Vinícius Alvarenga e Veiga

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88

Monografia apresentada à Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público sob a orientação do Professor Pedro Marques Neto e a tutoria da ex-aluna Marília M. K. R. Lessa.

SÃO PAULO
2016

Resumo: Durante o ano de 2016, permaneceu aceso o debate sobre se seria compatível, no Brasil, o princípio da presunção de inocência com a execução antecipada da pena após mudança de entendimento no STF afirmando que ela é constitucional. Nesta pesquisa analisei os acórdãos centrais ao assunto, classificando os argumentos utilizados em dois grandes perfis decisórios: ampliativo e restritivo da presunção de inocência. Então, fiz análises comparativas de linhas argumentativas e de aderência dos membros da Corte aos argumentos expostos nos principais julgamentos. Concluí, após essas análises, que a amplitude da presunção de inocência dependeu do que cada um dos ministros do STF entende sobre as funções do Estado e da lei na seara penal e, graças a essa individualidade, detectei incoerências internas no processo decisório da Corte: entre votos de um mesmo ministro, entre um ministro e o STF e na alteração do posicionamento em 2016.

Acórdãos citados: HC 68.726; HC 84.078; HC 126.292.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; perfil decisório; argumentação; presunção de inocência; execução antecipada da pena; incoerências internas.

"Em uma hora como essa que estamos vivendo, uma hora de dificuldades para o país, uma hora em que as paixões se exacerbam, é justamente nessas horas, mais do que nunca, que o Poder Judiciário tem que exercer seu papel com prudência, com serenidade, com racionalidade, sem protagonismos, porque é isso que a sociedade espera de um juiz".

"[o papel dos juízes] é o de resolver conflitos, não é o de criar conflitos".

Teori Albino Zavascki, Ministro do Supremo Tribunal Federal
★ 15/08/1948 - ✝ 19/01/2017

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Vanilce e Plínio, que sempre se preocuparam em me incutir valores relacionadas à busca de conhecimento – mesmo quando, por consequência, este possa ir de encontro a valores morais que eles sempre buscaram dar a mim –, nunca deixando de investir, dentro das possibilidades, em minha educação e saúde. Aos demais parentes que permanecem parceiros, compreensivos e preocupados, ainda que distantes ou falecidos.

Às amigas e aos amigos que estão ou já passaram em minha vida por terem ajudado a moldar minhas noções de mundo. Não nomearei para não ser relapso ou injusto, mas essas pessoas sabem quem são ou foram.

À minha namorada, Stefanie. Por mais que nossas vidas, nalgum momento ou por qualquer razão, possam nos separar, a gratidão permanecerá por ter sido parte importante de meu 2016.

À SBDP: aos colaboradores (Bruna, André, Yasser, Pedro G. e Natália G.); ao meu orientador, Pedro Marques Neto; à minha tutora, Marília M. K. R. Lessa; à minha avaliadora na banca, Alynne Nunes; e ao enorme companheirismo entre os integrantes da Escola de Formação Pública de 2016.

A todas as estruturas humanas que influíram em minha vida.

Aos colegas e conhecidos que veem de longe minhas ações ou participam, direta ou indiretamente, de meu cotidiano e colaboram para que ele seja mais cheio de vida.

Aos meus rivais de opinião jurídica, política, econômica e social: nunca inimigos, pois eles, eventualmente, ajudam a qualificar os debates nos quais me incluo – o que vejo com bons olhos, e a todos que colaboram, nesse sentido, para eu ser coerente nas opiniões que busco desenvolver.

Por fim e não menos importante, todas as minhas homenagens ao falecido Ministro do STF, *Teori Albino Zavascki*: se não fosse a controversa mudança jurisprudencial conduzida por ele, este trabalho não existiria. Respeitabilíssimo Ministro que se foi, levando, também, parte das razões de admiração ao Judiciário brasileiro.

ABREVIATURAS

§: Parágrafo

ADC: Ação Direta de Constitucionalidade

Art.: Artigo(s)

CF/88: Constituição de 1988

CPP: Código de Processo Penal

ex.: Exemplo(s)

Extn: Extensivo

HC: Habeas Corpus

Inc.: Inciso

LEP: Lei de Execução Penal

MC: Medida(s) Cautelar(es)

Min.: Ministro(a)

PSJCR: Pacto de São José da Costa Rica

Rcl: Reclamação

RE: Recurso Extraordinário

Rel.: Relator

REsp: Recurso Especial

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 8

1.1. PROBLEMA DE PESQUISA 9
1.2. OBJETIVO DA PESQUISA 12
1.2.1. PERGUNTAS DE PESQUISA 12

2. METODOLOGIA DE PESQUISA 13

3. APRESENTAÇÃO DAS CLASSES ARGUMENTATIVAS 17

3.1. CLASSES ARGUMENTATIVAS AMPLIATIVAS 17
3.1.1. EXTENSÃO DE GARANTIAS À PRIVAÇÃO DA LIBERDADE 17
3.1.2. RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS 18
3.1.3. POSSIBILIDADE DE PRISÃO CAUTELAR 19
3.2. CLASSES ARGUMENTATIVAS RESTRITIVAS 20
3.2.1. INSTÂNCIAS E RECURSOS ORDINÁRIOS 20
3.2.2. EFETIVIDADE E RESPEITO À JURISDIÇÃO PENAL 20
3.2.3. FORMA DE PRISÃO PREVENTIVA 21

4. PERFIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 23

4.1. HC 68.726: A CORTE RESTRITIVA DE 1991 23
4.2. HC 84.078: A CORTE AMPLIATIVA DE 2009 24
4.2.1. LINHA VENCEDORA 25
4.2.1.1. Confrontos pela linha Ampliativa 28
Ampliativa 2 vs. Restritiva 2 28
Ampliativa 2 vs. Restritiva 1 29
Ampliativa 3 vs. Restritiva 2 30
Ampliativa 3 vs. Restritiva 1 31
Ampliativa 3 vs. Restritiva 3 32
4.2.2. LINHA VENCIDA 32
4.2.2.1. Confrontos pela linha Restritiva 34
Restritiva 2 vs. Ampliativa 2 34
Confrontos pelo Min. Joaquim Barbosa 35
4.3. HC 126.292: A CORTE RESTRITIVA DE 2016 36
4.3.1. LINHA VENCEDORA 36
4.3.1.1. Confrontos pela linha Restritiva 38
Restritiva 2 vs. Ampliativa 2 39
4.3.2. LINHA VENCIDA 41
4.3.2.1. Trechos destacáveis da Linha Vencida 42
4.3.2.2. Confrontos pela linha Ampliativa 45
Ampliativa 2 vs. Restritiva 2 45
Confrontos pelo Min. Celso de Mello 46

5. PECULIARIDADES COMPORTAMENTAIS NAS DECISÕES 48

5.1. MUDANÇAS DE POSICIONAMENTO 48
5.1.1. GILMAR MENDES: 2009 VS. 2016 48
5.1.1.1. Classes Argumentativas Utilizadas 48
5.1.1.2. Confrontos Argumentativos 50
5.1.2. ROSA WEBER: PLENÁRIO VS. MONOCRÁTICO 53
5.1.3. OBSERVAÇÃO SOBRE DIAS TOFFOLI: HC VS. ADC EM 2016 54
5.2. RESISTÊNCIAS AO HC 126.292 55
5.2.1. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI 55
5.2.1.1. Decisões Reformadas 57
5.2.2. HC 135.100, MIN. REL. CELSO DE MELLO 59

6. CONCLUSÕES 61

6.1. INCOERÊNCIAS INTERNAS 61
6.1.1. ENTRE VOTOS DO PRÓPRIO MINISTRO 61
6.1.2. ENTRE O MINISTRO E O ENTENDIMENTO DA CORTE 62
6.1.3. NA MANEIRA QUE O ENTENDIMENTO FOI ALTERADO 63

REFERÊNCIAS 66

ANEXOS 67

Tabela 1 – Ficha-resumo do HC 68.726 67
Tabela 2 – Ficha-resumo do HC 84.078 68
Tabela 3 – Ficha-resumo do HC 126.292 83
Tabela 4 – Argumentação nas "Decisões da Presidência" 93
Tabela 5 – Argumentação nas reformas das "Decisões da Presidência" 94
Tabela 6 – Metodologia para filtragem de Acórdãos e Decisões Monocráticas 94
Tabela 7 – Placares de Argumentos nos HC 95
Tabela 8 – Placares de Contra-Argumentações nos HC 97
Tabela 9 – Fichas-resumos das petições iniciais das ADC 98
Tabela 10 – Ficha-resumo do HC 135.100 MC 104

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC 126.292, definiu que a execução antecipada[1] da pena após acórdão condenatório de segundo grau[2] é possível, retornando ao entendimento que era firmado entre 1991 e 2009, pelo HC 68.726, e contrariando o vigente desde 2009 graças ao HC 84.078: a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.

Essa revisão de entendimento gerou várias polêmicas[3] no debate acadêmico jurídico sobre como a Corte lida com a criação, sustentação e alteração de sua jurisprudência e se existiria uma preocupação real dos ministros em justificarem eventuais alterações de entendimento de maneira coerente, tanto entre si quanto diante do já decidido anteriormente.[4]

Uma análise mais minuciosa sobre os argumentos utilizados nos casos apresentados importa porque, neles, os ministros discutem a amplitude da presunção de inocência: como ele pode ser relativizado/sopesado, se ele pode sê-lo e quais seriam os pressupostos, argumentos, normas e fatos que sustentam uma noção mitigada ou ampliada do princípio.

Compreender e discutir como é recebido, pelo STF, este direito fundamental em específico é de grande importância por dispor sobre uma das principais limitações do poder estatal nos indivíduos, quando exercendo a mais grave de suas funções de juiz e polícia: condenação penal, que pode levar à supressão ou restrição da liberdade de ir e vir.

---

[1] Para a mesma situação, também utilizam o termo "execução provisória". Este trabalho se referirá à situação descrita somente pelo termo "execução antecipada" para não haver confusão com as medidas cautelares provisórias do âmbito penal.

[2] "Segundo grau" também é chamado de Apelação.

[3] Como exemplo: (i) JUÍZES e procuradores comemoram prisão antes do trânsito em julgado, *Consultor Jurídico*, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/ajufe-comemora-decisao-prisao-condenacao-grau>. Acesso em 10 nov. 2016; e (ii) GRILLO, Brenno. STF aderiu à sanha punitivista e ao Estado policialesco, dizem advogados, *Consultor Jurídico*, 25 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/stf-aderiu-sanha-punitiva-estado-policialesco-dizem-advogados>. Acesso em 10 nov. 2016.

[4] MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (Trad.). Cláudio Michelon Júnior (Rev. Técnico). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
Nas p. 196-198, compreende-se, por exercícios lógicos e princípios jurídicos, que a universabilidade das decisões é necessária, desde que respeitadas as particularidades do caso, pois elas possuem o potencial de gerar uma nova universalização (com o autor oferecendo os conceitos de tais noções nas p. 131-132).

Por isso, todo o cuidado nas tratativas deste tema pelo STF é pouco. Não se pode deixar a interpretação desta norma vulnerável a opiniões políticas e jurídicas pouco fundamentadas; nem que elas se manifestem de forma dúbia, nebulosa ou incoerente; muito menos que este entendimento fique vulnerável à conformação da Corte.

1.1. PROBLEMA DE PESQUISA

Historicamente, a presunção de inocência[5] como conhecemos se conformou no século XVIII, substituindo o sistema inquisitório monopolizado pelo soberano e utilizado com total discricionariedade. Os iluministas elaboraram teorias para redimensionar o poder estatal central, incluindo um novo sistema processual penal. Era por meio desse sistema que:

> "se manifestavam as maiores violências estatais contra o indivíduo e, por essa razão, o direito penal passa a ser tratado como última instância de atuação estatal na esfera de liberdades do cidadão (*ultima ratio*)."[6]

No Brasil, a presunção de inocência foi posta na CF/88 como um direito fundamental pelo art. 5º, LVII[7], portanto é aplicável

> "a todos os cidadãos (...), em plenas condições de igualdade, de modo complementar e interativo, não havendo conflito em suas incidências, mas um necessário e imprescindível sopesamento para terem a mais ampla e exaustiva abrangência em cada situação concreta. Em decorrência dessa positivação material e formal como direitos fundamentais, são irrevogáveis, inalienáveis e imprescritíveis."[8]

Adicionalmente, há determinação de integral cumprimento do Pacto de São José da Costa Rica (PSJCR) pelo Brasil, que o ratificou em 1992, o qual

---

[5] Os Ministros, no decorrer dos acórdãos estudados, possuem entendimentos diferenciados sobre se essa "presunção" seria na realidade uma "ficção" ou um "estado", se ela deveria ser chamada "de inocência" ou "de não-culpabilidade", e se ela seria um princípio ou uma regra, dando, inclusive, conteúdos diferentes e até conflitantes a esses termos. Para uniformidade nas referências desta pesquisa, tratarei somente como "princípio da presunção de inocência".
[6] MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Sistema Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 75.
[7] Textualmente: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".
[8] MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Sistema Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 206-207.

