

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
Centro de Ciências Jurídicas

Daniella Régnier de Paula

**STF e Momento de Execução da Prisão:  
HC 126.292/SP em análise**

Recife  
2019  
Daniella Régnier de Paula

**STF e Momento de Execução da Prisão:  
HC 126.292/SP em análise**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do  
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal de Pernambuco, como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. André Vicente Pires Rosa

Recife  
2019  
Daniella Régner de Paula

**STF e Momento de Execução da Prisão:  
HC 126.292/SP em análise**

Monografia defendida em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_  
de 2019, como exigência parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Presidente e Orientador: Prof. André Vicente Pires Rosa

---

1º Examinador

---

2º Examinador

Recife  
2019

## **AGRADECIMENTOS**

Gratidão primeiramente a Deus – Pai misericordioso que ama até o extremo e que nunca desiste de seus filhos. À minha família, meus pais – Ricardo e Andréa – e minhas irmãs – Rafa, Gabi e Manu – pelo eterno incentivo aos estudos e pela união incondicional ante as tantas adversidades da vida. A meu orientador, André, por toda a paciência, humildade e simplicidade – sem perceber, ele me fez recordar o porquê de ser tão difícil viver o evangelho. A meu primo, Xandinho – sempre disponível para trocar ideias e transmitir seu conhecimento. A minha amiga Germana – pelo companheirismo e apoio incessantes na conclusão deste curso. A todos que partilham a vida comigo e que tive a Graça de encontrar nessa caminhada.

“Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana” *Carl Jung*

## RESUMO

A presente monografia versa sobre o momento da execução da prisão tendo como parâmetro o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, proferido em 17 de fevereiro de 2016, pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela compatibilidade da execução após condenação em segunda instância com o artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988.

Não obstante o caráter expresso da presunção de não culpabilidade neste dispositivo constitucional, a jurisprudência do Supremo Tribunal reflete inúmeras divergências quanto à sua interpretação e aplicação na definição do momento de execução da pena em face do trânsito em julgado. Assim, a partir do estudo de um julgamento paradigma, pretende-se demonstrar a dificuldade em delimitar a previsão contida no artigo 5º, LVII da Constituição.

Nesse sentido, a partir dos fundamentos da tese vitoriosa no Habeas Corpus n. 126.292, pretende-se analisar a pertinência da decisão proferida pelo Supremo em face do artigo 5º, LVII da Constituição Federal e a viabilidade técnico-jurídica dos argumentos utilizados para afastar a literalidade do artigo constitucional em defesa da possibilidade de executar antes do trânsito em julgado.

Embora tal alteração tenha retomado um entendimento ainda vigente na Constituição de 1988 (que deixou de ser adotado em 2009), observa-se a utilização de argumentos *metajurídicos* para defender a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado sem legitimidade constitucional e fora das previsões legais.

**Palavras-chave:** Habeas Corpus n. 126.292. Execução da pena privativa de liberdade. Segunda instância. Trânsito em julgado. Presunção de inocência ou de culpabilidade. Constituição. Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

|                                                                                       |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO.....                                                                       | 1         |
| <b>1. Apresentação do Tema: o Habeas Corpus n. 126.292/SP .....</b>                   | <b>2</b>  |
| <b>2. O julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal.....</b> | <b>9</b>  |
| <b>3. Uma análise crítica do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292.....</b>          | <b>17</b> |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS.....                                                             | 27        |
| REFERÊNCIAS.....                                                                      | 29        |

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como enfoque a análise do momento da execução da pena privativa de liberdade – se após a condenação do réu em segunda instância ou somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – sob a perspectiva do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 17 de fevereiro de 2016<sup>1</sup>.

Nesse sentido, pretende-se analisar, a partir de um julgamento paradigma, a viabilidade jurídica dos dois momentos da execução dentro do âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como fundamento a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diante da relevância do tema tratado, que tem sido objeto de controvérsia jurídica desde a promulgação da Constituição até o presente momento<sup>2</sup>, pondera-se a viabilidade técnico-jurídica do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus em análise.

Passando a vigorar de modo expreso a partir da Constituição de 1988, a presunção de inocência ou de não culpabilidade tem aberto margem para a interpretação do momento da execução em ambos os sentidos, o que vem sendo refletido na evolução jurisprudencial do Tribunal de última instância.

No capítulo 1, inicia-se a apresentação do Habeas Corpus n. 126.292 e as justificativas da escolha deste como parâmetro para tratar do momento da execução<sup>3</sup>. Em seguida, pode-se extrair do caso objeto do presente trabalho algumas questões conceituais, em particular o que se quer dizer com a expressão “presunção de inocência” ou “de não culpabilidade” (se há divergência entre ambas). Após, serão explorados os institutos jurídicos positivados no artigo 5º, LVII da Constituição, tais como o trânsito em julgado e a culpabilidade, que se considera como relevantes na análise da controvérsia jurídica apresentada.

No capítulo 2, por sua vez, passa-se a delimitar o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 por parte do STF, em uma espécie de relatório com os principais argumentos utilizados pelos ministros que formularam a tese vencedora. Ressalta-se que, apesar de referências eventuais aos ministros, visa-se à análise do caso enquanto Acórdão que decidiu pela possibilidade de execução da prisão após julgamento em segunda instância.

---

<sup>1</sup> BRASIL. SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. São Paulo, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 08/8/2019. P. 1-103.

<sup>2</sup> A autora encontra-se ciente do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, cujo mérito está sendo analisado no presente momento pelo Supremo Tribunal Federal – iniciado em 17 de outubro de 2019, e ainda pendente de definição.

<sup>3</sup> Tal escolha passa pela evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a mudança de entendimento fixada no ano de 2016.

Com efeito, exposta a modificação oriunda do julgado em análise, apontam-se algumas reflexões críticas sobre o mesmo no capítulo 3. Nesse sentido, longe de esgotar o tema, pretende-se, a partir desta monografia, delinear algumas ponderações – sob a perspectiva jurídico-constitucional – a fim de avaliar o posicionamento adotado pelo STF e, quem sabe, contribuir para futuras pesquisas sobre o momento da execução da pena. Não se pretende analisar cada voto de forma individual, mas avaliar a posição adotada pela tese vencedora enquanto construção coletiva por parte do Supremo.

### 1. Apresentação do Tema: o Habeas Corpus n. 126.292/SP

Em 17 de fevereiro de 2016, foi julgado, pelo Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo, impetrado contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu o pedido de liminar contra ordem de prisão no Habeas Corpus n. 313.021<sup>4</sup>.

Em sentença, o paciente foi condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de roubo majorado (artigo 157, §2º, I e II do Código Penal<sup>5</sup>), com direito a recorrer em liberdade. Em segunda instância, houve apelação<sup>6</sup> somente por parte da defesa<sup>7</sup> para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente em decorrência da condenação.

Nesse sentido, foi impetrado habeas corpus ao Superior Tribunal de Justiça contra a referida ordem de prisão (HC n. 313.021). No entanto, o presidente do STJ indeferiu pedido liminar, apontando como inadequado o habeas corpus atacável por via de recurso especial, o que ensejou a impetração do Habeas Corpus n. 126.292, objeto do presente trabalho, ao Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>4</sup> BRASIL. SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 313.021 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão Monocrática proferida pelo Presidente do STJ: Min. Francisco Falcão, julgado em 22 de dezembro de 2014 e publicado em 02 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=313021&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 08/8/2019.

<sup>5</sup> Art. 157. Subtrair coisa alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa. (...) §2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II – se há o concurso de duas ou mais pessoas. Vide BRASIL. **Código Penal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 09/9/2019.

<sup>6</sup> Apelação criminal nº 0009715-92.2010.8.26.0268. Acórdão da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

<sup>7</sup> Algo que se considera, no mínimo, intrigante no caso consiste na ausência de interposição de recurso por parte da acusação em face do acórdão que permitiu que o paciente recorresse em liberdade. Conforme narrado, somente a defesa interpôs recurso em face da condenação e, mesmo assim, o TJ/SP determinou expedir mandado de prisão. Pode-se identificar violação ao artigo 617 do CPP (*reformatio in pejus ex officio*), que proíbe o agravamento da pena quando somente o réu apela da sentença (apesar de não ser este o tema).

Dentre os argumentos utilizados para impetrar o habeas corpus n. 126.292/SP, que pleiteava a concessão da ordem e o direito de recorrer em liberdade, destacam-se os seguintes: primeiro, a determinação de imediata segregação do paciente pelo Tribunal de Justiça local, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretar prisão preventiva; depois, a ausência de trânsito em julgado da decisão condenatória, em conflito com a jurisprudência do STF<sup>8</sup>, que entendia como indispensável o trânsito em julgado da condenação.

No entanto, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), o Supremo Tribunal Federal entendeu pela mudança da jurisprudência vigente a partir de 2009, defendendo a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, nos termos da ementa do julgado n. 126.292:

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

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

2.*Habeas Corpus* denegado<sup>9</sup>.

Da própria ementa do Habeas Corpus n. 126.292, julgado em 2016, depreende-se o objeto de debate: a execução provisória em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, compromete o princípio constitucional contido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal? Em caso afirmativo, em que momento deve haver a execução da sentença condenatória? Em caso negativo, qual o fundamento jurídico que incorpora a possibilidade de executar acórdão condenatório antes do trânsito em julgado?

Para responder ambas as perguntas, exige-se uma investigação acerca do sentido do artigo 5º, LVII, positivado na Constituição de 1988, primeira na história do Brasil a estabelecer

<sup>8</sup> Em referência ao Habeas Corpus n. 84.078-7/MG – 2009. Este último argumento tem como fundamento a decisão proferida pelo Supremo em 05 de fevereiro de 2009, no julgamento do Habeas Corpus n. 84.078-7 Minas Gerais, que decidiu pela inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”, tida como incompatível com o texto da Constituição, nos termos proferidos na ementa. Vide: BRASIL. MINAS GERAIS. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078-7 Minas Gerais**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Minas Gerais, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.

