) reeducativa, cada uma dessas identificada em um momento próprio, específico. Quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal (pena em abstrato), revela-se o seu caráter preventivo geral. Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva), buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa). Praticado o crime, no momento da sentença (aplicação da pena), o Magistrado deve observar outras duas finalidades: a retributiva e a preventiva especial. [...]. Por fim, na etapa

punição, que consiste na privação (da liberdade) ou na restrição (de direitos) de determinados bens juridicamente tutelados.

Cabe aclarar que o presente tópico irá se ater tão somente à verificação da punição penal (a prisão) em sede definitiva e em sede jurisprudencial provisória (antecipada), não adentrando àquelas efetivadas por motivos de cautelaridades processuais taxadas no art. 312 do CPP. Portanto, vejamos.

A prisão tem suas bases de legalidade tracejadas em assento constitucional e infraconstitucional. Naquele, refugia-se no art. 5º, inc. LXI¹²⁴, que autoriza a derivação do cárcere apenas de uma prisão em flagrante ou de uma ordem judicial fundamentada. Já neste, por sua vez, sua natureza é cautelar processual, possibilitando o presídio temporário ou provisório de alguém (art. 283, CPP¹²⁵).

Isso posto, extrai-se que de nossos ordenamentos pátrios há a possibilidade de o cerceamento da liberdade de locomoção se efetivar tanto pela prisão pena, ou prisão definitiva – decorrente do reconhecimento em decisão condenatória passada em julgado de ser o réu indubitavelmente culpado (art. 5º, inc. LVII, CF) –, quanto pela prisão sem pena, na modalidade preventiva (art. 5º, inc. LXVI, CF, c/c art. 312 do CPP) ou provisória (art. 283 do CPP).

Neste viés, Rodrigo Duque Estrada Roig, em sua obra¹²⁶, difere de maneira simples e direta a privação da liberdade de caráter definitivo (execução definitiva) da privação de caráter provisório (execução antecipada). Segundo o Autor, aquela pressupõe a existência de um veredicto condenatório transitado em julgado – corroborado pela redação de texto constitucional; ao passo que esta ocorre “quando já há sentença ou acórdão condenatórios, mas sem o devido trânsito em julgado”. Logo, formalmente, é o instituto do trânsito em julgado o cerne diferencial de ambas execuções.

da execução penal concretiza-se a retribuição e prevenção especial (disposições da sentença), ganhando relevo a prevenção especial positiva (ressocialização)”. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 396-398. Disponível em: <https://prodezconcursos.com.br/wp-content/uploads/2017/11/Manual-de-Direito-Penal-Parte-Especial-Rogerio-Sanches-Cunha-2016.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

¹²⁴ “Artigo 5º, inc. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”. BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

¹²⁵ “Art. 283: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”. BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 de mar. 2019.

¹²⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 59. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/s1n050>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Neste passo, importa rememorar, marcadamente, certos percursos histórico e retórico que deram ensejo à inserção do termo de encerramento da presunção de não culpa, qual seja, o trânsito em julgado, traçado na democrática Magna Carta/88, a refletir os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987, sob os comandos do jurista Afonso Arinos de Melo Franco¹²⁷.

Preambularmente, foi o anteprojeto de Constituição de 1986 – que recebeu o nome de Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, sob a presidência de Afonso Arinos –, o primeiro a esculpir no rol dos Direitos e Garantias (Capítulo II), precisamente no Artigo 43, parágrafo 7º, a proposta garantista de que “presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa¹²⁸”.

No seu desenrolar, quando da 8ª reunião realizada pela Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, em 24.04.1987, a presunção de inocência, de modo perfunctório, foi palestrada e sugestionada a texto de redação pelo Professor Cândido Mendes, que assim expôs: "O princípio da implementação dos direitos humanos, neste aspecto fundamental das garantias, deveria dizer: “presume-se a inocência do cidadão, ou do acusado, até a declaração judicial da sua condenabilidade, ou de sua condenação”¹²⁹".

Em prosseguimento, na 17ª Reunião da mencionada Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais realizada em 7 de maio de 1987, a Sugestão Nº 385/6 de autoria do também constituinte Antônio de Jesus, embora considerada omissa em alguns aspectos no que tange ao Capítulo de Direitos e Garantias Individuais, foi apresentada nos seguintes termos¹³⁰:

[...]

¹²⁷ “Em setembro de 1986, alguns meses antes de a Assembleia Nacional Constituinte iniciar seus trabalhos - o que aconteceu em fevereiro de 1987 -, uma comissão provisória criada pelo Executivo concluiu a elaboração de um anteprojeto de Constituição que, no entanto, acabou não sendo enviado oficialmente ao Congresso. Embora tivesse o nome de Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, o grupo ficou conhecido como Comissão Afonso Arinos, pois seu presidente foi o jurista, ex-deputado federal e ex-senador Afonso Arinos de Melo Franco”. BRASIL. Senado Federal. Senado Notícias. **Comissão Afonso Arinos elaborou anteprojeto de Constituição**, 01 jan. 2008. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

¹²⁸ BRASIL. Senado Federal. **Diário Oficial**. República Federativa do Brasil. Suplemento Especial ao Nº 185, Sexta-Feira, 26 de Setembro de 1986, Brasília-DF, (Suplemento). Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

¹²⁹ BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Atas de Comissões**. Ata da 1ª Reunião (instalação) em 7 de abril de 1987, p. 49. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direitos_Politicos.pdf. Acesso em: 08 maio 2019.

¹³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. República Federativa do Brasil. **Diário. Atas das Comissões**. Ano I. Suplemento ao n. 80, Sexta-Feira, 19 de junho de 1987, p. 23 – Brasília-DF. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup80anc19jun1987.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.

§ 6º Todo e qualquer cidadão acusado de um ato delituoso é considerado inocente até que sua culpabilidade resulte cabalmente demonstrada, através de processo regular, no qual se lhe tenha assegurada plena e ampla defesa. (grifo nosso)

Mas, significativamente para este, foi exatamente em 11 de maio de 1987 que, pela primeira vez, inseriu-se em artigo a expressão *trânsito em julgado*, cuja redação foi alvitrada pelo parlamentar Darcy Pozza ao oferecer o Relatório da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, no qual dispunha o inciso XXXIII, § 10º: “Considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹³¹”.

Por fim, mas sem desmerecer as outras etapas e fases da Constituinte¹³² a importarem para o projeto final da Constituição de 1988, urge saltar para o itinerário histórico da garantia constitucional *sub examen* que registra, em 12 de agosto de 1987, a famigerada Emenda n. 1P11998-7 proposta por José Ignácio Ferreira, acolhida a posteriori na Comissão de Sistematização da ANC¹³³ (caminho para o ingresso no texto final do Projeto de Constituição), e assim patenteada: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Com aquela escrita, o texto seguiu em todos os demais trâmites da Constituinte até chegar à promulgação da CFRB/88. Nota-se, então, que a única mudança expressiva, acompanhada de uma justificativa¹³⁴, está na terminologia: inocente para culpado (neste já tratada em linhas iniciais), e que, por todo trajeto constituinte a que pertenceu, o trânsito em julgado não recebeu qualquer argumento direto para sua inserção na redação do texto definitivo da proclamada Constituição de 1988 (Art. 5º, inc. LVII).

É possível, no entanto, inferir da leitura do Documento¹³⁵ que deu vida ao termo trânsito em julgado que nele estava implicitamente contida justificativa sobreposta no

¹³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. I-c – Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. **Relatório**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.

¹³² BRASIL. Câmara dos Deputados. **30 anos Constituição da Cidadania**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituinte/index.html>. Acesso em: 9 maio 2019.

¹³³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. **Projeto de constituição**. Comissão de sistematização. v. 235. Substitutivo do relator. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

¹³⁴ “A proposta visa apenas a caracterizar mais tecnicamente a denominada “presunção de inocência”, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo.” BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. **Projeto de Constituição**. v. 228. EMENDAS OFERECIDAS EM PLENÁRIO (Constituintes e Eleitores) (*). Volume II (Emendas 7081 a 14135). Emenda 1P11998-7, p. 509. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-228.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.

¹³⁵ “Buscamos o seu delineamento de forma a ir ao encontro dos desejos do povo, no sentido de garantir, como elementos fundamentais do seu direito, as mais significativas aspirações da coletividade. Com efeito, a essência

contexto histórico (redemocratização), o qual, por si só, urgenciou a inclusão de um princípio (presunção da não culpabilidade) com caráter veementemente garantidor de direitos (trânsito em julgado) a assegurar ao condenado servir-se de todos os recursos jurídicos admissíveis, a fim de provar sua inocência.

Porém, apesar da subentendida justificativa pautada no estágio da história (pós-regime militar), o referido termo jurídico limitador do ônus da contraprova (isto é, o trânsito em julgado, que encerra o exercício de interposições recursais) –, por vezes apresentada pelo acusado a fim de sustentar sua presunção de inocência –, não encontra conceito esboçado em nenhuma ordem jurídica brasileira, deixando o encargo conceptual para a doutrina e jurisprudência.

Neste mote, pode-se, então, compreender o trânsito em julgado, à luz da CR/88, como o marco final da presunção de inocência, ou, noutras palavras, como um marco processual a indicar a impossibilidade de recorrer de uma decisão judicial (sentença ou acórdão condenatórios), quer seja pela preclusão¹³⁶ das partes, que não interpuseram o recurso cabível em tempo hábil (aspecto temporal), quer seja pelo esgotamento dos recursos cabíveis¹³⁷ (aspecto recursal).

Neste diapasão, o Professor Carlos Henrique Soares (PUC-MG), ao discorrer em seu artigo sobre a definição da aludida terminologia forense, recorre aos civilistas Giuseppe Chiovenda e Elio Fazzarali¹³⁸, que a define como “irretratabilidade” da sentença. Segundo este Autor, a expressão “significa o “exaurimento” – por efeito da preclusão – das faculdades, dos poderes e dos deveres atinentes aos recursos.”. Entretanto, entende o Docente processualista civil que:

[...], **tal concepção** desenvolvida por Fazzarali, apesar de muito interessante, **não leva em consideração os novos contornos constitucional-processuais que a**

das qualidades que um povo deseja e quer que distingam, na Carta Magna, é a certeza do direito”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. I-c – Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. **Relatório**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.

¹³⁶ “A preclusão é definida como a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de poder processual das partes, seja a perda de um poder do juiz.” DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. v. 1, p. 474.

¹³⁷ “Segundo a doutrina processual brasileira tradicional, a sentença transitada em julgado é justamente aquela contra a qual não cabe mais nenhum recurso, seja ordinário ou extraordinário. Tal definição revela dois ângulos do termo. O primeiro é o aspecto temporal; o segundo é o aspecto recursal”. SOARES, Carlos Henrique. Novo Conceito de Trânsito em Julgado. Centro de estudos judiciários (CEJ). **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, out./dez. 2010. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114792>. Acesso em: 04 maio 2019.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 86-88.

decisão jurisdicional **precisa** conter para **atender aos procedimentos democráticos**. (grifo nosso)

Neste sentido, colhendo essa perspectiva democrática, com bastante propriedade, Rogério Sanches¹³⁹ chama atenção para a ausência do conceito de trânsito em julgado no processo penal, vez que o CPP brasileiro é omissivo em seu estabelecimento, e esta lacuna, para ele, não pode ser preenchida por empréstimo do CPC, pois, ante ao julgamento do HC 126.292 (2016, STF), cumpre observar que:

O conceito de trânsito em julgado no processo penal não está relacionado ao esgotamento de todos os recursos, mas ao esgotamento da análise fática, como aliás ocorre em outros países igualmente democráticos em que operam cortes constitucionais – cujos recursos têm efeitos rescisórios – e nos quais é inconcebível que um condenado em segunda instância aguarde o pronunciamento de cortes superiores para iniciar o cumprimento da pena. Não fosse isso o bastante, pressupor, no processo penal, o encerramento de todas as formas recursais tornaria inalcançável o trânsito em julgado porque a revisão criminal está elencada entre os recursos. (grifo nosso)

Fato é que inexistente uma conceituação expressa para o instituto diferenciador de ambas execuções – definitiva e provisória –, tornando-se premente a observação da norma constitucional de 1988 (art. 5º, LVII) que deu vigor temporal à presunção de inocência (e não ao estado de inocência), para a qual (CF) esta garantia fundamental somente se exaure com a decisão de última impugnação juridicamente possível, por considerar, sobretudo, os fundamentos e motivos históricos (redemocratização) que ensejaram as linhas desta previsão legal, porém, sem qualquer justificativa juridicamente plausível.