"assegura textualmente que 'toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa' (art. 8º, 1, primeira parte)".[9]

Na interpretação mais extremada da presunção de inocência, nenhum tipo de prisão antes de condenação definitiva é admitida. São admitidas exceções, porém, nos casos em "que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual"[10]. Para isso, o Judiciário deve proceder com interpretações jurídicas que apurem os limites de proteção assegurados aos direitos fundamentais.[11]

Sendo considerado um direito fundamental e estando previsto no texto constitucional, o conteúdo do princípio da presunção de inocência está sujeito a interferências do STF. Para cumprir sua função institucional, as interferências da corte precisam demonstrar consistência argumentativa e serem avessas a casuísmos decisórios. Esse não é o cenário, contudo, da jurisprudência recente da corte sobre execução provisória da pena, marcada pela sucessão de decisões antagônicas e mudanças de entendimento sem, a princípio, qualquer justificativa razoável. Esse diagnóstico contrasta com visões como a de Dworkin, segundo as quais:

> "o autor envolvido na elaboração de um romance em cadeia deve considerar a continuidade do romance, e não um novo começo a cada capítulo. Ao detalhar o processo de interpretação, há duas dimensões às quais sua interpretação será submetida à prova. A primeira é a da adequação, em que o intérprete não pode adotar uma interpretação que acredite representar sua leitura individual da obra – à qual nenhum outro autor poderia chegar – fugindo à própria figura de um romancista em cadeia, preocupado com uma interpretação que faça o texto fluir como um todo. A segunda dimensão é a

[9] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência: Princípio e Garantias. In: VÁRIOS AUTORES. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 126.
[10] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 65.
[11] VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência*: Prisão Preventiva e Ordem Pública. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 221.

> escolha entre as interpretações adequadas daquela que se ajusta melhor à obra em desenvolvimento como um todo."[12]

Na literatura citada suas autoras ainda concluem que, em alguns casos, as decisões anteriores são ignoradas pelos ministros quando mudam a jurisprudência, pois eles somente apresentam seu posicionamento – fato que não é tido como ideal para desenvolver coerentemente jurisprudências:

> "Partindo da ideia de Dworkin de romance em cadeia, comparação feita pelo autor entre o processo de interpretação do direito e a literatura, fica-se com a impressão de que o segundo capítulo de um romance em cadeia, em que o autor interpreta o capítulo que recebeu para então escrever o seu, é sempre interrompido. O que pretendemos com isso é alertar para a necessidade de uma continuidade, no tempo, no processo decisório. A teoria de Dworkin é útil na medida em que demonstra a necessidade de diálogo entre decisões para que se forme um entendimento coerente por parte da corte."[13]

Além disso, o cuidado na escrita de "romances em cadeia" pelo STF é um ampliador do controle e da legitimação democrática de suas decisões, principalmente pela Academia – uma das formas de controle da atuação do Judiciário –, o que se torna relevante sobretudo quando tratamos de casos que modulam direitos fundamentais – como a execução antecipada da pena diante do princípio da presunção de inocência.

> "Identificamos, portanto, um potencial democrático, que é o controle social sobre o processo de interpretação e aplicação do STF, na medida em que haja uma cultura de respeito aos precedentes.
>
> Em resumo, com decisões claras, nas quais se pode extrair a *ratio decidendi*, seja do voto, seja do Tribunal, há maior transparência, *accountability*, e melhor diálogo com a sociedade. O ganho com uma cultura de respeito aos precedentes em que está presente a noção de romance em cadeia, por sua vez, é a possibilidade de um controle social, uma incidência estratégica de longo prazo, sobre os precedentes formados pelo Tribunal."[14]

---

[12] VOJVODIC, A. de M.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF, *Revista Direito GV*, n. 9, p. 39, jan./jun. 2009.
[13] VOJVODIC, A. de M.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF, *Revista Direito GV*, n. 9, p. 27, jan./jun. 2009.
[14] VOJVODIC, A. de M.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF, *Revista Direito GV*, n. 9, p. 39, jan./jun. 2009.

1.2. OBJETIVO DA PESQUISA

Devido às frequentes mudanças de entendimento da Corte sobre a execução antecipada da pena e à importância do art. 5º, LVII, CF/88 na conformação do Estado Democrático de Direito brasileiro, proponho classificações, confrontos e análises dos argumentos dos ministros no tema, identificando suas justificativas para mudar ou manter um entendimento dentro do STF.

Busco mapear os argumentos que levaram ao "entendimento da Corte" para confrontá-los com os argumentos e entendimentos anteriores ou opostos, buscando entender os comportamentos decisórios dos ministros do STF.

Depois, analiso os comportamentos de resistência ao novo entendimento de 2016 e de alteração individual na decisão dos ministros diante de si mesmos.

Por fim, trago conclusões sobre o comportamento decisório do STF sobre a execução antecipada da pena.

1.2.1. Perguntas de Pesquisa

Esta pesquisa será conduzida pelas seguintes perguntas:

1. Quais foram os argumentos utilizados pelos ministros do STF para justificar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução antecipada da pena?

2. Como os ministros:

(a) justificaram as mudanças de entendimento sobre o tema?

(b) lidaram com as próprias posições anteriores?

(c) lidaram, individualmente, com o entendimento colegiado de 2016?

2. METODOLOGIA DE PESQUISA

No presente trabalho, analiso os acórdãos sobre a delimitação da presunção de inocência pelo STF pelos casos de execução antecipada da pena, os quais foram escolhidos devido à centralidade que possuem à jurisprudência da Corte sobre o tema quando o Plenário do STF tratou sobre o assunto: HC 68.726[15], HC 84.078[16] e HC 126.292[17].

A seleção desses acórdãos veio pelo raciocínio de "árvore de precedentes": a última decisão que alterou o entendimento do Plenário sobre o tema se deu com o HC 126.292, em 2016. Nele, os Ministros Teori Zavascki (Relator), Roberto Barroso, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski citaram o HC 84.078, de 2009, da relatoria do Min. Eros Grau, como o entendimento até então vigente sobre a execução antecipada da pena.

Antes do acórdão de 2009, o primeiro de todos a tratar sobre o tema fora o HC 68.726, de 1991, da relatoria do Min. Néri da Silveira, como apontaram os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, em 2016. Por sua vez, os ministros de 2009, no HC 84.078, não expuseram o número do "acórdão-raiz" desta árvore.[18]

Destarte, meu universo de acórdãos será composto somente por esses três: embora não me levem a exaurir o tema no STF, permitir-me-ão a análise das principais decisões sobre o tema.

Também trabalho com decisões individuais ou monocráticas proferidas pelo STF após 17/02/2016. Isso me permitirá analisar a aderência individual dos ministros às decisões coletivas da Corte, a despeito de terem manifestado, no plenário, posição divergente, mas minoritária, a respeito do assunto. Assim, os casos que mais me interessam são aqueles em que ou (i)

---

[15] STF: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 28/06/1991.
[16] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009.
[17] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016.
[18] No HC 84.078, diversos Min. citam como relevantes para o tema da presunção de inocência [votos em] outros HC decididos no Plenário do STF, mesmo que eles abranjam o art. 5º, LVII, CF/88 sob outras perspectivas que não *acórdão confirmatório de decisão condenatória de primeiro grau*, que é o condão desta pesquisa. Conclui-se, então, que eles não podem ser vistos como precedentes, pois lidam de questões jurídico-fatuais particulares, ainda que perante o art. 5º, LVII, CF/88, conforme depreendido em MACCORMICK, *op. cit.*, p. 126-133.

não houve adesão do ministro ao novo entendimento (e busco entender suas razões), ou (ii) houve adesão ao novo entendimento quando o ministro era da linha oposta.

Na leitura, fiz fichas-resumo detalhadas dos HC, li o trecho resumido e, ao lado, no campo "Classes Argumentativas", classificava de acordo com as classes que apresentarei no item 3 da monografia.

A partir de fichas-resumo dos acórdãos, formei *classes argumentativas* de acordo com o sentido dos argumentos apresentados: além de explicar o conteúdo de cada classe argumentativa, busco apontar o critério de afinidade que justifique a aglomeração de diferentes argumentos numa mesma classe argumentativa. Dadas e explicadas como se manifestaram essas classes em cada um dos acórdãos, consolido e cruzo-as da seguinte maneira:

(i) relato quais classes foram utilizadas por cada ministro, e se os ministros as utilizaram para refutar classe da linha oposta;

(ii) consolido um "placar do jogo" a partir da quantidade de vezes em que cada classe foi empregada por cada ministro. Isso me levará ao perfil daquela formação do STF: se "Restritivo" ou "Ampliativo" do art. 5º, LVII, CF/88 e qual a frequência de uso de cada uma das classes argumentativas;

(iii) um placar paralelo servirá para indicar quais classes argumentativas foram utilizadas (durante os debates ou em seus votos) para refutar quais outras[19], para analisar se houve promoção de *confronto entre classes argumentativas*.

(iv) em caso de modificação de opinião entre julgamentos ou casos, analiso à parte o comportamento decisório do ministro.

Para isto, fiz um levantamento jurisprudencial no *site* do STF, no dia 19/09/2016, na área "Pesquisa de Jurisprudência"[20]. No campo "Pesquisa

[19] Tabelas 10, 11 e 12 da seção de Anexos.
[20] PESQUISA de Jurisprudência, *Supremo Tribunal Federal*, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 19 set. 2016.

Livre", busquei pelo termo "**HC adj1 (126.292 ou 84.078)**"[21]. Foi definida a data de partida como **17/02/2016** por ser o julgamento do HC 126.292 – com o limite sendo o dia da consulta, **19/09/2016**. Efetuo a pesquisa nas modalidades "Acórdãos", "Repercussão Geral", "Decisões Monocráticas" e "Decisões da Presidência".

Para mim, importam as decisões em que ocorreram a discussão da execução antecipada da pena, desde que houvesse (i) resistência do ministro ao HC 126.292, mantendo o entendimento do HC 84.078, ou (ii) adesão, mas com mudança diante do voto proferido na ocasião do julgamento do HC 126.292 ("Incoerência")[22].

Lidas as decisões e feita a exclusão das que não importam para os estudos, restou o espaço amostral de uma "Decisão Monocrática" (HC 135.455) e oito "Decisões da Presidência" (HC 135.926 MC; HC 135.752 Extn; HC 135.738 MC; HC 135.694 MC; HC 135.752 MC; HC 135.695; HC 135.711 MC; HC 135.510 MC).

Como todas as "Decisões da Presidência" foram emitidas em cautelar, também estudo as reformas feitas pelos relatores originais (HC 135.510, 135.695 e 135.752, enquanto nos outros casos isto não ocorreu).

Nas "Decisões da Presidência", o padrão de voto do Min. Ricardo Lewandowski cita o HC 135.100, Rel. Min. Celso de Mello, que por algum motivo técnico do *site* ficou de fora dos resultados da pesquisa. Ainda assim, trata do mesmo tema e convém ser tratado neste trabalho, por ter sido uma resistência ao entendimento de 2016. Portanto, adicionei em meu espaço amostral, no campo "Decisões Monocráticas".

Portanto, realizei as pesquisas de decisões monocráticas com o seguinte material:

---

[21] Coloquei referência ao HC 84.078 na chave de pesquisa graças à possibilidade de o ministro ter resistido ao HC 126.292 fazendo referência à decisão anterior. Há grande diferença no espaço amostral quando excluído o HC 84.078 da pesquisa.
[22] Na Tabela 6 da seção de Anexos exponho as comparações e filtragens.

DECISÃO (13)	VOTOS
Da Presidência (8)	HC 135.926 MC; HC 135.752 Extn; HC 135.738 MC; HC 135.694 MC; HC 135.752 MC; HC 135.695; HC 135.711 MC; HC 135.510 MC
Cautelares Reformadas (3)	HC 135.510; HC 135.695; HC 135.752
Monocráticas (2)	HC 135.100; HC 135.455

Resta observar, por fim, que a mídia[23] apontou as ADC 43 e 44 como responsáveis por levar a julgamento, novamente, a questão da execução antecipada da pena – desta vez, por meio de ação de repercussão geral (ADC), e não de efeitos somente entre as partes envolvidas (HC).

Como a votação foi no dia 05/10/2016 e o acórdão do julgamento apensado não foi publicado até a presente data[24], não tive tempo suficiente para analisar a filmagem completa do julgamento ou buscar os votos nos gabinetes do STF. Portanto, deixo como sugestão de acórdão a ser tratado em trabalhos empíricos futuros sobre a execução antecipada da pena.

[23] RAMALHO, Renan. Supremo mantém possibilidade de prisão a condenados em 2ª instância, *G1*, 05 out. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/supremo-mantem-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.html>. Acesso em: 05 out. 2016.