<sup>9</sup> BRASIL. SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. São Paulo, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 08/8/2019. P. 1.

de forma expressa a presunção de inocência ou de não culpabilidade como um direito fundamental.

Em uma visão topográfica, localiza-se o artigo 5º, LVII, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais especificamente no capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do qual depreende-se que o trânsito em julgado foi eleito pela Constituição, na figura do Poder Constituinte, como o momento a partir do qual alguém pode ser considerado culpado. No entanto, deve-se questionar: o que é “ser considerado culpado”?

Assim, conceitos como “culpado” e “trânsito em julgado” precisam ser explorados no presente trabalho, a fim de discernir o que, de fato, significa a culpabilidade e se esta exerce alguma influência sobre o momento da execução da pena privativa de liberdade – se a culpabilidade abrange a execução da pena, se há algum impeditivo na Constituição para se executar antes do trânsito em julgado ou se é possível haver execução após condenação em segunda instância.

A Constituição de 1988 não enuncia uma definição do que seria trânsito em julgado, de modo que haveria margem para ser enquadrado como definição legal na visão de alguns ministros<sup>10</sup>. No entanto, tal conceito necessita estar em sintonia com a Constituição, devendo ser interpretado de modo extensivo, ou seja, reforçado - sob pena de violar critério segundo o qual limitações a direitos e garantias devem ser interpretadas de forma restritiva<sup>11</sup>.

O julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo representa um caso paradigmático que ensejou mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e nova interpretação do artigo 5º, LVII, da Constituição. Isso pode caracterizar o que se conhece no Direito como mutação constitucional, na visão de alguns<sup>12</sup>, porém tal enquadramento é objeto de controvérsia jurídica pelos motivos aduzidos nos capítulos seguintes.

A diversidade de utilização do termo “inocência” ou “não culpabilidade” para tratar do princípio demonstra uma dicotomia entre os que entendem que se trata somente de uma variação terminológica<sup>13</sup> e os que pensam implicar uma alteração de conteúdo da garantia<sup>14</sup>, chegando-se a se cogitar que a Constituição brasileira não teria adotado a presunção de inocência.

---

<sup>10</sup> Nesse sentido: voto de Gilmar Mendes e Teori Zavascki (em citação daquele) no HC objeto desta monografia.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Uma questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>. Acesso em: 05/7/2019.

<sup>12</sup> Nessa linha, ver voto de Luís Roberto Barroso no julgamento do HC n. 126.292.

<sup>13</sup> Nesse sentido: Aury Lopes Jr., Gustavo Badaró e Luiz Flávio Gomes.

<sup>14</sup> Entendendo que o Brasil não adotou o princípio da presunção de inocência: Paulo Rangel, Walter Fanganiello Maierovitch e Marcelo Fontes Barbosa.

Dirimindo essa controvérsia e sem maiores digressões, recorre-se no presente estudo à resolução de Gustavo Badaró, que defende que

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito<sup>15</sup>.

Com efeito, não se ignora a eleição de terminologias diversas no cenário internacional e no ordenamento jurídico de cada país, no entanto, entende-se que a diferenciação na terminologia não acrescenta em nada para a presente discussão jurídica.

A partir da história geral, pode-se dizer que as raízes do princípio da presunção de inocência remontam do direito romano, ainda que por bases incipientes, a exemplo do *favor rei* estabelecido pelo Digesto e da incidência da máxima do *in dubio pro reo* como regra de valoração da prova ao verificar situação de uma pessoa acusada<sup>16</sup>.

Houve divergência acerca da gênese do princípio, pois na Baixa Idade Média as práticas inquisitoriais acabaram por ofuscar a presunção de inocência (ao contrário, existia a presunção de culpabilidade). No entanto, deve-se destacar a importância da Magna Carta Inglesa, da qual em seu artigo 39<sup>17</sup>, depreende-se a presunção de inocência como uma de suas garantias fundamentais<sup>18</sup>, de modo que serviu de influência para a elaboração de Constituições em todo o mundo, a exemplo da norte-americana.

Como marco histórico na Europa Continental, destaca-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, primeira a positivar o princípio da presunção de inocência, expressa em seu artigo 9º<sup>19</sup>. Nesse sentido, advém a partir das críticas dos pensadores

<sup>15</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 60-61.

<sup>16</sup> CANOTILHO, José J. Gomes... [et al.]; outros autores e coordenadores SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 471.

<sup>17</sup> 39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país. Vide: Corvo Branco. **Magna Carta**. Ano de 1215. Disponível em [http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna\\_carta.pdf](http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf). Acesso em 20/8/2019.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 433.

<sup>19</sup> Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. Vide **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. 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>.

iluministas acerca dos sistemas penais e da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da presunção de inocência, que faz romper com o antigo regime<sup>20</sup>.

Mais adiante, enfatiza-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia das Nações Unidas, após a Segunda Guerra Mundial, que no seu artigo 11<sup>21</sup> acolheu a presunção de inocência como garantia ao justo processo. Em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental, firmada em Roma, no seu artigo 6.2<sup>22</sup>, reconhece a presunção de inocência como princípio essencial na construção e desenvolvimento das garantias processuais, dispondo da Corte Europeia dos Direitos Humanos como órgão para conferir efetividade.

Em 16 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da ONU, reitera a presunção de inocência no artigo 14.2<sup>23</sup> e especifica garantias processuais penais do acusado. Em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou o Pacto de São José da Costa Rica estabelece no artigo 8.2<sup>24</sup> a presunção de inocência dentre as garantias judiciais.

Já no âmbito do Brasil, em consulta do acervo das Constituições brasileiras – desde 1824 até 1967, verifica-se a ausência de previsão expressa da presunção de inocência, ainda que destinassem um capítulo específico aos Direitos e Garantias Individuais, mediante rol exemplificativo. Nesse sentido, limitavam-se a mencionar que a especificação de direitos e garantias da Constituição não excluiria outros decorrentes do regime e dos princípios nela

<sup>20</sup> CANOTILHO, José J. Gomes... [et. al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 472-473.

<sup>21</sup> Artigo 11º. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Vide **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Artigo XI.1. p. 21. Vide **Direitos Humanos: atos internacionais e normas correlatas**. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence>.

<sup>22</sup> Artigo 6º Direito a um processo equitativo (...) 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. Vide **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. European Court of Human Rights. Cour Européenne des Droits de L'home. Concil of Europe. Conseil de L'Europe. Disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). P. 9-10.

<sup>23</sup> Artigo 14. (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Vide **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm).

<sup>24</sup> Artigo 8. Garantias Judiciais (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (...) Vide **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

adotados (vide artigo 78 da Constituição de 1891, artigo 114 da Constituição de 1934 e artigo 144 da Constituição de 1946)<sup>25</sup>.

No entanto, deve-se ressaltar que o princípio da presunção de inocência ganhou especial destaque no Brasil ainda sob a vigência da Constituição de 1946, quando o país aderiu à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (DUDH), que traz a presunção de inocência em seu artigo 11.1, conforme já registrado.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988, adveio a adesão, de forma expressa<sup>26</sup>, ao princípio da não culpabilidade a partir do artigo 5º, LVII. Apesar disso, diversas são as controvérsias existentes acerca do alcance de tal princípio, que já ensejou várias interpretações divergentes.

Do âmbito internacional, para fins de compreensão do ordenamento jurídico nacional, pode-se destacar o já referido Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) de 1969, que veio a ser ratificado pelo Brasil em setembro de 1992. Tal exemplo demonstra que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil asseguram a presunção de inocência até que se comprove culpa, conforme Estado Democrático de Direito.

Tanto a previsão constitucional como os tratados internacionais demonstram óbice a medidas que antecipem os efeitos da condenação. Nessa perspectiva, até que a pessoa seja definitivamente condenada, é possível impor medidas cautelares, contudo não se pode impor medidas com fulcro na mudança de status do indivíduo de inocente para culpado<sup>27</sup>.

A discussão acerca do princípio da presunção de não culpabilidade no Supremo Tribunal Federal, segundo Gilmar Mendes, inicia ainda sob a vigência da Constituição de 1967/1969, quando se indagou sobre o seu significado a partir do artigo 153, §36<sup>28</sup> desta Constituição. Por este dispositivo, poder-se-ia dizer que o princípio da presunção de inocência foi incorporado à ordem constitucional brasileira, a partir da adesão pelo Brasil da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. No entanto, o STF recusou tal posição, pois

<sup>25</sup> CANOTILHO, José J. Gomes... [et al.]; outros autores e coordenadores SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 472.

<sup>26</sup> Ressalta-se que, a partir do histórico constitucional brasileiro, pode-se compreender a razão de ser da necessidade de haver previsão expressa do princípio.

<sup>27</sup> SILVA, Guilherme Felipe Ribeiro Gomes; OLIVEIRA, Nathália Alves de; DIAS, Eliotério Fachin. **Tratados Internacionais e o Princípio da Presunção de Inocência: uma reflexão sobre suas influências no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça. v.7 (2018): Com Suplemento Especial – Anais da 4ª Mostra Científica 2018 – UEMS, Dourados/MS. 2018. P. 6.

<sup>28</sup> Art. 153, §36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota. Vide BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm). Acesso em 17/9/2019.

decidiu que a não culpabilidade não poderia impedir a adoção de medidas restritivas a direitos de eventuais acusados no processo eleitoral<sup>29</sup>.

Com a promulgação da Constituição vigente, em 05 de outubro de 1988, o STF permaneceu discutindo acerca da aplicação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, sob diversas perspectivas. Como exemplo, destaca-se a análise de sua compatibilidade com o recolhimento à prisão como pressuposto para apelar e com a inadmissibilidade de liberdade provisória<sup>30</sup>, bem como em relação aos maus antecedentes. Contudo, especialmente no caso desta monografia, interessa a perspectiva da aplicação do princípio na pendência de recursos sem efeito suspensivo.

