

**A POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO DA PRISÃO-PENA A PARTIR DA SEGUNDA INSTÂNCIA: Uma análise jurisprudencial, doutrinária e legislativa**

**THE POSSIBILITY OF EXECUTING THE PRISION-PENALTY AFTER THE SECOND INSTANCE: A jurisprudential, doctinary and legislative analysis.**

André Aarão Rocha\*

**RESUMO**

O presente trabalho busca trabalhar o tema da possibilidade da execução provisória da pena em segunda instância. Para tanto, serão analisadas as Ações Diretas de Constitucionalidade de nºs 43, 44 e 54, reunidas pelo Supremo Tribunal Federal para julgamento. Posteriormente, será realizada uma revisão jurisprudencial, com a análise dos casos anteriores levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em questão. Ademais, busca-se explicitar as duas correntes doutrinárias a respeito do tema, trazendo à discussão os argumentos de autores de ambos os entendimentos. Em seguida, serão apresentadas as normas que regulamentam a matéria tanto no âmbito nacional quanto em diversos tratados internacionais. Por fim, será efetuada uma análise crítica a respeito do tema, na qual será analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade examinadas, bem como a necessidade e possibilidade de alteração do art. 5º, LVII da Constituição e do art. 283 do Código de Processo Penal.

Palavras Chave: Prisão-Pena. Segunda Instância. Trânsito em Julgado. Presunção de Inocência. Culpabilidade.

**ABSTRACT**

This paper seeks to address the issue of the possibility of provisional enforcement of the sentence in the second instance. For this purpose, Direct Constitutionality Actions numbers 43, 44 and 54, gathered by the Supreme Federal Court for judgment, will be analyzed. Subsequently, a jurisprudential review will be carried out, with the analysis of previous cases brought to the attention of the Federal Supreme Court on the matter in question. Furthermore, it seeks to make explicit the two doctrinal currents on the subject, bringing to the discussion the arguments of authors of both understandings. Then, the rules that regulate the matter will be presented both at the national level and in several international treaties. Finally, a critical analysis will be made on the subject, in which the decision of the Supreme Federal Court will be analyzed in the judgment of the Direct Constitutionality Actions that have been exhausted, as well as the need and possibility of changing art. 5, LVII of the Constitution and art. 283 of the Criminal Procedure Code.

Keywords: Prison-Penalty. Second Instance. Res Judicata. Presumption of Innocence. Culpability.

---

Artigo submetido em 17 de julho de 2020 e aprovado em 15 de janeiro de 2021.

\* Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Advocacia da OAB São Paulo (ESA-SP) em parceria com a Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogado. E-mail: andre.aarao@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1986189777895502>.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54 que foram ajuizadas pelo PEN - Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PCdoB - Partido Comunista do Brasil com o objetivo de perscrutar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que prevê o trânsito em julgado de sentença penal condenatória como requisito para a execução da pena.

O tema a respeito da definição do momento no qual o condenado terá o início de sua prisão executada já foi debatido pelo Supremo Tribunal Federal em momentos anteriores. Mudanças de entendimento mostraram-se frequentes.

Em 1989, tem-se o HC n. 67.245, que fora indeferido por unanimidade pelos então ministros, que entenderam por manter a execução da pena de prisão, por ter sido exaurida a análise pelas instâncias ordinárias de jurisdição, não havendo motivos legais para que a execução da pena de prisão não fosse iniciada imediatamente (BRASIL, HC 67.245/MG, 1989). O mesmo entendimento foi adotado em 1991, no HC n. 68.726.

Entretanto, posteriormente, no HC 84.078/MG, em 2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de sete votos a quatro, decidiu que deveria haver o trânsito em julgado da condenação para o início da execução da pena porque a execução provisória da pena, segundo a maioria dos ministros, compromete a integridade do princípio da presunção de inocência (PAULINO, 2017, p. 210).

Posteriormente, o Supremo Tribunal, em 2016, no HC n. 126.292/SP, decidiu pela possibilidade da execução provisória do acórdão que confirmou, em sede de apelação, a sentença penal condenatória, por sete votos a quatro. Com isso, voltou atrás e garantiu a permissão da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

Em outubro daquele mesmo ano, o posicionamento foi mantido, apenas em julgamento de liminares das ADCs, que foram finalmente julgadas em 2019. Nesse último julgamento, o STF, por seis votos a cinco, mudou novamente de posicionamento, voltando à posição de proibição do cumprimento provisório da pena em segundo grau recursal.

A questão que se coloca na controvérsia jurídica apresentada é identificar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, principalmente em face do princípio da presunção de inocência, estabelecido na Constituição de 1988, em seu art. 5º, LVII.

O objetivo deste artigo é analisar a recente decisão do STF acerca da constitucionalidade do art. 283 do CPP e a consequente mudança de seu posicionamento. Para isso, será examinada a jurisprudência sobre o tema, as posições doutrinárias, a legislação nacional e tratados internacionais. Ademais, buscou-se realizar uma análise crítica sobre a questão.

## 2 APRESENTAÇÃO DO CASO

As ADCs de números 43, 44 e 54, foram ajuizadas respectivamente pelo PEN, o Conselho Federal da OAB e o PCdoB com o objetivo de perquirir a constitucionalidade do artigo 283 do CPP.

As referidas ações objetivam anular um alegado estado de suspeição imposto ao art. 283 do CPP após entendimento do STF no HC nº 126.292, no qual considerou 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 da presunção de inocência.

Os requerentes asseveram a compatibilidade do art. 283 do CPP com o art. 5º, inciso LVII da CF/88, que, inclusive, assegura o princípio da presunção de inocência. Por isso, pedem a declaração de constitucionalidade daquele instituto, com o consequente início da execução da pena apenas a partir do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Cabe destacar os principais argumentos dos autores das ações, as manifestações do Procurador-Geral da República, da Advocacia-Geral da União e os votos dos ministros.

O Partido Ecológico Nacional, na ADC nº 43, destacou que a prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória não é prevista na legislação. Assevera que nova hipótese de prisão deveria ser definida em lei, não pelo Judiciário. Destaca também que a declaração de inconstitucionalidade do preceito não pode retroagir, sob pena de desrespeito ao princípio da irretroatividade de norma penal mais severa (BRASIL, ADC 43, 2019).

