

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: O STF E A ESTABILIDADE JURÍDICA NO PAÍS

Wanderlei José dos Reis ¹

Resumo: No julgamento das ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, encerrado em 07.11.2019, o STF firmou entendimento no sentido de que a execução antecipada de acórdão condenatório proferido em grau de apelação ofende o princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, do Estatuto Maior, declarando, por consequência, a constitucionalidade do art. 283, CPP, que condiciona o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado do título condenatório, reformulando assim a sua jurisprudência deflagrada no julgamento do HC n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.2016, pacificando, no âmbito jurídico, a discussão quanto à possibilidade de prisão em segunda instância e restabelecendo a estabilidade e segurança jurídica no país.

Palavras-Chave: Constituição Federal. Presunção de inocência. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Segurança jurídica.

¹ Pós-doutor e doutor em Direito. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Cursa 2º Doutorado em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito e em Ciências e Matemática (ênfase em informática). MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Especialista em Filosofia e Direitos Humanos, Educação, Direito Constitucional (dois cursos), Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito Eleitoral, Direito Penal e Processual Penal, Direito Administrativo e Contratos, Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado, Direito de Família e Direito Tributário e Processual Tributário. Escritor. Professor. Palestrante. Conferencista. Doutrinador. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e Europa. Membro Titular-vitalício da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA). Juiz de direito e juiz eleitoral em Mato Grosso e ex-delegado de polícia.

Abstract: In the judgment of ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, terminated on 11.07.2019, the Federal Court of Justice (STF) agreed that the early execution of an appellant judgment offends the principle of presumption of innocence, embodied in art. 5, item LVII, of the Major Statute, declaring, consequently, the constitutionality of art. 283, CPP, which conditions the commencement of the execution of the sentence to the *res judicata* of the conviction, thus reformulating its jurisprudence triggered in HC judgment 126.292/SP, held on February 17, 2016, pacifying, in the legal context, the discussion of the possibility of arrest in the second instance and restoring stability and legal stability in the country.

Keywords: Federal Constitution. Presumption of innocence. Federal Court of Justice. Jurisprudence. Legal certainty.

Sumário: I. Considerações Iniciais II. Análise do Tema III. Considerações Finais IV. Referências.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS



Carta Republicana de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”, em seu art. 5º, inciso LVII, vaticina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando, com isso, o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da presunção de não culpa ou princípio da não culpabilidade, um dos principais pilares do processo penal num Estado Democrático de Direito no qual se constitui a República Federativa do Brasil.

Da mesma forma, o art. 11, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de

acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Inspirada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF) e assentada na cláusula do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF), a presunção da inocência é um direito fundamental e uma garantia processual de toda e qualquer pessoa sujeita a atos de investigação ou persecução criminal, de modo a evitar qualquer atuação ou juízo condenatório açodado por parte do Estado ou da sociedade. Em outras palavras, “o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados”².

No aspecto terminológico, ao tratar de tais nomenclaturas, Gomes e Bianchini, de forma oportuna, advertem que a denominação “politicamente correta” seria “presunção de inocência”, utilizada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, já que a expressão “princípio da não-culpabilidade”, reiteradamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, encontra raízes no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente.³

É possível dizer, de uma maneira ampla, que nos sistemas penais inquisitórios se parte da premissa de que o acusado ou investigado é culpado, de modo que a máquina estatal se move no sentido de colher elementos probatórios que justifiquem sua condenação. A adoção do princípio da presunção de inocência, por sua vez, inverte o sentido da persecução penal adotada nos sistemas inquisitórios, fazendo com que o processo penal tome como premissa a hipótese de que o acusado ou

² BRASIL. STF. HC n.º 67.707/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, julgado em 07.11.1989, publicado em 14.08.1992.

³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência. In SANCHES CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 251.

investigado é inocente, devendo ser provada, durante o curso do processo, a sua culpa, sendo que, por esta razão, não pode haver qualquer atuação estatal configuradora de antecipação da pena.