No que se refere especificamente à execução antecipada da pena, subsiste o questionamento: a presunção de não culpabilidade impede a prisão após o julgamento em segunda instância?

Inicialmente, o STF entendia que o cumprimento imediato das penas era compatível com a ordem constitucional, apesar de a Constituição de 1988 trazer de forma explícita o princípio da presunção de não culpabilidade. Segundo Gilmar Mendes, houve duas reviravoltas na interpretação da possibilidade de cumprimento das penas na pendência dos recursos sem efeito suspensivo, tais como o recurso especial e o recurso extraordinário: uma em 2009, a partir do julgamento do Habeas Corpus n. 84.078, e outra em 2016, com o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292<sup>31</sup>, objeto de estudo da presente monografia.

No julgamento do habeas corpus de 2009, o STF entendeu que a prisão, exceto nos casos das chamadas prisões provisórias ou cautelares, somente ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Já na decisão proferida no habeas corpus de 2016, julgou-se que a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de não culpabilidade expresso no artigo 5º, LVII da Constituição.

---

<sup>29</sup> RE 86.297, de 17 de novembro de 1976, rel. Min. Thompson Flores, RJT, 79, n. 2, p. 671. O STF reformou decisão do TSE que entendia pela inconstitucionalidade da norma que tornava inelegível cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime.

<sup>30</sup> Entendia-se que a presunção de não culpabilidade não era incompatível com o recolhimento à prisão. Nesse sentido, merecem destaque os artigos 594 do CPP, art. 9º da Lei n. 9.034/1995, art. 3º da Lei n. 9.613/1998, que entendiam pela possibilidade de prisão automática ou da simples acusação por crimes considerados particularmente graves. Assim, o STF reconhecia a legitimidade de se exigir como condição para interpor recurso o recolhimento à prisão, mesmo sob a vigência da CF/88.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 566.

Argumentos em ambos os sentidos perduraram no Supremo Tribunal Federal, o que ensejou a interposição de Ações Declaratórias de Constitucionalidade – nº 44, 45<sup>32</sup> e 54, as quais, inclusive, têm seu mérito sendo julgado no presente momento<sup>33</sup>. Ademais, enfatiza-se o Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, em regime de Repercussão Geral<sup>34</sup>, bem como o Habeas Corpus n. 152.752<sup>35</sup>, pois ambos ratificaram o entendimento jurisprudencial no sentido de que cabe prisão após condenação em segunda instância.

O entendimento variável sobre o tema a partir de decisões diversas dos ministros – havendo, inclusive, quem tenha mudado de entendimento<sup>36</sup> nos habeas corpus n. 84.078 (2009) e n. 126.292 (2016) – demonstra a necessidade de se discutir, sob o ponto de vista jurídico, acerca da compatibilidade do momento da execução com o princípio da presunção de não culpabilidade tutelado no artigo 5º, LVII da Constituição. Diante deste cenário jurisprudencial, elegeu-se o Habeas Corpus n. 126.292 como objeto de estudo.

## 2. O julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal<sup>37</sup>.

Por 7 votos a 4<sup>38</sup>, o Pleno do STF decidiu que a execução provisória de acórdão condenatório proferido em grau de apelação é compatível com (não compromete) o artigo 5º, LVII, da Constituição, mesmo que não tenham sido esgotadas as possibilidades de recurso. Para

<sup>32</sup> **Medida Cautelar na ADC 43 e ADC 44**, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 05 de outubro de 2016.

<sup>33</sup> Houve o apensamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que tiveram o início do julgamento de mérito em 17 de outubro de 2019, no entanto, até o presente momento, não foram finalizados os votos de todos os ministros.

<sup>34</sup> BRASIL. SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246-RG**, Relator: Ministro Teori Zavascki, repercussão geral reconhecida em 11 de novembro de 2016 (tema 925). Plenário Virtual, DJE 25/11/2016. Há uma crítica acerca da virtualidade do plenário para reafirmar jurisprudência, diante da necessidade de maior discussão sobre o tema controvertido. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>.

<sup>35</sup> Foi indeferido pedido liminar em 09 de fevereiro de 2018, mas Fachin – ministro relator – remeteu o processo para julgamento do plenário do STF, sob o fundamento de que existe “relevante questão jurídica e necessidade de prevenir divergência entre as Turmas quanto à questão relativa à possibilidade de execução criminal após a condenação assentada em segundo grau de jurisdição”. Vide: BRASIL. PARANÁ. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752 Paraná**. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e Outro. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. Paraná, julgado em 04 de abril de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>.

<sup>36</sup> A exemplo do ministro Gilmar Mendes.

<sup>37</sup> Neste capítulo, pode-se dizer que o trabalho não tem como objetivo expor o voto individual de cada ministro, mas sim avaliar o julgamento do STF enquanto instituição cuja função constitucional precípua é a guarda da Constituição (artigo 102 da CRFB/88) de forma crítica. Para tanto, utilizou-se dos argumentos utilizados nos votos individuais que, por maioria, formaram a tese vitoriosa.

<sup>38</sup> 7 votos favoráveis à prisão a partir da condenação em segunda instância no HC n. 126.292: Zavascki, Fachin, Barroso, Fux, Carmen Lúcia, Mendes e Toffoli. 4 votos contrários: Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Lewandowski. Neste trabalho, serão explorados, da tese vitoriosa, os votos do ministro-relator Zavascki, Fachin, Barroso, Fux e Mendes.

tanto, foram utilizados os argumentos a seguir relatados para formar a tese vencedora de que não há óbice constitucional para prender após condenação em segunda instância

Enfatiza-se o voto do ministro relator<sup>39</sup> do caso objeto, Teori Zavascki, que, uma vez apresentado o relatório, liderou a tese vencedora a partir da reflexão acerca da execução denominada provisória através de duas linhas: o alcance do princípio da presunção de inocência e o seu equilíbrio com a efetividade da função jurisdicional penal<sup>40</sup>.

Nesse sentido, o ministro relator inicia seu voto demonstrando, através de exemplos, que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição de 1988, o entendimento de que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, conformou a sentença penal condenatória recorrível<sup>41</sup>. Conforme já delimitado na apresentação deste trabalho e também registrado no voto do relator, a mudança adveio com o Habeas Corpus n. 84.078/MG, que entendeu pela incompatibilidade da presunção de inocência com a execução de sentença antes do trânsito em julgado.

Zavascki lista diversas normas processuais – a exemplo das que tratam da produção de provas, distribuição do ônus probatório, legitimidade dos meios para provar materialidade e autoria dos delitos – como decorrência da presunção de inocência positivada no artigo 5º, LVII da Constituição. Nesse sentido, entende que

agregou para o processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como (...)<sup>42</sup>

Após listar esse conjunto de regras e princípios que aponta como garantidores da liberdade, aduz que a previsão destes na legislação brasileira revela o quão distante estaríamos da fórmula inversa de presunção de culpabilidade (pela qual cabe ao acusado demonstrar sua inocência).

Zavascki defende a manutenção da presunção de inocência para todos os efeitos antes de prolatada a sentença, porém entende que uma eventual condenação representa juízo de culpabilidade, apesar de este não ser definitivo (já que sujeito a recurso para Tribunal de

---

<sup>39</sup> Aqui não se utiliza tal voto como “senhor do processo”, já que ministros como Luís Roberto Barroso e Luiz Fux seguiram outros argumentos, natural diante da importância do caso e de provavelmente já terem os votos escritos. Como referência dessa justificativa, recomenda-se o seguinte artigo: SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um Voto Qualquer”? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015. P. 181-200. Nele, sugere-se, em relação ao que se considera “grandes decisões”, que “cada membro componente do tribunal se prepara para votar como se relator fosse”. P. 192

<sup>40</sup> BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op. cit. P. 4 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>41</sup> BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op. cit. P. 5-7 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>42</sup> BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op. cit. P. 5 do Inteiro Teor do Acórdão.

hierarquia imediatamente superior). Contudo, uma vez proferido juízo de apelação, exaure-se o exame de fatos e provas da causa e, se for o caso, fixa-se a responsabilidade penal do acusado, de modo a concretizar-se o duplo grau de jurisdição no âmbito das instâncias ordinárias (com o Tribunal de apelação e o que se chama de preclusão da matéria fática).

A partir do juízo de segundo grau, o ministro relator defende a imposição de limites ao princípio da presunção de inocência, sob os seguintes fundamentos: os recursos cabíveis às instâncias extraordinárias, tais quais o STJ e o STF (especial e extraordinário), não podem reexaminar fatos e provas, mas estão restritos à matéria de direito, razão pela qual não configurariam desdobramentos do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, aponta como “justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”. Desse modo, faria sentido negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

Para ratificar seu entendimento, cita o ministro Gilmar Mendes e a teoria do “núcleo essencial”<sup>43</sup> do pressuposto da não-culpabilidade, o qual não seria comprometido pela execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária, pois o acusado teria sido considerado inocente em todo o processo ordinário criminal. Como exemplo, traz a Lei de Ficha Limpa (LC 135/2010), que aponta a existência de acórdão condenatório como causa de inelegibilidade para defender a produção de efeitos contra o acusado mesmo antes do trânsito em julgado<sup>44</sup>.

Continua seu voto tendo como parâmetro o que chama de “cenário internacional” para dizer que a presunção de inocência não impede a produção de efeitos (dentre os quais a prisão) contra o acusado antes do trânsito em julgado. Para tanto, utiliza exemplos como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, sob a invocação da frase da então ministra Ellen Gracie no julgado do Habeas Corpus 85.886: “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte”<sup>45</sup>.