O Ministro Marco Aurélio determinou o apensamento da ADC 43 ao processo da ADC 44, para julgamento conjunto, por coincidência de objetos.

Essa última, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, também objetiva a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP. A parte autora alega que são nulos os pronunciamentos judiciais que, sem declaração de inconstitucionalidade do art. 283, causam a aplicação da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, o que viola o art. 97 da CF/88 (BRASIL, ADC 44, 2019).

O Pleno, em 5 de outubro, deixou de implementar a liminar, tendo sido o relator vencido. Posteriormente houve a manifestação da AGU, do Senado e da PGR.

A Advocacia-Geral da União sustenta que o artigo 283 do CPP baseia-se no art. 5º LVII da Constituição e não pode ter os limites semânticos mudados, a não ser pelo Legislativo. Ademais, aduz que o HC nº 126.292 não representou uniformização de jurisprudência (BRASIL, ADC 43, 2019).

O Senado Federal assevera a constitucionalidade do dispositivo, ao argumento de que a Constituição veda a execução provisória da pena após a segunda instância. Lembra também que o princípio da não culpabilidade também é disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e no Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, ADC 43, 2019).

A Procuradoria-Geral da República argumenta pela inadmissão das ações ante a perda superveniente de interesse e utilidade. Para isso, refere-se ao exame do recurso extraordinário com agravo nº 964.246, no qual foi reafirmada, por maioria, a conclusão já adotada no HC nº 126.292. Além disso, declara não haver controvérsia judicial que justifique a ADC, com base no art. 14, III, da Lei 9.868/1999. Destacou que precedentes firmados em recursos submetidos ao rito da repercussão geral possuem eficácia vinculante. Em relação ao mérito, aduz a inconstitucionalidade parcial do art. 283 do CPP, na parte que veda a execução provisória da pena por ser compatível com o duplo grau de jurisdição e o princípio da não culpabilidade (BRASIL, ADC 43, 2019).

Em 29 de março de 2019, a AGU manifestou-se novamente, mudando de posicionamento, sob o argumento de que é coerente com a Constituição o início da execução criminal depois de condenação assentada em segundo grau de jurisdição, ressalvado o caso de atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível (BRASIL, ADC 43, 2019).

A ADC nº 54 foi distribuída por prevenção por identidade de objeto. A entidade autora (PC do B) aduz que a posição majoritária adotada pelos Ministros é a da imprescindibilidade da fundamentação da custódia, considerando-se inconstitucional a determinação automática da execução da pena após condenação em segundo grau (BRASIL, ADC 54, 2019).

Em outubro de 2016, o STF, por maioria, indeferiu os pedidos de medidas cautelares formulados nas ADCs de números 43 e 44. A ADC nº 54 tomaria um rumo diferente, pelo fato de ter o eminente relator deferido, em dezembro de 2018, o pleito cautelar. Entretanto, em apreciação da suspensão de liminar, a presidência sobrestou os efeitos da decisão.

A seguir, destacam-se os principais argumentos elencados nos votos dos ministros.

O ministro Marco Aurélio, relator, assevera que a culpa é pressuposto para a sanção e a constatação daquela dá-se apenas com o trânsito em julgado da sentença. O julgador constata ainda, que a custódia é excepcional no ordenamento jurídico brasileiro e que a execução da

pena não comporta modalidade provisória. O ministro lembra que o art. 283 do CPP é compatível com a CF/88, além de adequar-se ao HC 84.078 (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

A ministra Rosa Weber aduz que uma decisão que permitisse o cumprimento de pena de prisão antes do trânsito em julgado seria introduzir modalidade de prisão não prevista em lei, no que ofenderia o princípio da reserva absoluta de lei na regulamentação da prisão. Segundo a ministra, o argumento de que a comprovação da culpa se esgotaria no âmbito da apreciação da prova e da análise dos fatos não deve subsistir, pois sempre que a hipótese normativa for antijurídica ou caso seja viciado o processo de formação da culpa, a questão será suscetível de ser apresentada em sede extraordinária (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

Ricardo Lewandowski dispôs que a taxatividade do dispositivo do CPP analisado não permite interpretação diversa. Ademais, destaca a impossibilidade de interpretação jurisprudencial *in malam partem*. Por fim, conclama o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que traz o princípio da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

O ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator, ressaltando a constitucionalidade do dispositivo do CPP. O ministro afirmou que, quando decidiu votar a favor da prisão após condenação em 2ª instância, acreditava que os tribunais conseguiriam corrigir abusos da 1ª instância, o que não ocorreu. Constatou que votou pela possibilidade dessas prisões e não pela imperatividade delas (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

O ministro Celso de Mello discorre que a presunção de inocência não é absoluta, sendo limitada no trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ressalta ainda, que apesar de diversos diplomas normativos assegurarem a presunção de inocência e não exigirem o trânsito em julgado, a Constituição brasileira exige (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

O ministro Dias Toffoli votou contra a prisão em segunda instância. Todavia, defendeu a execução imediata da pena de condenados por tribunal do júri, pois esse caso não contraria o CPP. Segundo o ministro, o Júri tem competência para decidir sobre crimes dolosos contra a vida e é soberano (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

O ministro Alexandre de Moraes afirma em seu voto que o STF deve interpretar a constituição considerando a inteireza de seu texto, para evitar que a eficácia de alguns preceitos anule a eficácia dos demais. Saliencia também, que, para que o princípio da presunção de inocência seja observado, três exigências devem ser consideradas: 1) o ônus da prova deve pertencer apenas à acusação; 2) necessidade de colheita ou repetição de provas perante o órgão judicial competente e 3) independência funcional entre os magistrados na livre valoração das provas na 1ª e 2ª instâncias. Respeitados esses requisitos, devem ser efetivadas as decisões prolatadas em 2º grau de jurisdição, que não devem ser congeladas por causa de recursos restritos e sem efeito suspensivo. Ainda assevera que o sistema judiciário autoriza constitucionalmente a execução da prisão após ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária em segundo grau, sendo eventuais abusos cometidos corrigidos perante o STJ, por *habeas corpus*, com recurso ordinário constitucional ao STF (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