Neste sentido, já aduzia Beccaria que “um homem não pode ser tido como culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, a não ser quando se tenha decidido que violou os pactos com os quais aquela lhe foi outorgada”⁴.

Não obstante, a interpretação acerca do sentido e alcance do postulado do estado de inocência foi e tem sido alvo de inúmeros debates no campo acadêmico e jurisprudencial, máxime quanto à possibilidade da execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, cabendo frisar que, após a promulgação da atual *Lex Fundamentalis*, em 05.10.1988, a jurisprudência do STF oscilou em várias oportunidades entre admitir e não admitir a prisão antes da preclusão maior do título condenatório, contudo, no julgamento das ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, encerrado em 07.11.2019, a controvérsia foi dirimida pela Corte de forma definitiva, já que proferida em sede de controle concentrado, restabelecendo assim a segurança jurídica e a estabilidade no campo jurisprudencial.

II. ANÁLISE DO TEMA

Sabido que a prisão representa a supressão da liberdade individual, mediante o encarceramento, daí que liberdade provisória representa uma situação substitutiva da prisão processual, limitada, portanto, no tempo – até a sentença final – e que se contrapõe à liberdade definitiva, que advém de sentença penal absolutória transitada em julgado.

As prisões decretadas antes do julgamento definitivo (sentença transitada em julgado), ou seja, no curso do processo,

⁴ BECCARIA, Cesare; BONESANA, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel, 2003, p. 35.

denominadas de prisões provisórias, processuais ou cautelares, exatamente por se contraporem à prisão-pena – que decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado –, não ofendem o princípio da presunção de inocência e se constituem em medida excepcional, destinada aos casos de absoluta imprescindibilidade, exigindo-se do juiz competente a demonstração dos pressupostos e requisitos legais de cautelaridade (vide art. 312, CPP e art. 1.º, incisos I, II e III, da Lei n.º 7.960/89), já que o ordenamento comporta igualmente medidas cautelares diversas à prisão previstas no art. 319, CPP.

Com efeito, são três as espécies de prisões provisórias: prisão em flagrante, temporária e preventiva.

O termo flagrante, do latim *flagrans, flagrantis*, do verbo *flagare* (queimar), significa ardente, que está em chamas, ardendo ou crepitando. O Código de Processo Penal admite várias formas de flagrante – art. 302, I a IV – não só daquele que está cometendo o crime, mas elastece tal conceito a abarcar outras situações.

A prisão em flagrante, que deve observar as diretivas previstas no art. 302, do Código de Processo Penal, tem, na atual sistemática processual penal, duração efêmera, constituindo-se mero rito de passagem já que não se protrai no tempo como ocorria outrora, *ex vi* do art. 310, CPP, com a alteração feita pela Lei n.º 12.403/2011, que estabelece que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. O seu parágrafo único preconiza ainda que, se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato amparado por alguma excludente de ilicitude ou antijuridicidade (exculpante, eximente ou justificativa), como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever

legal ou exercício regular de direito, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Já a prisão temporária, admissível apenas na fase de inquérito policial, de caráter instrumental e com prazo de duração fixado em lei (cinco dias, em regra, ou trinta dias, se for crime hediondo, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade), é cabível quando se demonstrar imprescindível às investigações, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, ou ainda, quando houver fundadas razões da autoria ou da participação do indiciado nos crimes elencados nas hipóteses do inciso III do art. 1º da Lei n.º 7.960/89. Outrossim, há discussão doutrinária se esses requisitos dos três incisos do art. 1º são de caráter alternativo ou cumulativo.

Das três espécies de prisão cautelar, a mais usual é a preventiva, que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (art. 311, CPP). O art. 312, *caput*, CPP, estabelece os seus fundamentos, podendo ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, e seu parágrafo único estabelece que a preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º, CPP). A prisão preventiva pode ser decretada, inclusive, na ocasião da prolação da sentença penal condenatória, conforme tem admitido o STF⁵.