Ademais, insiste que a finalidade específica dos recursos de natureza extraordinária não consiste em examinar a justiça de sentenças em casos concretos, mas preservar a higidez do

---

<sup>43</sup> No voto do ministro Gilmar Mendes, observa-se a reiteração da necessidade de se observar a evolução da presunção de não culpabilidade de acordo com o estágio do procedimento, desde que preservado seu núcleo essencial. Como núcleo essencial da presunção de não culpabilidade, entende-se dois âmbitos: processual (ônus da prova do crime e autoria pertencem à acusação – regra probatória) e genérico (o réu não pode ser tratado como culpado até o trânsito em julgado – regra de tratamento), vide MENDES, Gilmar Fereira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 572.

<sup>44</sup> BRASIL. **HC n. 126.292/SP**. Op. cit. P. 10-12 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>45</sup> BRASIL. **HC n. 126.292/SP**. Op. cit. P. 12 do Inteiro Teor do Acórdão.

sistema normativo, ressaltando a exigência de repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Desse modo, o STF está autorizado a conhecer recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte e, nas restritas hipóteses em que são admitidos, alega serem poucas as hipóteses de êxito do recorrente.

O ministro relator continua seu voto dizendo que a indevida e sucessiva interposição de recursos com propósitos protelatórios com vistas à prescrição da pretensão punitiva ou executória é um fato permitido e incentivado pela doutrina que entende o princípio da presunção de inocência em grau absoluto. Em contraponto, Zavascki defende a retomada da tradicional jurisprudência no sentido de atribuir efeito somente devolutivo aos recursos especial e extraordinário com vistas a alcançar o equilíbrio proposto entre o princípio da presunção de inocência e o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Conclui seu voto reconhecendo a possibilidade de ocorrerem equívocos nos juízos condenatórios das instâncias ordinárias, mas entende que as instâncias extraordinárias também estão suscetíveis a isso, razão pela qual existem mecanismos para suspender a execução provisória se necessário (a exemplo de medidas cautelares para atribuir efeito suspensivo aos recursos e habeas corpus), que podem vir a impedir consequências danosas para o condenado.

Em seguida, há o voto do ministro Edson Fachin, que aponta como justificativa para a possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância a interpretação sem apego à literalidade da regra do artigo 5º, LVII da Constituição. Nesse sentido, conecta-a com outros princípios e regras constitucionais, como o princípio da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII da CF)<sup>46</sup> e a soberania dos veredictos (artigo 5º, XXXVIII, “c” da CF)<sup>47</sup>.

Enfatiza o “arcabouço recursal desenhado pela Constituição” e o lugar nele ocupado pelo STF e STJ, na medida em que as Cortes Superiores podem dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos somente nova definição jurídica, e não nova versão, sendo as instâncias ordinárias soberanas quanto à avaliação das provas e definição dos fatos apresentados pelas partes. Nesse sentido, aponta para o caráter excepcional de acesso via recurso ao STF e ao STJ.

A seguir, vem o voto do ministro Luís Roberto Barroso<sup>48</sup>, que é dividido em três partes: delineamento da controvérsia, fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da

---

<sup>46</sup> Entende a razoável duração do processo como incompatível a uma interpretação que indique a necessidade de manifestação definitiva dos Tribunais Superiores (“fazendo as vezes de terceira ou quarta instâncias”) para dar eficácia à sanção firmada pelas instâncias ordinárias.

<sup>47</sup> Fachin argumenta que a “soberania” dos veredictos do Tribunal do Júri é incompatível com a concepção de que as decisões condenatórias dos jurados só têm eficácia após julgamento de uma série de recursos.

<sup>48</sup> A este voto, dar-se-á especial enfoque diante de diversos argumentos que vão além dos já afirmados pelo ministro relator, havendo, no próprio voto, inclusive, uma ementa. Tais argumentos chegam, por vezes, a

condenação penal após decisão de segundo grau e fundamentos pragmáticos para o novo entendimento.

Nesse sentido, no delineamento, aponta para a oscilação na jurisprudência do Supremo e a ocorrência de mutação constitucional, definida como “mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição sem que se opere qualquer modificação do seu texto”, apontando como razões a alteração dos valores da sociedade e da realidade. Entende o julgamento de 2009 (HC 84.078-7/MG) como a primeira mutação constitucional e o julgamento do habeas corpus tema desta monografia (126.292) como nova mudança, em razão das consequências oriundas da realidade que “se criou após a primeira mudança de orientação”.

Como consequências apontadas por Barroso, destaca-se o “incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios”, o reforço da seletividade do sistema penal (sob o argumento que a ampla possibilidade de recorrer favorece principalmente os réus com melhores condições econômicas) e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal perante a sociedade (prescrição da pretensão punitiva e distanciamento temporal entre prática do delito e punição definitiva).

Demonstradas as consequências, aponta o caso em estudo como típico de mutação constitucional em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Mais adiante, traz como fundamentos jurídicos o que entende como pressuposto para decretação da prisão no direito brasileiro, a natureza de princípio da presunção de inocência (que exige ponderação com outros bens jurídicos) e aponta a execução da decisão após condenação em segundo grau como sendo exigência de ordem pública.

Barroso realiza uma diferenciação entre o que chama de regime da prisão e o regime da culpabilidade<sup>49</sup>. Nesse sentido, aponta que o pressuposto para a privação de liberdade consiste na ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, conforme artigo 5º, LXI, da Constituição, que permitiria a prisão antes do trânsito em julgado. Por essa regra constitucional, seriam possíveis prisões processuais típicas (como preventiva e temporária), prisão para fins de extradição (decretada pelo STF), de expulsão (por juiz de primeiro grau, competente para execução penal) e de deportação (juiz federal de primeiro grau). A partir desses exemplos, Barroso defende que o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não impedem a prisão, pois esta pode ser justificada já na fase pré-

---

extrapolar a discussão jurídica para enfatizar o que Barroso entende como “fundamentos pragmáticos para o novo entendimento”.

<sup>49</sup> BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op. cit.. P. 35-36.

processual “contra meros investigados”, ou na fase processual “ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa”, sem esvaziar o princípio da presunção de não culpabilidade.

Nesse sentido, aponta para outros efeitos da condenação criminal que somente poderiam ser produzidos com o trânsito em julgado: extrapenais – indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato –, e penais secundários – reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime. Assim, por decorrência lógica, aponta que no mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Competente.

Outro argumento utilizado por Barroso consiste na natureza jurídica da presunção de inocência ou de não culpabilidade. Na medida em que a considera como princípio, o ministro aduz que expressam estados ideais, ou seja, valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Segundo seu voto, como “mandados de otimização”, ao invés de “tudo ou nada” (como as regras), os princípios seriam aplicados com maior ou menor intensidade sem que isso prejudique sua validade. Seguindo a linha de Robert Alexy<sup>50</sup>, Barroso defende a necessidade de ponderação de princípios tendo por base o princípio instrumental da proporcionalidade.

Nesse caminho, defende que, enquanto princípio, a presunção de não culpabilidade pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (como efetividade da lei penal em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal e que possuem lastro na Constituição – artigo 5º, caput e LXXVIII e artigo 144), desde que não atinja seu núcleo essencial, sendo necessário ponderá-la com outros objetivos e interesses em jogo. Na ponderação que realiza, à luz do que chama de “princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente”<sup>51</sup>, a presunção de inocência ou não culpabilidade teria peso gradativamente menor com o avanço do processo, na mesma linha apresentada por Zavascki.

Na ponderação realizada, o sacrifício da presunção de não culpabilidade seria, na visão de Barroso, superado em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, “como comprovam as estatísticas”. Com efeito, não haveria óbice de prisão antes do trânsito em julgado pelo que dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal, pois este artigo admitiria a decretação de prisão temporária e

---

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. Impresso no Brasil 01.2015. 2ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015. P. 116-120.

<sup>51</sup> BRASIL. **HC n. 126.292/SP**. Op. cit. P. 42-43. Por essa ótica, o princípio da proporcionalidade possui, além da dimensão negativa de vedação do excesso, ou seja, de limite às restrições de direitos fundamentais, uma dimensão positiva quanto à proibição da proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionais.

preventiva com fundamentos puramente infraconstitucionais, de modo que não serviria para impedir a prisão após condenação em segundo grau por fundamento diretamente constitucional (quando já há certeza acerca da materialidade ou autoria)<sup>52</sup>.

Desenvolve argumento de que a execução da decisão após condenação em 2º grau consiste em exigência de ordem pública (invocando o artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>53</sup>) para destacar entendimento do STF no sentido de que garantia de ordem pública abrange “a exigência de credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário”. Desse modo, seria possível prender, desde que fundamentadamente, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal. Dentro desse argumento de ordem pública, enfatiza, como os demais ministros, o uso excessivo e procrastinatório do direito de recorrer, a razoável duração do processo como dever do Estado e a exigência da sociedade<sup>54</sup>.

Por fim, na última parte de seu voto, o ministro Barroso dedica-se aos fundamentos pragmáticos para o entendimento que defende, apontando a dimensão política que envolve a jurisdição constitucional e o que chama de “casos difíceis”. Nesse sentido, destaca o *contextualismo*<sup>55</sup> e o *consequencialismo*<sup>56</sup>, tidos como características do pragmatismo<sup>57</sup>, para garantir o “equilíbrio e a funcionalidade do sistema de justiça criminal”, “a redução da seletividade do sistema penal<sup>58</sup>” e “a quebra do paradigma de impunidade”.

<sup>52</sup> “interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”, segundo o ministro em BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op. cit. P. 39 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>53</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia de 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.

<sup>54</sup> Os demais argumentos de Barroso ratificam o que já foi exposto pelo ministro relator: alusão à regra que prevalece nos demais países para execução da decisão sem esgotamento das instâncias extraordinárias, mecanismos excepcionais como pedido de efeito suspensivo do REsp e RE e impetração de habeas corpus. Vide BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op. cit. P. 48-49 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>55</sup> Enquanto característica do pragmatismo jurídico, o *contextualismo* consiste em sublinhar os conceitos e as práticas jurídicas à sua origem sociocultural, tendo como fundamento práticas jurídicas e interações sociais. Vide: ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. **Pragmatismo jurídico e decisão judicial**. Pensar, Fortaleza, v. 20, n.2, p. 404-429, maio/ago. 2015. P. 410.