O ministro Edson Fachin, por sua vez, lista uma série de precedentes da Corte Interamericana e da Corte Européia de Direitos Humanos e conclui que os direitos que caracterizam a presunção de inocência perduram até o julgamento final do processo, mas dentre esses direitos não se encontra o de não ser preso até que o trânsito em julgado. O ministro afirma que os recursos extraordinários e especiais não possuem efeito suspensivo e o efeito devolutivo deles é limitado, não fazendo sentido, por isso, exigir que se estenda a eles a atividade persecutória do Estado depois de julgamento em segunda instância (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

O ministro Luís Roberto Barroso argumenta que a ordem constitucional pátria não faz exigência do trânsito em julgado para decretação de prisão, mas apenas de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. Além disso, a presunção de inocência deve ser

sopesada com outros princípios. Segundo o ministro, “na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência” (BARROSO, ADC 43,44 e 54, 2019, p. 2). Ademais, julga que depois da condenação em segundo grau, como não há dúvida acerca da autoria e materialidade delitiva, “a execução da pena é uma exigência de ordem pública para a preservação da credibilidade da justiça.” (BARROSO, ADC 43,44 e 54, 2019, p. 3).

O Ministro Luiz Fux afirmou que à medida que o processo caminha e ocorrem condenações, há mitigação do princípio da presunção de inocência. Lembra, ainda, que a autoria e materialidade já estão definidas nas instâncias ordinárias, portanto, se condenado, já é culpado. Aduz que é contraditório haver duas súmulas do STF (716 e 717) admitindo 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 e ao mesmo tempo o Tribunal permitir a prisão somente após o trânsito em julgado (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

A Ministra Cármen Lúcia ressaltou a importância da eficácia do Direito Penal, que se coloca na realidade pela certeza do cumprimento das penas. Ademais, lembrou o voto do Ministro Aldir Passarinho, no HC 84.078, no qual afirmou que o art. 5º, LXVII não pode ser entendido no sentido de inviabilizar o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, pois os eventuais recursos extraordinário e especial apenas analisam o direito e não possuem efeito suspensivo (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

Com isso, o Tribunal, por maioria de 6 votos a 5, decidiu que é constitucional a regra do CPP que prevê o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena. Votaram a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

### 3 REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ao analisar a jurisprudência do STF após a CF/88, já em 1989, no HC 67.245/MG, os ministros, por unanimidade, decidiram pela constitucionalidade da prisão após condenação em segundo grau, alegando que não feriria a presunção de inocência, pois o que existe é a proibição de presumir culpa. Destacaram que, caso a tese do impetrante fosse aceita, seriam banidas do direito brasileiro a prisão em flagrante, a preventiva e outras cautelas processuais, que, por não serem sancionatórias podem atingir inocentes (BRASIL, HC 67.245/MG, 1989).

Em 1991, tem-se o HC n. 68.726, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, tendo sido indeferido por unanimidade pelos então ministros. A Corte entendeu que não ofende o princípio da presunção de inocência do artigo 5º, inciso LVII, da CF/88 a prisão do réu condenado, embora sem o trânsito em julgado, além de considerar compatível com a norma no §2º do artigo 27 da Lei 8.038/80 que determina que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo (BRASIL, HC 68.726/MG, 1991). Os julgadores ponderaram que, como já havia sido exaurida a análise pelas instâncias ordinárias, não haveria motivos para que a execução da pena não fosse iniciada. Segundo o Ministro relator, Néri da Silveira:

(...) a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, qual na espécie sucedeu (SILVEIRA, BRASIL, HC 68.726/MG, 1991, p.5).

Outros acórdãos seguiram o mesmo entendimento, como por exemplo: HC n. 71.723, HC n. 84.846, HC n. 91.675 e HC n. 85.024.

Ademais, o STF editou enunciados que tangenciam o tema, ocasionando em uma regulamentação de situações específicas à hipótese aventada no caso em tratamento. São eles:

Súmula n. 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, STF, 2003).

Súmula n. 717. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial (BRASIL, STF, 2003).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, editou a súmula nº 267:

Súmula n. 267. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão (BRASIL, STJ, 2002).

Entretanto, posteriormente, o STF, por sete votos a quatro, no HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, mudou de posicionamento e decidiu que a execução provisória da pena compromete a integridade do princípio da presunção de inocência.

Os ministros alegaram que a execução da prisão após o julgamento em segundo grau recursal feriria o direito de defesa que é amplo e deve ser resguardado nos recursos especial e extraordinário. Alegaram também, nessa oportunidade, que a defesa da execução da prisão logo após a condenação em segundo grau incita a “jurisprudência defensiva”, o que reduz a eficácia e até pode ocasionar a ineficácia total das chamadas garantias constitucionais.

Assim sendo, utilizando-se dos princípios constitucionais da presunção da inocência, dignidade da pessoa humana e ampla defesa, a corte declarou que deverá haver a apresentação de provas para que decisões precárias permitam a prisão (BRASIL, HC n. 84.078/MG, 2010).

Posteriormente, o STF, no HC n. 126.292/SP de 2016, decidiu pela possibilidade da execução provisória do acórdão em sede de apelação, por sete votos a quatro.

A maioria dos ministros entendeu que a execução provisória da pena não viola o princípio da presunção de inocência, mesmo que haja recursos extraordinários e especiais pendentes. Um dos argumentos apresentados foi o fato de que os recursos especial e extraordinário não possuem, em regra, efeito suspensivo e não discutem fatos e provas.

Os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso discorrem em seus respectivos votos que o sistema brasileiro, diferente dos outros sistemas ao redor do globo, possui a especificidade de necessitar aguardar até que haja o trânsito em julgado da sentença para que um condenado possa começar a cumprir a pena.

O tratamento isonômico dos réus de diferentes classes sociais se colocou como outro argumento apresentado pelos ministros, especialmente o Ministro Luís Barroso, que descreveu o sistema brasileiro como desigual (BARROSO, HC 126.292/SP, 2016, p. 7-8).

A credibilidade do Poder Judiciário também foi um argumento levantado no julgamento do HC 126.292. Para que sejam sanados possíveis erros dos magistrados de primeira e segunda instâncias, já existem instrumentos processuais, como as medidas cautelares que conferem efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários e o *habeas corpus*, que poderão, em caso de teratologia, ser concedidos de ofício (FACHIN, HC 126.292/SP, 2016, p. 6).