⁵ Neste sentido, o STF vem admitindo que a decretação de prisão preventiva se dê na sentença penal condenatória: cfr. BRASIL. STF. RHC n.º 121.075/DF. Rel. Min. Luiz

A par disso, cediço que o princípio da presunção de inocência se projeta sob dois aspectos no processo penal ou, dito de outra forma, são dois os principais efeitos que o princípio produz na órbita processual penal: no *onus probandi* e nas prisões cautelares.

O primeiro efeito diz respeito ao standard anglo-saxão de prova e de que a dúvida sempre milita em favor do acusado – traduzido no princípio *in dubio pro reo* –, constituindo este o núcleo duro do princípio, por isso, de caráter absoluto. Dessa forma, o *onus probandi* é atribuído ao acusador, a quem incumbe o dever de comprovar em juízo no curso do processo penal, diante do Estado-juiz, aquilo que está retratado na peça acusatória, mister cujo descumprimento ou cumprimento insatisfatório acarreta a absolvição do acusado pela aplicação de outro postulado que guarda relação estreita e direta com a presunção de inocência, que é o princípio *in dubio pro reo*.

No que tange às prisões cautelares – também denominadas de prisões processuais ou provisórias, em qualquer uma de suas espécies: prisão em flagrante, preventiva ou temporária –, o princípio da presunção de inocência impede que se configurem uma espécie de punição antecipada ao réu. Assim, por força deste postulado, a restrição de direitos do réu antes do julgamento é ilidida, mas não de uma forma absoluta, como pode ser depreendido da admissibilidade da prisão cautelar ou provisória, que não pode, em nenhuma hipótese, se apresentar como um castigo antecipado, devendo, então, revelar-se sempre como medida assecuratória vinculada a real necessidade de sua imposição, como no caso das hipóteses legais do art. 312, do Código de Processo Penal, que estabelece os fundamentos em que a prisão preventiva poderá ser decretada – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal –, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria

(pressupostos da prisão preventiva) e uma vez atendidos os demais requisitos legais ou condições de admissibilidade da medida.

Logo, *prima facie*, se mostraria incompatível o princípio constitucional da presunção de inocência com o cumprimento provisório de prisão-pena, já que o cerceamento da liberdade de forma preventiva, *a priori*, não pode constituir uma punição antecipada àquele que sequer possui condenação definitiva contra si, revelando-se eventual execução antecipada de pena um ato atentatório ao princípio constitucional da dignidade de pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), epicentro do constitucionalismo contemporâneo.

Sucedede que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal (art. 102, *caput*, CF), desde a promulgação da atual Carta Política, em 05.10.1988, até o dia 07.11.2019, em várias oportunidades se debruçou sobre a possibilidade ou não de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que, ao se fazer uma análise histórica da jurisprudência acerca do tema, depreende-se que o entendimento da Corte se mostrou de-veras oscilante, ora pela possibilidade de execução imediata da pena de prisão a partir da confirmação da condenação em segunda instância, ora pela impossibilidade de se decretar a prisão antes do trânsito em julgado do título condenatório, fato este que, a toda evidência, gerou grave instabilidade e elevada insegurança jurídica no país, restando claro que tal polêmica teve o seu ápice no julgamento do HC n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.2016, conforme doravante será explicitado.

Deveras, a primeira vez que o STF enfrentou o tema da execução provisória da pena ocorreu em 28.06.1991, no julgamento do HC 68.726/DF⁶, de relatoria do ministro Néri da Silveira, oportunidade em que o Tribunal firmou entendimento no

⁶ BRASIL. STF. HC 68.726/DF. Rel. Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno, julgado em 28.06.91, publicado em 20.11.92.

sentido de que não conflitaria com a norma do art. 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, cuja condenação à pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário nas instâncias superiores.

Ainda, no julgamento do HC n.º 74.983/DF⁷, de relatoria do ministro Carlos Velloso, ocorrido em 30.06.1997, o STF decidiu que, por não terem efeito suspensivo, os recursos especial e extraordinário não impedem o cumprimento de mandado de prisão.