<sup>56</sup> Também considerado como característica do pragmatismo, o *Consequencialismo* ou *Instrumentalismo* considera os efeitos que a decisão pode provocar, tendo uma preocupação prospectiva – as consequências a serem extraídas de uma interpretação. Vide ALMEIDA; REGO. Op. cit. P. 413. Ademais, o *Consequencialismo* pode ser definido como estilo de julgamento que reflete sobre as consequências *metajurídicas* (para além do processo) e adentra no impacto socioeconômico das decisões. Nesse sentido, dentro da margem de abertura conferida pela lei, graduando determinações, considerando peculiaridades do caso concreto e os efeitos socioeconômicos da sentença, o juiz decide. Vide PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo judicial – Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças**. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 59, nº 187, p. 19-33, out./dez. 2008. P. 22. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/521/1/D2v1872008.pdf>. Acesso em 04/11/2019.

<sup>57</sup> Pragmatismo é uma teoria sobre a atividade judicial. Pensar o direito sob a ótica *pragmatista*, implica em compreendê-lo em termos comportamentais, isto é, o direito passa a ser definido pela atividade realizada pelos juízes. Como características fundamentais do pragmatismo: contextualismo, consequencialismo e anti-fundacionismo. Vide: POGREBINSCHI, Thamy. O que é o Pragmatismo Jurídico?. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em 04/11/2019.

<sup>58</sup> Abrange a criminalização primária – elaboração de lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas – e secundária – ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Vide: ZAFFARONI, E. Raúl;

Ainda sob a ótica da tese vitoriosa, destaca-se no voto do ministro Luiz Fux<sup>59</sup>, a defesa do que chama de “trânsito em julgado de alguns capítulos da decisão”, aduzindo que a parte relativa ao mérito da acusação e às provas torna-se indiscutível, de modo que nada impede que se entreveja, neste momento, o trânsito em julgado de parte da sentença. Desse modo, as ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitam em julgado. Finaliza seu voto em alusão a Konrad Hesse no sentido de que o desenvolvimento da força normativa da Constituição implica que a presunção de inocência cessa em segundo grau de jurisdição<sup>60</sup>.

Por fim, o voto do ministro Gilmar Mendes, mudando a posição adotada no habeas corpus julgado em 2009 (84.078), mediante o argumento de que a norma não delimita o que vem considerar alguém culpado, sendo lato o espaço de conformação do legislador. Desse modo, não há impedimento que a lei regulamente procedimentos de modo a tratar o acusado de forma progressivamente mais onerosa à medida que a imputação evolui<sup>61</sup>. Defende a presunção de não culpabilidade, na mesma linha de Barroso, como princípio, recorre ao direito internacional, dentre outros argumentos já destacados<sup>62</sup>.

Observa-se no voto de diversos ministros alusão ao “arcabouço recursal” para defender execução provisória da pena sob o argumento de que há excessiva interposição de recursos e apontar o princípio da presunção de não culpabilidade como razão disso. Assim, para impedir a interposição de recursos protelatórios e a prescrição, passa-se a defender a limitação do princípio expresso no artigo 5º, LVII da Constituição. E não se esgota aí. Diversos argumentos *metajurídicos* são utilizados, a exemplo de “expectativa da sociedade” e “deformação eloquente da presunção de não culpabilidade”, segundo ministro Fux.

Com efeito, no intuito de tentar dirimir a controvérsia jurídica apresentada neste trabalho, foram selecionados os seguintes argumentos da tese vitoriosa no Habeas Corpus n.

---

BATISTA, Nilo; ALGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. 4ª ed. 1ª. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Cap. I.

<sup>59</sup> BRASIL. **HC n. 126.292/SP**. Op. cit. P. 58-59 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>60</sup> BRASIL. **HC n. 126.292/SP**. Op. cit. P. 60. No voto da ministra Carmen Lúcia, que acompanhou os demais, destaca-se a curiosa afirmação de que “o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos”.

<sup>61</sup> Nesse sentido, Gilmar em seu voto exemplifica que para busca domiciliar bastam fundadas razões (artigo 240, §1º, do CPP); já para tornar réu, necessita-se de prova de materialidade e indício de autoria (artigo 395, II do CPP); por sua vez, para condenar, exige-se prova além de dúvida razoável.

<sup>62</sup> Enfatiza-se, de modo especial, a alusão à proposta de emenda constitucional realizada por César Peluso, seguindo o modelo europeu de controle concentrado de que haveria o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau, tanto nas decisões penais como nas civis. Tal afirmação faz refletir sobre a possibilidade de uma emenda constitucional referente a um tema que se encontra possivelmente tutelado como cláusula pétrea na medida em que é um direito fundamental (artigo 60, §4º, da Constituição).

126.292: (1) alcance do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade (que envolve a alegação de ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e o esgotamento da matéria fático-probatória pelas instâncias ordinárias como justificativa para execução provisória), (2) a comparação deste princípio constitucional com o cenário internacional, (3) a ocorrência de mutação, (4) a natureza jurídica da presunção de não culpabilidade, (5) a ponderação entre princípios, bem como (6) “fundamentos pragmáticos”, como a impunidade, a seletividade e a funcionalidade do sistema penal e de justiça criminal.

### 3. Uma análise crítica do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292

Observando-se os argumentos que compuseram a tese vitoriosa no capítulo 2, pode-se extrair algumas reflexões críticas do ponto de vista técnico-jurídico que demonstram, em certa medida, a fragilidade do posicionamento firmado no Acórdão (possibilidade de execução provisória da sentença – ou seja, após condenação em segunda instância). Senão, vejamos.

Primeiramente, sob a condução do ministro relator, a extensão do princípio da presunção de inocência foi tida como parâmetro para responder acerca da compatibilidade da execução da prisão após a condenação em segunda instância com o artigo 5º, LVII da Constituição. Todos os votos da tese vencedora aludiram ao alcance do princípio no sentido de que prevalece até esgotamento das instâncias ordinárias. Contudo, não se vê no Acórdão do Habeas Corpus n. 126.292 o enfrentamento do que prevê, de fato, o artigo 5º, LVII da Constituição a fim de delimitá-lo<sup>63</sup>. Nesse sentido, insta questionar: o que se quer dizer com a expressão “ninguém será considerado culpado”?

A partir dos votos, observa-se que esta expressão tem sido objeto de controvérsia jurídica na definição do momento da execução da pena e na análise de sua compatibilidade com o artigo 5º, LVII. Para alguns ministros<sup>64</sup>, caberia ao legislador (que teria espaço de conformação lato) estabelecer o que se entende por “ser considerado culpado”. Em contrapartida, outros<sup>65</sup> defendem a taxatividade do texto constitucional e a impossibilidade de alterar o limite processual delimitado “até o trânsito em julgado”<sup>66</sup>.

Ora, em uma análise do §1º do artigo 5º, observa-se que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>67</sup>. Sendo o artigo 5º, LVII, sem

<sup>63</sup> O único ministro que explora, em certa medida, a taxatividade do artigo 5º, LVII, da Constituição é Barroso.

<sup>64</sup> Nesse sentido, Gilmar Mendes no voto em BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op. cit. P. 67 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>65</sup> Lewandovski no voto em BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op cit. P. 97 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>66</sup> Celso de Mello, no voto em BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op cit. P. 91 do Inteiro Teor do Acórdão

<sup>67</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 30/10/2019.

dúvida, uma norma definidora de direito fundamental – de presunção de não culpabilidade –, entende-se nesta monografia que não há que se aguardar a intermediação do legislador para se estabelecer a definição de culpado.

Para melhor compreensão da dimensão da culpabilidade, pode-se recorrer ao Direito Penal e ao conceito formal de crime. Nesse sentido, a culpabilidade é um dos três elementos gerais que formam a ideia de crime (junto à tipicidade e à antijuridicidade<sup>68</sup>) e volta-se para a reprovação do autor do fato<sup>69</sup>. Em razão da relevância da culpabilidade na interpretação do artigo 5º, LVII da Constituição, cabe dedicar a ela especial atenção.

Através da culpabilidade, atribui-se a consequência do crime – a pena. Se a pena é proporcional à culpa<sup>70</sup>, sendo esta indispensável para o Direito Penal moderno (consoante recorda postulado *nulla poena sine culpa*), se não há culpa, não há que se falar em crime, nem tampouco em pena. Com efeito, sem consolidação do juízo de culpabilidade não há que se falar em prisão, que é a pena tida, inclusive, como a mais gravosa do direito penal brasileiro.

Ante o ordenamento jurídico brasileiro vigente, não parece haver abertura para relativizar nem inverter o princípio da presunção de inocência tão somente com o juízo de incriminação de segunda instância, diferentemente do que pretendeu o ministro Teori Zavascki. Ainda que não seja viável a reanálise de fatos e provas em sede de recursos extraordinários (mas somente matéria de direito), a Constituição define expressamente como momento de cessação do juízo de culpa o trânsito em julgado.

Nesse sentido, uma vez admissível recurso, qualquer que seja, não parece haver abertura constitucional para relativizar – nem tampouco inverter – a presunção de não culpabilidade, enquanto não observada a coisa julgada (sob pena de se retornar à fórmula inversa de presunção de culpabilidade, a qual o ministro relator apontou como tão distante). Ao contrário, a Constituição garante a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado como direito fundamental (não abre margem para variação a depender do momento processual).

Realizadas algumas reflexões sobre “ser considerado culpado”, passa-se à análise do que se entende por “trânsito em julgado”. Em uma definição simples, poder-se-ia dizer que uma decisão transita em julgado quando não há mais possibilidade de interpor recurso. Aplicando este conceito, nos termos da Constituição, deve o acusado ser tratado como inocente até que não haja mais possibilidade de interpor recurso que vise à revisão da condenação aplicada.