Outro argumento trazido pelo Ministro Barroso é o de que ao se fazer uma leitura em conjunto dos incisos LVII e LXI do art. 5º da CF/88, chega-se à conclusão de que não há necessidade de trânsito em julgado para que o réu possa ser preso. Enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal

condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (BRASIL, 1988). Ou seja, não se reputa necessário que haja o trânsito em julgado para haver a prisão, bastando que haja ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Assim, entende-se que há necessidade de trânsito em julgado de decisão judicial condenatória para que seja considerada definitiva a culpabilidade do agente, mas não para que a prisão seja decretada.

Posteriormente, como já minudenciado no tópico anterior, o STF, ao julgar definitivamente as ADCs 43, 44 e 54 mudou novamente de posicionamento, por 6 votos a 5, o que acarretou na impossibilidade da efetivação da prisão em segundo grau de recurso.

#### 4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

A doutrina se divide entre autores que concordam com a execução da pena logo após a condenação em segunda instância (minoridade) e aqueles que não concordam (maioria).

Aury Lopes Júnior posiciona-se contra a execução da pena logo após a condenação em segundo grau de jurisdição. O autor aduz que o sistema brasileiro não adotou o princípio da não culpabilidade e sim o da presunção de inocência. Pensar ao contrário, em sua consideração é ter entendimento ultrapassado que não leva em conta o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, além de reduzir o art. 5º, LVII da CF. Segundo o autor, seria necessária uma mudança no texto constitucional para alterar o marco da presunção de inocência, o que não pode ser feito por decisões do STF (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 1372-1373).

Eugênio Pacelli também referenda esse posicionamento, aduzindo que o trânsito em julgado se dá pela decisão a salvo de recursos (PACELLI, 2018, p. 487). Nesse sentido, concorda Nestor Távora e Rosmar R. Alencar, que consideram a execução provisória da pena em momento anterior à coisa julgada uma subversão do texto constitucional (art. 5º, LVII), bem como do CPP (art. 283) (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p.70).

Cezar Roberto Bittencourt, também contrário à possibilidade de execução provisória da pena, assevera que a Constituição brasileira deve ser respeitada, mesmo sendo mais garantista que as demais, pois seu texto representa a vontade legislativa constituinte. Ainda, segundo o autor, o STF desrespeitou o princípio da proibição ao retrocesso ao permitir a execução antecipada da pena no julgamento do HC 126.292 (BITTENCOURT, 2018, p. 105-106). Nas palavras do autor:

No entanto, com a decisão prolatada no HC 126.292, contrariou essa sua própria decisão, ao restringir, alterar e revogar garantias sociais e humanitárias já incorporadas no Estado Democrático de Direito, violando, nessa decisão, também o *princípio da proibição do retrocesso* (BITTENCOURT, 2018, p. 106).

Rodrigo Duque Estrada Roig acrescenta ser ofensiva ao princípio da presunção de inocência, tanto a execução provisória da pena quanto a execução provisória da pena de multa (ROIG, 2018, p.41).

Segundo Aury Lopes, afirmar que a decisão de segundo grau considera culpado o réu porque dela apenas cabem os recursos especial e extraordinário, que não possuem análise de fatos e provas, é errado, porque no sistema brasileiro somente pode-se tratar como culpado o réu após o transcurso do inteiro processo penal, com a sentença solidificada (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 1372). Renato Brasileiro concorda com esse posicionamento e assevera:

(...) o caráter extraordinário dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena. Isso porque o caráter ‘extraordinário’ desses recursos não afeta o conceito de trânsito

em julgado expressamente estabelecido pelo art. 283 do CPP como marco final do processo para fins de execução da pena (LIMA, 2019, 51).

Aury Lopes Jr. sustenta que a ausência dos efeitos suspensivos do recurso extraordinário e especial não guarda relação que prejudique o trânsito em julgado da sentença. O autor afirma ser equivocada a comparação com outros sistemas processuais, primeiro porque o sistema brasileiro é diferente, uma vez que aqueles não admitem que se chegue, pela via recursal, além da segunda instância. Em segundo lugar porque a CF/88 defende expressamente a presunção de inocência até o trânsito em julgado (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 1373).

Ademais, considera falacioso o argumento de combate à impunidade a demora excessiva do julgamento de recursos extraordinários. Assevera que o STF não deve atender aos anseios sociais, mas sim guardar a Constituição (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 1373).

Renato Brasileiro de Lima, também contrário à execução da pena após condenação em segunda instância, assevera que entender pela execução provisória da pena é contrariar flagrantemente a Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal. O autor considera necessário buscar maior eficiência no sistema processual, mas defende que a Constituição não pode ser sobreposta por esse desejo (LIMA, 2019, p. 50).

O doutrinador ainda afirma que a própria Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que os direitos por ela estabelecidos não devem restringir normas mais amplas que porventura existam em disposições dos países signatários (art. 29, b) (LIMA, 2019, p. 51). Dessa maneira, a posição mais favorável é a que deve prevalecer.

O autor ainda aduz que a solução para o imbróglio jurídico passará não pela jurisprudência, mas pela alteração legislativa, para a antecipação do momento de trânsito em julgado para logo após a segunda instância. Por outro lado, defende que os Tribunais devem manter-se vigilantes e serem mais rigorosos na verificação de eventuais excessos. Defende que se verificado propósito protelatório, os tribunais devem determinar o início da execução da pena, mesmo antes do trânsito em julgado (LIMA, 2019, p. 52).

Em contrapartida, há autores que consideram constitucional o início da execução da prisão-pena após julgamento em segundo grau de recurso.

O primeiro e mais importante argumento a ser desconstruído por essa corrente é aquele segundo o qual há necessidade de aguardar o trânsito em julgado para haver a execução da pena. De acordo com os autores que defendem esse pensamento, a Constituição deve ser interpretada de maneira sistemática. Segundo Antônio Suxberger e Marianne Amaral:

(...) a interpretação meramente literal reduz a efetividade do sistema, atravança o seu funcionamento operacional e impede a realização de outros princípios caros à Constituição. É imperioso que se privilegie uma interpretação sistemática, que consiga harmonizar, unificar e concretizar o desenho constitucional, sob pena de se promover a incongruência sistêmica (SUXBERGER; AMARAL, 2017, p. 195).