Na mesma trilha, no âmbito das turmas do STF, até o ano de 2009, prevalecia o entendimento de que era possível a execução provisória da condenação, após confirmada a sentença condenatória pelo órgão judiciário de segundo grau, visto que os recursos eventualmente aviados, especial e extraordinário, não são dotados de efeito suspensivo, nos termos do art. 27, § 2º, da Lei n.º 8.038/90.⁸

Aliás, com base nesse entendimento, até então predominante, foi editada a Súmula n.º 716, do STF, a qual admite a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

⁷ BRASIL. STF. HC 74.983/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno, julgado em 30.06.97, publicado em 29.08.97.

⁸ BRASIL. STF. HC n.º 70.662/RN. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, julgado em 21.06.94, publicado em 04.11.94; HC n.º 71.723/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma, julgado em 14.03.95, publicado em 16.06.95; HC n.º 79.814/SP. Rel. Min. Nelson Jobim. Segunda Turma, julgado em 23.05.00, publicado em 13.10.00; HC n.º 80.174/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma, julgado em 06.06.00, publicado em 12.04.02; RHC n.º 84.846/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma, julgado em 19.10.04, publicado em 05.11.04; RHC n.º 85.024/RJ, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 23.11.05, publicado em 10.12.04; HC n.º 91.675/PR. Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 04.09.07, publicado em 07.12.07.

Contudo, no julgamento do HC n.º 84.078/MG⁹, ocorrido em 05.02.2009, de relatoria do ministro Eros Grau, a Corte Excelsa reformulou o seu entendimento e, por maioria (sete votos a quatro) e nos termos do voto do relator, assentou que a execução provisória da pena, sem que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, implica em afronta ao princípio da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, da Carta da República.

Mais adiante, modificando novamente o entendimento da Corte, no julgamento do HC n.º 126.292/SP¹⁰, ocorrido em 17.02.2016, de relatoria do ministro Teori Zavascki, o STF deu nova guinada em sua jurisprudência e, também por maioria (sete votos a quatro) e nos termos do voto do relator, firmou entendimento no sentido de que a execução penal provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ao proferir seu voto, o ministro Teori Zavascki, na condição de relator do processo, assentou que, de fato, antes de proferida a sentença condenatória, há de se manter reserva de dúvidas quanto à conduta delituosa, o que leva a conferir ao acusado, para todos os efeitos – mas, especialmente no que se refere ao ônus probatório da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação significaria, neste caso, um juízo de culpabilidade, que deve aflorar dos elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório no curso da ação penal. A partir daí, para o sentenciante de primeiro grau, ficaria superada a presunção de não culpabilidade por um juízo de culpa – pressuposto inarredável para a condenação –, embora não definitivo, já que passível de revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior. Assim, conforme o relator, “é nesse juízo de apelação

⁹ BRASIL. STF. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05.02.09, publicado em 26.02.10.

¹⁰ BRASIL. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17.02.16, publicado em 17.05.2016.

que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame dos fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado”¹¹.

Do mesmo modo, o relator assinalou que os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramento do duplo grau de jurisdição, haja vista que não se prestam à reapreciação da matéria fática probatória. Dessa forma, tendo havido, em segundo grau, um juízo de culpabilidade do acusado, lastreado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pelos tribunais superiores, “parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”¹².

Partindo dessa premissa, o ministro Teori Zavascki declinou que a execução provisória da sentença condenatória, ainda que na pendência de julgamento de recursos de natureza extraordinária, não comprometeria o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o acusado foi tratado como inocente durante o transcurso do processo criminal ordinário, tendo sido respeitados os direitos e garantias a ele inerentes, assim como observadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Ante esse quadro, não violaria o postulado da não culpabilidade autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos da própria responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.¹³

Porém, o relator advertiu que, de fato, poderiam ocorrer equívocos nos juízos condenatórios emitidos pelas instâncias ordinárias, assim como nas instâncias extraordinárias. Nesses casos, o ministro assinalou que sempre haverá outros mecanismos jurídicos vocacionados a suspender, caso necessário, a execução da pena, como as medidas cautelares de outorga de efeito

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ Idem.

suspensivo ou a ação constitucional do *habeas corpus*. De uma forma ou de outra, “mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos”¹⁴.