---

<sup>68</sup> Deixando de lado estes dois elementos, enfatiza-se a culpabilidade para atender ao presente estudo. Acata-se aqui a sugestão de José Afonso da Silva no Parecer já citado: SILVA, José Afonso da. **Parecer**. São Paulo, escrito em 28 de março de 2018. P. 12.

<sup>69</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 116 e 117.

<sup>70</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 200 e 201

Nesse sentido, a pena privativa de liberdade só poderia ser efetivada antes do trânsito em julgado em situações excepcionais, como as previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Consoante lição de José Carlos Barbosa Moreira, por trânsito em julgado entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável, sendo fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal, ou material, conforme o caso<sup>71</sup>. Com o trânsito em julgado, entende-se que a sentença penal condenatória se torna definitiva e não suscetível de alteração (ou seja, imutável).

Enquanto passível de recurso, a sentença permanece instável, apresenta conteúdo provisório e reformável, de modo que não se pode afastar o princípio constitucional. Isso demonstra a fragilidade no argumento de que haveria “trânsito em julgado por capítulos”, nos termos do voto de Luiz Fux<sup>72</sup>. Não se pode macular o conceito de trânsito em julgado a partir de sua relativização, pois a coisa julgada é um instituto criado para proporcionar segurança nas relações sociais e jurídicas e possui natureza constitucional, já que é elemento que forma a própria existência do Estado Democrático de Direito<sup>73</sup>.

Ademais, ainda que seja legal (ante a ausência de definição diretamente da Constituição), o conceito de trânsito em julgado deve estar em consonância com o texto constitucional e ser reforçado, ainda mais por se tratar de condenação à pena privativa de liberdade<sup>74</sup>, referente ao âmbito criminal. No entanto, em caso de eventual limitação, deve obedecer ao critério de que eventuais restrições a direito fundamental devem ser interpretadas de forma restritiva<sup>75</sup>.

Ainda que com a apelação reste preclusa a matéria fática, o inciso LVII do artigo 5º traz o limite expresso do trânsito em julgado para a presunção de inocência. Ou seja, não há

---

<sup>71</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e Sempre a Coisa Julgada**. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol. 6. P. 679. Revista dos Tribunais – RT – 416/9. Jun./1970. P. 5. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4231041/mod\\_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4231041/mod_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf). Acesso em 30/10/2019.

<sup>72</sup> BRASIL. **HC n. 126.292**. Op. cit. P 58-59 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>73</sup> Sua proteção encontra-se no artigo 5º, XXXVI da CRFB/88, mas principalmente nos fundamentos da República (artigo 1º da CRFB/88). Nessa senda, ver NERY, op. cit, que na P. 1303 prevê que “não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por decisão judicial posterior. Atender-se-á ao princípio da supremacia da Constituição, se houver respeito à intangibilidade da coisa julgada”.

<sup>74</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Um questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>. Escrito em 25/8/2018

<sup>75</sup> Acerca do que chama de limites aos limites dos direitos fundamentais, com a exposição de “teoria interna” e “teoria externa”, recomenda-se a leitura de SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª edição rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, de modo especial da P. 384-457, que versa sobre a proteção dos direitos fundamentais em face de suas restrições.

preclusão do direito de recorrer e, enquanto couber recurso, não cabe executar a pena, conforme norma constitucional<sup>76</sup>. Tal consideração demonstra a fragilidade do argumento que defende que a possibilidade de interposição de recursos sem efeito suspensivo, mas somente devolutivo (como REsp e RE), permite a execução da pena.

Nesse sentido, Fredie Didier e Leonardo da Cunha citam Barbosa Moreira para demonstrar o equívoco que pode gerar a expressão “efeito suspensivo”, na medida em que faz pensar que só com a interposição de recurso são tolhidos os efeitos da decisão, porém, mesmo antes de interposto o recurso, a decisão ainda é ineficaz em razão da simples possibilidade de recorrer (de modo que a interposição apenas prolonga a ineficácia – caso se confirme a suspensão)<sup>77</sup>.

Ademais, pode-se contrapor este argumento da ausência do efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, que se referem ao artigo 995 do Código de Processo Civil de 2015, a partir da sua inaplicabilidade ao processo penal, tornando injustificável a execução provisória da pena privativa de liberdade. Tendo em vista a diversidade de objetos nas esferas civil e penal, não se pode comparar o direito fundamental de liberdade do sujeito ser presumido inocente<sup>78</sup>. Deve-se recordar que no Direito Penal está-se falando de liberdade, que não pode ter seus efeitos revertidos, ao contrário do que ocorre no processo civil, por exemplo. Do mesmo modo, não se pode recorrer ao Direito Eleitoral, como no exemplo da Lei da Ficha Limpa<sup>79</sup>, pois jamais a inelegibilidade de um cidadão pode ser comparada com a perda de sua liberdade.

Considerando que, de fato, as esferas civis e penais tratam de bens jurídicos distintos, poderia ser apontado o artigo 637 do Código de Processo Penal, que estabelece a ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário. No entanto, deve-se observar a data em que foi redigido tal dispositivo (em 1941, ou seja, antes da Constituição de 1988, que abordou, de forma expressa, o princípio da presunção de inocência como direito fundamental). Com efeito, não se trata de questão meramente processual, mas constitucional e, portanto, substancial, de modo que deve ser enfrentada materialmente, priorizando-se a Constituição.

---

<sup>76</sup> Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Parecer**. São Paulo, escrito em 28 de março de 2018. P. 8.

<sup>77</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 10ª ed., v.5, cit., p. 257. *apud* DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 14ª edição rev., ampl., atual.. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017. P. 166-167.

<sup>78</sup> AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint. **Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n.3, p. 1.073-1.114, set-dez., 2017. P. 1076.

<sup>79</sup> Exemplo utilizado por vários ministros em seus votos no HC 126.292, como Teori Zavascki, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

Outro argumento que se tenta defender para execução provisória da pena após condenação em segunda instância consiste na impossibilidade de se discutir fatos e provas nas instâncias extraordinárias, mas tão somente matéria de direito. Contudo, como o próprio ministro Barroso disse em seu voto, o Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide<sup>80</sup>. Nesse sentido, nos recursos extraordinários que se limitam à cognição do direito, se este não for aplicado da forma que deveria, ou seja, se não houver subsunção do resultado extraído na sentença e nos acórdãos recorridos com os dispositivos legais e constitucionais, logicamente, isso acaba por prejudicar a realidade fática.

A partir de um recurso extraordinário ou especial, por exemplo, pode haver a mudança de uma condenação em absolvição (senão a absolvição, o efeito de redução da pena ou a mudança de regime de cumprimento – e isso já implicaria uma pena executada como se culpado fosse). Nesse contexto, o que se pode fazer em relação à liberdade do indivíduo?<sup>81</sup> Além disso, o reexame de questões de direito, a exemplo da constitucionalidade ou da aplicação da lei, tem a capacidade de influenciar na tipicidade, na antijuridicidade ou mesmo na culpabilidade, de modo a levar – quem sabe – à absolvição de um indivíduo<sup>82</sup> ou o reconhecimento de uma nulidade processual, que tornaria ilegal a prisão.

Explorados os conceitos utilizados no artigo 5º, LVII, é interessante destacar que Barroso foi o único ministro a, de fato, adentrar na taxativa literalidade do que dispunha o artigo 5º, LVII da Constituição. Nesse sentido, separou o regime de culpabilidade do de prisão<sup>83</sup>. Contra a arguição de que a Constituição separou o “regime da culpabilidade” do “regime da prisão”, remanesce a seguinte pergunta: seria admissível prender alguém que não seja considerado culpado? Como dissociar o conceito de prisão – fora as hipóteses excepcionais trazidas a título de cautelares (art. 312 do CPP), legalmente previstas – do conceito de culpa? Evidentemente que quando se prende alguém fora dos requisitos previstos de prisão temporária, está-se considerando culpado.

Na análise do conceito de crime como fato típico, antijurídico e culpável, há previsão de culpabilidade, em relação à qual não se pode prender sem afirmar culpa fora das hipóteses

<sup>80</sup> BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op. cit.. P. 31 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>81</sup> Nesse sentido: voto de Marco Aurélio em BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op. cit. P. 78 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>82</sup> RÊGO, Carolina Noura de Moraes; GOMES, Luís Roberto. **Princípio de Presunção de Inocência ou de Não-Culpabilidade: Estudo Crítico do seu Sentido, Alcance e Consequências como Direito Fundamental de Tratamento Jurídico-Constitucional Garantístico.** Disponível em: [http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis\\_Roberto\\_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luis%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf](http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis_Roberto_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luis%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf).. Acesso em 30/10/2019. P. 13

<sup>83</sup> BRASIL. HC n. 126.292/SP. Op. cit. P. 36 do Inteiro Teor do Acórdão.

do artigo 312 do CPC. Nesse viés, prender por culpa significa tratar como culpado. Quando define a presunção de não culpabilidade como princípio, Barroso aponta que a legislação ordinária deve ser interpretada à luz da Constituição, e não o contrário, porém parece desconsiderar que o artigo invocado – artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação data de 2011<sup>84</sup> – foi escrito como espelho da Constituição (bastando observar a data da sua redação).

Por esse artigo 283, há expressamente as possibilidades de prisão cabíveis: além da prisão em flagrante ou no curso da investigação ou do processo em virtude de prisão temporária ou preventiva, somente em decorrência do trânsito em julgado de sentença condenatória transitada em julgado por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Ou seja, não se questiona que o pressuposto da para a decretação de prisão seria ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, porém o momento fica definido pelo próprio artigo constitucional (artigo 5º, LVII) e infraconstitucional (artigo 283 do CPP).