Contudo, a Suprema Corte de Justiça (STF), em posicionamento interpretativo diverso (restritivo, à análise de fatos e provas) da literalidade do texto constitucional (ampliativo, até o trânsito em julgado, cujo limite não encontra definição), conferiu significação dinâmica ao princípio da presunção de inocência (HC 126.292, 2016), sob o fundamento de que a presunção é relativa, e, portanto, modifica-se conforme a marcha processual avança. Sendo assim, é cabível utilizar-se novamente das palavras de R. Sanches¹⁴⁰, que afirma:

Dessa forma, **se no início do processo a presunção pende efetivamente para a inocência, uma vez proferido julgamento em recurso de segunda instância essa presunção passa a ser de não culpa, pois, nessa altura, encerrou-se a análise de questões fáticas e probatórias**. Portanto, uma vez que o tribunal (TJ/TRF) tenha considerado bem provados o fato e suas circunstâncias, os recursos constitucionais

¹³⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Execução provisória da pena**. 7 fev. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/02/07/execucao-provisoria-da-pena/>. Acesso em: 16 fev. 2019.

¹⁴⁰ Ibidem.

não abordarão esses aspectos, pois estarão adstritos aos limites que lhe são impostos constitucional e legalmente. (grifo nosso)

Por este sentido, é razoável retomar a ideia de Carlos Henrique Soares¹⁴¹ para quem entende que a expressão trânsito em julgado, no atual Estado Democrático de Direito, “adquire novos contornos, não sendo mais entendida apenas como um efeito da **preclusão**, mas, sobretudo, como consequência da **legitimidade das decisões jurisdicionais**.”.

Nessa vereda, urge sobrelevar que a garantia constitucional em voga – princípio da inocência ou não culpabilidade, muito embora, constitucionalmente, esgote-se com o fim da possibilidade de interposição de recurso –, não impede o cárcere daquele que, conquanto seja presumido inocente pela Constituição, é tratado como acusado pela lei. Isto porque o sistema processual penal brasileiro possui regulamentos que permitem a prisão provisória cautelar e não cautelar (antecipada) do incriminado.

É cediço que a modalidade provisória (gênero) de prisão, também conhecida como prisão processual ou prisão sem pena, opera-se “antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores¹⁴²”, sob entendimento sumular do Superior Tribunal de Justiça¹⁴³ de não contrariar o dogma constitucional prescrito no inciso LVII do artigo 5º, corroborado pelos arts. 312 e 313 do Código Processual Penal Brasileiro, modificados pela Lei nº 12.403/2011.

Entretanto, há nessa seara cautelar um desdobramento das prisões, as quais podem ocorrer de formas (espécies) temporária¹⁴⁴ ou preventiva¹⁴⁵. Note-se que, conquanto o instituto do trânsito em julgado é o protagonista entre as modalidades de prisão definitiva (prisão com pena) e a prisão provisória (prisão sem pena), no campo das cautelares (temporária e preventiva), esse papel é desempenhado pelo princípio da inocência, o qual,

¹⁴¹ SOARES, Carlos Henrique. Novo Conceito de Trânsito em Julgado. Centro de estudos judiciários (CEJ). **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, out./dez. 2010. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114792>. Acesso em: 04 maio 2019.

¹⁴² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 367.

¹⁴³ “SÚMULA 9, STJ: A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 9**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 03 mar. 2019.

¹⁴⁴ “Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. § 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.” BRASIL. **Lei n. 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em: 03 mar. 2019.

¹⁴⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm. Acesso em: 03 de mar. 2019.

muito embora haja a real supressão da liberdade do indiciado/acusado, ele – princípio – não será atingido¹⁴⁶.

A explicação a se chegar nesse entendimento se pauta nos motivos extraídos de cada medida prisional cautelar aplicada. Enquanto a prisão temporária se impõe pela necessidade, extrema e comprovada (art. 2º, Lei nº 7.960/89), a prisão provisória atenderá ao binômio necessidade-adequação (art. 282, I e II, CPP) em paralelo à presença das circunstâncias fáticas descritas no *caput* do artigo 312 do CPP, a ensejar o cárcere, sob escopo de um certo juízo de culpabilidade extraído dos mínimos indícios de autoria e materialidade delitivas.

Assim, pelo exposto, “é correto afirmar que a prisão preventiva é prisão provisória¹⁴⁷”, a única, nestes termos, aceita de modo pacífico pela doutrina e jurisprudência, e sobre ela regem normas constitucionais (inc. XLIII e LXI, art. 5º, CF), infraconstitucionais (CPP e LEP), as quais atestam, oficialmente, a possibilidade de se efetivar a execução provisória em relação ao aprisionado cautelar¹⁴⁸.

Resta claro, portanto, não ser cabível furtar-se do entendimento de que, mesmo sendo versada de maneira especial, seja por legislação própria, seja por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, prisão é prisão, e, como tal, deve ser tratada, com ônus e bônus, razão acolhida tanto pelo parágrafo único do art. 2º da LEP¹⁴⁹, como pela inclusão, em 2012, do § 2º ao art. 387 do CPP¹⁵⁰, sem olvidar das diretrizes do enunciado sumular nº 716¹⁵¹, do STF/2017.

¹⁴⁶ “Por ser a execução provisória, não há falar em violação de norma constitucional por quebra do princípio da presunção de inocência. A execução provisória do julgado não acarreta prejuízo algum ao Estado, tampouco contraria interesses do réu, que “poderá ainda no decorrer da tramitação do apelo, ver processado eventual pedido de progressão de regime prisional formulado em seu favor”. MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 116.

¹⁴⁷ MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 458. Disponível em:

https://www.academia.edu/35492389/Processo_Penal_Renato_Marc%C3%A3o_C%C3%B3digo_de_Processo_Penal_Comentado_2016_. Acesso em: 19 fev. 2019.

¹⁴⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. Op. Cit., p. 37.

¹⁴⁹ “Art. 2º [...] Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.” BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Lei de Execução Penal (LEP). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹⁵⁰ “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] § 2º: “O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.”. BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 de mar. 2019.

¹⁵¹ “SÚMULA 716, STF: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 716**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>. Acesso em: 24 maio 2019.

Fato é que a prisão provisória (gênero) não se esgota nas hipóteses de uma conversão de prisão em flagrante¹⁵², ou naquela acompanhada de uma sentença criminal condenatória, não passada em julgado definitivo¹⁵³ –, mas soma-se a elas uma outra modalidade mais abrangente, não cautelar e jurisprudencialmente aceita por ambas as Cortes Superiores (STF e STJ), a qual visa determinar o início do implemento da sanção penal, ainda que ausente o trânsito em julgado da decisão condenatória, a qual atende também pelo nome de execução antecipada da pena.

Nesta senda, a execução antecipada ou provisória da pena (espécie), por quatro vezes legitimada pelo Supremo, decorre de mandato condenatório proferido em segundo grau de jurisdição (TJs ou TRFs), que visa principiari a pena, inclusive contra incriminado solto, e entabula uma nova espécie de prisão provisória, que, no entendimento do Promotor de Justiça MP/SP Rogério Sanches, qualifica-se como prisão provisória não cautelar.

Assim, de acordo com Rogério Sanches – ante análise da conclusão do julgamento das ADCs n.ºs. 43 e 44 realizado pela Suprema Corte¹⁵⁴ (01.09.2016), a ratificar a posição firmada pelo Pleno daquele Excelso no HC n. 126.292/SP (17.05.2016) –, com aquela decisão, a prisão provisória se dividiu em duas espécies: prisão provisória cautelar, que é a preventiva e a temporária; e a prisão provisória não cautelar, em sede de uma execução penal provisória. Neste sentido, descreve R. Sanches¹⁵⁵:

[...]. Então o juiz vai decretar uma **prisão provisória cautelar** temporária, Lei 7.960. Ele vai decretar uma prisão provisória preventiva, artigos 312 e 313 do CPP. O juiz vai decretar uma **prisão provisória não cautelar** numa execução penal provisória da pena, aí os fundamentos são o 283 do CPP e 637 também do CPP. (grifo nosso)

Essa conclusão doutrinária de Sanches só foi possível a partir da posição firmada na decisão das ADCs n.ºs. 43 e 44, o qual – assentamento – orientou-se pela interpretação da

¹⁵² “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...] II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;”. BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm. Acesso em: 03 de mar. 2019.

¹⁵³ “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] § 1º: O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Código de Processo Penal, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n. 837**. Brasília, 29 de agosto a 2 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo837.htm> Acesso em: 26 maio 2019.

¹⁵⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **STF - ADCs 43 e 44: execução penal provisória**. 5 out. 2016. (27m09s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dfO4VExr5e8&t=226s>. Acesso em: 01 set. 2018.

nova redação dada ao art. 283 combinado com o art. 637, ambos do CPP, para o qual foi lhe reconhecido constitucionalidade, “assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível¹⁵⁶”.

Neste viés, a ordem jurisprudencial do STF frente às ADCs (05.10.2016) só veio reafirmar o dinamismo contido no princípio da presunção de inocência, debatido por efeito do HC n. 126.292/SP, cujo valor varia conforme o transcurso do processo, desvinculando-se do trânsito em julgado, a ensejar “que a execução da pena com decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência¹⁵⁷”. Portanto, referendou o Supremo que:

Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais **e a disposição geral** que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP¹⁵⁸. (grifo nosso)

Por fim, deste feito, restou claro que a Carta Magna/88 ao estabelecer que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado não afasta, em absoluto, a possibilidade de dar início à execução provisória da pena, para a qual, em caso de abuso na decisão condenatória, restarão aos Tribunais meios de impedir a execução antecipada, e à Defesa restarão instrumentos impugnatórios – *habeas corpus* e Recursos Extraordinários¹⁵⁹, com solicitação de efeito suspensivo, os quais serão tratados a seguir.

2.2 HIPÓTESES DE EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA: EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NO INTERESSE DO RÉU E EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NA PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. 05 out. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 28 maio 2019.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. Cit., **ADC 44 MC**.

¹⁵⁹ “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. Supremo Tribunal Federal. *ibidem*, p. 35-36.

No tópico anterior, foi abordado que a execução provisória é aquela que dá início ao implemento da pena. O juiz do conhecimento expede mandado de cumprimento da decisão condenatória sem o trânsito em julgado, ainda que na pendência de julgamento de recurso e da prolação de uma decisão definitiva. De modo contrário, com o trânsito em julgado (CF, art. 5º, LVII), o cumprimento provisório pode ser convertido em definitivo, sob azo da pena final.

Contudo, a execução provisória, atualmente, somente é admissível, de modo pacífico, quando em favor do réu, pessoa presa que possui contra si uma condenação ainda não definitiva¹⁶⁰. Noutras palavras, “a execução provisória tem cabimento quando, transitando em julgado a sentença para a acusação, estando preso preventivamente o réu, ainda pender de apreciação recurso seu¹⁶¹”, requisitos objetivos cumulativos.

Assim, falar em execução penal condenatória em favor do condenado é dizer que o preso, em decorrência do seu tempo de custódia provisória somado com seu bom comportamento presidiário, adquire direitos previstos na legislação especial (art. 105 c/c 112 ambos da LEP – sem descuidar das previsões sumulares de n.ºs. 716 e 717 do STF¹⁶²), direitos os quais não devem ser prejudicados, ainda que haja possibilidade de recurso em sua defesa.

Nessa linha de raciocínio, os motivos ensejadores da antecipação da pena em favor do réu se fundamentam no fato de que: 1) à sentença é vedada sua *reformatio in pejus*¹⁶³; 2) ao condenado provisório se aplica o art. 42 do CP, que lhe confere o benefício da detração¹⁶⁴; 3) a presunção de não culpa, como já demonstrado, foi estabelecido histórico e constitucionalmente em benefício da pessoa e não do Estado, portanto, não sofre qualquer violação; e, 4) a Lei de Execução Penal é igualmente aplicada ao preso provisório¹⁶⁵.

¹⁶⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 59. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/s1n050>. Acesso em: 28 abr. 2019.

¹⁶¹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 116.

¹⁶² “SÚMULA 717, STF: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 717**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=717.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> Acesso em: 03 jul. 2019.

¹⁶³ “por ocasião do julgamento de seu recurso, o máximo que poderá ocorrer será a imediata liberação do réu – quando houver absolvição ou diminuição da pena.” NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 971. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/o-onus-da-prova-em-face-da-presuncao-de-inocencia-2>. Acesso em: 17 fev. 2019.

¹⁶⁴ “Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.”. BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei n. 2.848 de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 jul. 2019.

¹⁶⁵ “Art. 2º, parágrafo único: Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.”. BRASIL. **Lei n. 7.210**,

Em resumo, uma vez pronunciada decisão condenatória, embora haja recurso da Defesa¹⁶⁶, o preso provisório condenado tem os mesmos direitos postulatórios que o preso condenado definitivamente (progressão de regime, remição, detração penal, etc.), pois tal execução provisória tem finalidade última de beneficiar o réu.

Neste prisma, cabe rememorar, como já exposto anteriormente, que na modalidade provisória (gênero) de prisão encontra-se a espécie não cautelar denominada de execução antecipada, mais abrangente, a qual determina o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado; contudo, independe da situação em que se encontra o réu, se preso ou se solto.