[24] Em <www.stf.jus.br>, acesso dia 17 out. 2016, pesquisei pelas ADC 43 e 44 na aba "Processos", opção "Acompanhamento Processual", e não havia acórdão disponível. A partir daqui, devido à entrega da monografia ser dia 18/11/2016, entendo que não há tempo hábil de fazer análises dos votos proferidos.

3. APRESENTAÇÃO DAS CLASSES ARGUMENTATIVAS

A leitura e o resumo dos acórdãos levaram-me a um material que permitiu depreender classes argumentativas que congregam argumentos de teor semelhante, as quais dividirei de acordo com seus fins: (i) se o escopo da justificativa for *impedir* a execução antecipada da pena, ela estará no grupo de classes argumentativas *ampliativas* do art. 5º, LVII, CF/88; (ii) se for *permitir*, ela estará no grupo de classes argumentativas *restritivas*.

Para que os ministros deem autoridade aos argumentos por eles apresentados, todos lançam mão de *apontamentos*[25] como: questões de fato dos casos; jurisprudência (de Cortes estrangeiras ou, também, não necessariamente ligadas ao tema em discussão); doutrinas (nacionais e internacionais); questões históricas e estruturais, estas apoiadas em dados estatísticos; Direito Comparado; PSJCR (emitindo interpretações tanto pela restrição quanto pela ampliação do art. 5º, LVII, CF/88); etc. Isto importa ser frisado para não confundirmos com os argumentos em si.

As classes que exponho foram as únicas determináveis pela leitura dos argumentos dos ministros. Quando via diferenças sutis, aglutinava os argumentos, pois entendi que possuíam algum critério justificatório comum. Explico-as adiante e as exponho no item 4 da Monografia, além de serem visualizáveis nas fichas-resumo.

3.1. CLASSES ARGUMENTATIVAS AMPLIATIVAS

Todas as classes argumentativas deste item foram utilizadas para a ampliação da incidência do art. 5º, LVII, CF/88, ou seja, contra a execução antecipada da pena.

3.1.1. Extensão de garantias à privação da liberdade

[25] Nas Tabelas 1, 2 e 3 da seção de Anexos classifiquei esses argumentos subsidiários como "APONTAMENTOS", exceto quando eles forem integrantes diretos de uma classe argumentativa implícito, mas apreensível no voto. Para melhor entendimento, recomendo a leitura das fichas-resumo dos acórdãos.

Este entendimento vem a partir da compreensão de que garantias dadas no direito civil devem ser estendidas ao direito penal, por esta ser a área que pode trazer restrições à liberdade (a sanção mais grave no regime jurídico penal brasileiro). Nisto, entra uma argumentação sobre a coerência do STF: "se o direito civil, que lida com relações jurídicas patrimoniais, tem garantia x, necessariamente a garantia x deve ser estendida ao direito penal, que tem consequências jurídicas mais graves advindas de sua aplicação".[26]

3.1.2. Restrições a direitos fundamentais

Trata-se da mais ampla de todas as classes argumentativas verificadas nas leituras, manifestando-se das mais variadas formas e sob as mais diversas construções argumentativas, as quais tentarei elencar brevemente.

Entende-se que a construção de uma *jurisprudência defensiva* (práticas judiciais de filtragens processuais com vistas a uma melhor operação do Judiciário[27]) não pode ser pautada pela redução ou sacrifício de direitos fundamentais (processuais ou materiais) constitucionalizados.

Outra questão de ordem estrutural é que os direitos e garantias fundamentais são tidos como as normas encontradas no *pico da hierarquia do ordenamento jurídico*, não podendo ser reduzidos ou extintos por emendas constitucionais, muito menos por decisões judiciais.

Sobre as garantias à pessoa humana, entende-se que permitir a execução antecipada da pena se trata de anseio punitivo estatal que se torna *óbice à ampla defesa* e ao efetivo *uso do sistema recursal* brasileiro, ameaçando a *dignidade da pessoa humana*, pois transformaria o réu em objeto do processo criminal, esquecendo que ele nunca poderia deixar de ser um sujeito de direitos e protege-lo de intervenções estatais à sua liberdade.

Disto, tem-se que eventuais *ânimos punitivistas da população*, principalmente diante de processos criminais que geram comoção pública e midiática, não podem levar a *processos legislativos ou legiferantes ou*

---

[26] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1055.
[27] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1064.

decisórios punitivistas que reduzem ou extinguem direitos fundamentais, sob pena de ameaçar as *estruturas do Estado Democrático de Direito* brasileiro.

Também é compreendido que o ordenamento jurídico brasileiro, devido à CF/88, protege os indivíduos de sanções arbitrárias ou precipitadas, não aceitando normas que a contrariam por entende-la como reação às práticas da Ditadura Militar – e porque o princípio da presunção da inocência surgiu como reação a regimes políticos autoritários[28]. Dessas *interpretações sistêmica e histórica*, afirma-se que:

(i) o art. 5º, LVII, CF/88 é *taxativo e absoluto* na sua *leitura literal e em seu contexto*, considerando-se impossível a execução antecipada, pois o pronunciamento absolutório pode ocorrer em qualquer momento do processo penal, e qualquer norma ligada à execução da pena tem sua validade condicionada à presunção de inocência; e

(ii) a execução antecipada é *antinômica à CF/88*, devendo-se aplicar os axiomas "lei superior revoga lei inferior" ou "lei posterior revoga lei anterior", quando a posterior for coerente à ampliação do art. 5º, LVII, CF/88 (ex.: art. 637, CPP inferior e anterior à CF/88[29] e art. 105, 147 e 164, LEP[30,31] posterior ao art. 637, CPP).

3.1.3. Possibilidade de prisão cautelar

Afirma-se, por meio deste argumento, que a possibilidade de pedido e determinação de prisões cautelares (temporária e preventiva) não é afetada pela interpretação ampliativa do art. 5º, LVII, CF/88, pois elas possuem fins

---

[28] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1159-1161.

[29] "O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença", o qual é parte do texto original do CPP, datado de 03/10/1941.

[30] Respectivamente: "Transitado em julgado a sentença que aplicar a pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução"; "Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares"; "Extraída certidão de sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora".

[31] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1055.

investigativos e processuais preventivos – ao contrário da execução antecipada da pena que teria fim sancionatório antes do trânsito em julgado, o que seria ilegal.

3.2. CLASSES ARGUMENTATIVAS RESTRITIVAS

Todas as classes argumentativas deste item foram utilizadas para restringir a amplitude do art. 5º, LVII, CF/88, ou seja, a favor da execução antecipada da pena.

3.2.1. Instâncias e Recursos Ordinários

Por esse argumento, é entendido que os recursos excepcionais[32] possuem efeito meramente devolutivo, ou seja, não suspendem os efeitos das decisões anteriores, isto porque só as instâncias e os recursos ordinários (até segundo grau) analisam as questões fático-probatórias, o que permite a execução da pena até a discussão das questões de direito pelas Cortes e pelos recursos excepcionais[33].

Se o acórdão de segundo grau declara a culpa do réu, permite-se a execução da pena ainda que haja questões de direito pendentes de análise, pois há alta confiabilidade na decisão sobre os fatos pelos graus ordinários.

Busca-se um tratamento progressivamente mais gravoso ao réu à medida que o processo, confirmando sua culpa fatual-probatória[34], sobe de instância. Havendo suspeitas de prisão ilegal, abusiva ou arbitrária, o remédio processual possível é o HC, e não os recursos excepcionais.

3.2.2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

[32] Os ministros do STF por vezes utilizam o termo "recursos excepcionais" em referência aos recursos para os Tribunais Superiores e Supremo – destaque-se REsp e RE –, aparentemente para não se confundir o uso do termo "extraordinário", que se referiria tanto ao tipo de recurso quanto aos Tribunais acima da Apelação.
[33] STF: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 26/06/1991, p. 212-213.
[34] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 41. Vide item 25.

Este argumento liga-se às finalidades da pena de retribuição e prevenção[35], e leva em conta potenciais consequências da demora do julgamento ou da impunidade.

Para que recursos meramente protelatórios não impeçam a punição de fatos considerados criminosos nas instâncias ordinárias, a pena deve ser cumprida logo após a condenação em segundo grau. Visa-se, com isto, evitar a ocorrência de prescrição ou decadência da punição estatal.

Para preservar a legitimidade e a autoridade do Poder Judiciário, é necessário garantir a efetividade de suas decisões, e não somente o atendimento a questões formais, isto para garantir que a pena tenha suas finalidades atendidas – caso contrário, ocorreria a perda de respeitabilidade do Estado-juiz.

Neste sentido, vê-se a necessidade de congruência entre os anseios sociais de combate à impunidade e as garantias e formalidades da lei e da Constituição – o que seria possível se dar por meio das mudanças de entendimento do STF.

3.2.3. Forma de prisão preventiva

Segundo esse argumento, a execução antecipada da pena pode se assemelhar com uma prisão preventiva após atestado, pelas instâncias ordinárias, a existência de provas suficientes sobre a imputação de um fato criminoso a uma pessoa.

Proibir a execução da pena nesses casos pode comprometer o instituto da prisão preventiva, pois seria afirmar que seus critérios legais[36] – tidos como presentes na execução antecipada – seriam inválidos diante da presunção de inocência, o que se assemelharia à "visão extrema" da presunção de inocência, já explicada na Introdução desta Monografia.

---

[35] Sobre isso (teoria unificadora da finalidade da pena), recomendo a leitura de BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 1*, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155-157.
[36] CPP, art. 312: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria".

Disto, compreende-se que a própria permissão de prisão preventiva é uma forma de relativização do princípio. Este tipo de relativização permitiria, portanto, a execução antecipada da pena.

4. PERFIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesta seção, traço os perfis decisórios do STF e suas justificativas em 1991, 2009 e 2016. Os dois grandes perfis verificados são, em relação ao art. 5º, LVII, CF/88, *ampliativo* (em 2009, pelo HC 84.078), que proíbe a execução antecipada da pena, e *restritivo* (em 1991, pelo HC 68.726, e 2016, pelo HC 126.292), que permite a execução antecipada da pena.

Esses períodos possuem suas particularidades e similitudes na argumentação, verificadas nos placares decisórios e votos proferidos que esclarecem e aprofundam o uso das classes argumentativas em cada um dos três HC.

4.1. HC 68.726: A CORTE RESTRITIVA DE 1991

Em 1991, oito ministros compareceram à votação[37], a qual foi unânime pelo entendimento de que o art. 5º, LVII, CF/88 permite a execução antecipada da pena, nos termos do voto do Min. Rel. Néri da Silveira, que aproveitou das classes argumentativas restritivas "1. Instâncias e Recursos Ordinários" e "3. Forma de prisão preventiva".[38]

O uso da classe restritiva 1 (instâncias e recursos ordinários) se deu explicando que há dois momentos de definição das causas: (i) *caso julgado*: análise definitiva de todas as questões fático-probatórias, permitindo a execução da sentença, graças à exaustão das instâncias ordinárias, mesmo com a possibilidade de interposição de recursos excepcionais às instâncias extraordinárias – ideia reforçada pelo mero efeito devolutivo dado a eles[39], e (ii) *coisa julgada*: já houve trânsito em julgado da causa e ela não tem mais o que ser discutida, havendo impossibilidade de interposição de qualquer recurso.[40] Esta distinção vem para afirmar que a ocorrência do caso julgado

[37] Os ministros presentes foram Moreira Alves, Néri da Silveira (Rel.), Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Ilmar Galvão. Interessa ressaltar que dos 3 ministros que não votaram, dois (Celso de Mello e Marco Aurélio)[37] integraram o STF nos julgamentos dos HC 84.078 e 126.292, nos quais manifestaram-se contrários à execução antecipada da pena. O outro ministro ausente foi o Pres. Sydney Sanches.
[38] Tabela 7 da seção de Anexos.
[39] Lei nº 8.038/1990, art. 27, § 2º: "Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo".
[40] STF: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 28/06/1991, p. 212.

permite a decretação da prisão provisória, ao menos enquanto não há a geração de coisa julgada – quando se poderá, por fim, decretar a prisão punitiva.

Ao sustentar a classe restritiva 3 (forma de prisão preventiva), o relator tomou a seguinte consideração: "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* (...)"[41] (destaquei). Sendo de natureza processual, portanto, se trata de uma prisão preventiva, que é mormente em prol da higidez do processo, noção a qual fora endossada pelo parecer do então Subprocurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, citada pelo Min. Néri da Silveira:

> "o denominado (...) princípio da 'presunção de inocência' não está direcionado a colocar o réu em 'posição de intangibilidade', sob pena de não se justificar a prisão provisória do infrator, também constitucionalmente assegurada à sociedade (...)."[42]

Ou seja, compreende-se que a execução antecipada da pena é modalidade de prisão preventiva.