Além disso, defendem que há mecanismos mais eficazes em relação aos recursos extraordinários, como o *habeas corpus* para evitar eventuais arbitrariedades de uma execução indevida da pena. Inclusive, diferentemente dos recursos especiais e extraordinários, o *habeas corpus* pode ser conhecido de ofício pelos tribunais (até mesmo em sede liminar) e de forma substitutiva aos recursos, mesmo que estejam pendentes de exame (FISCHER, 2010, p. 13).

Ademais, aduzem que caso fosse exigida a impossibilidade absoluta de alteração de uma decisão para que fosse considerada coisa julgada, no processo penal não haveria de se falar em decisão condenatória com trânsito em julgado, porque nesse contexto sempre há possibilidade de revisão, seja pela própria revisão criminal, seja pelo *habeas corpus* (SUXBERGER; AMARAL, 2017, p. 196).



Uma interpretação possível para contornar esse problema seria considerar a coisa julgada parcial, também chamada de coisa julgada em relação à matéria fática, considerando-se que os recursos especial e extraordinário não são configurados para a análise de fatos e provas, já tendo sido terminada a análise e definição da materialidade e autoria do delito. Essa corrente conclui, dessa forma, que a condenação definitiva nas vias ordinárias (segundo grau de jurisdição) preserva o núcleo da presunção de inocência, considerada como a comprovação da culpa de acordo com o devido processo legal (SUXBERGER; AMARAL, 2017, p. 196-197).

Outro argumento bastante comum e presente nos votos dos Ministros Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, por ocasião do julgamento do HC 126.292 de 2016, é o de que com o fim das instâncias ordinárias, a culpabilidade do acusado já se encontra demonstrada, na medida em que os recursos extraordinários não fazem análise de fatos e provas (AGUIAR; PAULINO, 2016, p. 14). Segundo Kiyoshi Harada haveria um trânsito em julgado virtual após a análise da autoria e materialidade delitiva. Assim dispõe:

Se a condenação ocorreu exclusivamente no plano fático, isto é, o reconhecimento de que o acusado cometeu o crime a que ele foi imputado é sustentável a tese da prisão de 2ª instância. Nessa hipótese não se pode mais discutir em instância especial ou extraordinária a autoria e a materialidade do crime, ocorrendo o virtual trânsito em julgado da decisão condenatória (HARADA, 2018).

Para mais, outro argumento levantado é em relação à necessidade de eficiência do sistema judicial brasileiro e sua relação com o princípio da presunção de inocência. O princípio da presunção de inocência, segundo essa corrente, não deve ser utilizado em um contexto hipergarantista, que pode afetar a eficiente persecução criminal. É necessário que o acusado possua mecanismos para uma defesa eficiente e o garantismo é importante para resguardar os direitos do cidadão frente ao sistema punitivo, mas o excesso é prejudicial (PAULINO, 2017, p. 218).

Segundo Julio Cesar de Aguiar e Galtênio da Cruz Paulino, sob a ótica do garantismo integral, ao mesmo tempo em que os direitos individuais do réu devem ser respeitados, os direitos da sociedade também devem ser resguardados, em especial o da segurança, o que acaba por culminar na punição dos infratores penais, algo que exige um sistema processual penal efetivo. Os autores vão ainda mais longe ao afirmarem que esse equilíbrio de valores proporciona mais justiça e menos impunidade, evitando questionamentos acerca da efetividade do sistema jurídico bem como a busca da “justiça pelas próprias mãos” (AGUIAR; PAULINO, 2016, p. 13). Nesse sentido, afirma Douglas Fischer:

Entretanto, exigir o esgotamento das instâncias extraordinárias (recurso extraordinário ou especial) – sem analisar suas finalidades –, em nossa compreensão, importa numa visão *não-sistêmica* do ordenamento constitucional, que prevê não exclusivamente os direitos dos réus (que devem ser protegidos com máxima efetivamente, como já dito e ora se enfatiza), mas também a efetividade da prestação jurisdicional (interesse social: proteção imediata aos interesses da vítima, e mediata da coletividade) (FISCHER, 2010, p.10).

No caso da colisão de princípios no sistema jurídico - nesse caso o princípio da presunção de inocência com os direitos da sociedade à segurança e a um processo efetivo - há de se buscar um equilíbrio. Para isso, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, conforme afirma o célebre jurista Robert Alexy:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais,

mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas. (tradução livre) (ALEXY, 1997, p. 86).

Em diplomas normativos estrangeiros, não só nos ordenamentos internos dos países, mas de acordo com os diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos, o princípio da presunção de inocência cessa a partir do momento em que há a comprovação fática e probatória do delito, o que induz a culpabilidade do acusado. Ou seja, nesse sistema, não se exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para afastar o princípio da presunção de inocência (AGUIAR; PAULINO, 2016, p. 10). Nesses diplomas a interpretação que se dá é no sentido de que o princípio da presunção de não culpabilidade busca que toda pessoa seja presumida inocente, até que se prove o contrário.

Outro argumento defendido é o de que a inocência do réu é gradativamente mitigado à medida em que o processo avança e com a progressiva comprovação de culpa ocorre a inversão da presunção de inocência (SUXBERGER; AMARAL, 2017, p. 199). Ademais, argumentam os defensores dessa corrente que, com a execução da pena após o segundo grau, evita-se a interposição de recursos meramente protelatórios, com a possibilidade da prescrição da pretensão executória (AGUIAR; PAULINO, 2016, p. 15).

## 5 NORMAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA

O princípio da presunção de inocência provém do Direito Romano, tendo sido atacado severamente e até mesmo invertido na Idade Média. Nesse período, a dúvida ocasionada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, gerando um juízo de semiculpabilidade e uma condenação a pena menor (LOPES JÚNIOR, 2019, 106). Tal princípio foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no artigo 9º:

Dado que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA, 1789).

Posteriormente, no fim do século XIX e início do século XX, o princípio foi atacado pelo totalitarismo e pelo fascismo, tendo Manzini o chamado de “estranho e absurdo extraído do empirismo francês” (LOPES JÚNIOR, apud MANZINI, p. 252).

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da ONU em 1948, dispõe o princípio em seu art.11.1, nos seguintes dizeres:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa (ONU, 1948).