Tal separação, como recorda José Afonso da Silva em Parecer, remete à teoria do crime já vista (que tem na ação típica, antijurídica e culpável os elementos da estrutura conceitual do crime). Nessa perspectiva, a culpabilidade é uma situação anterior, uma fase subjetiva, que se forma com a imputabilidade, a culpabilidade e a responsabilidade penal. Sem a culpabilidade não há crime em condenação legítima. Sem condenação (pois sem culpabilidade apurada) não se pode haver aplicação de pena. Nesse contexto, não há como falar em condenação para fins de aplicação da pena – seja provisória, seja definitivamente<sup>85</sup>.

No âmbito do que o ministro relator denomina de “cenário internacional”, não se questiona a importância do estudo comparado de diversos sistemas para o aperfeiçoamento da ordem jurídica nacional, na medida em que traz elementos necessários à melhor compreensão de institutos jurídicos, nem se ignora a tendência de “universalização dos conceitos”<sup>86</sup>. No entanto, os países utilizados como parâmetro no voto de Zavascki não contribuem para a discussão jurídico-filosófica presente. Nenhum dos países levantados traz a concepção de presunção de não culpabilidade tal qual positivada no texto constitucional brasileiro (artigo 5º, LVII, da Constituição). Senão, vejamos.

---

<sup>84</sup> 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), vide: BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 10/10/2019.

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. **Parecer**. São Paulo, escrito em 28 de março de 2018. P. 12.

<sup>86</sup> DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. P. 87.

O texto constitucional do Brasil recebeu influência da tradição das Constituições da Itália, de Portugal e aproxima-se dos países de língua portuguesa em geral<sup>87</sup>, revelando uma tradição institucional comum. Nestes países, a presunção vigora até o trânsito em julgado<sup>88</sup>, havendo, em sua maioria, no mesmo dispositivo referência ao dever de ser julgado no menor prazo possível.

No entanto, o ministro relator cita países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá e Alemanha, que não têm norma constitucional que garanta o princípio da presunção de não culpabilidade ou de inocência (daí a menção a apenas regras do direito processual penal)<sup>89</sup>. Ademais, no que se refere a França, Espanha e Portugal, estes possuem dispositivos prevendo o princípio da presunção de inocência, mas somente a Constituição de Portugal possui dispositivo idêntico à brasileira (artigo 32º.2)<sup>90</sup>, na linha do que foi apontado da tradição institucional comum.

Com efeito, não contribui em nada para a discussão técnico-jurídica trazer realidades de direito estrangeiro de países que muito se distanciam do Brasil. Desse modo, não se pode perder de vista os condicionamentos socioculturais e econômico-políticos a que estão sujeitos os modelos jurídicos que estão sendo comparados<sup>91</sup>. Não se pode recorrer ao direito internacional a partir de realidades incompatíveis entre si – com pressupostos diversos – como se pudessem servir de parâmetro para reavaliar o inciso LVII do artigo 5º da Constituição, de modo a contradizer o sistema jurídico constitucional brasileiro como um todo.

<sup>87</sup> Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 569. Gilmar exemplifica os países de língua Portuguesa em geral como Angola (67º.2), Moçambique (59.2.), Cabo Verde (34º.1), São Tomé e Príncipe (40.º2.), Guiné-Bissau (art. 42.º2.) e Timor Leste (34º.1), todas prevendo expressamente “trânsito em julgado” (exceto Moçambique e Timor Leste, que falam em decisão judicial definitiva e condenação judicial definitiva respectivamente).

<sup>88</sup> Em parecer escrito por José Afonso da Silva, observa-se crítica contundente ao que foi dito por Ellen Gracie no julgamento do HC 85.886 (“em nenhum lugar do mundo” vide HC 126.292. Op. cit. P. 12, máxima reproduzida pelos ministros e pelo senso comum, e que muitas vezes não menciona Portugal como exceção). Em SILVA, José Afonso da. **Parecer**. São Paulo, escrito em 28 de março de 2018. P. 7, critica-se alegação da ministra ao aduzir que o Tribunal Constitucional de Portugal impõe restrições à interpretação do princípio da presunção de inocência, remetendo à legislação ordinária a forma de exercício. Para desconstituir tal afirmação, José Afonso cita o artigo 32.2 da Constituição Portuguesa, apontando-o como plenamente aplicável, e a interpretação do Tribunal Constitucional português trazida por Gomes Canotilho e Vital Moreira.

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. **Parecer**. São Paulo, escrito em 28 de março de 2018. P.6.

<sup>90</sup> Artigo 32º. Garantias de processo criminal 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. Vide: PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, promulgada em 25 de abril de 1974. Acesso em 04/11/2019.

<sup>91</sup> DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. P. 87

Ademais, destaca-se a alusão do ministro Luiz Fux à Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>92</sup> afirmando que presunção de inocência é o que consiste no artigo XI 1.<sup>93</sup>, que não menciona o trânsito em julgado. A referida declaração vale para todos os Estados que a subscrevem, mas trata-se de norma aberta a ser preenchida com particularidades do direito constitucional de cada Estado, desde que respeitado seu conteúdo essencial. Nesse sentido, no caso do Brasil, a Constituição de 1988 exige o trânsito em julgado.

Fachin decide em seu voto no sentido de não interpretar o artigo 5º, LVII da CRFB/88 de forma absoluta, mas conectado com outras regras e princípios constitucionais, citando duração razoável do processo, soberania dos vereditos e “arcabouço recursal da Constituição”<sup>94</sup>. No entanto, não há qualquer referência do ministro às garantias penais expressas no artigo 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, LIV – devido processo legal, LV – ampla defesa, sendo a presunção de inocência um dos meios e recursos a ela inerente<sup>95</sup>.

A lentidão no trâmite processual que reflete a morosidade da Justiça, bem como a excessiva interposição de recurso não podem ser solucionadas com cerceamento de direito fundamental. Ao contrário, na medida em que se reconhece a problemática, resta latente a necessidade de encontrar, no mínimo, medidas alternativas que proporcionem, por exemplo, a mudança ou reformulação do sistema recursal sem, no entanto, ofender a Constituição.

No entanto, apesar da crítica contundente e correta, os votos restam silentes acerca da necessidade de reformar o Judiciário e de sugestões compatíveis para resolução do problema<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> BRASIL. **HC n. 126.292/SP**. Op. cit. P. 58 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>93</sup> **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Artigo XI.1. p. 21. Vide **Direitos Humanos: atos internacionais e normas correlatas**. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence>. P. 21

<sup>94</sup> BRASIL. **HC n. 126.292/SP**. Op. cit. P. 22 e 23 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>95</sup> SILVA, José Afonso da. **Parecer**. São Paulo, escrito em 28 de março de 2018, no qual o autor diz: “É de caráter absoluto, sim, no sentido de que existe não conforme os cria ou regula a lei, mas a despeito das leis que pretendam modificar ou conceituar, conforme diz Pontes de Miranda. Portanto, a regra do inc. LVII do art. 5º é, sim, absoluta, no sentido de que vale por si, não conforme a lei. Ou, por outra, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não admite lei modificativa, nem mesmo pode ser alterado pelo poder constituinte derivado, nem, pois, com maior razão, por interpretação judicial ou pretensa mutação constitucional”. P. 9.

<sup>96</sup> Nesse sentido, destaca-se sugestão de José Afonso da Silva no sentido de modificar o sistema de recursos ou buscar meios de acelerar os julgamentos criminais, apontando como exemplo a possível “criação de um Superior Tribunal Administrativo para decidir, em definitivo, como o poder judiciário não como contencioso administrativos, as causas administrativas de interesse do Poder Público, ainda que admitido recurso extraordinário em função do controle de constitucionalidade. Uma reforma que descentralize a justiça estadual, justiça de mérito, criando Tribunal de Apelação ou que nome tenha, nas regiões administrativas dos Estados, enquanto os Tribunais de Justiça ficariam como tribunal de coordenação e harmonização etc”, vide **Parecer**. Op. cit. P. 10. No mesmo sentido, destaca-se sugestão de Ingo Sarlet no sentido de alteração regimental e mudança de alguns entendimentos, vide SARLET, Ingo Wolfgang. **É necessário questionar a polêmica execução provisória da pena**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-30/direitos-fundamentais-controvertendo-polemica-execucao-provisoria-pena>. Escrito em 30/9/2016. Acesso em: 30/8/2019.

Ao revés, passa-se a “relativizar a *ratio* e o *telos* da garantia constitucional da presunção de inocência, tal qual plasmada no texto da Constituição Federal de 1988”<sup>97</sup>, de modo a macular o direito fundamental à presunção de não culpabilidade.

Passa-se à análise da natureza jurídica da presunção de não culpabilidade, objeto de divergência doutrinária, que pode ser observada no próprio Acórdão em análise. Neste, prevalece o entendimento de que a presunção de inocência é um princípio, de modo que está sujeito à “ponderação com outros bens jurídicos constitucionais”<sup>98</sup>, segundo voto de Barroso. Mais adiante, o ministro fala da necessidade de a presunção de inocência, enquanto princípio, ser ponderada com “outros objetivos e interesses em jogo”.

Contra tal arguição, enfatiza-se a colocação de Ingo Sarlet no sentido de que a Constituição trata a presunção de inocência como regra, ao proibir uma determinada conduta, e não como norma-princípio (que exige ponderação com outros direitos constitucionais). Assim, ele não nega a existência de um princípio da presunção de inocência, mas questiona se tal classificação condiz com os limites textuais da Constituição<sup>99</sup>. Enquanto regra, o princípio de presunção de não culpabilidade não estaria suscetível a um juízo de ponderação<sup>100</sup>, na medida em que não pode ser realizada em medidas diversas diante das possibilidades fáticas e jurídicas.

No entanto, caso se considerasse a presunção de não culpabilidade como princípio e se fosse, de fato, fazer a ponderação com a efetividade da jurisdição criminal, como propõe Barroso, observa-se que não há nada de técnico-jurídico na alegação de impunidade ou defesa da sociedade, muito menos quando isto é priorizado sem qualquer fundamento constitucional pelo Tribunal responsável pela guarda da Constituição, nos termos do artigo 102 da Constituição de 1988<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Uma questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>. Escrito em 25/8/2018.