Assim, com base nesses argumentos, o ministro Teori Zavascki, ao votar pela denegação da ordem de *habeas corpus*, reavivou o antigo entendimento da Corte Excelsa, concluindo que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, entendimento este acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, com os quais se formou maioria.

Considerando que a decisão proferida no HC n.º 126.292/SP gerou efeito somente entre as partes do processo, por se tratar de um caso concreto, não produziu eficácia contra todos e efeito vinculante e, por conta disso, não afetava todos os casos semelhantes, o que fez com que alguns ministros – que gozam de plena autonomia em suas decisões monocráticas – decidissem em sentido contrário ao que foi deliberado pela maioria no plenário da Corte e, em sede de *habeas corpus*, determinavam a suspensão da execução provisória da pena¹⁵. Por outro lado, os tribunais do país, de modo geral, após a confirmação da condenação em sede de apelação, passaram a determinar o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade, com base no que foi decidido no HC n.º 126.292/SP, o que resultou em um quadro de extrema instabilidade e insegurança jurídicas, que passaram a grassar no país, além de suscitar críticas veementes da doutrina.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Cfr. BRASIL. STF. HC n.º 135.100/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Liminar deferida em 01.07.2016.

Neste sentido, Streck asseverou que o STF, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, teria reescrito a Constituição Federal e, com isso, aniquilado a garantia fundamental da presunção de inocência, já que este julgamento teria se revelado um equívoco, pois o Alto Pretório havia julgado inconstitucional o próprio texto constitucional.¹⁶

Ainda, segundo Streck, essa decisão do STF é resultado de controle de constitucionalidade incidental, porquanto a matéria foi levada ao plenário da Corte. Entretanto, relata que não houve declaração incidental, visto que teria sido uma interpretação da Carta da República e, ao que parece, a Corte Suprema não declarou a inconstitucionalidade de nenhum dispositivo do Código de Processo Penal. E é aí que residiria o problema, pois não seria possível ignorar a clareza do texto do art. 283, do Código de Processo Penal, cuja redação é do ano de 2011, o qual estabelece que 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.¹⁷

A par disso, Streck pontuou que, da análise do voto do ministro Teori Zavascki, relator do feito, não se vislumbraria qualquer menção ao art. 283, CPP, o que levaria a concluir que tal dispositivo legal ainda está em pleno vigor. Em continuação, Streck afirma que o voto do ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, vai de encontro ao raciocínio construído pelo próprio ministro no julgamento da Reclamação n.º 2.645/SP, quando ainda era ministro do Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que, ao proferir o seu voto, entendeu que seria inadmissível negar aplicação, pura e simplesmente, a

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>.

Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁷ Idem.

preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade. Ocasão em que proclamou que: “tenho absoluta tranquilidade para dizer que o art. 283 continua válido. Logo, aplicável”¹⁸.

Diante desse quadro, forçoso era concluir que, para que o impasse instaurado fosse dirimido, o caminho inexorável seria a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por meio da qual o STF teria que dizer, afinal, se o art. 283, CPP, é constitucional ou não, já que, naquele momento, a dicotomia era manifesta: um dispositivo do Código de Processo Penal válido e uma decisão do STF sinalizando em sentido contrário.

Dentro desse contexto, o STF, no dia 17.10.2019, deu início ao julgamento conjunto das ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e Partido Comunista do Brasil (PC do B), oportunidade em que a Corte se debruçou a respeito da constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, que prevê, dentre as condições para a prisão, o trânsito em julgado do título condenatório, à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, inciso LVII, do Texto Fundamental de 1988. Na oportunidade, o ministro Marco Aurélio, relator, fez a leitura do relatório, com o resumo das alegações apresentadas em cada uma das ações e um breve histórico de sua tramitação. Em seguida, foram ouvidos os advogados dos autores das ADCs e os representantes das entidades admitidas pelo relator.