Outros diplomas normativos internacionais trazem tal princípio, como a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais no art. 6.2, que assevera: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (CONSELHO DA EUROPA, 1950). O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (abarcado no Brasil pelo Decreto nº 592 de 1992) também trata do tema em seu art. 14.2: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” (BRASIL, 1992). Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) assevera no art. 8º, §2º: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (...)” (BRASIL, 1992).

Além disso, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a presunção de inocência aparece dimensionada no artigo 66. 1 e 3, que estabelece, respectivamente, que, “toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável” e que “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável” (BRASIL, 2002). Ainda nos diplomas internacionais, tal princípio aparece na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que assegura, no artigo XXVI, que “parte-lhe do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade” (OEA, 1948).

No ordenamento jurídico pátrio, até a CF/88 tal princípio existia em sua forma implícita, que decorria do devido processo legal. Posteriormente passou a constar do inciso LVII do Art. 5º da Constituição, nos seguintes termos: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Renato Brasileiro assevera que há diversidade terminológica em relação ao referido princípio quando comparadas as disposições internacionais e o art. 5º, LVII da CF/88. Os diplomas internacionais referem-se ao princípio como princípio presunção de inocência, vocábulos não utilizados no Brasil, que utiliza o termo “culpabilidade” (LIMA, 2019, p. 45).

A respeito do tema, importante ressaltar ainda o art. 283 do CPP brasileiro, objeto das ADCs em análise, que dispõe: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.” (BRASIL, 1941).

## 6 ANÁLISE CRÍTICA

A partir da análise jurisprudencial do STF acerca do tema, tanto em relação ao caso em tela (Ações Diretas de Constitucionalidade Nºs 43, 44 e 54) quanto aos casos anteriores, extrai-se duas conclusões. A primeira é acerca do caso analisado em si e a segunda é sobre o tema, considerado em uma visão macroestrutural.

A primeira conclusão é a de que o STF analisou o caso e decidiu de maneira acertada, ao definir o art. 283 do Código de Processo Penal como constitucional, considerando-se que está de acordo com o art. 5º LVII e traz maior proteção ao réu, o que encontra guarida na teoria dos direitos fundamentais. Ademais, o art. 283 do CPP é claro ao impossibilitar a prisão, a não ser nos casos de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

O trânsito em julgado da decisão dá-se apenas com a impossibilidade de eventuais recursos, ou seja, apenas após o esgotamento do prazo ou o julgamento dos recursos especial e/ou extraordinário. Não se exige aqui a impossibilidade de modificação da sentença, vez que, no processo penal essa sempre seria uma possibilidade, seja por meio de revisão criminal ou *por habeas corpus* (SUXBERGER; AMARAL, 2017, p. 196).

Analisando-se o artigo 5º, LVII, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, vê-se que o art. 283 abarca e amplia o entendimento, ao impossibilitar a prisão antes do trânsito em julgado.

Sendo assim, há de se concordar com a ministra Rosa Weber, para a qual cabe ao Supremo tão somente definir se a opção do legislador encontra impedimento na Constituição, ou, dito de outra forma, se com ela guarda conformidade (WEBER, ADC, 43, 44 e 54, 2019, p. 31). O STF, dessa forma, deve se ater a analisar a constitucionalidade ou não, não sendo seu papel reescrever o texto constitucional.

A segunda conclusão diz respeito à necessidade de alteração da regra do art. 283 do Código de Processo Penal, modificando-se a parte em que impossibilita a execução da pena após a condenação em segundo grau de recurso. O art. 5º, LVII também deve ser modificado,

para ter-se uma segurança jurídica maior. Isso, entretanto, deve ser feito por meio de lei e de proposta de emenda à Constituição (PEC) respectivamente, não por decisões judiciais.

O princípio da presunção de inocência é importantíssimo no sistema processual brasileiro, na medida em que possibilita ao acusado uma série de garantias para exercer sua defesa de maneira eficiente. Entretanto, não deve ser utilizado em um contexto de hipergarantismo, sob pena de afetar a eficiente persecução criminal, bem como o direito da sociedade de segurança e de um sistema penal mais efetivo e responsivo aos infratores da lei.

O princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, no Brasil, possui entendimento completamente diferente em relação a outros países, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina (PEREIRA, 2018). Além disso, trata do tema também de forma diferenciada em relação às normas de Direito Internacional de proteção dos direitos humanos. Nos diversos tratados, *vide* capítulo 5, tal presunção cessa a partir do momento em que há comprovação fática e probatória do delito. Em nenhum outro sistema aguarda-se a confirmação da decisão pela corte suprema para o início do cumprimento da pena, de acordo com pesquisa realizada por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, citada pelo Ministro Teori Zavacki no HC 126.292 (ZAVASCKI, HC 126.292/SP, p. 9-12).

O sistema brasileiro pode conceder maior garantia ao réu, se comparado a outros ordenamentos jurídicos. O problema se estabelece quando, com a justificativa de conceder a garantia de não ser o réu levado à prisão injustamente, o sistema serve de escudo para não ser levado à prisão um agente comprovadamente culpado e condenado por diversos magistrados.

O sistema processual brasileiro permite interposição de numerosos recursos que muitas vezes são usados unicamente para protelar as decisões judiciais, em busca da prescrição da pretensão punitiva ou até mesmo executória, para que o agente infrator se veja livre do cárcere. Um sistema que permite a prescrição em numerosos casos não pode ser considerado efetivo. Segundo o ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no HC. 126.292:

Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões (BARROSO, HC 126.292/SP, p. 6-7).

Outro prejuízo trazido pela possibilidade de interposição de numerosos recursos protelatórios é o reforço do tratamento desigual dado aos cidadãos em virtude de sua classe social.

A igualdade formal pode até se fazer presente, pois, em teoria, todos os réus nas mesmas condições podem interpor os mesmos recursos. Entretanto, o fator financeiro acaba afastando os réus mais carentes do acesso à justiça, enquanto os mais abastados podem interpor recursos até a prescrição. Assim sendo, a igualdade material não se faz presente quando da análise dos recursos, principalmente quando se examina o especial e o extraordinário.

Com a mudança no art. 283 do CPP e no art. 5º, LVII, da CF, busca-se um menor grau de seletividade no sistema punitivo, além de diminuir os incentivos à prática de crimes do colarinho branco, que na maioria dos casos não ocasionam o cumprimento da pena.