4.2. HC 84.078: A CORTE AMPLIATIVA DE 2009

Em 2009 a Corte estava completa no julgamento do HC 84.078, decidindo, por 7 votos a 4[43], pela *impossibilidade* da execução antecipada da pena, deferindo o HC[44] e alterando o entendimento anterior estabelecido em 1991 no HC 68.726.[45]

---

[41] STF: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 28/06/1991, p. 213.
[42] STF: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 28/06/1991, p. 213-214.
[43] Vencedores: Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski. Vencidos: Ministros Menezes Direito, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.
[44] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1212.
[45] Importa observar que, no HC 84.078, o Min. Ricardo Lewandowski votou na linha majoritária, mas o teor de seu voto não está anexado ao acórdão publicado no *site* do STF (somente o aditamento ao voto, de uma página), então não foi possível visualizar quais classes argumentativas foram utilizadas por ele no julgamento. Já na linha minoritária, não está disponível o voto da Min. Cármen Lúcia. Fiz requerimentos dos votos aos seus gabinetes por e-mail, mas não obtive respostas até o dia da conclusão desta monografia.

4.2.1. Linha Vencedora

Os ministros da Corte de 2009 entenderam pela impossibilidade da execução antecipada da pena, fundamentando a decisão as classes ampliativas:

Classe Ampliativa	Ministros
2. Restrições a Direitos Fundamentais	6 ministros: Rel. Eros Grau, Celso de Mello, Ayres Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Gilmar Mendes
3. Possibilidade de prisão cautelar	5 ministros: Rel. Eros Grau, Celso de Mello, Ayres Britto, Marco Aurélio e Gilmar Mendes
1. Extensão de garantias à privação da liberdade	2 ministros: Rel. Eros Grau e Marco Aurélio

Como expliquei na exposição da classe ampliativa 2, pode haver variação no seu uso conforme a visão individual do ministro sobre quais direitos fundamentais são restringidos, a maneira, a gravidade, dentre outros fatores que achem importante abordar. A despeito dessa relativização, exponho trechos que oferecem uma visão geral de como essa classe argumentativa aparece nos votos:

(i) Execução Antecipada da Pena vs. Devido Processo Legal (Min. Cézar Peluso):

> "Tenho insistentemente relembrado que o devido processo legal não é apenas o processo regulado pela lei, porque nisso já seria legal. A Constituição exige mais, exige que o processo, além de ser legal, seja devido. (...) [O] processo (...) tem que ser legal, mas ao mesmo tempo responder às exigências de uma concepção de justiça num dado momento da sociedade, ou seja, devido por justiça. (...) Ora, não consigo conceber um processo justo onde se aplique a alguém, pelo mero fato de

> ser réu, medida gravosa e de caráter irremediável, como é a privação de sua liberdade"[46];

(ii) Execução Antecipada da Pena vs. Dignidade da Pessoa Humana (Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, respectivamente):

> "Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional de sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual"[47]

> "Se se entender (...) que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada [pois] (...) este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas e humilhações"[48];

(iii) Execução Antecipada da Pena vs. Ampla Defesa (Min. Rel. Eros Grau):

> "A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. (...) Por isso a execução da sentença após julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão"[49].

Por sua vez, a <u>argumentação ampliativa 3 (possibilidade de prisão cautelar)</u> se manifestou conforme o seguinte trecho do Min. Rel. Eros Grau:

> "A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título de cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma Rógerio Lauria Tucci (...): 'o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária ou de prisão preventiva'."[50]

Isto é complementado por trecho do Min. Gilmar Mendes, coerente com os demais ministros que utilizaram a presente classe ampliativa:

---

[46] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1164-1165.
[47] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1065.
[48] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1196-1197.
[49] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1058.
[50] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1058.

> "Também considero que não se pode conceber como compatível com (...) [a] presunção de inocência qualquer antecipação do cumprimento da pena, (...) [pois esta] não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (...) [art. 312, CPP]. No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si".[51]

Ainda, temos o seguinte trecho do Min. Celso de Mello em um debate:

> "(...) esta Suprema Corte (...) não está a inviabilizar a prisão cautelar (...) de indiciados ou réus perigosos, pois (...) reconhece-se, uma vez presentes razões concretas que justifiquem a sua utilização, a possibilidade de o Judiciário valer-se (...) das diversas modalidades de tutela cautelar penal. O que não se legitima (...) por ser absolutamente incompatível com o sistema de nossa Constituição (...) é a antecipação executiva da pena privativa de liberdade, como se a sentença penal condenatória pudesse expor-se à execução meramente provisória".[52]

Adicionalmente, o Min. Ayres Britto afirmava que os magistrados de primeiro grau são aqueles que tem contato direto com o caso, então devem ter sua decisão pela prisão cautelar prestigiada quando fundamentada de acordo com os critérios legais que a possibilitou – até mesmo como fator de autoproteção do magistrado a riscos do julgamento criminal.[53] Entende, também, que são inafastáveis os critérios legais da prisão cautelar.[54]

Esses argumentos mostraram que os ministros não transpõem para a execução antecipada da pena os critérios definidos legalmente para decretar prisões cautelares, partindo do entendimento de que o art. 5º, LVII, CF/88 define, em sua literalidade, que a execução da pena não pode ocorrer sem o trânsito em julgado – divergindo do HC 68.726, no qual a execução antecipada seria uma prisão processual após condenação em segundo grau.

A <u>argumentação ampliativa 1 (extensão de garantias à privação de liberdade)</u> determinou que as regras de defesa do patrimônio contra interferências estatais se estendem à liberdade. Para demonstrar o argumento, cito o Min. Rel. Eros Grau:

---

[51] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1195-1196.
[52] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1139.
[53] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1154-1155.
[54] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1156.

> "E faço referência, a propósito, não apenas a decisões atinentes à afirmação da liberdade, mas a outra, bem recente. (...) [O] RE 482.006 (...), quando foi debatida a constitucionalidade (...) de lei (...) que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (...). Decidiu-se, então, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- 'a se admitir a redução de remuneração de servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação da pena (...)'. Afirmação unânime, como se vê, da impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade, anteriormente ao seu trânsito em julgado, a decisão com caráter de sanção. Ora, a Corte vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade".[55]

Como pode-se ver, o Ministro diz que há uma hierarquia na importância dos bens jurídicos: os patrimoniais são de menor importância que os ligados à liberdade, portanto, todas as garantias que forem determinadas aos primeiros devem ser dadas à segunda.

Apesar desta argumentação de cunho processual, o recorrente no HC 84.078 foi a argumentação incisiva sobrepondo os direitos fundamentais às justificativas apoiadas na expansão do poder punitivo estatal.[56]

Ilustrando os diversos enfrentamentos argumentativos "intravoto"[57] tidos no HC 84.078, cito, no tópico seguinte, trechos de como esses confrontos ocorreram.

4.2.1.1. Confrontos pela linha Ampliativa

Ampliativa 2 vs. Restritiva 2

---

[55] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1065-1066.
[56] Tabela 11 da seção de Anexos.
[57] Exceto durante os debates, não ocorreu confronto entre as opiniões dos ministros, mas eles, na confecção de seus votos, vislumbraram a possibilidade de levantamento de uma certa linha argumentativa oposta e, a partir de tal prospecção, desenvolveram argumentação visando rebatê-la e, por consequência, fortalecer os próprios votos. Daqui em diante, quando eu tratar sobre o confronto de argumentos, eles se deram nesta forma autocentrada – a não ser quando eu dizer o contrário.

Os cinco ministros (Eros Grau, Cezar Peluso, Celso de Mello, Ayres Britto e Marco Aurélio) que promoveram este confronto argumentativo buscaram demonstrar que a busca por efetividade e respeito à jurisdição penal não servem como justificativa para restrições a direitos fundamentais. Um exemplo disso foi o que o Min. Rel. Eros Grau afirmou em seu voto:

> "Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar apenas após o trânsito em julgado das decisões do RE e do REsp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso --- eis o fecho de ouro do argumento --- porque os advogados usam e abusam de recursos e reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora --- digo eu agora --- a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto [STF] e sairmos por aí, (...) [c]ada qual com o seu porrete! Não recuso significado ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição".[58]

Observa-se que, mesmo com o argumento da existência de interposição de recursos procrastinatórios ser compreensível, o STF, segundo o Ministro, não poderia simplesmente desdizer o escrito na CF/88: para ele, pode-se fazer uma reforma legislativa para conformar a lei ao que a linha restritiva deseja (desde que obedecendo ao que a CF/88 determina), mas essa alteração não pode ocorrer por releitura feita no STF.

Ampliativa 2 vs. Restritiva 1

Por este confronto, quatro ministros (Celso de Mello, Ayres Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes) afirmaram que restrições a direitos fundamentais não podem ocorrer sob a justificativa da existência de instâncias e recursos ordinários que analisam à exaustão questões fático-probatórias do caso penal, como podemos ver no seguinte trecho do Min. Celso de Mello:

> "(...) a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito

[58] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1089-1090.

> fundamental, que só deixará de prevalecer (...) com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (...) O fato relevante (...) é um só: episódios processuais ainda não definidos, porque deles ausente sentença judicial transitada em julgado, não podem repercutir (...) sobre o estado de inocência que a própria Constituição garante e proclama em favor de qualquer pessoa".[59]

O Ministro diz que a presunção de inocência tem teor absoluto, dado textualmente pela CF/88, durante todo o processo, impossibilitando sua relativização por causa de características dos recursos interpostos ou da alteração de instâncias, pois o momento processual não influi na proteção conferida pelo art. 5º, LVII, CF/88 ao réu.

Destaco que esta é uma resposta ao argumento apresentado pelo Min. Néri da Silveira, na defesa da visão restritiva no HC 68.726. Então houve deferência ao argumento passado, ainda que intravoto, por buscar alguma resposta para os argumentos sustentados na jurisprudência anterior.

Ampliativa 3 vs. Restritiva 2

Neste confronto, três ministros (Celso de Mello, Ayres Britto e Gilmar Mendes) afirmaram que a possibilidade de prisão cautelar já garante a efetividade e o respeito à jurisdição penal, de forma que o STF deve se conter para não criar nova prisão cautelar, pois só o texto legal poderia cria-las. Vejamos trecho do Min. Celso de Mello:

> "Todos sabemos (...) que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota de excepcionalidade. (...) uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de meros indícios de autoria (pressupostos da prisão preventiva) – e desde que concretamente ocorrente qualquer das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal (fundamentos da prisão preventiva) –, torna-se legítima a decretação, pelo Poder Judiciário, dessa especial modalidade de prisão cautelar.
>
> Impõe-se advertir (e relembrar) que a prisão cautelar ("carcer ad custodiam") – que não se confunde com a prisão penal ("carcer ad poenam") – não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação. Não traduz (...) qualquer ideia de sanção. (...) Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar (...) não pode ser utilizado com o objetivo de

[59] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1120-1121.

> promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois (...) subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da liberdade".[60]

O Ministro aponta que as únicas possibilidades de prisão cautelar são aquelas explicitadas pelas leis que lidam sobre elas, desde que sua imposição pelo juiz seja justificada nas estritas qualificações legais. Qualquer outra forma de prisão seria adiantamento da pena – o que é tido como contrário à Constituição, pois a punição só pode ocorrer a partir do trânsito em julgado. No mesmo sentido, trago o dito pelo Min. Ayres Britto:

> "(...) ênfase nesse aspecto da gravidade ímpar da prisão corporal do indivíduo, em homenagem à irreparabilidade do dano daí resultante (...) [p]orque, de fato, é um dano que projeta os seus efeitos numa dimensão quádrupla contra o preso ["abalo psíquico"; "desprestígio familiar"; "desqualificação profissional"; e "desprestígio social"]. (...) Então a ênfase constitucional posta na defesa da liberdade é plenamente explicável".[61]

Ampliativa 3 vs. Restritiva 1

Afirma-se, neste confronto, que instâncias e recursos ordinários têm seu respeito garantido pelos motivos para determinar prisões cautelares, não sendo cabível a execução antecipada da pena.

Esta contra argumentação foi formulada pelos Ministros Ayres Britto e Gilmar Mendes, sendo o argumento ampliativo utilizado que rebateu, intravoto, o argumento restritivo 1 do Min. Néri da Silveira no HC 68.726.

Para o Min. Ayres Britto, a possibilidade de determinação, pelas instâncias ordinárias, de prisões cautelares quando atendidas as exigências legais seria suficiente para garantir a respeitabilidade dos magistrados de 1ª e 2ª instâncias, tanto pela população quanto pelas instâncias extraordinárias.[62]

Já o Min. Gilmar Mendes sopesou, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, (i) a possível aceitação e admissibilidade de recursos

---

[60] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1107-1109.
[61] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1153-1154.
[62] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1154-1155.

extraordinários de pessoa automaticamente presa após condenação de segundo grau diante da (ii) restrição aos direitos fundamentais da liberdade, presunção de inocência e dignidade humana. Concluiu pela desnecessidade da execução antecipada da pena, pois suas finalidades já seriam efetivadas pela determinação de prisões cautelares pelas instâncias ordinárias - além da execução antecipada ser tida como ameaça à necessidade de devida justificativa para prisão, outro preceito fundamental.[63]

Ampliativa 3 vs. Restritiva 3

Esta contra-argumentação também fez referência, intravoto, à classe restritiva 3 (forma de prisão preventiva), utilizada pelo Min. Néri da Silveira em 1991. O Min. Celso de Mello afirmou que a execução antecipada da pena não é prisão preventiva justamente por ser execução, e não cautelar.