A execução antecipada, por vez, se difere das execuções definitiva e provisória (cautelar) discutidas anteriormente, sem que haja assentamento pacífico sobre sua constitucionalidade e aplicabilidade, muito embora, desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a execução antecipada da pena vem sendo praticada pelos Tribunais.

Não obstante, sobre a possibilidade executória da antecipação da pena, esta deve ser efetivada por base na última decisão consagrada pela Suprema Corte (STF, 2016), que readmitiu, por maioria, ser constitucional a segregação antecipada, tendo por um de seus argumentos favoráveis que “a pendência de recurso especial ou extraordinário também não constitui obstáculo à execução provisória do julgado condenatório¹⁶⁷”, por não gozarem de efeito suspensivo¹⁶⁸.

Notório que todo o deslinde da controvérsia sobre a prisão do condenado após seu julgamento realizado pelas instâncias ordinárias se resume em saber se a Constituição a permite, mesmo havendo cabimento de impugnações excepcionais, isto é, sem a existência do trânsito em julgado da sentença condenatória. Aqui, veremos.

Jurisprudencialmente (HC nº. 126.292/SP), foi observado, por maioria, na última tese assentada pelo Supremo Tribunal Federal, que no juízo de apelação – 2º grau de jurisdição – o exame sobre fatos e provas da causa em concreto dá-se, por definitivo, exaurido ante a

de 11 de Julho de 1984. Lei de Execução Penal (LEP). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 14 mar. 2019.

¹⁶⁶ “Art. 8º Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.” BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 113/2010 de 20 de abril de 2010.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2596>. Acesso em: 04 jul. 2019.

¹⁶⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 116.

¹⁶⁸ “SÚMULA 267, STJ: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 267.** Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf. Acesso em: 04 jul. 2019.

confirmação do sentenciante *a quo* quanto à superação da presunção de inocência pela incidência de um juízo de culpa. Assim:

[...], é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: **os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição**, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que **não se prestam ao debate da matéria fático-probatória**¹⁶⁹. (grifo nosso)

Os recursos extraordinários, por vezes, são dotados de características próprias que não permitem a discussão de pressupostos inafastáveis para uma condenação em 1º grau de jurisdição. Ou seja, em regra, as contendas especial (REsp, STJ) e extraordinária (RE, STF) não rediscutem autoria e materialidade, pois, soma-se às suas peculiaridades, revestir-se de efeito tão somente devolutivo, isto é, aquele que garante ao recorrente uma segunda opinião sobre a matéria controversa, sobre a qual houve o inconformismo¹⁷⁰.

Infraconstitucionalmente, a mesma inteligência está posta no art. 637 do CPP, que fundamenta a possibilidade de executar a prisão do condenado em segunda instância sem o trânsito em julgado, observada a pendência de recurso extraordinário, vez que seus ditames não deixam dúvidas quanto à negativa de efeito suspensivo¹⁷¹, que, por consequência, admite a execução provisória, assim como postula a Súmula nº 267¹⁷² editada pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2002.

A contrassenso, o jurista Aury Lopes Jr.¹⁷³ entende o efeito suspensivo dos recursos superiores como um erro grotesco, fruto de vários aspectos, dentre os quais a “evidente inconstitucionalidade por desconectar o caráter cautelar do *periculum libertatis*, instituindo de forma dissimulada uma execução antecipada da pena”.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

¹⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 802. Disponível em: <http://www.guilhermencucci.com.br/dicas/o-onus-da-prova-em-face-da-presuncao-de-inocencia-2>. Acesso em: 17 fev. 2019.

¹⁷¹ “não possui efeito suspensivo, significa dizer que a decisão atacada por meio do recurso gera de imediato seus efeitos, não obstante a interposição da insurgência.” CUNHA, Rogério Sanches. **Execução penal para concursos**: LEP. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 265.

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 267**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf. Acesso em: 04 jul. 2019.

¹⁷³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 590-591. Disponível em: <http://www.ale.am.gov.br/presidentefigueiredo/wp-content/uploads/sites/8/2013/08/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2014.pdf.pdf>. Acesso em: 17 de fev. 2019.

Já o Min. L. R. Barroso¹⁷⁴ não compartilha do mesmo entendimento. Para ele “os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional”. Nesta mesma trilha, manteve-se o voto do Min. Teori Zavascki¹⁷⁵, proferindo no sentido de que:

Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – **recurso especial e extraordinário** – têm, como se sabe, **âmbito de cognição estrito à matéria de direito**. [...]. **Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários**, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990¹⁷⁶. (grifo nosso)

Seguindo essa senda, Guilherme Nucci¹⁷⁷ leciona que os recursos extraordinários “devem cuidar de questões puramente de direito, a fim de não vulgarizar a sua utilização”. Tal doutrina espelha os enunciados sumulares de nº. 279, do STF¹⁷⁸, e nº 7, do STJ¹⁷⁹, os quais reiteram não ser a natureza dos recursos extraordinários o debate de matéria fática e probatória.

Por último, constitucionalmente (CF/88), toda essa lógica que estabelece limite à presunção de inocência se respalda, em suma, na previsão dos artigos 102, inc. III, e art. 105, inc. III, que expressam as competências essenciais dos egrégios superiores, os quais não deveriam se ocupar em legitimar as decisões condenatórias proferidas em instâncias ordinárias dotadas de efetividade, como bem expôs, o Min. Joaquim Barbosa em seu voto no HC nº 84078/MG¹⁸⁰:

[...] não se deve fazer **letra morta** das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Do contrário, **melhor seria que todas as ações fossem processadas e julgadas diretamente Pelo Supremo Tribunal Federal**, já que

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 41. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto do Ministro Teori Zavascki, p. 9-10. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

¹⁷⁶ Lei que regulamenta a procedência dos Recursos Extraordinário e Especial, que, por ocasião da entrada em vigor do NCPC/2015, art. 1.072, inc. IV, teve seu art. 27, § 2º revogado.

¹⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 859. Disponível em: <http://www.guilhermencucci.com.br/dicas/o-onus-da-prova-em-face-da-presuncao-de-inocencia-2>. Acesso em: 17 fev. 2019.

¹⁷⁸ “SÚMULA 279, STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 279**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 06 jul. 2019.

¹⁷⁹ “SÚMULA 7, STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 7**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 06 jul. 2019.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 95. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 jul. 2019

somente com uma decisão irrecurável desta Corte se poderá dar credibilidade a uma decisão condenatória.

Considerando, assim, **a legitimidade das instâncias ordinárias para proferir decisões condenatórias dotadas de efetividade**, penso ser necessário que esta Corte permita **sua execução provisória**, sob pena de as tornarmos **despiciendas**.
(Grifo originais)

Neste sentido, por todos os embasamentos supra expostos que conferem limite ao princípio ficto da presunção de inocência – ante à submissão dos fatos e provas postos à análise percuciente pelas instâncias competentes –, a execução provisória da pena não deve encontrar obstáculo, uma vez concluído julgamento no segundo grau de jurisdição, a partir do qual já não comporta mais a dúvida razoável acerca da responsabilidade do acusado, pois são insuscetíveis de modificação os fundamentos acusatórios apresentados pelas vias extraordinárias.

Assim, acolhendo a predominante e atual jurisprudência reafirmada em 17.02.2016 pelo Supremo Tribunal Federal, é possível executar provisória e imediatamente a decisão penal condenatória sempre que esgotadas as cabíveis impugnações ordinárias – haja vista a considerável força de culpa declarada ao réu –, ainda que pendente julgamento de recursos excepcionais (REsp ou RE).

3 EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO: HC Nº 126.292/SP-STF

O Supremo Tribunal Federal sustenta a jurisprudência de que a condenação confirmada pela segunda instância é entendimento tradicional daquela Corte, por sê-la praticada desde anterior promulgação da Carta Constitucional de 1988, sob entendimento de não haver violação do princípio (relativo) da presunção de inocência, assim como por não ser constitucionalmente possível às instâncias superiores (STJ-STF) o reexame de fatos e provas, mas prestarem-se, tão somente, à discussão de matéria de direito.

Sob essa argumentação, o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP afetado ao Pleno da Suprema Corte, em 17.02.2016, reafirmou sua tradição jurisprudencial, modificando orientação aparentemente pacificada e assentada no julgamento do HC nº 84.078/MG, de 05.02.2009, que conferiu caráter absoluto ao princípio da presunção de não culpabilidade (CF, LVII, art. 5º).

Contudo, o enfrentamento do tema sob exame, para além dos HC's supracitados, ganhou novas repercussões em outras três oportunidades de análise da matéria no Plenário do STF, sendo as ADC's 43 e 44, julgadas em 05.10.2016; o ARE 964.246/SP, julgado em 10.11.2016; e o emblemático HC nº 152.752/PR, julgado em 04.04.2018. Todos reafirmativos da constitucionalidade interpretativa dada à execução provisória da pena antes do exaurimento dos recursos especial e extraordinário, como não violadora da ficta¹⁸¹ presunção de inocência.

3.1 JURISPRUDÊNCIAS DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO

Tendo por consuetudine a longa jurisprudência no sentido de considerar decisões condenatórias exequíveis, balizadas em grau de apelação, enquanto não passadas em julgado, necessário trazer ao presente a origem dessa habitualidade jurídica, partindo de dispositivos infraconstitucionais anteriores à promulgação da Federal Constituição de 88.

¹⁸¹ “A presunção de inocência não está prevista expressamente na Lei Fundamental. Ela corresponde, porém, à convicção geral associada ao Estado de Direito e integra a ordem positiva da RFA por força do dispositivo no art. 6º., II, da Convenção Européia de Direitos Humanos.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator: Min. EROS GRAU, p. 148. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 jul. 2019.

Por preliminar, faz mister lembrar os revogados arts. 408, §1º, e 594¹⁸², ambos do CPPB/1941, que vigoraram até o ano de 2008, ab-rogados, respectivamente, pelas Leis n.ºs. 11.689 e 11.719. O particular artigo 594, no entanto, exigia o recolhimento à prisão como requisito para apelação após sentença de 1º grau, iniciando ali a execução da pena. Contudo, antes mesmo de seu fim, em 20.06.2008, enunciado sumular¹⁸³ foi editado, em 23.04.2008, calcando a independência da prisão do réu para o conhecimento de seu recurso de apelação.

Outras leis infraconstitucionais foram alcançadas pelo mesmo *leitmotiv* vigente do art. 594 do CPPB de 1941, cuja validade em face da CRFB/88 era reconhecida, e como orientação jurisprudencial (STJ) era dominante. Neste sentido, firmavam interpretação conjunta os arts. 35 da Lei n. 6.368/1976 (Lei de Tóxicos¹⁸⁴), e art. 2º, §2º da Lei n. 8.072/1990 (Crimes Hediondos¹⁸⁵), robustecendo que a garantia constitucional (art. 5º, LVII) não impedia a prisão em razão de mandado condenatório pendente de recurso.

Pertinente ainda atentar para os vetustos dispositivos art. 9º da Lei 9.034/1995 (Crime Organizado), que negava ao réu o direito de recorrer em liberdade, e art. 3º da Lei 9.613/1998 (“Lavagem” de Dinheiro), não permitia a liberdade provisória para os crimes ali praticados, os quais somente foram declarados, incidentalmente, inconstitucionais pelo STF¹⁸⁶ em 2003.

No entanto, uma grande celeuma gira em torno doutra norma do CPPB/41, o art. 637– concebido anteriormente ao advento da Lei Maior de 1988, a introduzir, *incipere*, a presunção de inocência –, por prevê, em regra, simples efeito devolutivo aos recursos extraordinários e que, por tal preceito, “a interpretação da possibilidade do cumprimento das penas na pendência dos recursos sem efeito suspensivo sofreu duas reviravoltas¹⁸⁷”.

A primeira ocorrência deu-se no ano de 2009, quando o mandamento infraconstitucional do artigo 637 do CPPrPenal¹⁸⁸ foi reinterpretado na oportunidade do

¹⁸² “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.”. BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 de jul. 2019.

¹⁸³ “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 347**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf. Acesso em: 20 de jul. 2019.

¹⁸⁴ Revogada pela Lei nº 11.343, de 2006.

¹⁸⁵ Redação modificada pela Lei nº 11.464, de 2007.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 2391 MC/PR**, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 18.12.2003. (Rcl-2391). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2152040>. Acesso em: 21 de jul. 2019.

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 479.

¹⁸⁸ “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 [...]. 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

juízo do *Habeas Corpus* nº. 84.078/MG¹⁸⁹, de relatoria do Min. Eros Grau, e passou a obstar o imediato cumprimento da pena por incompatibilidade com a ordem constitucional da nova Carta de 88.

À época, a tese firmada por maioria (7) retrocedeu a clássica diretriz pretória para o sentido de que a execução antecipada, com fulcro no art. 637 do CPPB de 1941, contraria postulado fundamental, sob argumentação de superveniência da LEP, editada em 1984, cujos preceitos (arts. 105 e 147) são harmônicos com a CF de 1988 (art. 5º, LVII), e, portanto, contrapõe-se material e temporalmente à norma do código processual penal brasileiro.