Ademais, a impossibilidade do cumprimento da pena logo após a condenação em segunda instância de julgamento coloca em questionamento, de forma indireta, o trabalho

exercido no Poder Judiciário das instâncias iniciais. Nesse sentido, aduz o Ministro Edson Fachin:

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias (FACHIN, HC 126.292/SP, p. 6).

Para que sejam sanados os possíveis erros dos magistrados de primeira e segunda instâncias, há diversos instrumentos processuais, como as medidas cautelares que conferem efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários e ainda o *habeas corpus*, que inclusive poderão, em caso de teratologia nas decisões, ser concedidos de ofício pelo STF (FACHIN, HC 126.292/SP, p. 6).

Quando há a condenação em segundo grau de jurisdição, há certeza quanto à materialidade do delito, quanto à sua autoria e também em relação à impossibilidade de serem rediscutidos fatos e provas. Dessa forma, sendo concretizado o duplo grau de jurisdição, pelo qual o réu tem assegurado o direito a uma reanálise de seu caso, seria possível a modificação de entendimento acerca de sua culpa.

O eminente Ministro Edson Fachin alegou em seu voto, no HC 126.292, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não funcionam como uma terceira ou quarta chance de revisão para o caso concreto. Entende que ambas as Cortes Superiores possuem o acesso via recurso em caráter excepcional, justamente para exercerem o papel que lhes concede a Constituição da República, qual seja, o de estabilização, uniformização e pacificação das normas constitucionais (STF) e infraconstitucionais federais (STJ) (FACHIN, HC 126.292/SP, p. 4).

Da mesma forma, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso:

Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e protelatória da quase ilimitada gama de recursos existente em nosso sistema penal (BARROSO, HC 126.292/SP, p. 25).

Outrossim, afirma-se que a impossibilidade de efetuação da prisão enquanto não ocorre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, causa grande distância temporal entre a prática delituosa e a efetiva punição. Segundo o grande jurista italiano Cesare Beccaria, quanto menor o intervalo de tempo decorrido entre a punição e o crime, mais fortes e duradoura é a associação de ideia de causalidade entre crime e castigo, de modo que um seja considerado consequência inevitável do outro (BECCARIA, 2012, p. 61). Os objetivos das penas (notadamente os de prevenção especial e geral) seriam atingidos e comprometidos por esse grande período de espera entre o crime e a punição, que muitas vezes nem acontece (BARROSO, HC 126.292/SP, p. 8). Ainda, segundo o autor italiano:

A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade (BECCARIA, 2012, p. 76).

A impossibilidade de o réu ser preso quando da condenação em segundo grau de jurisdição, sendo requerido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, faz com que

um processo criminal se arraste por longos anos antes de ter uma decisão final. Nesse sentido, também o princípio da duração razoável do processo é constantemente desconsiderado.

Renan Lourenço da Silva resume bem as consequências sociais do entendimento de que a prisão só poderia ser aplicada após o trânsito em julgado:

Ao não conferir credibilidade à jurisdição penal, em razão da excessiva delonga processual frente aos processos que se arrastam de modo desmesurado por meses, anos, décadas até, o Estado violenta, vulnera e revitimiza a sociedade. Sociedade esta já tão afligida por aqueles indivíduos que, acobertados pelo manto da impunidade, se empoderam demasiadamente e se arvoram na prática reiterada de delitos que assombra e causam desassossego geral, e que, face à uma jurisdição penal deficiente e ineficaz, vê-se novamente desassistida em uma verdadeira violência estatal por omissão (SILVA, 2018).

Para modificar o sistema, com os objetivos de dar maior efetividade à aplicação do Direito Penal no Brasil e trazer segurança jurídica acerca da discussão sobre o tema, tramitam um projeto de lei (PLS nº [166/18](#)) e algumas Propostas de Emenda à Constituição (PEC nº, 410/2018, 199/19 e 05/2019) no Congresso Nacional.

Poder-se-ia dizer que a alteração do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, tido como cláusula pétrea não seria possível, de acordo com o previsto no art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal. Todavia, como bem lembrou Leonardo Barreto, há parcela da doutrina, a exemplo do Ministro Gilmar Mendes<sup>1</sup>, em sua obra “*Curso de Direito Constitucional*”, que sustenta a possibilidade de modificação no rol do art. 5º da Constituição, desde que não haja prejuízo que afete o núcleo essencial do direito fundamental (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 353). Dessa forma, não seria admitida uma reforma que suprimisse o princípio da presunção de inocência, mas sim emenda que definisse a noção de culpa, delineando que ela passaria a ser formada a partir do trânsito em julgado da decisão acerca da autoria e materialidade, com a análise de fatos e provas (segunda instância), não da matéria de direito (BARRETO, 2020). Assim sendo, o ordenamento jurídico brasileiro se posicionaria da mesma forma que as normas de Direito Internacional sobre o tema.

## 7 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trabalhar o tema da possibilidade da execução provisória da pena em segunda instância. Para tanto, foram escolhidas para análise as ADCs nºs 43, 44 e 54, reunidas pelo STF para julgamento. O STF, nesse julgamento, mudou o entendimento anterior, fixado em 2016, no HC 126.292, no sentido de vedar o cumprimento provisório da pena em segunda instância com a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP.

Logo no segundo capítulo, foi apresentado o caso, desde as petições iniciais, levadas ao Poder Judiciário pelo PEN – Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PC do B. Os argumentos dos autores foram explicitados, juntamente com os andamentos das ações. As manifestações da AGU, do Senado Federal e da PGR foram registradas, bem como os argumentos de todos os ministros do STF.

No terceiro capítulo, a revisão de jurisprudência foi apresentada, com a análise dos casos anteriores levados à apreciação do STF sobre a matéria em questão. Foram expostos no capítulo o HC 67.245, o HC 68.726, o HC 84.078 e o emblemático HC 126.292. Observou-se que ao longo dos anos o Supremo alterou seu posicionamento sobre a questão diversas vezes.

Em um quarto momento, a doutrina foi colocada em evidência, com os entendimentos dos autores dos dois lados da controvérsia.

---

<sup>1</sup> Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009. P. 353.