O ministro delimita diferença entre as modalidades de prisão cautelar e a execução antecipada: as primeiras possuem finalidade processual; a segunda, de início da pena.[64] Buscar o encaixe da execução antecipada da pena no "guarda-chuva" de prisão cautelar é tido como "desvio arbitrário" de sua finalidade, "manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal", pois as cautelares seriam inconfundíveis, em suas justificativas, com a prisão penal.[65]

4.2.2. Linha Vencida

O entendimento vencido no HC 84.078 foi o que crê ser compatível a execução antecipada da pena com o art. 5º, LVII, CF/88. Cada classe argumentativa restritiva ("1. Instâncias e Recursos Ordinários"; "2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal"; e "3. Forma de prisão preventiva") foi utilizada pelos Ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.[66]

---

[63] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1199-1201.
[64] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1109.
[65] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1113-1114.
[66] Tabela 8 da seção de Anexos.

A classe restritiva 1 (instâncias e recursos ordinários) se manifestou como nos trechos da Min. Ellen Gracie e do Min. Menezes Direito, respectivamente:

> "(...) uma vez sopesada a prova e considerada ela como suficiente pelo juiz de primeiro grau, tal demonstração embasará a sentença condenatória que nela deverá fundar suas conclusões, em relação necessária de causa e consequência lógica. A sentença é silogismo pelo qual se demonstra que um delito (tipo penal) foi cometido e que o foi pelo acusado, pois nesse sentido convergem as provas constantes dos autos. E sua confirmação pelo tribunal culmina por impedir qualquer rediscussão sobre questões de fato relacionadas ao caso concreto".[67]
>
> "[nos] recursos [excepcionais] o que está em discussão é a tese jurídica e não a matéria de fato. O esgotamento da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito (...). Não é por outra razão que os efeitos desses recursos são limitados, não suspendendo a execução".[68]

Vemos que esta linha, ao ser utilizada em 2009, reforça o argumento do Min. Néri da Silveira em 1991.[69]

Agora, a argumentação restritiva 2 (efetividade e respeito à jurisdição penal) utilizada no HC 84.078 ocorreu como no seguinte trecho do Min. Joaquim Barbosa, que resume o argumento:

> "Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade (...), especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor cujo fim precípuo seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos (e nisto o nosso ordenamento é rico), de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas".[70]

Por fim, o argumento restritivo 3 (forma de prisão preventiva) se manifestou no julgamento como no seguinte trecho da Min. Ellen Gracie:

---

[67] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1171.
[68] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1101.
[69] Vide item 4.1 do presente trabalho.
[70] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1143.

> "(...) enquanto a condenação não for mantida pelo terceiro grau de jurisdição, o condenado não ingressa no regime prisional. Aguarda, em presídio próprio, a definitividade da condenação. Só depois da carta de guia é que inicia o cumprimento da pena no regime prisional que foi estabelecido pela sentença condenatória. Não se cuida, portanto, de antecipação da pena, mas de prisão provisória, decorrente de uma condenação mantida pelo segundo grau de jurisdição".[71]

Pouquíssimos confrontos argumentativos intravoto foram promovidos pela linha vencida, sendo o Min. Joaquim Barbosa quem os fez com mais frequência – isto possivelmente aconteceu assim porque esta era a jurisprudência vigente na Corte.[72] Vejamos como se deu.

4.2.2.1. Confrontos pela linha Restritiva

Restritiva 2 vs. Ampliativa 2

Por este argumento, dois ministros (Menezes Direito e Joaquim Barbosa) afirmaram que os direitos fundamentais podem sofrer restrições em prol do equilíbrio entre sua proteção e a necessidade de efetividade e respeito à jurisdição penal – também entendido, pelo Ministro, como princípio constitucional.

> "Relativamente ao condenado, a execução provisória da pena também é de ser admitida, considerada não a culpa não inconteste do réu, mas a existência de decisões judiciais condenatórias, calcadas nos exames dos fatos, que tornam legítima a privação de sua liberdade.
>
> Colaciono trecho de Cândido Rangel Dinamarco que bem expressa a minha preocupação com a legitimidade e utilidade do processo penal (...): "(...) O monumental esforço dos idealistas portadores da bandeira da efetividade do processo abriu espaço para a consciência da necessidade de pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo".

Este excerto do Min. Joaquim Barbosa complementa-se com trecho do Min. Menezes Direito:

> "na análise e explicitação do significado e extensão das normas (inclusive as constitucionais), deve o intérprete não só

[71] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1175-1176.
[72] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1143-1144. Todos os confrontos promovidos por Joaquim Barbosa ocorreram nessa sequência de páginas.

> afastar conclusões que impliquem excessos em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos (aí inclusos os réus em processos criminais), mas também deve zelar para que estas interpretações não gerem uma inoperância do sistema que, em face disso, acabe acarretando desproteção dos interesses sociais gerais igualmente garantidos constitucionalmente".[73]

Os dois, conjuntamente, afirmam que haveria necessidade de equilíbrio entre os direitos fundamentais garantidos aos réus e a funcionalidade do sistema penal, para este não ser inoperante e deslegitimado diante da opinião pública. Dar máxima amplitude à presunção de inocência seria gerar desproporcionalidade entre objetivos postos igualmente pela Constituição.

Confrontos pelo Min. Joaquim Barbosa

Faço esta separação exclusiva ao Ministro para elucidar seu destacável compromisso para justificar seu posicionamento, tendo como interface a linha oposta à sua, ou seja, a linha ampliativa.

Restritiva 1 vs. Ampliativa 2 (Instâncias e Recursos Ordinários vs. Restrições a direitos fundamentais):

> "Veja-se que não se trata de relegar à inoperância o princípio da presunção da inocência do acusado, mas se estará a velar pelo cumprimento provisório de provimento condenatório, já exaustivamente decidido nas instâncias ordinárias (...), competentes para exame dos fatos.
>
> Para além disto, é de se ressaltar que os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo em nosso ordenamento jurídico positivo, razão pela qual não se configura violação ao princípio da não-culpabilidade a determinação de cumprimento da pena após o julgamento da apelação pelo Tribunal competente".

A compreensão do Ministro explicita que a presunção da inocência fica flexível com a exaustão da análise fático-probatória pelo segundo grau – por isso, os recursos excepcionais não possuem efeitos suspensivos, tido como aceitável segundo interpretação da CF/88.

Restritiva 3 vs. Ampliativa 2 (Forma de prisão preventiva vs. Restrições a direitos fundamentais):

[73] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1106.

> "Ora, o princípio do estado de inocência não é absoluto e incontrastável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da prisão preventiva e da prisão temporária".

Aqui, o Min. Joaquim Barbosa aponta que a existência da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro é uma modulação da presunção de inocência, e que ela também poderia ocorrer, extensivamente, em prol da possibilidade de execução antecipada da pena após condenação em segundo grau.

4.3. HC 126.292: A CORTE RESTRITIVA DE 2016

Em 2016, toda Corte estava no julgamento do HC 126.292, decidindo, por 7 votos a 4[74], pela *possibilidade* de execução antecipada da pena, indeferindo o HC[75], alterando o entendimento de 2009 dado pelo HC 84.078 e voltando ao que se entendia entre 1991 e 2009 pelo HC 68.726.[76]

4.3.1. Linha Vencedora

Os Ministros de 2016 entenderam pela possibilidade da execução antecipada da pena, assim usando as seguintes classes restritivas:

Classe Restritiva	Ministros
1. Instâncias e Recursos Ordinários	6 ministros: Rel. Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes

[74] Vencedores: Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Roberto Barroso. Vencidos: Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio.
[75] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 103.
[76] Importa observar que, no HC 126.292, o Min. Dias Toffoli votou na linha majoritária, mas o teor de seu voto não está anexado ao acórdão publicado no *site* do STF, então não foi possível visualizar quais classes argumentativas foram utilizadas por ele no julgamento. Fiz requerimento do voto ao seu gabinete por e-mail, mas não obtive resposta até o dia da conclusão desta monografia.

2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal	5 ministros: Rel. Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes
3. Forma de prisão preventiva	2 ministros: Roberto Barroso e Gilmar Mendes

A classe restritiva 1 pode ser representada pela afirmação do Min. Rel. Teori Zavascki de que os recursos de natureza extraordinária servem para preservar a higidez do sistema normativo, e não para examinar potencial justiça ou injustiça das decisões ordinárias – fato que se evidencia pela exigência de repercussão geral para admissibilidade do RE, em que se exige a demonstração de relevância jurídica, político, social ou econômica.[77]

Mais explicitamente, o Min. Edson Fachin afirmou que o papel do STF é o de formular teses jurídicas que orientem a aplicação das normas constitucionais, além de garantir segurança jurídica[78], mas não de revisar decisões para sanar injustiças supostamente cometidas no caso concreto pelas instâncias ordinárias, tanto que questões de fato não são analisadas pelas Cortes Superiores.[79]

Os Ministros Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Luiz Fux convergiram ao argumentarem pela coisa julgada sobre questões fático-probatórias, ficando passível de análise, pelas instâncias excepcionais, somente questões constitucionais ou federais. Como exemplo, o Min. Luiz Fux retomou o que o Min. Néri da Silveira disse no HC 68.726: "coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a *indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão*" (destaquei).[80]

Frente a tudo isso, concluem que o STF não possui o escopo de analisar questões de fato que permitirão ou não a soltura do réu, mas meramente

[77] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 15-16.
[78] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 20.
[79] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 23.
[80] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 58-59.

questões de direito que, por consequência, poderão influir ou não em sua condenação. Por isso mesmo, a execução antecipada da pena é válida após a condenação em segundo grau, pois as questões de fato já foram analisadas, suficientes para a condenação enquanto as questões de direito não foram.

O argumento restritivo 2 é representado por trecho do Min. Roberto Barroso que afirmou a necessidade de trazer isonomia entre os réus de todos os processos penais, pois o excesso de recursos promoveria a seletividade do sistema criminal, pelo qual somente pessoas ricas teriam a possibilidade de procrastinar a execução penal pela interposição de recursos.[81] Permitir a execução antecipada da pena, portanto, demonstraria à toda sociedade a efetividade da jurisdição penal, sem escolher pessoas atingidas.

Por sua vez, na mesma classe restritiva, o Min. Edson Fachin afirmou que nenhum princípio constitucional deve ser visto com teor absoluto, o que geraria "superprincípios", necessitando equilibrar a interpretação do art. 5º, LVII, CF/88 com o restante da ordem constitucional (como ex.: duração razoável do processo, soberania dos vereditos do Tribunal do Júri e o desenho recursal dado às instâncias excepcionais).[82]

Já a argumentação restritiva 3 se manifestou timidamente nos votos dos Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes: para ambos, a execução antecipada da pena seria em prol da garantia da ordem pública (critério presente no art. 312, CPP para justificar prisões preventivas), pois ela também significaria "assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário".[83] Com base nesta garantia, permite-se a decretação da prisão em forma de execução antecipada.

4.3.1.1. Confrontos pela linha Restritiva

A linha Restritiva, por ocasião deste julgamento, promoveu um único confronto argumentativo no voto do Min. Roberto Barroso[84]. É questionável

[81] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 52.
[82] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 22-23.
[83] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 44 e 75.
[84] Tabela 12 da seção de Anexos.

a ocorrência de comportamento tão isolado no STF de 2016, graças ao ideal, já apresentado na introdução da monografia, vislumbrado ao comportamento decisório de uma Corte constitucional.

Isto porque em 2009 a votação foi de sete votos contrários à execução antecipada da pena (e quatro favoráveis), havendo frequente promoção de confrontos entre argumentos ampliativos e restritivos. Em 2016, o resultado também foi de 7 votos a 4, desta vez em favor da execução antecipada da pena, mas não houve argumentação frequente contra o entendimento de 2009, então vigente – contrariando a noção de "romance em cadeia" que apresentei, o que possivelmente ocorreu graças às mudanças da composição da Corte entre 2009 e 2016.

No tópico seguinte, compararo as contra argumentações promovidas intravoto pelo Min. Roberto Barroso para corroborar seu raciocínio.