Retomado o julgamento, em 23.10.2019, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência dos pedidos formulados nas ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, assentando a constitucionalidade do art. 283, CPP. Ao justificar o seu posicionamento contrário à execução provisória da pena, o ministro afirmou que “a execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a

¹⁸ Idem.

viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão”¹⁹. A respeito do teor do art. 5º, inciso LVII, do Estatuto Maior, consignou que “o dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória”²⁰. Em arremate, registrou que “urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso”²¹.

Na mesma assentada, o ministro Alexandre de Moraes, ao inaugurar a divergência, afirmou que é possível a execução provisória da prisão, sob o argumento de que o cumprimento da pena após a condenação em segunda instância não afronta o princípio da presunção da inocência, que, a seu ver, se trata de “uma presunção *juris tantum* e exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e que está prevista no art. 9º, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão”²². Prosseguindo, vaticinou que a presunção de inocência pressupõe que toda condenação deve ser precedida de uma atividade probatória produzida pela acusação, sendo vedada, taxativamente, a condenação desacompanhada das necessárias provas, “devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio”²³. A par disso, destacou que “a decisão condenatória

¹⁹ BRASIL. STF. ADC n.º 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC n.º 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC n.º 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Idem.

de 2º grau esgota a possibilidade legal de análise probatória e, formando o ‘juízo de consistência’, afasta a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade”²⁴, de modo que, ao se exigir o trânsito em julgado ou o julgamento de recurso especial pelo STJ ou de recurso extraordinário pelo STF para, somente a partir de então, iniciar a execução da pena aplicada, mesmo após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal, “seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justeza ou conformidade funcional”²⁵. Com base nessas premissas, votou pela parcial procedência dos pedidos gizados nas ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, no sentido de conceder interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 283, CPP, de maneira a se admitir o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após decisão condenatória proferida por tribunal de segundo grau de jurisdição.

Ainda em 23.10.2019, o ministro Roberto Barroso, ao acompanhar a divergência, salientou que, do exame minucioso dos incisos LVII e LXI do Texto Maior, é possível verificar que “o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”²⁶, daí dizer que a regra para decretação da prisão é a reserva de jurisdição, e não o trânsito em julgado. Ademais, pontificou que a presunção da inocência, por se tratar de um princípio, e não de uma regra absoluta, está sujeita a ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais, logo, “na medida em que o processo avança e se

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência”²⁷. Outrossim, averbou que, no momento em que se dá a condenação do réu em segunda instância, são estabelecidas algumas certezas jurídicas, tais como a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas, de modo que postergar de modo infundado a prisão do condenado “estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal”²⁸.

Por sua vez, o ministro Edson Fachin, também no dia 23.10.2019, ao votar pela improcedência dos pleitos formulados nas ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, assentou que, diante da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e especiais, “não faria sentido se exigir que a atividade persecutória do Estado a eles se estenda, mesmo após o julgamento condenatório proferido em grau de apelação”²⁹. Sendo assim, entendeu que “a interpretação que dá eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias”³⁰.

No terceiro dia do julgamento das ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, em 24.10.2019, a ministra Rosa Weber, ao manifestar entendimento contrário à execução provisória do acórdão condenatório e, por consequência, acompanhar o voto do relator, ponderou que “o art. 5º, LVII, da CF, enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

regra específica, o que não se pode ignorar”³¹. Logo, em face da regra expressamente veiculada pelo constituinte, que estabelece o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência, momento em que é possível infligir os efeitos da atribuição da culpa ao acusado, “não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém”³². Ainda segundo a ministra, afora as hipóteses de prisão cautelar, delineadas no art. 312, CPP, a prisão-pena tem como pressuposto a formação da culpa e, segundo o que dispõe a norma do art. 5º, inciso LVII, da Carta da República de 1988, só poderá irradiar seus efeitos normativos a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que, “gostemos ou não, esta é a escolha político-civilizatória manifestada pelo poder constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos”³³.