Em seguida, foram apresentadas as normas que regulamentam a matéria, notadamente os artigos 5, LVII da Constituição Federal e o art. 283 do Código de Processo Penal. Ademais, foram colacionadas as disposições dos diversos diplomas normativos internacionais em seu contexto histórico e súmulas editadas pelo STF e pelo STJ.

Por fim, foi feita uma análise crítica a respeito do tema, em que foi analisada a decisão do STF no julgamento das ADCs nºs 43, 44 e 54, concluindo-se tratar-se de uma decisão acertada, pela análise do art. 283 do CPP e do art. 5º LVII da CF/88.

Logo após, realizou-se um exame do tema e das suas consequências para o sistema penal pátrio. Chegou-se à conclusão de que deve ser objeto de alteração, não por decisão do Poder Judiciário, mas por projeto de lei e de proposta de emenda à Constituição, respectivamente, para a alteração do art. 5º, LVII e do art. 283 do Código de Processo Penal. Para isso foram apresentados diversos argumentos, tanto de ordem jurídica como de política criminal.

As alterações se devem para que o sistema penal seja mais eficiente e respeite os direitos e garantias do réu, mas que não sirva para a postergação do cumprimento de uma pena já definida em termos de fatos e provas, com possíveis proposituras de recursos protelatórios. Um país que se pretenda justo necessita dar efetividade às decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Julio Cesar de; PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A Execução Provisória da Pena e os Direitos e Garantias Fundamentais: Uma Análise à Luz Do Garantismo Penal e do Estado Social e Democrático de Direito**. *Revista Thesis Juris*, 5, dec. 2016. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/436>. Acesso em: 22 Fev. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARRETO, Leonardo. **Decisão do STF sobre a Inconstitucionalidade da Execução Provisória da Pena Privativa de Liberdade**. Disponível em: [https://leonardobarreto.com.br/analisesjuridicas/14112019\\_Decisao\\_do\\_STF\\_sobre\\_a\\_Inconstitucionalidade\\_da\\_Execucao\\_Provisoria\\_da\\_Pena\\_Privativa\\_de\\_Liberdade](https://leonardobarreto.com.br/analisesjuridicas/14112019_Decisao_do_STF_sobre_a_Inconstitucionalidade_da_Execucao_Provisoria_da_Pena_Privativa_de_Liberdade). Acesso em: 26/02/2020.

BECCARIA, CESARE. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Hunter books, 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Vol 1. 24. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de out. 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 15 jan. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, 3 de out. 1941. 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 15 jan. 2020.

BRASIL. STF. **Súmula n. 716**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800). Acesso em: 29/11/2018.

BRASIL. STF. **Súmula n. 717**. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800). Acesso em: 29/11/2018.

BRASIL. STJ. **Súmula n. 267**. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas2011\\_20\\_capSumula267.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas2011_20_capSumula267.pdf). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 68.726**. Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgamento em 28 jun. 1991. DJ de 20 nov. 1992.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000150769&base=baseAcordaos>. Acesso em: 13/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078**. Minas Gerais. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento em 5 fev. 2009. DJ de 26 fev. 2010.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus n. 126.292**. São Paulo. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgamento em 17 fev. 2016. DJ de 17 mai. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 jan. 2020.

BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43**. Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 07.11.2019. Pendente de publicação.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2020.

BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44**. Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 07.11.2019. Pendente de publicação.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2020.

BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54**. Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 07.11.2019. Pendente de publicação.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manifestação acerca das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de n. 43, 44 e 54**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-agu-adcs-43-44-54.pdf> Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Canal Poder 360. **Voto de Luiz Fux no julgamento de prisão em 2ª Instância**. Sessão de Julgamento do HC 126.292, em 17 de fev. 2016.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uIcQfdax7M&feature=youtu.be>. Acesso em: 4 abr. 2016.

**Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais**. 4. nov. 1950. Disponível em:

[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 18. Jan 2020.



**Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** 21 abr. 1948. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm). Acesso em: 18. Jan 2020.

**Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.** 26. Ago. 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>. Acesso em: 18. Jan 2020.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos,** 10, dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 19. Jan 2020.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 17. Jul. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 19. Jan 2020.

FISCHER, Douglas. **Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. Direito Público,** [S.l.], v. 6, n. 25, fev. 2010. P. 13. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1442/913>. Acesso em: 22 fev. 2020

HARADA, Kiyoshi. **Prisão em 2ª Instância.** Sítio Jurídico Migalhas. Abril de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/278320/prisao-em-2-instancia>. Acesso em 22/02/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único.** 7ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Migalhas. **STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/17,mi314723,21048stf+volta+a+proibir+prisao+em+2+instancia+placar+foi+6+a+5>. Acesso em 21 jan. 2020.

NASCIMENTO, Eliel Benedito do. **O Princípio Constitucional da Presunção da Não Culpabilidade Frente À Efetividade da Função Jurisdicional Penal: Uma Análise a Partir do Julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP Pelo STF.** Trabalho de Conclusão de Curso - Direito-CERES-UFRN, Natal, 2016. Disponível em: <http://monografias.ufrn.br/handle/123456789/3289>. Acesso em: 18 jan. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal,** 2018. 22ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 207-232 – jul./dez. 2017. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/a-execucao-provisoria-da-pena-e-o-principio-da-presuncao-de-inocencia/at\\_download/file](https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/a-execucao-provisoria-da-pena-e-o-principio-da-presuncao-de-inocencia/at_download/file). Acesso em: 11. jan. 2020.

**Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.** 16 dez. 1966. 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). Acesso em: 19. Jan 2020.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Prisão em 2ª Instância. Presunção de inocência ou efetividade da justiça criminal?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5431, 15 maio 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65372>. Acesso em: 22 fev. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Renan Lourenço da. **A presunção de inocência e a execução provisória da pena no panorama jurídico internacional e estrangeiro: O acerto da jurisprudência estabelecida pelo STF a partir do julgamento do HC 126.292/SP.** **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518 4862, Teresina, ano 23, n. 5615, 15 nov. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66925>. Acesso em: 24 fev. 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. **A Execução Provisória da Pena e sua Compatibilidade com a Presunção de Inocência como Decorrência do Sistema Acusatório.** **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 16, n. 7, p. 186-210, abr. 2017, ISSN 2358-1352. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3079>. Acesso em: 22 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v16i7.3079>.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, Salvador: Editora Juspodvm, 2017.