Neste raciocínio, o então Ministro Relator alegou, para além da presunção de não culpa, haver restrição ao direito de defesa quando da prisão antes do trânsito em julgado, vez que “a ampla defesa [...] engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária¹⁹⁰”, assim como também criticou a chamada, e invocada, jurisprudência defensiva, que para ele “reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais”.

Em avesso, os Eminentes vencidos (4) afinaram-se no sentido de que instrumentos jurídicos em oposição à condenação em segunda instância não operam no efeito suspensivo, logo “não constitui obstáculo à execução provisória do julgado condenatório¹⁹¹”. Neste sentido, os seguintes votos são elucidativos:

A se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos. Ora, o princípio da presunção da inocência não está enlaçado pela natureza típica desses recursos, o que quer dizer que o início da execução da pena com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias não o atinge. Anote-se que esse raciocínio levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários. A simples interposição dos recursos conduziria ao impedimento de cumprir-se a decisão condenatória¹⁹². (grifo nosso)

[...]

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. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**, p. 36. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 de jul. 2019.

¹⁹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. **Execução penal para concursos**: LEP. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 16.

¹⁹¹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 149.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 17 ago. 2019.

[...] é de se ressaltar que os recursos extraordinário e especial não **são dotados de efeito suspensivo** em nosso ordenamento jurídico positivo, razão pela qual **não se configura violação ao princípio da não-culpabilidade a determinação de cumprimento da pena após o julgamento da apelação pelo Tribunal competente**. Aliás, **não existe uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição**, [...]; **menos ainda haveria direito a um triplo grau!** [...]. A garantia está restrita ao **direito de recorrer contra a sentença condenatória**, como dispõe o art. 8o, n° 10, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁹³. (Grifos originais)

Naquela oportunidade (2009), os votos vencidos também expressaram repulsa ao direito absoluto de recorrer – apontando inexistência expressa da “garantia inarredável o duplo grau de jurisdição¹⁹⁴” na Constituição Federal de 88, embora tenha existência reconhecida por força do Pacto de São José, por endosso da EC n° 45/2004¹⁹⁵.

Desse modo, e portanto, a Corte Suprema, como consequência desse julgamento, transmutou o clássico juízo reiterado há 21 anos nos Superiores Tribunais, por “concluir que a execução da pena só poderia ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹⁹⁶”. Na esteira dessa interpretação está a consentânea doutrina de Nucci¹⁹⁷:

Como argumento contrário à execução provisória da pena, invoca-se o princípio constitucional da presunção de inocência. Se o réu é inocente até que a decisão condenatória se torne definitiva, não seria possível fazê-lo cumprir antecipadamente a pena.

Ocorre, porém, que, em dado momento – “quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser “evidente”¹⁹⁸” –, os argumentos prevaletentes na conclusão daquele julgado (HC 84.078/MG) diminuíram sua relevância e eficácia, e a execução provisória deixou de ser possibilitada apenas quando verificada a necessidade do encarceramento por via instrumental de uma cautelar (prisão preventiva), culminando nova revisão jurídica, que retomou a velha jurisprudência.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau, p. 3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 de jul. 2019.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078-7** Ibidem. p. 8.

¹⁹⁵ A partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), os tratados relativos aos direitos humanos passaram a vigorar de imediato e a ser equiparados às normas constitucionais, devendo ser aprovados em dois turnos, por pelo menos três quintos dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. 05 out. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 17 de ago. 2019.

¹⁹⁶ LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 46-47.

¹⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 971. Disponível em: <http://www.guilhermencucci.com.br/dicas/o-onus-da-prova-em-face-da-presuncao-de-inocencia-2>. Acesso em: 17 fev. 2019.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078-7** Op. cit. p. 9.

Neste viés, novo julgamento, agora sobre os autos do *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP¹⁹⁹, em 17.02.2016, proporcionou a Suprema Corte ao resgate da tradicional orientação interrompida em 2009, através de uma votação que, embora repetiu o mesmo placar da anterior (7 a 4), deu-se em sentido contrário, chamando atenção a posição do Ministro Gilmar Mendes que a modificou, em comparação a seu juízo anterior.

Nesse novo julgamento, cuja relatoria coube ao Ministro Teori Zavascki, foi defendida a manutenção do acórdão condenatório pela segunda instância, haja vista neste grau de jurisdição ocorrer o encerramento da análise dos fatos e das provas, que valoram a culpa do condenado, autorizando o início da execução penal. Nestes termos, fundamentou seu voto²⁰⁰:

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.** (grifo nosso)

A doutrina de Sanches²⁰¹ é coincidente:

[...] a prisão após a apreciação de recurso pela segunda instância não desobedece a postulados constitucionais — nem mesmo ao da presunção de inocência — porque, a essa altura, o agente teve plena oportunidade de se defender por meio do devido processo legal desde a primeira instância. **Uma vez julgada a apelação e estabelecida a condenação [...], exaure-se a possibilidade de discutir o fato e a prova, razão pela qual a presunção se inverte.** (grifo nosso)

Ademais, o Ministro Relator conduziu o julgamento em defesa dos argumentos trazidos a envolver o alcance do princípio (ficto) da presunção de inocência em paralelo ao princípio (equilíbrio) da efetividade mínima da jurisdição penal, resultando na discussão de quando ocorre o trânsito em julgado no processo penal, uma vez que “os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição²⁰²”.

Igualmente foi a paradoxal faceta defendida por Mendes, na mesma oportunidade — agora a favor do que antes era contra —, podendo ser entendida a partir de lições por ele

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago 2018.

²⁰⁰ BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**, Ibidem.

²⁰¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Execução penal para concursos**: LEP. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 16.

²⁰² BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**, Op. cit., p. 6.

observadas, ao tempo daquela primeira modificação (2009), quando, fundado nas respectivas doutrinas de Karl Larenz e Inocêncio Mártires Coelho, magnificamente expressou:

É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na seqüência de uma modificação das relações determinantes. (grifo nosso)

[...]

[...] **as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito**, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. (grifo nosso)

Nessa linha, aspecto relevante da nova concepção do douto Ministro deve ser posto à baila, pois seus argumentos à época (2016) voltados à interpretação do direito em favor da prisão em segunda instância encontram abrigo no texto constitucional e em artigo doutrinário de Sua Excelência, cuja tese sustentou²⁰³:

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. **Esgotadas as instâncias ordinárias** com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a **sua prisão necessária**. Nesse estágio, **é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.** (grifo nosso)

Nota-se que na Sessão do julgamento de 2016, o caráter absoluto conferido ao princípio da presunção de inocência em 2009 perdeu peso em relação ao princípio da mínima efetividade do sistema penal – que impôs um marco para cessação da presunção, qual seja, o 2º grau de jurisdição, juízo no qual “fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado²⁰⁴”.

Tal princípio – efetividade da jurisdição criminal – ganhou maior relevância frente às modificações e evoluções das relações sociais hodiernas, que passaram a exigir da Justiça

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 487.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 6. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

maior efeito produtivo, deixando evidente que “interpretar um texto normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública²⁰⁵.”

Desta feita, ficou assentado pelo Colegiado Supremo (STF, 2016) que a execução penal imediata à condenação proferida em segunda instância é a regra e “não acarreta prejuízo algum ao Estado, tampouco contraria interesses do réu²⁰⁶”, competindo ao STF assegurar a efetividade processual como meio único de realizar o *ius puniendi* pertencente ao Estado.

Todavia, o precedente que chancelou o cumprimento da pena após o julgamento por Tribunal como ato juridicamente viável causou descontentamento partidário (PEN, ADC n. 43) e classista (OAB, ADC n. 44), a resultar em duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade²⁰⁷ e uma vã tentativa de, ao aferir constitucionalidade ao art. 283 do CPPB²⁰⁸, reverter a jurisprudência assentada, com incidência benéfica de sua retroatividade às execuções provisórias em prática.

Sustentaram os autores (PEN e OAB) que o retorno à compreensão clássica do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292-SP) estava a gerar conflito jurisprudencial atinente ao postulado constitucional da presunção de inocência, pois aquele julgamento, apesar de não vinculante, vinha sendo praticado em todo o país pelos Tribunais favoráveis à prisão antes de ultimados todos os recursos cabíveis, em desobediência a normas constitucional e infralegal.

A relatoria de ambas Ações, em 05.10.2016, coube ao Min. Marco Aurélio. Vencido e seguido por outros quatro Ministros, concluiu por conceder a cautelar reclamada – em oposição à chancela do HC 126.292/SP – e afirmar a constitucionalidade do dispositivo em exame e sua paridade com o inciso LVII do art. 5º/CF, arazoando que a literalidade de ambos dispositivos “não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior²⁰⁹”. Na mesma direção, Eugênio Pacelli²¹⁰:

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Voto do Ministro Eros Grau (Relator), p. 17. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 07 jul. 2019.

²⁰⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 149.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

²⁰⁸ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)”. BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**, Acórdão, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

²¹⁰ O Processualista Eugênio Pacelli de Oliveira é contrário à nova ordem jurisprudencial (STF, 2016), a julgar por ter feito parte da Comissão de Juristas instituída para a elaboração de Anteprojeto da Lei nº 12.403, de 04.05.2011, que trouxe modificação ao art. 283 do CPP, dispositivo expresso sob a égide do entendimento firmado no HC nº 84.078/MG, em 05.02.2009, por hora superado no Direito brasileiro.

[...] a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, *em face de nossas determinações constitucionais*, das quais podemos até discordar; jamais descumprir. Assim não pareceu ao Supremo Tribunal Federal, todavia, que nas ADC nº 43 e 44 (julgadas pelo Plenário em 5.10.16) fixou a execução provisória como regra, após condenação em segundo grau. Não vemos como defender a decisão, posto que, diametralmente oposta ao texto de lei (CPP) e à norma constitucional, muito embora endossemos as críticas feitas à opção do legislador²¹¹. (Grifos originais)

Noutra vertente, por estreita maioria (6 a 5), o Pleno da Corte seguiu o voto condutor do Ministro Luiz Edson Fachin, restando por indeferir a liminar e também conferir alinhamento constitucional ao artigo 283 do CPP, a despeito de sua atual redação, ratificando a postura adotada pelo Egrégio no HC 126.292/SP, sob argumentação de que:

O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a **absolutamente todas** decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula²¹². (Grifo original)

Desse embate (ADC 43 e 44 MC/DF), observa-se o delíneo de duas correntes bem definidas: uma (vencida) a defender a necessidade da preclusão maior do título judicial condenatório com “excessivo apego à literalidade da regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República”, e outra (reafirmada) a sustentar o oposto, que “embora em face da decisão de segundo grau ainda sejam cabíveis recursos [...], a interposição deles não assegura ao réu o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença²¹³”.

Por último, essa ratificação interpretativa do Pretório Excelso sobre prisão em 2ª instância veio novamente a ser debatida, agora em ambiente virtual (Plenário Virtual, STF), em sede de um Recurso Extraordinário em Agravo – ARE 964.246/SP²¹⁴, cujo julgamento corroborou o entendimento por hora consagrado e reafixou a tese – em efeito de repercussão geral, a resultar orientação vinculante às demais instâncias e sua aplicação nos autos em curso –, nos seguintes termos²¹⁵:

²¹¹ PACCELI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 235.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**, Acórdão, p. 3. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

²¹³ VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 184.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246/SP**, 10/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 25 jul. 2019.

²¹⁵ ²¹⁵ Ibidem, p. 1.

[...] **a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal**, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, **não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência** afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. (grifo nosso)

Destarte, em apertada síntese, restou a prevalecer que “a regra no nosso ordenamento passa a ser a execução provisória da pena após a confirmação da condenação por tribunal de segundo grau, independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória²¹⁶”, sem desprezar o juízo de G. Mendes²¹⁷, ao alertar para os casos de provável abuso deflagrado na reprimenda:

[...] certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. **E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada.** [...]. Haverá, sempre, remédios e o bom e forte *habeas corpus* estará à disposição. (grifo nosso)

Concluindo o percurso dessa indissociável orientação jurisprudencial, e considerando a alta relevância da matéria, oportuno ressaltar ser provável a provocação do egrégio Pleno (STF) a um novo reexame da tese *in quaestio*, em razão do recente julgamento do *habeas corpus* preventivo (HC nº. 152.752/PR) ocorrido em 04.04.2018, que fiseou a alteração de entendimento de alguns Ministros.

A ilustrar, a posição do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em face da defesa do mandamento ficto-constitucional do princípio da inocência (haja vista suas modificações cognitivas sobre a aplicação do mesmo princípio), o qual, na atualidade, sustenta tese do passado (HC 84.078/MG), “não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade o cumprimento da pena que não esteja fundada em sentença penal condenatória transitada em julgado²¹⁸”.