Restritiva 2 vs. Ampliativa 2

O Ministro apontou com este confronto[85] que a execução antecipada da pena não compromete direitos fundamentais previstos na CF/88, elencando três razões para isso:

(i) melhorar a justiça criminal brasileira, pois a execução antecipada da pena desencorajaria a interposição de recursos procrastinatórios[86];

(ii) o direito fundamental ao devido processo legal não abrange a possibilidade de recurso para instâncias extraordinárias[87];

(iii) promoção do ideal de isonomia no processo criminal, pois o sistema recursal brasileiro estaria a serviço das pessoas mais ricas[88].

O entendimento do Ministro está no sentido oposto ao do HC 84.078, mas argumentou como se analisasse a questão pela primeira vez, ou seja,

[85] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 51-52.
[86] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 51.
[87] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 51.
[88] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 52-53.

sem dar deferência ao que fora dito anteriormente, o que impediu a escrita do "romance em cadeia", como podemos observar no que segue:

(i) O Min. Rel. Eros Grau afirmou que reformas dos sistemas penal e recursal não podem se dar a partir da compreensão do STF do que seria tido como correto em contrariedade ao que está posto pela Constituição – inclusive quase que literalmente escrevendo, em 2009, o que Barroso falaria em 2016 para justificar a execução antecipada da pena[89];

(ii) O Min. Ayres Britto afirmou, citando o Min. Lewandowski (voto ausente no acórdão), que o respeito às decisões das instâncias ordinárias deve ocorrer quando elas determinam as prisões cautelares de acordo com os critérios legais do CPP, coerentes com a CF/88[90], desde que não sacrifique o devido processo legal[91] (o que, conforme o voto de Britto, seria o não sacrifício do acesso às instâncias superiores em liberdade, pela via recursal excepcional)[92];

(iii) O Min. Celso de Mello, ao defender a intransigência do art. 5º, LVII, CF/88, afirmou que a presunção de inocência é regra de tratamento do Poder Público a todo e qualquer acusado penal, "independentemente de sua situação pessoal, social, política, econômica ou funcional"[93].

Para uma melhor argumentação do STF na alteração jurisprudencial, importa que os ministros confrontem, com cuidado, os argumentos da linha argumentativa oposta à defendida, principalmente as de decisões passadas, para a escrita do "romance em cadeia". Observo que houve deficiência neste comportamento pela linha vencedora do HC 126.292

Disto, tem-se que a crítica da Min. Rosa Weber (de que a jurisprudência do STF não deve ser sensível à mudança dos quadros, salvo em minucioso estudo argumentativo[94]) é aplicável ao julgamento do HC 126.292. Também

[89] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1064.
[90] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1154.
[91] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1156.
[92] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1151.
[93] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1111.
[94] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 55.

se aplica a crítica feita pelas autoras que me ofereceram a noção de "romance em cadeia". Retomo:

> "(...) fica-se com a impressão de que o segundo capítulo de um romance em cadeia, em que o autor interpreta o capítulo que recebeu para então escrever o seu, é sempre interrompido. (...) A teoria de Dworkin é útil na medida em que demonstra a necessidade de diálogo entre decisões para que se forme um entendimento coerente por parte da corte".[95]

4.3.2. Linha Vencida

A linha vencida no HC 126.292 foi a ampliativa do art. 5º, LVII, CF/88, usando as argumentações ampliadoras da seguinte forma:

Classe Ampliativa	Ministros
2. Restrições a Direitos Fundamentais	4 ministros: Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski
3. Possibilidade de prisão cautelar	1 ministro: Celso de Mello
1. Extensão de garantias à privação da liberdade	2 ministros: Ricardo Lewandowski

Ao contrário da variação ocorrida no HC 84.078 com a classe ampliativa restrição a direitos fundamentais, no HC 126.292 houve convergência sobre o art. 5º, LVII, CF/88 ser taxativo ao determinar que a execução da pena só seria possível após o trânsito em julgado – impassível de interpretação, relativização ou emenda. Para isso:

(i) a Min. Rosa Weber citou trechos de decisão do HC 84.078[96];

[95] VOJVODIC, A. de M.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF, *Revista Direito GV*, n. 9, p. 27, jan./jun. 2009.
[96] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 55-56.

(ii) o Min. Marco Aurélio afirmou a impossibilidade de interpretação de texto claro, devendo o STF se autoconter[97];

(iii) o Min. Celso de Mello traçou histórico do surgimento da presunção de inocência, tratados internacionais e doutrinas, para demonstrar a grande intensidade da proteção à liberdade dada pela CF/88[98]; e

(iv) o Min. Ricardo Lewandowski se alinhou ao afirmado por Marco Aurélio e mostrou sua surpresa com a incoerência do STF, comparando o decidido no HC 126.292 a decisões tomadas pouco tempo antes, como a declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro[99].

No uso da argumentação ampliativa 3, o Min. Celso de Mello defendeu, quase nos mesmos termos do HC 84.078, que as prisões cautelares não servem para antecipar o apenamento[100].

O Min. Ricardo Lewandowski, ao utilizar a classe ampliativa 1, apontou a sobrevalorização da propriedade diante da liberdade com dados históricos e trechos do Novo Código de Processo Civil[101].

4.3.2.1. Trechos destacáveis da Linha Vencida

Interessa observar dois comportamentos da linha vencida: o primeiro de crítica indireta ao STF, e o segundo, de inconformidade diante do resultado, que expõe incoerências decisórias na Corte:

(i) A Min. Rosa Weber diz[102] que adota, "como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Corte", crente na centralidade do princípio da segurança jurídica à sociedade. Por não ter tido tempo para se preparar para o HC 126.292, ela não se debruçou "sobre o tema com o cuidado e atenção que estava a merecer". Por isso, ainda que creia na possibilidade de alteração da jurisprudência – mas que não deve acontecer só porque houve

[97] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 77-78.
[98] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 80-88.
[99] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 98.
[100] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 86.
[101] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 99-100.
[102] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 55.

mudança do quadro ministerial (uma crítica indireta ao STF) – e compartilhe de preocupações externadas nos votos anteriores (dos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin e Roberto Barroso), a Min. Rosa Weber preferiu manter o entendimento posto pelo HC 84.078;

(ii) a ordem de votação no STF, determinada em seu Regimento Interno[103], fez com que ocorresse uma situação curiosa no julgamento do HC 126.292: os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski foram os últimos a votar e todos se filiaram à linha ampliativa, já vencida quando chegou o momento de se manifestarem e, devido a isso, observei que os votos mais expressavam inconformidade com a alteração do entendimento da Corte do que, de fato, seus argumentos sobre a execução antecipada da pena (à exceção do Min. Celso de Mello, como se verá).

O Min. Marco Aurélio iniciou dizendo: "(...) não vejo uma tarde feliz (...) na vida do Supremo." Então, apontou que ministros a favor da preservação da jurisprudência, de repente, reviram jurisprudência nova (HC 84.078, de 2009) para admitir uma execução "precoce, temporã" "sem ter-se culpa devidamente formada", e que esse tipo de pronunciamento do STF tende a esvaziar o modelo garantista da CF/88, comprometendo seu apelido de "Carta cidadã". Não deixou de apontar que o Estado é moroso na Justiça e na persecução criminal, reconhecendo que é época de crise maior:

> Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser resguardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.[104]

Neste trecho, o Ministro apontou sua preocupação com a desestabilização na definição de princípios em momentos de crise, não crendo como ideal o comportamento tido pela Corte no HC 126.292. Depois, disse que a decisão tomada seria uma promulgação de emenda constitucional pelo STF, e que teria dúvidas se tal emenda seria possível diante da existência de cláusulas pétreas.[105]

---

[103] "Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade."
[104] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 76-77.
[105] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 78.

Por sua vez, o Min. Celso de Mello apontou toda uma linha histórica em seu voto para afirmar que a presunção de inocência "não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou *interpretações* que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa" (destaquei)[106], complementando

> "que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória de direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal"[107]

Isto demonstra que o Ministro considera o art. 5º, LVII, CF/88 claro e intransponível pelo Estado e seus agentes – o que o STF estaria fazendo, inclusive com base em um Direito Comparado tido como impossível graças à diferente taxatividade (quando comparada com o restante do mundo) dada pela CF/88 à presunção de inocência[108] - sendo sua redução "incompatível com os padrões do regime democrático".[109]

Por fim, o Min. Ricardo Lewandowski manifestou "perplexidade desta guinada da Corte" após a aferição, pelo próprio STF, da falência do sistema penitenciário brasileiro, que se encontra num estado de coisas inconstitucional – sendo contraditório dar uma decisão que facilitaria a entrada "de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante", "abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna", o que causou a ele "a maior estranheza".[110]

Observo que o Ministro também apontou uma contradição entre decisões recentes do STF e o resultado do HC 126.292, com o ministro o entendendo como incoerente e incompatível diante da declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

---

[106] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 81.
[107] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 84
[108] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 88.
[109] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 89.
[110] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 98.

4.3.2.2. Confrontos pela linha Ampliativa

A linha ampliativa neste HC foi a que fez mais confrontos, *ainda que já fosse a linha derrotada no majoritário momento de sua manifestação*, enquanto, como já apresentei, a linha restritiva, vencedora em 2016, não procedeu da mesma forma, o que seria o ideal para modificar o entendimento do STF – e esta diferença comportamental entre as linhas vencida e vencedora traz comprometimentos (como os apontados na Introdução desta Monografia), dentro do próprio acórdão, à coerência argumentativa dos ministros da linha majoritária do HC 126.292.

O confronto promovido por todos os ministros da linha ampliativa neste acórdão foi que restrições a direitos fundamentais não devem ocorrer em favor da efetividade e respeito à jurisdição penal – os outros 3 confrontos foram feitos somente pelo Min. Celso de Mello[111].

Ampliativa 2 vs. Restritiva 2

A Min. Rosa Weber utilizou-se de trecho de voto proferido pelo Min. Marco Aurélio em julgamento passado[112] para defender a visão ampliativa da presunção de inocência; este afirmou o mesmo que a Min. Rosa Weber citou, em outros termos: o STF deveria aplicar o princípio da autocontenção para não ferir um direito fundamental tido como taxativo[113];

O Min. Celso de Mello, dentre outros argumentos, afirmou que a interpretação do art. 5º, LVII, CF/88 deve ser emancipatória, e não restritiva aos direitos fundamentais:

> "(...) a Constituição promulgada em 1988 e destinada a reger a sociedade em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese (...) à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento (...) de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica da

[111] Tabela 12 da seção de Anexos.
[112] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 56.
[113] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 77-78.

> submissão (...) cujo efeito mais conspícuo (...) será a virtual (e gravíssima) esterilização (...) [do] direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse"[114]

Isso resultaria em uma

> "consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado [para] viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana"[115];

Já o Min. Ricardo Lewandowski retomou o que o Min. Eros Grau, no HC 84.078, afirmara (que nem mesmo questões práticas podem afastar a presunção de inocência), e então disse, ao retomar seu próprio voto de 2009, baseado em doutrinas, que a interposição de qualquer tipo de recurso obsta a eficácia da condenação penal, garantindo-se a presunção de inocência do réu – exceto nos casos de prisão cautelar.[116]

Confrontos pelo Min. Celso de Mello

Faço esta separação para elucidar que houve comprometimento destacável do Ministro em justificar seu posicionamento tendo como interface a linha oposta (restritiva) à defendida, ainda que, no momento de sua manifestação, já fosse voto vencido.

Como apresentei, a linha ampliativa do art. 5º, LVII, CF/88 focou em elevar a garantia dos direitos fundamentais à frente da efetividade e do respeito à jurisdição penal. Por sua vez, o Min. Celso de Mello promoveu outros 3 confrontos argumentativos diferentes, os quais resumo.

Ele retomou argumento já utilizado no HC 84.078 para afirmar que a possibilidade de prisão cautelar não se confunde com a efetividade da jurisdição penal, pois as cautelares possuem fins processuais, e não de apenamento[117] – portanto, buscou <u>refutar a restritiva 2 com a ampliativa 3</u>. Na mesma linha, afirmou que existem cautelares para "preservar e proteger

---

[114] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 83.
[115] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 84.
[116] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 97-98.
[117] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 86.

os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular"[118], não sendo aceito nem necessário incluir a execução antecipada da pena.

No mesmo instante, afirmou que as prisões cautelares podem ocorrer sem ofensa à amplitude do art. 5º, LVII, CF/88, desde que devidamente justificadas pelos magistrados das instâncias ordinárias – o que, então, não ameaçaria a credibilidade nem a funcionalidade das instâncias ordinárias (ampliativa 3 vs. restritiva 1).

Ao tornar prevalente a importância dos direitos fundamentais sobre o argumento restritivo da existência de instâncias ordinárias (ampliativa 2 vs. restritiva 1), O Ministro afirmou que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente com o aumento do grau de jurisdição, isto porque o direito do art. 5º, LVII, CF/88 estabelece que a execução da pena só pode ocorrer com o trânsito em julgado, sendo uma opção do legislador constituinte.[119]

[118] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 89.
[119] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 93.