Também em 24.10.2019, o ministro Ricardo Lewandowski, ao seguir o voto do relator, ressaltou que, se aos deputados e senadores, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são democraticamente investidos, é vedado suprimir ou minimizar a presunção de inocência, cristalizada na Constituição Federal de 1988, “com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, eis que esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas”³⁴. Ademais, sublinhou que, após a guinada jurisprudencial realizada pela Corte no julgamento do HC n.º 126.292/SP, em 17.02.2016, muitos decretos de prisão foram emitidos, após decisões de segunda instância, de forma automática, sem qualquer fundamentação idônea, violando a regra do art. 5º, inciso LXI,

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Idem.

³⁴ Idem.

da Lei Maior, ressaltando também que “esse retrocesso jurisprudencial mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, particularmente daqueles que militam na área acadêmica”³⁵.

O ministro Luiz Fux, em contrapartida, ao defender a possibilidade de execução provisória da pena após confirmação da sentença em segunda instância, asseverou que o princípio da presunção da inocência não possui qualquer vinculação com a prisão. Segundo ele, o art. 5º, inciso LXI, do Estatuto Fundamental, garante ao acusado provar a sua inocência até o trânsito em julgado, porém, “à medida que o processo vai tramitando, essa presunção de inocência vai sendo mitigada. Há uma graduação”³⁶. No mesmo contexto, o ministro entendeu salutar a manutenção do entendimento deflagrado pelo STF no julgamento do HC n.º 126.292/SP, em homenagem ao princípio da segurança. “Nós estamos aqui desde 2016 dizendo: essa regra é salutar, ela evita a impunidade, e agora nós vamos mudar por quê? Qual a razão de se modificar a jurisprudência?”³⁷.

Já em 07.11.2019, último dia de julgamento, a ministra Cármen Lúcia, primeira a votar, acompanhou a divergência e, assim, votou a favor da prisão após condenação em segunda instância, alegando que “a eficácia do direito penal afirma-se, na minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade”³⁸. Essa certeza da impunidade, na esteira da ministra, não é nutrida pelos mais pobres, e sim por aqueles mais abastados, que dispõem de meios “para usar, ou até para abusar, de todo um rebuscado e intrincado sistema recursal, de todos os meios para não precisar de responder pelo delito e protrair o processo no

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

tempo, até se chegar à prescrição da pretensão punitiva e à frustração dos direitos daqueles que sofreram como consequência do delito”³⁹.

O ministro Celso de Mello, por seu turno, na condição de decano da Corte, na mesma linha de suas manifestações pretéritas, aderiu ao voto do relator e, com isso, votou pela impossibilidade de execução antecipada da pena de prisão. Em suas razões, assentou que as sanções impostas a qualquer condenado dependem, para a sua efetivação, do trânsito em julgado do título condenatório que as aplicou, haja vista que a garantia constitucional da presunção da inocência “impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário”⁴⁰. Outrossim, pontificou que a presunção de inocência, “repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente”. Em complemento, o ministro consignou que a repulsa à presunção de inocência “não pode legitimar, inclusive mediante procedimento hermenêutico, a imposição de restrição desautorizada pela Constituição da República e que se mostra, por isso mesmo, absolutamente indevida e arbitrária”⁴¹.

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes – que, no ano de 2009, no julgamento do HC n.º 84.078/MG, havia manifestado entendimento favorável à prisão em segunda instância, o que foi repetido por ele em 2016 no julgamento do HC n.º 126.292/SP –, votou contra a execução provisória de acórdão condenatório de segundo grau, em consonância com o voto do relator, aduzindo que a mudança de entendimento hoje resulta do

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

“desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016”⁴², porquanto os tribunais não compreenderam que a Corte, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena, e não obrigatoriedade. “Ou seja, decidiu-se que a execução da pena após condenação em segunda instância seria possível, mas não imperativa”⁴³.