Assim, e por fim, conclui-se que a postura adotada pelo STF frente ao indelével HC n. 126.292-SP revelou verdadeiro duelo entre a efetividade do processo penal, a “assegurar a paz social pela punição dos crimes”, e o garantismo constitucional, “assegurar a todos os indivíduos sua liberdade individual²¹⁹”, o qual foi conduzido à luz do princípio da

²¹⁶ VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 185.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246/SP**, p. 6-7, 10/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 25 jul. 2019.

²¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 543.

²¹⁹ PAULINO, Galtieni da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16, n. 50, jul./dez. 2017. p. 207-232. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico>. Acesso em: 06 set. 2018.

proporcionalidade, que, no escopo de alcançar o equilíbrio entre dois juízos de valor, marcou-se pelos “movimentos pendulares, prevalecendo ideias de segurança social e de eficiência repressiva²²⁰”.

3.2 ARGUMENTOS QUE ATUALMENTE PREVALECEM

O estudo anteriormente abordado mostrou que as oscilações jurisprudenciais erigidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF, 2009-2016) sempre trazem à discussão o liame entre o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII/CF) e a legalidade da execução provisória da pena, ancorada no arranjo do art. 637 do CPP c/c a Súmula nº 267/STJ e arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do NCPC²²¹, mencionado alhures, porém não sedimentada.

Não obstante, o HC nº. 126.292/SP está a vigor para as demais instâncias, por força da repercussão geral reconhecida na questão constitucional tematizada no ARE 964.246/SP, certificando que a execução provisória não viola o preceito de inocência, vez que o pêndulo daquela análise fática voltou-se para o ineficaz sistema (im)punitivo brasileiro – um sistema recursal procrastinador – sopesado com o garantismo penal estatuído em âmbito constitucional.

Malgrado, o *writ* (HC) despertou o conflito adormecido entre a execução provisória (prisão) e a presunção de inocência (princípio), na razão de aquela passar a dispensar, como causa para seu cumprimento, o encargo previsto na literalidade expressa em texto constitucional reinterpretado pelo Órgão Jurídico Superior brasileiro (STF), que reasentou entendimento quanto à desnecessidade do trânsito em julgado para sucederem os efeitos da condenação.

Nesse temário, cumpre ao presente trabalho suscitar os motivos mais expressivos à denegação daquele “remédio heroico”, dentre os quais os expostos no voto vencedor do Ministro-Relator, Teori Albino Zavascki (STF, 2016) acompanhado por outros seis Ministros (Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso), os quais, sincronicamente, evoluíram do entendimento jurisprudencial adotado em 2009, sob forte e prevacente alegação de mutação constitucional, sendo este o epicentro da tese.

²²⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44. Voto do Ministro Edson Fachin**, p. 19. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

O posicionamento atual, na prática, contempla a eficácia imediata do mandato condenatório confirmado em grau de apelação, ainda que pendente qualquer recurso. E para se chegar a essa hermenêutica jurídica, a norma constitucional (CF, art. 5º, LVII) foi reinterpretada em seu sentido e alcance (mutação constitucional).

A doutrina de Uadi Bulos²²² conceitua a mutação constitucional como “o processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos significados e conteúdos dantes não contemplados”. Clarividente também é a doutrina de Paulo Gonet²²³, que assim pontua:

[...], por vezes, **em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda**, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. **O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro**. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional. (grifo nosso)

Neste norte, ante à mudança operada em 2016 no STF para “o sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em Segundo grau²²⁴”, tal variação interpretativa não deve ser percebida como um entendimento incoerente dos Eminentes Pares, mas, sim, como uma acomodação da matéria a uma nova ordem constitucional reflexiva das mudanças sociais incidente da norma.

Sucintamente, as referidas transições constitucionais resumem-se, conforme lições de I. W. Sarlet²²⁵, em “uma mudança constitucional que, embora altere o sentido e alcance da constituição, mantém o Texto Constitucional intacto”, idêntico ao ocorrido em sede de revisão jurisprudencial acertada em 2016.

Neste sentido, o monopólio da palavra última exercido pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, por via da “vicissitude constitucional tácita”, resultou em (re)formulação da exegese do inciso LVII do artigo 5º da Lei Fundamental por incidência de fatores predominantes, tais quais, (i) a mudança na realidade fática (social), (ii)

²²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 435.

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 126.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Voto do Ministro Menezes Direito, Relatório, p. 4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 06 ago. 2019.

²²⁵ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 105.

a mudança na percepção do direito, e (iii) pelos conflitos negativos gerados pelo juízo anterior, a fundamentarem a ocorrência do fenômeno mutacional.

Embora tenha havido fortes teses jurídicas na defesa da matéria constitucional levada ao Pleno (2016), a serem estudadas *a posteriori*, a juridicidade conferida à antecipação da pena se estabeleceu, mormente, pela lógica dos argumentos pragmáticos e empíricos, os quais, em verdade, frutificaram-se por via da interpretação sistemática da escritura constitucional, resultando na atenuação da presunção de inocência (repisa-se, não absoluta!), com vistas a operacionalizar o sistema punitivo²²⁶. A contrassenso de tais fundamentos, Bulos²²⁷ refuta:

Sem embargo, **nem sempre o fenômeno da mutação constitucional pode servir de apanágio para a solução de todos os hiatos constitucionais**, de todas as deficiências da ordem jurídica, de todos os descompassos entre as normas da constituição e o dinamismo da realidade social, de todas as excrescências que geram repugnância ao espírito humano. (grifo nosso)

Contudo, o arcabouço realista-argumentativo dos supremos ministros torneou numa compreensão sistêmica vertical do inciso LVII do artigo 5º da Lei Fundamental/88 para com os demais ordenamentos infraconstitucionais, numa verdadeira interdisciplinaridade do tema, da qual extraíram a essência daquele dissídio jurisprudencial, que restou lastreado pela ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, os quais “têm sua fundamentação vinculada a questões federais e constitucionais²²⁸”, característica nata.

²²⁶ A possibilidade da execução provisória também foi defendida, antes mesmo da nova guinada jurisprudencial do Supremo, em 2016, por Douglas Fischer, que, militando a esse favor, enaltece: “Por intermédio de todos os meios constitucionais existentes, compreende-se que a Teoria do Garantismo quer garantir a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à verdade. Mas tais pressupostos não podem levar à total inoperância do sistema, notadamente o criminal-constitucional [...]”. FISCHER, Douglas. **A execução da pena na pendência dos recursos especial e extraordinários**: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=49>. Acesso em: 06 ago. 2019.

²²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 232.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 6. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2019.

Para assim chegar ao resultado jurídico da atual jurisprudência, pesou nos respectivos votos vendedores o argumento-mor da defesa social²²⁹, por assim chamar, ao atribuir grandeza à efetividade mínima jurisdicional e mitigar o relativo princípio da presunção de não culpa, tendo em vista que o magistrado, por ato terminativo na segunda instância, não prolata a inocência, mas sim ajuíza se o incriminado é ou não verdadeiramente culpado (juízo de incriminação).

Por essa marcante visão, sobressaltou-se o baldrame do interesse público primário a abarcar a proteção dos interesses estatais e da coletividade. Neste sentido, o fundamento da defesa social – resultado da atual interpretação (STF, 2016) advindo da nova percepção do Direito, fruto da alteração de novos valores na sociedade moderna – insculpiu-se na retomada da jurisprudência tradicional, imbricado nos fundamentos jurídicos e metajurídicos, a saber.

Em primeiro, os argumentos pragmáticos, ou metajurídicos para alguns. Estes foram trazidos ante a pretensão de combater as mazelas criadas com a mudança jurídica de outrora (2009), na razão de (i) desincentivar a ingerência de recursos procrastinatórios, (ii) diminuir a especificidade do sistema criminal e (iii) credibilizar o Poder Judiciário, leia-se, o sistema punitivo penal, para com a sociedade. O pragmatismo sempre esteve presente em todas as manifestações ministeriais supremas, desde as vencidas, em 2009, até nas vencedoras de 2016.

Neste ponto, o então Min. Teori, quando na relatoria do HC nº 126.292/SP, trouxe como um de seus argumentos a voto o sentimento de impunidade que a dilação recursal (REsp e RE) causa no tocante ao início do cumprimento da pena, arrazoando que “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal²³⁰”.

É dizer, os “apelos extremos” não visam à efetividade da justiça criminal, mas, sim, à prescrição do delito por via da interposição sucessiva de recursos dos mais variados, linha

²²⁹ Em contrário senso, a preleção de Juarez Cirino: “A mudança na jurisprudência, que abre uma fase de recrudescimento do encarceramento em massa no Brasil, foi conduzida pelo voto do relator Teori Zavascki, mediante reflexão sobre o *alcance* do princípio da presunção de inocência, com o objetivo de estabelecer equilíbrio entre a *presunção de inocência* e a *efetividade da jurisdição*, como *valores* do acusado e da sociedade. (1) Antes de tudo, os valores referidos parecem constituir uma falsa oposição: o equilíbrio não seria entre valores do *acusado* e da *sociedade*, mas entre valores da *sociedade*, garantida pelo princípio político da presunção de inocência, e do *Estado*, interessado na questão pragmática da *efetividade da jurisdição*. Afinal, a *presunção de inocência* é garantia política da sociedade contra o poder punitivo do Estado, enquanto a *efetividade da jurisdição* constitui interesse pragmático do Estado na área do controle social.”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau**. IBCCRIM. Boletim 316, Março/2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6296-Presuncao-de-inocencia-e-inconstitucionalidade-da-prisao-em-2o-grau Acesso em: 18 ago. 2019.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 15. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2019.

argumentativa que coaduna com a ideia expressa em voto do Ministro Menezes Direito, ao defender que a reverência extremada à presunção de inocência “estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite²³¹”.

Noutro passo, a merecer destaque, está o fundamento de embargo à seleção da criminalização particularizado no voto de Luís Roberto Barroso²³², segundo o qual, para os réus endinheirados há a possibilidade de recorrer em liberdade até a última análise do STF, enquanto aos condenados pobres restam o dissabor do tratamento injusto e desigualitário, evidenciando a seletiva orientação criminalizante instrumentalizada pelo instituto do trânsito em julgado operado, para os ricos, somente em sede extrarrecursal (RE, STF).

Vale lembrar que o poder aquisitivo também financia o pagamento de arbitradas fianças, impedindo que acusados mais abastados caiam na vala das prisões provisórias, como ocorre no “critério de plantão”, que engrossa o sistema carcerário. A prisão após condenação em segunda instância, por sua vez, como regra, é niveladora, no sentido de “fazer justiça para todos²³³”, e não de equiparar por baixo.

Por derradeiro, vige a pragmática falta de confiança da sociedade no sistema de justiça criminal. Como bem expôs min. Barroso, o ceticismo social na eficácia da lei é oriundo da não aplicação da pena, quando o réu obtém a prescrição, e, quando esta não ocorre – o que é raro, pelo distanciamento, dos longos anos passados, na aplicação da punição. Portanto, “legítimas são as demandas da sociedade por um direito penal sério, o qual deve buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal²³⁴”.

O mesmo raciocínio tem o sociólogo/coordenador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo – NEV, Sérgio Adorno²³⁵, ao falar sobre a impunidade como

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Voto do Ministro Menezes Direito, Relatório, p. 10. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 jul. 2019.

²³² “Eu, aqui, penso, tal como o Ministro Luiz Edson Fachin, que, evidentemente, o direito penal também não deve discriminar entre ricos e pobres e que a riqueza justa deve ser admirada. Apenas nós temos um sistema penosamente inigualitário, em que a gente só consegue prender jovens por pequenos tráfico de entorpecente. [...] O sistema é péssimo e, de novo, para favorecer o andar de cima”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 52/55. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 26. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

²³⁴ *Ibidem*, p. 27.

²³⁵ HAAG, Carlos. A Justiça da Impunidade. Ineficiência da polícia e do Judiciário quebra crença nas instituições democráticas. ed. 209. Jul. 2013. **Pesquisa FAPESP**, p. 73. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade>. Acesso em: 18 ago 2019.

justiça consubstanciada na quebra da crença nas instituições democráticas ante a ineficiência da polícia e do judiciário, assim expressa: “O sentimento de impunidade gera descrença nas instituições democráticas encarregadas de aplicar a lei e a ordem, proteger os direitos civis dos cidadãos, consagrados na Constituição, em especial o direito à segurança”.

Assim, restaram demonstrados – embora não se esgotem (e nem é esta a pretensão deste estudo) nos supras e limitados parágrafos –, os embasamentos de cunho empírico-pragmáticos que enlaçaram o Direito e a justiça, criando bases para justificar a necessária execução provisória da pena, ao empregar a “valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas (empirismo)” na “busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos (pragmatismo)²³⁶”.

Noutra ponta, convém pôr em relevo as teses jurídicas esposadas no *habeas corpus* em estudo, destacando que em todas as chancelas vencedoras fez-se argumento a tônica de que o juízo dos fatos e das provas se encerra nas instâncias comuns, não fazendo sentido aguardar a preclusão final ser passada pelo Tribunal Constitucional (STF), cujo nome, por si, justifica limitar o início do cumprimento da punição a partir da condenação em 2º grau de jurisdição.