<sup>98</sup> BRASIL. **HC n. 126.292/SP**. Op. cit. P. 37 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Uma questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>. Escrito em 25/8/2018.

<sup>100</sup> Considera também como regra: José Afonso da Silva, vide **Parecer**. Op. cit. P. 16-17. Este entende que não há um meio termo possível – ou vale até o trânsito em julgado, ou não vale, e a Constituição prevê de forma expressa. No entanto, este mesmo autor classifica a presunção de não culpabilidade como garantia de liberdade de ir e vir (pois impede a prisão do acusado), mas também direito (pois toda garantia se inclui entre os direitos fundamentais). Ademais, na medida em que é mandamento nuclear de um sistema de persecução criminal, ou seja, fundamento do direito processual, seria também princípio. Porém, evidentemente que o conceito de princípio aqui utilizado diverge do mencionado por Alexy e reproduzido no voto de Barroso. Neste sentido, seria regra.

<sup>101</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

Das lições de Ferrajoli, destaca-se as duas diferentes finalidades da função preventiva (a fim de evitar a prática delitiva) do direito penal: a punição dos culpados e a tutela dos inocentes – estando esta última na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas que exigem a punição dos culpados<sup>102</sup>.

Ademais, observa-se no Julgado a utilização do argumento de mutação constitucional de forma inapropriada. Apesar de definir corretamente o instituto jurídico, Barroso utiliza-o a partir de fatores circunstanciais, que não são compatíveis com a presunção de não culpabilidade, como a constatação da existência de recursos excessivos, morosidade que leva à prescrição, expectativas da sociedade, dentre outros argumentos *metajurídicos*. Nesse sentido, vai além dos limites impostos pelo Constituinte.

A interpretação da Constituição com o intuito de identificar o significado dos termos e delimitar seu alcance consiste em tarefa essencial para o aplicador do direito, na medida em que a Constituição, que se localiza no topo da pirâmide de Kelsen, dá validade para as demais normas jurídicas<sup>103</sup>. De fato, mutação implica mudança de sentido e de alcance sem que se altere o texto, porém a interpretação deve ser feita dentro dos limites postos pelo Constituinte originário, mas o Acórdão o ultrapassou – como uma espécie de substituição do texto constitucional (que exige o trânsito em julgado) por outro (“até condenação em segunda instância”).

Além disso, exceto no voto de Barroso, não houve sequer menção ao artigo 283 do Código de Processo Penal – que delimita as possibilidades de prisão, sem qualquer alusão à prisão em face de execução provisória (havendo apenas as hipóteses prevista no artigo 312 do CPP, além da prisão após o trânsito em julgado).

Por fim, questiona-se acerca do que Barroso nomeou de “fundamentos pragmáticos” para fixar novo entendimento do texto constitucional. Como um dos parâmetros, o pretexto de quebra do paradigma da impunidade, do que entende como garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal e redução da seletividade do sistema criminal<sup>104</sup>. Nesse sentido, o ministro fala de análise do resultado prático da decisão, que deve ser

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 483

<sup>103</sup> Dentro da teoria do direito, destaca-se como posições tradicionais a do positivismo *normativista*, na linha de Kelsen, segundo a qual o texto normativo traz a “moldura”, ou seja, fixa os limites da decisão – norma previamente dada; e a do *decisionismo*, pela qual a decisão não guarda relação com textos normativos quanto a problemas de validade e sentido, de modo que vale na medida em que é efetiva e controla conflitos. Vide ADEODATO, João Maurício. **Ética & Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. P. 283-284.

<sup>104</sup> Ver nota de rodapé n. 58.

considerado pelo intérprete em uma aparente aproximação do que se entende na doutrina como *Consequencialismo*<sup>105</sup>, termo, inclusive, utilizado pelo ministro.

Não se ignora aqui a importância de ponderar determinadas consequências tidas como relevantes na justificação de certas decisões jurídicas, no entanto isso deve ser feito dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os direitos fundamentais. No caso em análise, o texto constitucional é claro, além de haver dispositivos legais (a exemplo do artigo 283 do CPP). Desse modo, a presunção de não culpabilidade trata-se de direito fundamental, que enseja decisão judicial que transcende a lógica *consequencialista*, sob pena de gerar insegurança jurídica.

Em contraposição à ideia de inibição da efetividade, destaca-se a perspectiva *garantista*. Para Ferrajoli, há um nexos profundo entre o garantismo e o racionalismo, tendo em vista que o direito penal é racional e correto na medida em que suas intervenções são previsíveis. Nesse sentido, ele aponta que

Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros<sup>106</sup>.

Ante as reflexões expostas, entende-se que não há compatibilidade entre o artigo 5º, LVII da CRFB/88 e a execução após acórdão condenatório em segunda instância.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Delimitado o caso do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, passou-se a propor algumas reflexões críticas para definir o que se entende como momento adequado para

<sup>105</sup> Ver nota de rodapé n. 56. Não se pretende aprofundar nessa doutrina, porém deve-se considerar que tem Richard Posner como um de seus principais defensores do *Consequencialismo*, doutrina notadamente norte-americana, que nasce como contraponto à Deontologia. Esta afere a validade ou não da decisão judicial, ao passo que no *consequencialismo*, as propriedades normativas de uma conduta dependem fundamentalmente de suas consequências. Dentro do *consequencialismo*, depreende-se como espécies: o *eficientismo* de Posner (que tem o “valor econômico” como medida de riqueza) e o *utilitarismo* de Bentham (que tem como medida de utilidade a “felicidade”). Vide artigo: SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. From the Selected Works of Bruno Meyerhof Salama, 2012. P. 1-30. Neste artigo, a teoria eficientista de Posner é vista como o seu “fracasso”.

<sup>106</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. P. 83-84.

execução da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, por todo o exposto no capítulo 3, identifica-se em que consiste no trânsito em julgado, sendo este o momento mais adequado do ponto de vista técnico-jurídico, além de conferir força normativa à Constituição, que expressamente determina isso em seu artigo 5º, LVII.

Não há legitimidade constitucional na execução provisória da pena. Deve a Constituição ser o fundamento do ordenamento jurídico brasileiro, tendo o Supremo Tribunal Federal a função precípua de guarda da Constituição (considerada rígida). No entanto, a partir do Acórdão analisado na presente monografia, constata-se a ausência de argumentos técnico-jurídicos nos votos que construíram a chamada tese vitoriosa.

Ao revés, a partir do posicionamento firmado no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, não é difícil identificar diversos argumentos *metajurídicos*, ou seja, que extrapolam o Direito, em grande parte dos votos da tese vencedora, em um distanciamento cada vez maior do texto constitucional para atender a “objetivos e interesses práticos”, “em resposta às exigências da sociedade”. Não se ignora a importância desses na resolução de alguns casos. No entanto, fatores políticos, sociais e, por vezes, até econômicos não podem ser priorizados pelos aplicadores do Direito, que devem pautar seu entendimento em face do ordenamento jurídico, de modo especial da Constituição, além das leis infraconstitucionais.

Não há qualquer razoabilidade em buscar efetivar políticas públicas em face da situação político-social do país por intermédio de decisões judiciais, sob pena de macular o princípio da separação dos poderes. Não pode o Judiciário legislar a fim de atenuar crises políticas, nem tampouco distanciar-se do que prevê a Constituição como direito fundamental visando obter consequências que correspondam “à expectativa da sociedade em relação ao que seja presunção de inocência”<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> HC n. 126.292/SP. Op. cit. P. 58 do Inteiro Teor do Julgado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética & Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. Impresso no Brasil 01.2015. 2ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint. **Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n.3, p. 1.073-1.114, set-dez., 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgado pelo Brasil Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm).

BRASIL. MINAS GERAIS. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078-7 Minas Gerais**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Minas Gerais, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.

BRASIL. SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. São Paulo, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

BRASIL. SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 313.021 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Tribunal

de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão Monocrática proferida pelo Presidente do STJ: Min. Francisco Falcão, julgado em 22 de dezembro de 2014 e publicado em 02 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=313021&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>

CANOTILHO, José J. Gomes... [et al.]; outros autores e coordenadores SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

**Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

**Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. European Court of Human Rights. Cour Européenne des Droits de L'home. Concil of Europe. Conseil de L'Europe. Disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf).

Corvo Branco. **Magna Carta**. Ano de 1215. Disponível em [http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna\\_carta.pdf](http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf).

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

**Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. 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>.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Artigo XI.1. Vide **Direitos Humanos: atos internacionais e normas correlatas**. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence>

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 14ª edição rev., ampl., atual.. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e Sempre a Coisa Julgada**. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol. 6. P. 679. Revista dos Tribunais – RT – 416/9. Jun./1970. P. 5. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4231041/mod\\_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4231041/mod_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf).

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, promulgada em 25 de abril de 1974.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes; GOMES, Luís Roberto. **Princípio de Presunção de Inocência ou de Não-Culpabilidade: Estudo Crítico do seu Sentido, Alcance e Consequências como Direito Fundamental de Tratamento Jurídico-Constitucional Garantístico**. Disponível em: [http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis\\_Roberto\\_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luis%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf](http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis_Roberto_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luis%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf).

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. From the Selected Works of Bruno Meyerhof Salama, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **É necessário questionar a polêmica execução provisória da pena**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-30/direitos-fundamentais-controvertendo-polemica-execucao-provisoria-pena>. Escrito em 30/9/2016. Acesso em: 30/8/2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª edição rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. **Um questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>. Escrito em 25/8/2018.

SILVA, Guilherme Felipe Ribeiro Gomes; OLIVEIRA, Nathália Alves de; DIAS, Eliotério Fachin. **Tratados Internacionais e o Princípio da Presunção de Inocência: uma reflexão sobre suas influências no ordenamento jurídico brasileiro**.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. São Paulo, escrito em 28 de março de 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um Voto Qualquer”? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015