5. PECULIARIDADES COMPORTAMENTAIS NAS DECISÕES

Aqui, busco respostas aos itens (b) e (c) da segunda pergunta de pesquisa, portanto analiso a argumentação dos ministros que ou (i) resistiram à decisão do HC 126.292 (2016), ou (ii) mudaram seu entendimento em curto espaço de tempo.

5.1. MUDANÇAS DE POSICIONAMENTO

Nestes casos, tentarei depreender, a partir da leitura das decisões, quais argumentos foram utilizados pelos ministros para justificar eventual mudança de entendimento – o que chamei, mais cedo, como casos de "Incoerência".

5.1.1. Gilmar Mendes: 2009 vs. 2016

> "Senhor Presidente, eu formei, como já foi até assinalado, a maioria que, no julgamento do caso do *Habeas Corpus* 84.078, estabeleceu a orientação hoje vigente quanto à necessidade de que houvesse sempre o trânsito em julgado para que se executasse a sentença".[120]

Resta entender as razões que o levaram a mudar de linha: quais os argumentos utilizados, como Mendes procedeu diante do voto proferido antes, se em 2016 ele rebateu seus argumentos de 2009. Para isso, faço relatos dos argumentos de Mendes para, em seguida, promover comparação entre o dito em 2009 diante de 2016 e vice-versa.

5.1.1.1. Classes Argumentativas Utilizadas

No HC 84.078, o Min. Gilmar Mendes, defendendo a *impossibilidade* da execução antecipada da pena, utilizou as seguintes classes ampliativas:

- *2. Restrições a direitos fundamentais*: Após apresentar diversos dados sobre a situação carcerária brasileira e a expressiva quantidade de presos provisórios, o ministro trouxe (i) votos vencidos dos ministros Marco

[120] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 63.

Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa contrários à execução antecipada da pena[121]; (ii) doutrina espanhola e jurisprudências espanhola e alemã para afirmar que a execução antecipada da pena seria intolerável diante da presunção de inocência; (iii) e ainda considerou que a execução antecipada da pena viola a dignidade humana[122];

- *3. Possibilidade de prisão cautelar*: (i) os fundamentos do art. 312, CPP são tidos como suficientes para determinar prisão cautelar, não podendo desvirtuá-la para iniciar a execução de pena, pois afrontaria o princípio da presunção de inocência[123]; e (ii) ao utilizar o princípio da proporcionalidade, no passo da "necessidade", o ministro concluiu pela desnecessidade da execução antecipada da pena por já existirem as modalidades cautelares de prisão, além dela afetar o direito fundamental à liberdade enquanto ainda há possibilidade de reversão ou alteração da pena[124].

Já no HC 126.292, o ministro defendeu a *possibilidade* de execução antecipada da pena utilizando as três classes restritivas:

- *1. Instâncias e Recursos Ordinários*: afirma que a norma do art. 5º, LVII, CF/88 é aberta por não haver definição legal do que é ser "culpado", sendo necessário compatibilizar o respeito ao acusado e as consequências da progressiva demonstração de sua culpa, e defende que a presunção de inocência pode variar justamente por ser um princípio, passível de gradação com a evolução do estágio do procedimento penal, levando-o a defender que a execução antecipada da pena é possível após condenação em segundo grau[125];

- *2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal*: em nova referência às jurisdições da Espanha e da Alemanha, afirmou que nesses países é possível interpor certos recursos mesmo após o trânsito em julgado – ao contrário do Brasil, em que todos os recursos devem ser interpostos antes do trânsito em julgado, o que leva à procrastinação do processo e da aplicação da

[121] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1190-1193.
[122] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1193-1196.
[123] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1195-1196.
[124] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1200-1201.
[125] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 67-68.

condenação[126]. Cita Convenções de Direitos Humanos pela "conformação legal" da presunção de inocência e, também, traça Direito Comparado;

- *3. Forma de Prisão Preventiva*: o Min. Gilmar Mendes afirma, em dois momentos finais de seu voto, que a execução antecipada da pena é legalmente justificável por ser uma prisão preventiva em prol da garantia da ordem pública.[127]

5.1.1.2. Confrontos Argumentativos

No HC 84.078, o Ministro promoveu dois confrontos argumentativos intravotos, quais sejam:

(i) *Ampliativa 3 vs. Restritiva 2*, responsável por abrir seu voto: a efetividade no combate ao crime é relevante em toda a discussão, porém a prisão preventiva pode ser fixada durante qualquer fase do processo, desde que obediente aos critérios legais postos, o que seria suficiente para colaborar com a efetividade buscada. Ainda assim, afirmou que grande parte dos presos brasileiros são provisórios e estão assim por mais de ano (dados de 2008) – o que caracterizaria abuso na aplicação da prisão preventiva e apontou a necessidade de sua reformulação para não existirem prisões irregulares ou de justificação imprecisa, como relatou[128];

(ii) A *Ampliativa 3 vs. Restritiva 1* ocorreu na aplicação do princípio da proporcionalidade de Robert Alexy. O ministro não seguiu até o fim com sua aplicação pois verificou a desnecessidade da execução antecipada da pena por haver meio igualmente eficaz e menos gravoso ao direito fundamental à liberdade: os fins da execução antecipada da pena podem ser atendidos, para a determinação da prisão preventiva, quando necessária e devidamente justificada, mantido a todos os demais réus penais a garantia de ingressar com recursos excepcionais em liberdade.[129]

---

[126] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 63-64.
[127] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 73 e 75.
[128] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1181-1184.
[129] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1199-1200.

Já no HC 126.292, O Min. Gilmar Mendes não promoveu confrontos argumentativos intravoto. Trata-se de uma postura questionável, pois como já afirmei ao analisar o confronto argumentativo promovido pelo Min. Roberto Barroso no mesmo julgamento, em prol de uma justificação coerente é recomendável que o Ministro preste contas, antes de alterar sua posição, ao que foi argumentado pelo entendimento até então vigente – situação que *não ocorreu no HC 126.292* e que ameaça a consistência de seu novo posicionamento – *principalmente no caso do Min. Gilmar Mendes, constrangido pelos argumentos apresentados por si mesmo quando filiado à posição anterior*.

Traço um quadro comparativo para observarmos se, quando e como o Min. Gilmar Mendes trouxe argumentos em 2016 visando rebater sua visão em 2009, ou trouxe argumentos em 2016 já rebatidos por ele em 2009.

TEMA	HC 84.078 (2009)	HC 126.292 (2016)
Uso da Prisão Provisória no Brasil	Apresentação de dados e relatos sobre o abuso na decretação de prisão provisória e seu mau uso, ainda que afirmem a inefetividade do processo criminal.[130]	Cometimento de crimes de mando e pistolagem em casos de impunidade e prescrição, afetando a garantia da ordem pública (um dos critérios do art. 312, CPP para decretar prisão provisória).[131]
Direito Comparado	Apresentação de excertos de decisões das Cortes Constitucionais espanhola e alemã para corroborar sua opinião contrária à execução antecipada da pena.[132]	Afirmação de que os sistemas jurídico e recursal da Espanha e da Alemanha possuem particularidades diante dos sistemas brasileiros.[133]

[130] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1181-1183.
[131] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 74-75.
[132] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1193-1197.
[133] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 63-64.

Possibilida-de da Execução Antecipada da Pena	Citando voto de Ilmar Galvão, afirma que sentença condenatória ainda sujeita a recurso não permite execução antecipada da pena, sendo uma prisão não fundamentada.[134]	Presunção de inocência varia de acordo com o estado do processo, as contingências da prova e o estado da causa, com o segundo grau sendo a última instância soberana para a análise dos fatos, sendo possível prender o réu quando entendido culpado nas instâncias ordinárias.[135]
Possível ofensa a Direitos Fundamen-tais	A execução antecipada da pena afeta o direito fundamental à liberdade, a presunção de inocência e a dignidade humana e, por isso mesmo, ofende o princípio da proporcionalidade.[136]	Não se pode entender que a presunção de inocência é ofendida pela prisão após condenação em segundo grau, pois é um princípio e, por isso, está suscetível a conformação com as circunstâncias de aplicação dos direitos penal e processual penal no caso concreto.[137]
Necessida-de da Execução Antecipada da Pena	Desnecessário executar a pena antecipadamente quando já existe a prisão provisória com critérios legais (art. 312, CPP) para decretá-la a qualquer momento, com o	Necessário buscar o equilíbrio entre a progressiva demonstração da culpa do réu e a sua proteção de juízos precipitados sobre sua responsabilidade.[139]

[134] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1192.
[135] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 67-68.
[136] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1198-1201.
[137] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 72.
[139] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 67.

	cerceamento da liberdade não poder ser o início do castigo.[138]	

O que é perceptível no caso do Min. Gilmar Mendes é que foi necessário um esforço interpretativo enorme para detectar quais argumentos de 2016 tratavam sobre os mesmos temas dos argumentos levantados em 2009. Isto aconteceu, mas de forma muito nebulosa e difícil de se perceber. É possível, ainda, que da leitura e estudo exclusivos de seus dois votos seja apreensível outros argumentos e temas, uns com respostas em 2016, outros sem, ou, até mesmo, argumentos novos.

Porém percebemos, na leitura dos excertos, que ele não faz deferência ao que falou anteriormente (à exceção no ponto do Direito Comparado), mas somente muda o lado dos argumentos de uma temática, sem dar real satisfação ao que foi falado no julgamento de 2009. Isto pode ter acontecido por ele não ter feito uma referência mais clara ao "si mesmo de 2009", como também por ser da cultura jurídica brasileira não haver essa prática.

5.1.2. Rosa Weber: Plenário vs. Monocrático

No HC 126.292, julgado pelo Plenário em 17/02/2016, Rosa Weber manifestou pela manutenção do entendimento do HC 84.078, ou seja, a visão ampliativa do art. 5º, LVII, CF/88.[140]

Por sua vez, no HC 135.455, em monocrático de 01/08/2016, a ministra disse que o argumento da inconstitucionalidade da execução antecipada, oferecido pelo paciente do HC, não encontraria guarida no novo entendimento tido pelo Plenário no HC 126.292.[141]

O que levou a Min. Rosa Weber a essa mudança pacífica em poucos meses (em contraste com seus colegas, Ministros Celso de Mello e Ricardo

[138] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1195-1196.
[140] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 103.
[141] STF: HC 135.455, Rel. Min. Rosa Weber, j. 1º/08/2016, p. 3-4.

Lewandowski, também da linha vencida de 2016, mas que resistiram ao proferir decisões monocráticas)? Para responder isso, recapitulo trecho do voto proferido pela ministra em fevereiro/2016:

> "Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha".[142]

No fechamento de seu voto, disse: "Assim, forte no critério que expus como norte de minha atuação nesta Casa, divirjo para conceder a ordem"[143].

A Ministra leva muito a sério a coerência, uniformização e estabilização jurisprudencial e decisória do STF, sendo compreensível, a partir de seu perfil, o que levou a ministra a aplicar o entendimento do HC 126.292 sem resistências, mesmo sendo voto vencido nele e mantendo sua discordância à execução antecipada da pena nas ADC 43 e 44[144].

5.1.3. Observação sobre Dias Toffoli: HC vs. ADC em 2016

Adiciono as constatações seguintes apenas por excesso de zelo e curiosidade, justamente pela impossibilidade de eu realizar análises minuciosas sobre o acórdão do julgamento das ADC 43 e 44.

O Min. Dias Toffoli, no julgamento do HC 126.292, acompanhou a linha vencedora que restringiu a amplitude do art. 5º, LVII, CF/88, conforme podemos identificar no Extrato de Ata.[145]

Já no julgamento das ADC 43 e 44, o Min. Dias Toffoli foi voto parcialmente vencido, o que levou ao resultado de 6 votos favoráveis à execução antecipada da pena e 5 contrários, estando Toffoli neste grupo,

---

[142] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 55.
[143] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2009, p. 57.
[144] Em <www.stf.jus.br>, acesso dia 17 out. 2016, pesquisei pelas ADC 43 e 44 na aba "Processos", opção "Acompanhamento Processual" e, ao verificar o *link* "Decisão de Julgamento", do dia 05/10/2016, pude retirar esta observação.
[145] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 103. Aproveito para relembrar que o voto do Min. Dias Toffoli *não* está no acórdão do HC.

junto com os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, filiados à linha ampliativa no HC 126.292.[146]

Feita esta observação, deixo os seguintes questionamentos para pesquisas futuras (dede que tenha, em mãos, o teor do voto no HC 126.292, ausente no acórdão publicado):

(i) qual a mudança de posicionamento ocorrida na manifestação do Ministro entre o HC 126.292 e as ADC 43 e 44?

(ii) em caso de mudança, o Ministro teria saído da linha restritiva, tida no HC 126.292, e votado com a linha ampliativa nas ADC 43 e 44?

(iii) se votou com a linha ampliativa, quais argumentos o levaram a essa mudança em pouco menos de 8 meses?