Os votos assim se resumem: àqueles vencidos, que trouxeram argumentos a privilegiarem, quase que à guisa absoluta, a intangibilidade da privação da liberdade em razão de sentença condenatória ainda não definitiva, sobrelevando, neste sentido, os votos do Ministro Marco Aurélio, que posicionou-se irredutível à taxatividade do inc. LVII do artigo 5º/CRFB²³⁷, bem como do Min. Celso de Mello, para quem a constitucional garantia da

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **HC 152.172**. Anotações para manifestação oral (não se trata de voto escrito), p. 15-16. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/04/anotacoes_para_voto.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.

²³⁷ Expressa-se de forma incisiva o Ministro ao proferir “O preceito, a meu ver, não permite interpretações. [...], onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação [...]”. (HABEAS CORPUS 126.292 São Paulo, Voto Ministro Marco Aurélio, p. 2-3). E como bem expõe o Professor Suxberger, em seu Artigo, “A leitura do princípio da presunção de inocência, então, não se faz de modo isolado ou descontextualizado de demais corpos normativos que igualmente dão a ele conteúdo e alcance. Ao revés, é preciso cotejá-lo não só com aquilo que assegura seu sentido constitucional com o que permite, em sua prática, o respeito ao seu núcleo essencial.”. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019.

presunção de inocência deve prevalecer “*como uma cláusula de insuperável bloqueio*”²³⁸. Em acorde²³⁹:

[...], a presunção de inocência é violada na medida em que se desrespeita a cláusula restritiva que o constituinte expressamente estabeleceu (“até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”). Essa cláusula nasceu da intersecção entre a presunção de inocência, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Por ela se define o trânsito em julgado da decisão condenatória como marco constitucional que separa o até então inocente do doravante condenado.

Ao reverso, a corrente vencedora apresentou em votos a ordenação e a clareza da estrutura do como funciona o sistema judicial penal brasileiro, com destaque ao *modus operandi* do sistema recursal, chave da controvérsia, por primar pelos efeitos natos (devolutivos) das impugnações extraordinárias (RE/REsp), não obstante a efetividade da sentença condenatória que autoriza a procedência da execução da pena em caráter provisório.

Com efeito, prevaleceu da jurisprudência suprema de 2016 a contraposição à aplicação penal de natureza extremamente garantista em atendimento ao que se entende por eficientismo penal²⁴⁰. Neste sentido – mas sem qualquer pretensão de desmerecer a “honestidade intelectual” de quaisquer ministros –, forçoso é adentrar ao primoroso voto do Min. L. R. Barroso que, na riqueza dos detalhes, didaticamente abarcou três fundamentos técnicos que justificaram e convenceram quanto à harmonia da execução provisória com o princípio ficto de inocência.

Restou, então, consignado na externação fundante do Min. Barroso as seguintes teses jurídicas cabíveis a subsumir o Direito ao caso concreto – ou, noutras palavras, a conformar o princípio da presunção de não culpa à possibilidade da execução provisória da pena –, quais sejam: (i) a CF/88 não condiciona a prisão ao trânsito em julgado de sentença penal

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

²³⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 557. Disponível em: <https://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2019.

²⁴⁰ Carolina Luíza Sarkis Vieira, destaca bem a ideia do eficientismo penal: “[...], o imbróglio entre garantismo e eficientismo é contemporâneo à fundação do Direito Penal que a modernidade conhece. Ambos são frutos da racionalização do poder punitivo, promovida pela reforma penal do Século XVIII. O garantismo é identificado na preocupação de resguardar o indivíduo do poder estatal e de seus abusos por meio do reconhecimento de direitos e garantias materiais e processuais. O eficientismo penal representa a essência do Racionalismo, eis que objetiva tornar a relação entre meios (investigação, processo e execução) e fins (condenação, repressão e prevenção do delito) menos custosa econômica e politicamente.” VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. **Revista Jurídica Brasília**, v. 8, n. 78, p. 31, abr/maio 2006. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/498/491>. Acesso em: 24 ago. 2019.

condenatória; (ii) a presunção de inocência é princípio, e não regra; e (iii), em último entendimento, as instâncias superiores não discutem provas e fatos, portanto²⁴¹:

[...] **com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública**, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. (grifo nosso)

Este último fundamento foi o que em comum prevaleceu nos votos da maioria. Nesta linha, o Ministro Teori Zavascki sobrelevou, como principal defesa, a inexistência de efeito suspensivo ante às recorribilidades extraordinárias (RE/REsp) e sua devolutividade limitada. O ministro foi enfático ao argumentar que “os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade [...]”²⁴²., raciocínio que encontra respaldo na doutrina de A. Moraes²⁴³:

No recurso extraordinário, [...], “**o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns** (v. g., a apelação), **mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica**”, concluindo que **esse recurso não se presta “para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias**, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência”. (grifo nosso)

O Ministro Relator ainda assentou que a análise fático-probatória da causa se concretiza ao tempo do ajuizamento apelatório (reanálise da sentença) – e não pelas vias constitucionalmente excepcionais (arts. 102 e 105, CF²⁴⁴) –, onde, ordinariamente, ali se exaure por definitivo (observada a revisão criminal, arts. 621 e 626, CPP), caracterizando essa devolutividade restrita dos recursos extraordinários (art. 637, CPC²⁴⁵) e resultando na preclusão da matéria, força de um juízo de culpabilidade que afasta a presunção de inocência.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 1-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2019.

²⁴² Ibidem, p. 6.

²⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 409. Disponível em: https://www.academia.edu/35756936/Direito_Constitucional_2017_-_Alexandre_de_Moraes.pdf. Acesso em: 02 fev. 2019.

²⁴⁴ Em relação à higidez do sistema normativo constitucional, Alexandre de Moraes leciona: “Como garantia de respeito à Constituição Federal, o legislador constituinte, como já afirmado, erigiu o Supremo Tribunal Federal em guardião da Constituição. Deste fato, surge sua competência recursal extraordinária para assegurar a supremacia das normas constitucionais, de acordo com sua própria hermenêutica, possibilitando, portanto, ao Pretório Excelso somente a análise jurídico-constitucional do recurso, mas jamais o reexame da matéria fática.”. Ibidem, p. 409.

²⁴⁵ A fim de substanciar esse impedimento, não é demais rememorar a existência das súmulas nº 279/STF e nº 7/STJ, alhures abordadas, a espelharem o caso.

Portanto, com o esgotamento das vias recursais ordinárias, as quais “têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos²⁴⁶”, é singularmente cabível a antecipação da pena em caráter provisório, até porque, como exaustivamente exposto, nas instâncias próximas é “inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos²⁴⁷”.

Um último ponto importante dentro do voto-condutor concluiu que a pendência de recurso extraordinário não é empecilho ao início do cumprimento da punição penal antecipado, porque tal prisão “não compromete o núcleo essencial²⁴⁸ do pressuposto da não culpabilidade²⁴⁹”, haja vista que, como regra de tratamento, “o acusado foi tratado como inocente ao longo de todo o processo ordinário criminal, com o devido respeito às regras do devido processo legal²⁵⁰”.

Por conseguinte, o eminente Ministro Edson Fachin, em sua oportunidade, também enalteceu a função verdadeira dos Tribunais de Brasília. Consubstanciou em seu voto a defesa do genuíno papel das Supremas Cortes, não depreendo a concepção do STF, constitucionalmente estatuída, como revisor de “*injustiças do caso concreto*”, e, sobre esse aspecto precípua dos Tribunais Superiores (STF e STJ), assevera Nucci²⁵¹ ser inadmissível a matéria fática de ser revolvida, “tanto no recurso extraordinário, quanto no recurso especial”.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2019.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 2.

²⁴⁸ Nas lições de Suxberger: “[...] o núcleo da presunção de inocência se conecta com a necessidade de *comprovação* da culpa *na forma da lei*. [...] presunção de inocência depende, isso sim, de uma condenação que tenha sido feita dentro das balizas do sistema acusatório, com o respeito ao devido processo legal (e, por conseguinte, aos princípios da ampla defesa e do contraditório), bem como em que se tenha oportunizado o duplo grau de jurisdição. [...] O princípio traz em si uma *presunção*. Essa presunção (de inocência) é afastada se, mediante um devido processo legal, há a *comprovação* da culpa pela Acusação, de forma a convencer o magistrado, *para além de qualquer dúvida razoável*, da prática de conduta delituosa (não justificada ou exculpada), a ensejar, aí sim, uma condenação penal por meio de uma decisão fundamentada. É que a presunção de inocência não é [...] uma presunção absoluta, motivo pelo qual provas (robustas) em sentido contrário são capazes de elidí-la. [...] Em suma, [...]: o *núcleo* da presunção de inocência, garantia indispensável ao próprio Estado Democrático de Direito, não esbarra na necessidade do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas tangencia o imperativo da comprovação da culpabilidade na forma da lei e o duplo grau de jurisdição.” SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, p. 192-193, jan./abr. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo** Op. cit. p. 8.

²⁵⁰ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Op cit., p. 201.

²⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 859. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/o-onus-da-prova-em-face-da-presuncao-de-inocencia-2>. Acesso em: 17 fev. 2019.

Desse engendrado silogismo, não sendo, porém, o único, mas o mais ativo de seus argumentos, Fachin²⁵² demonstrou a real cátedra das Cortes Supremas (“exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional”), assim como evidenciou o que não cabe perquirir em sede de recorribilidades extraordinárias (“uma **terceira** ou **quarta** chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto”).

Deste modo, ao final, ultimou serem as instâncias comuns soberanas quanto ao ajuizamento das provas e dos fatos, e, por assim o ser, o Min. Luiz Edson arrematou não encontrar óbice para dar-se o cumprimento antecipado à pena, ainda que do acórdão condenatório penda recursos que serão recebidos tão somente no efeito devolutivo.

A somar posição de maioria, está o voto do Ministro Gilmar Mendes, que é por demais categórico, preciso e totalmente consonante com a literatura hermenêutica esculpida pelo Ministro Barroso, a merecerem especial atenção. Em primeiro, invertendo a ordem do julgamento, a análise do que prevalece do voto do min. Gilmar Mendes, que, brilhantemente, teceu nota sobre a progressão da culpa e a exigência de refreamento do estado de inocência.

Relembre que Mendes, em 2009 (HC 84078/MG), formou maioria para inadmitir a execução provisória da pena, com fulcro no atrelamento desta prisão antecipada à violação concomitante à presunção de não culpabilidade, à dignidade da pessoa humana e à proporcionalidade, além de arrazoar que os objetivos a que se pretendem alcançar com o cárcere em 2ª instância podem ser integralmente atingidos pela opção à prisão preventiva²⁵³ (art. 312, CPC).

Em 2016 (HC 126.292/SP), min. Gilmar voltou sua reflexão à perspectiva analítica da jurisdição criminal do Brasil, sob pauta no excesso de recursos procrastinatórios a comprometer o cumprimento da pena e a efetividade da justiça²⁵⁴. Desse modo, delineou a gradação e a formação da culpa, questionado os limites da presunção de inocência.

As premissas persuasivas trazidas pelo Ministro Mendes admitiram a execução do mandado condenatório, mesmo na contenda de recurso sem efeito suspensivo e sem

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2018.

²⁵³ Ibidem, p. 14.

²⁵⁴ Mendes deflagra situações advindas do sistema criminal brasileiro para as quais enaltece ser “algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico”, ao que rediz: “Tem que se pensar em alguma coisa.”. (HC 126.292/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 3.).

considerá-la uma afronta ao princípio da presunção de inocência. Desta consideração, duas vertentes se abrem: uma, no que toca os recursos, e outra, no que tange o princípio.

Em razão da primeira observação, a retórica de Gilmar sobre os recursos extraordinários é que eles são “destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões²⁵⁵”; logo, comprometem a existência real da justiça e fazem surgir um “quadro constrangedor de impunidade”. Neste rumo, em sua doutrina, Mendes trabalha a ideia de que os recursos superiores não militam em favor de seu postulante, mas, sim, de uma sociedade que anseia por uma resposta pacífica sobre certo assunto²⁵⁶:

A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, **serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.** Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, **é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.** (grifo nosso)

Em suma, pela referência acima, torna-se mais nítida a compreensão de que, uma vez que os recursos extraordinários são recebidos meramente no efeito devolutivo, como já elucidado, os efeitos vindouros de uma sentença condenatória em Tribunal de apelação não podem ser sustados por meio de manejos excepcionais, além de serem as instâncias ordinárias fixadoras da culpabilidade do acusado²⁵⁷, vez que aos superiores juízos remanescem julgar causas já decididas.

Em razão da segunda observação, dos pontos acima – mero efeito devolutivo (os recursos extraordinários não cuidam de matéria fática e probatória) e ajuizamento de certa culpabilidade para além da dúvida razoável (fixado nas instâncias ordinárias) –, extrai-se o de maior relevância a encaixar a análise da não ofensa à presunção de não culpa, sob exame do princípio em voga comportar duas regras: a de tratamento e a probatória.