Já o ministro Dias Toffoli, na condição de presidente do STF, responsável pelo desempate no julgamento que se encontrava cinco votos a cinco, decidiu pela impossibilidade de cumprimento da prisão em segunda instância. Conforme ponderou, a prisão lastreada unicamente em condenação penal só pode ser decretada após o trânsito em julgado, sendo essa a vontade do legislador quando da edição da Lei n.º 12.403/2011, que alterou a redação do art. 283, CPP. Logo, a norma não carece de interpretação conforme a Constituição, mas sim como prevista na Constituição. Ainda de acordo com o ministro, o Congresso Nacional possui autonomia para alterar esse dispositivo e definir o momento da prisão. A única exceção, enfatizou, é a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, que, segundo preconiza a Lei Maior, é soberano em seus veredictos.⁴⁴

Dessarte, o STF, por apertada maioria (seis votos a cinco) e nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedentes os pedidos aduzidos nas ações para assentar a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, afastando assim a possibilidade do cumprimento antecipado da pena de prisão sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, reformulando então o entendimento firmado em 2016 no julgamento do HC n.º 126.292/SP e reavivando o precedente gizado no HC n.º 84.078/MG, de 2009, só que agora com toda a

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

carga de efeitos do controle concentrado (art. 102, § 2º, CF) – efeito vinculante e eficácia contra todos.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após três décadas de posições oscilantes, em função de mudanças em sua composição, sob o aspecto jurídico, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento das ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, no final do ano de 2019, ao decidir, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF), pelo descabimento da execução provisória da pena privativa de liberdade, pôs fim a um impasse que reinava na ordem jurídica do país, a gerar instabilidade e insegurança jurídicas deflagrados pela própria Corte, já que suas manifestações anteriores haviam se dado no controle difuso, notadamente no julgamento de *habeas corpus*, sendo, deste modo, desprovidas de eficácia contra todos e efeito vinculante.

De outro giro, considerando que as decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade vinculam somente o próprio Judiciário e o Executivo, tem-se que o Poder Legislativo, cujos membros foram investidos pelo voto popular, poderá promulgar, se quiser, uma proposta de emenda constitucional (PEC) tendente a permitir a prisão em segunda instância, ou limitar os recursos às Cortes Superiores com reforma na legislação infraconstitucional, desde que as proposições legislativas em tela não afetem as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF) e nem tampouco o núcleo duro dos direitos e garantias fundamentais. Assim, em princípio, a discussão, doravante, continuará na arena político-democrática, que é o *locus* apropriado para a deliberação quanto à viabilidade ou não da execução provisória da pena de prisão a partir da segunda instância.

No mais, também não se pode olvidar – e o legislador certamente atentará a isso – que os processos criminais que tramitam nas cortes judiciárias do país, sobretudo nas instâncias

superiores, padecem de excessiva lentidão, dada a gama de recursos endereçados aos tribunais superiores, justamente para procrastinar o andamento da ação penal e, dessa forma, adiar o início da execução da pena e obter eventual prescrição da pretensão punitiva (ou até executória), além de decorrerem das falhas na organização administrativa do Poder Judiciário (falta de juízes, de servidores e de gestão eficiente), afrontando assim o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF) e, ao mesmo tempo, despertando uma intolerável sensação de impunidade no seio da coletividade. Por conta disso, a interpretação da Constituição e das normas penais e processuais penais tem sido pressionada por exigências de efetividade.

Por outro lado, é de se observar que o Ocidente vive uma preocupante onda de produção legislativa restritiva de direitos, sob o pretexto de se promover a persecução penal com efetividade e combater a impunidade. Dentro dessa perspectiva, nem tanto ao mar nem tanto à terra, há que se ter a máxima cautela, porquanto, “em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”⁴⁵, assim, ao legislador, diante da gravidade da complexidade do tema, compete agir com parcimônia, a fim de evitar autoritarismos e abusos que, a toda evidência, impliquem em inequívoco retrocesso na história e afronta às liberdades públicas e garantias individuais dos cidadãos, conquistadas a duras penas ao longo da história da humanidade.



IV. REFERÊNCIAS

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 275-290.

- BECCARIA, Cesare; BONESANA, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel, 2003.
- BITENCOURT, César Roberto; BITENCOURT, Vânia Barbosa Adorno. *Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- EL HERICHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. *Decisão do Supremo é mais um capítulo do direito penal de emergência*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência. In SANCHES CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 20 nov. 2019.