Quanto à regra de tratamento (aplicada no curso da persecução penal), Mendes enlaçou à máxima “ninguém será considerado culpado” a progressão de demonstração da culpa, restando por concluir ser “[...] natural a presunção de não culpabilidade evoluir de

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2018.

²⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 479.

²⁵⁷ A compor o mesmo entendimento, o Ministro Luiz Fux, citando Konrad Hesse (“A Força Normativa da Constituição”) expressou: “[...] a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores”. (HC 126.292/SP, voto do Ministro Luiz Fux, p. 3.).

acordo com o estágio do procedimento. [...], o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável²⁵⁸.”. Nada obstante, o eminente magistrado em referência às ideias lançadas nas ADCs 43 e 44²⁵⁹ reitera o mesmo fundamento:

[...], uma coisa é termos alguém **investigado**, outra coisa é termos alguém **denunciado**, com denúncia recebida. Outra coisa é ter alguém **condenado** e, agora com **condenação em segundo grau**. Quer dizer, o sistema estabelece uma **progressiva derruição** - vamos chamar assim - **da ideia da presunção da inocência**. Essa garantia institucional, vai esmaecendo em função desse conceito e a própria legislação permite isso. Por isso, se aceita a ideia... (grifo nosso)

Renato Brasileiro²⁶⁰ leciona que haverá a passagem da qualidade de investigado para a de indiciado quando “reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal”. O art. 395, III, CPP alça o sujeito à condição de réu pela constatação de justa causa; este (réu) para ser sentenciado necessita da prova, “eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza”. Neste mote, a própria lei disciplina tratamento progressivo a comportar a tese do supra Ministro.

Quanto à regra de provar, esta “incide sobre a distribuição do ônus probatório no processo penal. Nesse aspecto, a presunção de inocência do acusado impõe que o ônus da prova recaia todo sobre a acusação²⁶¹”, sendo este o sentido do sistema acusatório penal. Portanto, “aguardar o trânsito em julgado nas instâncias extraordinárias não se revela indispensável à preservação do núcleo da presunção de inocência”. A propósito, dentro desse contexto processual acusatório, Aury Lopes e Badaró²⁶² bem esclarecem:

[...], **não é elementos essencial da presunção de inocência, que tal estado do acusado vigore temporalmente até que a condenação transite em julgado**. O que se assegura, por exemplo, com já visto no plano dos tratados internacionais de

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 6. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2018.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**, p. 2-3. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

²⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 44/151.

²⁶¹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, jan./abr. 2017. p. 198. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019.

²⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. **PARECER: Presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. Disponível em: http://www.emporiiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.

direitos humanos, é que o acusado tem o direito que se presume sua inocência “enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa” (CADH, art. 8.2), ou “enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (CEDH, art. 6.2), ou ainda, “até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (PIDCP, art. 14.2). (grifo nosso)

Assim como os autores citados, Mendes destacou que as grandes Cartas Internacionais afirmam que a inocência é presumida até o instante em que a culpa é provada, instalando-se a celeuma sobre o momento em que de fato essa comprovação ocorre. Então, de todos os votos vencedores, sob a glosa de que os recursos excepcionais não (re)analisam fatos e provas e, logo, a formação da culpa encerrar-se-ia no grau de apelação, neste – apontaram – ocorreria o trânsito em julgado, o limiar da presunção de inocência²⁶³.

Isso explica os escólios levantados pelo Min. Luís Roberto Barroso, que conferiu dinamicidade à presunção de inocência, a tratá-la como um princípio e não como uma regra. Neste viés – um dos mais emblemáticos fundamentos jurídicos sedimentados –, min. Barroso²⁶⁴ certifica que a culpa do acusado vai se formando no caminhar processual, marcha que justifica a incidência de um juízo de ponderação sobre tal princípio, em causa de princípios outros de igual relevância constitucional, como o sopesado princípio da eficiência mínima penal.

Ocorre que, da forma como foi esculpida no texto constitucional pátrio, tal presunção de inocência à brasileira comporta a divisão em regra e princípio, a depender de sua natureza e da ocasião de sua aplicação (se em sede de uma cautelar ou de uma definitiva). Isso quer dizer que durante o trânsito processual a presunção pode encerrar-se, em virtude de sua genuína natureza relativa, que, ao aceitar provas contrárias à inocência do acusado (*onus probandi*), diminui a veemência do princípio.

²⁶³ Marcéli da Silva Serafim Preis (MPRS), em artigo, citando Gomes Filho, assim expôs: “Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o acusado tem o direito público subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado, cuidando-se de verdadeiro princípio, na medida em que o seu conteúdo prescritivo encaixa-se nas acepções referidas pela doutrina, em especial diante da amplitude dos seus destinatários e por comportar tarefa de interpretação em face dos termos particularmente vagos que guarda.”. GOMES FILHO apud PREIS, Marcéli da Silva Serafim. Presunção de inocência: núcleo essencial convencional. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 83, maio 2017 – mar. 2018, p. 97. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1554922436.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

²⁶⁴ Em seu voto, o Ministro Barroso fundamentou seu pensamento na obra literária de Robert Alexy a tratar dos princípios e regras (“Teoria de los derechos fundamentales”, 1997). Segundo o clássico autor, *princípios* são normas que constituem “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”, que autorizam o contrapeso de outros valores e outros interesses; ao tempo em que *regras* são normas a comportarem o “tudo-ou-nada”, ou seja, ou são cumpridas ou não são cumpridas, “vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”. ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. alemã, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

Nesta senda, pela característica de não inconteste (e nenhum o é), é que “um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico²⁶⁵.”. Em consequência desse entendimento, Barroso pontuou a necessidade de efetivar a técnica de ponderação, por meio do instrumental princípio da proporcionalidade, em decorrência da gradação da culpa, como assim esclarece²⁶⁶:

Com o recebimento da denúncia, este peso diminui. Com a sentença condenatória de 1º grau, diminui ainda mais. Quando da condenação em 2º grau, o equilíbrio se inverte: os outros valores protegidos pelo sistema penal passam a ter mais peso do que a presunção de inocência e, portanto, devem prevalecer.

Conforme vai se demonstrando a culpa do incriminado, a cada grau de condenação, a presunção se descobre menos preponderante e se estabiliza, com fraqueza, no grau de apelação, quando reconfirmada, reforçando a tese ministerial. Nestes termos, com a envergadura da presunção de não culpa é justificável valorar outros princípios:

verifica-se a (constante) interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime. A situação fática e jurídica subordina a verificação da preponderância da presunção de inocência ou quando obterá maior densidade ou “maior peso ao colidir com outras normas. Por conseguinte, pode-se afirmar que a presunção de inocência possui características assemelhadas às dos princípios²⁶⁷.

Neste contexto, notório foi o conflito principiológico existente na apreciação do HC 126.292/SP, que, por todas as razões até aqui expostas, justificou-se a aplicação incidental, no caso concreto, da norma principiológica da efetividade mínima do sistema penal, a qual carrega em si outros princípios de igual importância fundamental, podendo assim ser desmistificada a adoção da atual jurisprudência que não obsta a execução provisória da pena:

[...] a Constituição Federal de 1988 [...] **consagra uma estrutura dialética do processo judicial**, com a afirmação do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do princípio da presunção da não culpabilidade. [...] **o garantismo penal não pode (ou, ao menos, não deveria) ser compreendido de maneira parcial ou incompleta**, com a adoção de um “garantismo hiperbólico monocular”, **em que se**

²⁶⁵ ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. alemã, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 105. Disponível em: <http://noosfero.ucsul.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **HC 152.172**. Anotações para manifestação oral (não se trata de voto escrito), p. 13. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/04/anotacoes_para_voto.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.

²⁶⁷ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. Brasília: TJDF, 2015. p. 65. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 21 jan. 2019.

defende a qualquer custo a tutela exclusiva dos direitos individuais estabelecidos na Constituição **em detrimento da proteção de direitos coletivos e deveres fundamentais, igualmente amparados pela ordem constitucional.** [...]. **Dentro dessa lógica sistemática (e integral) é que se defende que a interpretação do princípio da presunção de inocência** – enunciado na ordem constitucional brasileira por meio da redação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) – **necessita de conformação racional**, sem prejuízo da tutela do seu núcleo, **com vistas a conferir maior efetividade ao processo penal e melhor compreensão do sistema acusatório**²⁶⁸. (grifo nosso)

Por idêntica interpretação foi que se conferiu robustez ao princípio do interesse público na aplicação da pena (elementar na persecução penal). Afinal de contas, quando há a reafirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, o Estado-Juiz por duas vezes (quando a causa não for originária de Tribunal) já declarou a culpa do incriminado.

O interesse público também se faz presente quando na aplicação da privação cautelar de liberdade, cuja ponderação principiológica do interesse do Estado sobre a presunção de inocência tem cabimento autorizado em lei (arts. 283 e 312 do CPP c/c art. 5º, LXI da CF), fato este que deu azo à soma de outros dois fundamentos jurídicos arrolados pelo Ministro Barroso, quais sejam²⁶⁹:

- (i) o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente
- (ii) após condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública

Em resumo, caminhando para o fim, Barroso entende a prisão não acontece devido à necessidade do instituto do trânsito em julgado, mas, para tanto, tão somente se exige uma ordem escrita e fundamentada. Essa inteligência ilumina-se da conclusão a que se chega da análise conjunta dos postulados fundamentais dos incisos LVII combinado com LXI/CF.

Não por menos foi o entendimento confirmatório à legitimidade da execução provisória da pena cinzelado no voto desta mesma Eminência nas ADCs nº 43 e 44²⁷⁰, a expor duas linhas de fundamentação infraconstitucional: a uma, por via da interpretação

²⁶⁸ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, jan./abr. 2017. p. 186-210. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 9-17. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

²⁷⁰ Enaltece em voto: “A minha leitura do art. 283, portanto, não é a de proibição da prisão preventiva, porque acho que o que se exige é ordem fundamentada, e não trânsito em julgado”. *Ibidem*, p. 13.

constitucional do artigo 283 do CPP, que não expressa proibição da prisão em 2ª instância; e, a duas, pela força literária inequívoca do art. 637 também do CPP, o qual é cristalino, “[...] os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”.

A partir dessa conjugação legal, fácil é chegar a ilação de que o trânsito em julgado está diretamente proporcional à admissibilidade da culpa, assim como a prisão está viabilizada pela ordem escrita e fundamentada, idêntica conclusão do Min. Fux²⁷¹: “No meu modo de ver, a ordem escrita e fundamentada é exatamente o acórdão condenatório que vai ser efetivado a *posteriori*.”.

Por último, Barroso elenca como fundamento essencial infraconstitucional a exigência de ordem pública. Arrazoa que o título condenatório decretado em 2º grau de jurisdição, salvas exceções, constitui-se de exigência de ordem pública, vez que, a despeito de não ter uma conceituação exata, “objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social²⁷².”

Assim, dessas urdidadas razões, resta claro que quando se chega a uma dupla condenação, 1º e 2º graus, observa-se, como já visto, que a presunção de inocência encontra-se “muito esmaecida”, devido a “certezas jurídicas” capazes de revelar a autoria e materialidade dos fatos e provas, impossíveis de serem reexaminadas pelos Colegiados Superiores, por força da conjugação dos artigos 102 e 105 da CF e art. 637 do CPP combinado com a súmula 267/STJ, a confirmarem a necessidade de dar cumprimento à condenação por duas vezes jurisdicionada.

Estas foram as ponderações capitais supremas empregadas na sustentação da tese que, em razão do balanço ajustado entre a presunção de inocência e a mínima efetividade do sistema criminal de justiça, procedeu à mudança da jurisprudência estabelecida em 2009, a admitir a legalidade da execução penal provisória após condenação em segundo grau de jurisdição.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**, p. 13. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

²⁷² TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 932.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível extrair do presente que a Carta Magna de 1988 dispensou proteção excessiva ao interesse fundamental do indivíduo ao conferir-lhe uma presunção que só prescreve com o desarrazoado alcance do trânsito em julgado à brasileira, isto é, quando já não há mais nenhum supedâneo recursal possível. Como também já exposto, as bases de sustentação para explicar a inserção daquele limite são oriundas do contexto histórico pátrio de uma redemocratização (1988), que, por si só, impunha garantias inquestionáveis.

Contudo, na atualidade (2019), seus efeitos já não mais se coadunam com a evolução e interesse da sociedade, que, mais de 30 (trinta) anos passados, vê-se perplexa com a aferrada cultura do atingimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, a culminar em total descrédito do povo no sistema de justiça criminal nacional, que tarda e falha.

Assim, a eterna espera pelo alcance do trânsito em julgado obtido no último grau de jurisdição (STF), o qual garante a imutabilidade da causa julgada lá nos graus de base (1º e 2º), enfraquece as finalidades do direito penal, ante ao propício mundo dos manejos recursais protelatórios, cujo desígnio último nada mais é que evitar o alcance do réu e o êxito da atividade advocatícia criminal.

Não obstante, esperar até o último suspiro recursal admitido em direito é violar flagrantemente o princípio da razoável duração do processo (CF/88, LXXVIII, art. 5º c/c art. 8.º, I, da CADH) que, não raras vezes, gera insatisfação e propicia a satisfação de fazer justiça pelas próprias mãos, por meio do exercício arbitrário das próprias razões.

Nestas causas, portanto, é crível a conclusão de que a execução provisória da pena iniciada após mandado condenatório prolatado em segunda instância não caracteriza ofensa à presunção de inocência, de acordo com a compreensão sistemática realizada em 2016 no texto positivado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição/88, com aparo de normas infraconstitucionais a balizarem a superposição de um sistema acusatório eficiente e lógico.

Assim, após mais de 30 anos de uma democracia consolidada, ofensivo é aguardar o trânsito em julgado somente por via das instâncias extraordinárias, as quais, exaustivamente demonstrado, não se revestem de caráter revisor de possíveis injustiças, e, ademais, em toda a persecução penal é mantida a preservação nuclear do princípio fundamental da presunção de inocência.

Nestes termos, então, tem-se que, sob a baliza da ponderação e harmonização dos ordenamentos (internos) nesta pesquisa expostos, o HC 126.292/SP restaurador da jurisprudência tradicional avalizou, em outras palavras, que é possível ao acusado manter seu

estado de inocente até a prova da culpa legalmente confirmada em dois graus, sob o endosso também de outras proteções normativas (externas), ensejando que a devida limitação da garantia constitucional em estudo traz equilíbrio às demais dimensões coletivas igualmente positivadas no rol dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879384/mod_resource/content/1/U6%20-%20Badar%C3%B3-20-%20C3%94nus%20da%20prova.pdf. Acesso em: 07 jan 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. PARECER: **Presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. Disponível em: http://www.emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.
- BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/24243768/Direito_Constitucional_-_Luis_Roberto_Barroso?auto=download. Acesso em: 15 jan. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **HC 152.172**. Anotações para manifestação oral (não se trata de voto escrito). Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/04/notacoes_para_voto.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. República Federativa do Brasil. Diário. **Atas das Comissões**. Ano I. Suplemento ao n. 80, Sexta-Feira, 19 de junho de 1987 – Brasília-DF. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup80anc19jun1987.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. I-c – Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. **Relatório**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. **Projeto de Constituição**. v. 228. EMENDAS OFERECIDAS EM PLENÁRIO (Constituintes e Eleitores) (*). Volume II (Emendas 7081 a 14135). Emenda 1P11998-7. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-228.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. **Projeto de Constituição**. Comissão de sistematização. v. 235. Substitutivo do relator. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Leis e Outras Proposições. Projeto de Lei PL 2527/2007 (inteiro teor). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=379106>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Constituições Brasileiras**: Constituições brasileiras: — Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2005. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/a-camara/visiteacamara/cultura-na-camara/copy_of_museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **30 anos Constituição da Cidadania**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituinte/index.html>. Acesso em: 9 maio 2019.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei n. 2.848 de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 de mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 113/2010 de 20 de abril de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2596>. Acesso em: 04 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Lei de Execução Penal (LEP). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de Julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Diário Oficial**. República Federativa do Brasil. Suplemento Especial ao Nº 185, Sexta-Feira, 26 de Setembro de 1986, Brasília-DF, (Suplemento).

Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. Senado Notícias. Comissão Afonso Arinos elaborou anteprojeto de Constituição, 01jan. 2008. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Atas de Comissões**. Ata da 1ª Reunião (instalação) em 7 de abril de 1987. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direitos_Politicos,.pdf. Acesso em: 08 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 761**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124246>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. **Agravo em Recurso Especial Nº 651.355 - GO (2015/0005229-4)**. STJ – AREsp: 651355 GO 2015/0005229-4. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Data da Publicação: DJ 18/04/2018. Pág.: 3. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568137761/agravo-em-recurso-especial-aresp-651355-go-2015-0005229-4/decisao-monocratica-568137793>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial n. 1.627.367 – SP**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433533606/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1627367-sp-2016-0248384-0/relatorio-e-voto-433533627>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Turma). **Recurso em Mandado de Segurança, RMS n. 42.620/PB (2013/0137968-5)**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201301379685.REG>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). **Habeas Corpus n. 117.230 - RS (20080217862-4)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17996327/habeas-corpus-hc-117230-rs-2008-0217862-4-stj/relatorio-e-voto-17996329>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). **Habeas Corpus n. 345.778 - SC (20150319652-9)**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495958&num_registro=201503196529&data=20160316&formato=HTML. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). **Habeas Corpus n. 469.457 - SP (2018/0240811-9)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/626879109/habeas-corpus-hc-469457-sp-2018-0240811-9/decisao-monocratica-626879128>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus n. 76.591 - SP (2016/0257194-4)**. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+76591&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). **Habeas Corpus n. 166.377 - SP (20100050942-8)**. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029079/habeas-corpus-hc-166377-sp-2010-0050942-8/inteiro-teor-15029080?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses**. n. 32: Prisão Preventiva. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2032:%20PRIS%C3O%20PREVENTIVA>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 7** Disponível em:

http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 06 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 9**. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 267**. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf. Acesso em: 04 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 347**. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 444**. Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub). Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44**. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 144/DF**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+144%29%29+E+S%2EFLGA%2E&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/z9h9zzz>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 365/DF**. RTJ 163/626, Rel. Min. Carlos Velloso Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395votoCM.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246/SP**, 10/11/2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 35.540**, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 06/09/2004. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19418432/habeas-corpus-hc-35540-sp-2004-0068076-0/inteiro-teor-19418433>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 89.269-8/DF**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+89269+DF%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxjtx3zc>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 97.611/RS**. (HC 97611, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 Ement Vol-02368-04 PP-00827) Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2661024>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 101.537- Primeira Turma- Rei**. Min. Marco Aurélio- DJe 14/11/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629604>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n. 627** – RE 565519/DF – Presunção Constitucional de Inocência - Esfera Administrativa - Cursos e Concursos - Aplicabilidade. Brasília, 16 a 20 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo627.htm#transcricao1>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n. 837**. Brasília, 29 de agosto a 2 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo837.htm> Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n. 842**. Brasília, 3 a 7 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo842.htm> Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 2391 MC/PR**, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 18.12.2003. (Rcl-2391). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2152040>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 86297**, Rel. Min. Thompson Flores, DJ de 26/11/1976. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/704950/recurso-extraordinario-re-86297-is/inteiro-teor-100422110>. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REsp 1111566**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 17/11/2010 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17430536/peticao-de-recurso-especial-resp-1111566>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. 05 out. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 28 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 11**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1220>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 279**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 06 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 697**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2781>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 716** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>. Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 717**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=717.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> Acesso em: 03 jul. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/ne11sx>. Acesso em: 07 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de.; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras Volume VI 1967**: “Emenda Constitucional nº 1, de 1969. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137604/Constituicoes_Brasileiras_v6_1967.pdf?sequence=9. Acesso em: 09 mar. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de nov. de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução penal para concursos: LEP**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução provisória da pena**. 7 fev. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/02/07/execucao-provisoria-da-pena/>. Acesso em: 16 fev. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Disponível em: <https://prodezconcursos.com.br/wp->

content/uploads/2017/11/Manual-de-Direito-Penal-Parte-Especial-Rogério-Sanches-Cunha-2016.pdf. Acesso em: 16 fev. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **STF - ADCs 43 e 44: execução penal provisória**. 5 out. 2016. (27m09s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dfO4VExr5e8&t=226s>. Acesso em: 01 set. 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et al.* **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p13. Acesso em: 07 mar. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. 1ª Turma Criminal. Apelação Criminal Nº. 0009377-23.2014.8.07.0005, 06 de abril de 2017. **Acórdão Nº 1009852**, Relator: Carlos Pires Soares Neto, Revisor: George Lopes, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 06/04/2017, Publicado no DJE: 19/04/2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/jurisprudencia-em-perguntas/direito-penal-e-processual-penal/crime-de-receptacao/na-receptacao-flagrado-o-reu-na-posse-de-coisa-produto-de-crime-a-quem-cabe-o-onus-de-provar-o-conhecimento-da-procedencia-do-bem-a-acusacao-ou-ao-reu>. Acesso em: 19 fev. 2019.

DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF. **Acórdão n. 1042640**, 20140111382526APC, Relator: James Eduardo Oliveira 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/08/2017, Publicado no DJE: 05/09/2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia>. Acesso em: 19 fev. 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.

FISCHER, Douglas. **A execução da pena na pendência dos recursos especial e extraordinários: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente**. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=49>. Acesso em: 06 ago. 2019.

GOMES, Karla Fernandez. Os Precedentes Judiciais no Brasil e os Princípios Constitucionais da Segurança Jurídica, da Razoável Duração do Processo e da Igualdade. **Revista Jurídica da FA7**, v. 11, 30 abr. 2014. Disponível em: <https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/72>. Acesso em: 08 mar. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena: STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo**. 2 mar. 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/execucao-provisoria-da-pena-stf-violacorte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/16320>. Acesso em: 12 fev. 2019.

HAAG, Carlos. A Justiça da Impunidade. Ineficiência da polícia e do Judiciário quebra crença nas instituições democráticas. ed. 209. Jul. 2013. **Pesquisa FAPESP**. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade>. Acesso em: 18 ago. 2019.

KUMODE, Priscilla Miwa. **A presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade**: uma análise face à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP, 2016. Monografia – Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Priscilla%20Miwa%20Kumode.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/88eve>. Acesso em: 17 de fev. 2019.

MAGALHÃES, Flávia Cristina Mascarenhas. **Vida Progressa e Inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/vida-progressa-e-inelegibilidade-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 09 mar. 2019.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória segundo a Lei Nº 12.403/11. Escola Superior do Ministério Público. ESMP. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. Edição v. 1, 2012. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/27. Acesso em: 03 mar. 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/35492389/Processo_Penal_Renato_Marc%C3%A3o_C%C3%B3digo_de_Processo_Penal_Comentado_2016_. Acesso em: 19 fev. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**: Texto base da conferência proferida no Congresso de Direito Processual, realizado pelo Instituto dos Advogados do Paraná entre os dias 21 e 23 de outubro de 2010. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Confer%C3%Aancia_IAP2.pdf. Acesso em: 07 mar. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Cartório da 6ª Câmara Criminal. **Apelação Criminal n. 1.0525.12.008540-8/001**. Disponível em:

https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10525120085408001
.. Acesso em: 19 fev. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35756936/Direito_Constitucional_2017_-_Alexandre_de_Moraes.pdf. Acesso em: 02 fev. 2019.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <https://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2019.

MORAIS, Felipe Soares Tavares. O Ônus da Prova e a Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. AMPRS. **Revista do Ministério Público do RS**. Ed. n. 81, set./dez. 2016. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527186982.pdf. Acesso em: 05 fev. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <http://www.guilhermencucci.com.br/dicas/o-onus-da-prova-em-face-da-presuncao-de-inocencia-2>. Acesso em: 17 fev. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**, 10 de dezembro de 1948. Organização das Nações Unidas. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 22 jan. 2019.

ONU. **Declaração Dos Direitos Do Homem e do Cidadão**, 26 de agosto de 1789. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 22 jan. 2019.

PACCELI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16, n. 50, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico>. Acesso em: 06 set. 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7782/material/Livro%20-Sistema%20Acusatorio%20-%20Geraldo%20Prado.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

PREIS, Marcéli da Silva Serafim. Presunção de inocência: núcleo essencial convencional. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 83, maio 2017 – mar. 2018. Disponível em:

https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1554922436.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/e0xcx0>. Acesso em: 22 jan. 2019.

ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. alemã, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/s1n050>. Acesso em: 28 abr. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau**. IBCCRIM. Boletim 316, Março/2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6296-Presuncao-de-inocencia-e-inconstitucionalidade-da-prisao-em-2o-grau Acesso em: 18 ago. 2019.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SOARES, Carlos Henrique. Novo Conceito de Trânsito em Julgado. Centro de estudos judiciários (CEJ). **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, out./dez. 2010. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114792>. Acesso em: 04 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, ano 2, n. 3, dez. 2015. Disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/revista_mppr/Revista_MPPR_3.pdf. Acesso em: 19 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/3852>. Acesso em: 08 mar 2019.
DOI: <http://dx.doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v18n34p217-247>.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, jan./abr. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019.

TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VICENTINI, Naiara. **Presunção de Inocência**. Canal Ciências Criminais. 6 maio 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/presuncao-de-inocencia/>. Acesso em: 06 jan. 2019.

VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do efficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. **Revista Jurídica Brasília**, v. 8, n. 78, p.29-35, abr/maio 2006. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/498/491>. Acesso em: 24 ago. 2019.