5.2. RESISTÊNCIAS AO HC 126.292

Nesta seção busco entender sob quais motivações e argumentos se deram as resistências ao resultado do HC 126.292, além de tentarmos aferir se há preocupação, por parte dos ministros que resistiram, em confrontar argumentos opostos que motivem este comportamento.

5.2.1. Min. Ricardo Lewandowski

O Ministro proferiu oito cautelares durante o recesso da Corte determinando a soltura dos pacientes do HC, baseando-se na linha vencida do julgamento do HC 126.292, ao qual ele se filiou: impossibilidade de execução antecipada da pena. Importa observar sob quais argumentos ocorreu a resistência.

Nas oito cautelares, sete obedeciam a um modelo pronto de decisão, havendo no máximo a adição de um ou outro apontamento, e que se repetiu em todos as Medidas Cautelares (MC) em HC sobre a execução antecipada

[146] Em <www.stf.jus.br>, acesso dia 17 out. 2016, pesquisei pelas ADC 43 e 44 na aba "Processos", opção "Acompanhamento Processual" e, ao verificar o *link* "Decisão de Julgamento", do dia 05/10/2016, pude retirar esta observação.

da pena: busca de fortalecimento das classes argumentativas ampliativas 2 e 3 (restrições a direitos fundamentais e possibilidade de prisão cautelar, respectivamente) – enquanto no HC 135.694, que foi a MC que não repetiu o modelo de decisão, houve mera citação de trecho de seu voto no HC 126.292 para depois mudar a direção do argumento. Trabalharei, então, com o modelo[147] exposto pelo Min. Ricardo Lewandowski para justificar sua resistência à execução antecipada da pena.

Em prol da classe ampliativa 3, afirmou que: (i) o STF possui jurisprudência consolidada pela impossibilidade de execução antecipada; (ii) é possível prender o réu somente quando atendidos os requisitos do art. 312, CPP; (iii) gravidade do crime, afirmação do réu oferecer perigo à sociedade, comoção social ou indignação popular não são argumentos válidos; e (iv) a regra é a preservação da liberdade, e as prisões cautelares são excepcionais e determinadas de acordo com a situação particular do réu.

Já na classe ampliativa 2, o Ministro evocou seu voto no HC 126.292 e uma decisão do Min. Celso de Mello, afirmando:

(i) taxatividade do art. 5º, LVII, CF/88 para executar pena somente com o trânsito em julgado;

(ii) interpretação do art. 5º, LVII, CF/88 deve ocorrer em prol da liberdade, e não o contrário, por ser base do Estado Democrático de Direito;

(iii) interpretação do art. 5º, LVII, CF/88 que restrinja seu alcance é contrário a dispositivos da Lei de Execuções Penais;

(iv) por ser um HC que deu a possibilidade de execução antecipada da pena, não há efeito vinculante aos demais juízes e tribunais, pois é recurso com efeitos subjetivos;

[147] O modelo de decisão contra execução antecipada da pena, em todos os MC-HC, sempre iniciará com "Muito bem. A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88, da CF) a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (...)". São cerca de 5 a 6 páginas de argumentação, geralmente, sobre o tema, sempre semelhantes. Não citarei, nas notas de rodapé, de qual HC ou página retirei, pois os seis HC-MC e o único HC Extensivo são semelhantes.

(v) prisões cautelares dependem de fundamentação específica ao caso para serem determinadas, não de simples citação de dispositivo legal ou decisão judicial superior, muito menos simples vontade do julgador, senão configurará constrangimento ilegal, contrário aos art. 5º, LXI e XLVI e 93, IX, CF/88 que, em conjunto, significam a necessidade de fundamentação individualizada para determinar a prisão, sob pena de nulidade da decisão judicial;

(vi) direito de reexame das decisões judiciais é ligado aos princípios do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e da legalidade, tornando a garantia ao recurso em liberdade um dos fins do Estado de Direito; e

(vii) a finalidade do CPP é resguardar a liberdade do indivíduo da ação punitiva estatal.

Com esse padrão de decisão, o Min. Ricardo Lewandowski, ao proferir cautelares em HC como Presidente do STF, determinava a soltura das pessoas que recorriam ao STF após serem presos com base na noção de execução antecipada da pena.

5.2.1.1. Decisões Reformadas

Das oito medidas cautelares em habeas corpus deferidas pelo então Presidente do STF, Min. Ricardo Lewandowski, três foram reformadas[148]: duas com o entendimento firmado no HC 126.292, e uma pela ocorrência de prescrição punitiva.[149]

O HC 135.510 foi reformado somente citando a ementa do HC 126.292 para justificar a cassação da liminar e o não prosseguimento do HC.[150]

O HC 135.752 passou por argumentação mais extensa pelo Min. Edson Fachin para substituir o que foi decidido em MC pelo Min. Ricardo Lewandowski, com justificações para a cassação da liminar, e não mera citação de ementa, como feito no HC acima.

[148] Vide Tabelas 4 e 5 da seção de Anexos.
[149] STF: HC 135.695, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/08/2016, p. 12-13.
[150] STF: HC 135.510, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 25/08/2016, p. 1-2.

Ainda que haja várias outras questões analisadas pelo Ministro para negar prosseguimento ao HC, o que importa para o presente trabalho é a análise dos argumentos que permitam a execução antecipada da pena.

O Min. Edson Fachin, da linha vencedora no julgamento do HC 126.292 (restritiva do art. 5º, LVII, CF/88), manteve seu entendimento retomando argumentos já utilizados no HC anterior, citado no item 3.2 da decisão, sobre o qual trabalharei.[151]

O Ministro, no trecho, buscou fortalecer a argumentação restritiva 1 (Instâncias e Recursos Ordinários) enquanto respondia à alegação de que o art. 283, CPP não permitiria a execução antecipada da pena[152]. Para tanto, o ministro trabalha com argumentos que negam a existência de antinomias entre os diversos artigos que dispõem ou dispunham sobre os efeitos devolutivos dos RE: afirma que o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, determina que regra posterior com disposições especiais não revoga disposições especiais já existentes. Então, afirmou que o efeito meramente devolutivo dado aos RE não impede sua coexistência com o rol de prisões do art. 283, CPP, caso contrário, as prisões administrativas e cível não poderiam ocorrer. Como as prisões em outras áreas são possíveis e compatíveis com o art. 283, CPP, o efeito devolutivo do RE também deve ser compreendido como compatível – além de sua nova regra viger a partir de 2016 pelo Novo Código de Processo Civil, sendo sua posterioridade e especificidade afirmativas da inexistência de antinomia com o art. 283, CPP.

Ele ainda afirmou que, pelo HC 126.292, entende-se que as instâncias excepcionais servem para análises objetivas ligadas à estabilização, uniformização e pacificação de entendimentos sobre as normas ligadas ao Tribunal que fará as análises, sendo suas estruturas desenhadas para assim se comportarem. Devido a este desenho, as Cortes excepcionais não servem para rever questões subjetivas, das partes e do caso. Possibilitar a execução da pena após sentença condenatória de segundo grau, portanto, seria coerente com os desenhos constitucionais dados para as Cortes superiores –

[151] STF: HC 135.752, Rel. Min. Edson Fachin, j. 02/08/2016, p. 6-12.
[152] STF: HC 135.752, Rel. Min. Edson Fachin, j. 02/08/2016, p. 1.

entender o contrário, para o ministro, seria como afirmar a inépcia das instâncias ordinárias. Para corrigir decisões supostamente erradas, o sistema recursal tem outras ferramentas que não os recursos excepcionais.

5.2.2. HC 135.100, Min. Rel. Celso de Mello

Quando fiz a pesquisa no *site* de jurisprudência do STF utilizando a chave "HC adj1 (126.292 ou 84.078)" não encontrei o HC 135.100 do Min. Celso de Mello, mas ele foi citado pelo Min. Ricardo Lewandowski quando apresentou sua resistência ao novo entendimento (como já disse no item 2 da Monografia). Então, dada a importância da decisão para este trabalho e tendo em vista eventuais falhas no sistema de buscas do STF, faço a análise de sua MC proferida em 1º de julho de 2016.

O Min. Celso de Mello foi contrário à possibilidade da execução antecipada da pena, mas frente a todo e qualquer argumento de cunho doutrinário ou jurisprudencial levantado, há um apontamento feito que resume seu posicionamento sobre os efeitos da decisão tomada no HC 126.292:

> "Nem se invoque (...) o julgamento plenário do HC 126.292/SP (...), pois tal decisão (...), pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, (...) a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral".[153]

Portanto, frisou que embora a decisão tomada pelo STF no HC 126.292 seja relevante, o Ministro crê que não há vinculação ao seu resultado. O ministro fez essa afirmação após apresentar os seguintes argumentos, classificáveis na <u>classe ampliativa 2</u> (Restrições a direitos fundamentais): presunção de inocência como base do Estado Democrático de Direito (sendo inaceitável a presunção de culpabilidade em qualquer momento do processo, o que ocorreu por argumento do desembargador), sendo necessária a interpretação do art. 5º, LVII, CF/88 de forma emancipatória[154], e

[153] STF: HC 135.100 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2016, p. 8.
[154] STF: HC 135.100 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2016, p. 4-6.

impossibilidade de execução antecipada de qualquer tipo de pena (diante do determinado na LEP)[155].

Do observado, importa ressaltar que enquanto o Min. Ricardo Lewandowski simplesmente não aderiu ao posicionamento do plenário, ratificando e aprofundando um pouco mais os argumentos anteriormente apresentados, o Min. Celso de Mello justificou sua posição em razão da não vinculação à decisão do plenário. Na lógica de zelo pela coerência dentro das decisões proferidas no STF, nenhuma das posturas decisórias se mostram saudáveis, mas o caso do Min. Celso de Mello vai além da discordância teórica e demonstra, com argumento firmado nas consequências formais do instrumento processual sob o qual se tomou a nova decisão, as razões de sua resistência.

[155] STF: HC 135.100 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/07/2016, p. 7.

6. CONCLUSÕES

Traçado o quadro argumentativo do STF sobre a execução antecipada da pena e a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), concluo que quando os ministros decidem sobre o tema eles levam em conta suas visões do sistema jurídico penal:

(i) a visão ampliativa considera que o Estado deve ser contido para não interferir na liberdade dos indivíduos;

(ii) a visão restritiva valoriza o atendimento das finalidades da pena à frente de uma máxima amplitude à presunção de inocência.

6.1. INCOERÊNCIAS INTERNAS

Como as decisões ocorrem, basicamente, pela exposição da atual opinião jurídico-penal dos ministros, houve desconsideração de decisões anteriores, o que traz instabilidade para a formação e manutenção de entendimentos do STF devido a incoerências internas, que exemplificarei adiante e se manifestaram:

(a) entre votos do próprio ministro;

(b) entre o ministro e o entendimento do STF; e

(c) na maneira que o entendimento foi alterado.

A instabilidade e a incoerência da Corte diante da execução antecipada da pena afetam a previsibilidade da amplitude da presunção de inocência, um dos princípios-base do Estado Democrático de Direito da CF/88[156], e gera incertezas a quem precisar ser protegido por ela.

6.1.1. Entre votos do próprio ministro

Esta situação ocorre quando num determinado momento o ministro decidiu de uma forma mas, em um momento posterior, a decisão foi outra.

[156] Vide item 1.1.2 desta Monografia.

Exemplifico esta incoerência interna pela mudança de posicionamento do Min. Gilmar Mendes. Em um primeiro momento, o ministro votou pela mudança de jurisprudência em favor da ampliação do art. 5º, LVII, CF/88; num segundo momento, votou por sua restrição, sem dar deferência aos próprios argumentos de 7 anos antes – foi um esforço poder correlaciona-los na tabela que criei. Nos dois julgamentos, o ministro votou com a corrente vencedora.

Ainda que eu tenha feito um relato detalhado sobre os votos de Gilmar Mendes, não posso concluir "quais os melhores ou piores argumentos" neste trabalho empírico, pois esta análise deve ser feita por pesquisadores da dogmática penal – o que, certamente, gerará mais debates.

O caso do Min. Dias Toffoli ainda deve ser estudado, confrontando seus argumentos, e não só os resultados de seus votos: para isso, será necessário a análise do teor de seu voto no HC 126.292 com seguinte comparação com o teor do voto proferido nas ADC 43 e 44. O que pude fazer foi propor questionamentos que buscam nortear futuras pesquisas.

Por sua vez, podemos dizer que a incoerência entre os votos da Min. Rosa Weber é em favor da não ocorrência da incoerência entre a ministra e o STF. Portanto, não se trata de incoerência, mas mera discrepância, afinal, com este comportamento decisório ela colocou a integridade do novo posicionamento da Corte acima de sua própria opinião jurídico-penal, enquanto não havia nova oportunidade de julgamento do tema em Plenário (como podemos conferir no "Extrato de Ata" das ADC 43 e 44, a Ministra voltou a defender sua opinião contrária à execução antecipada da pena – o que ocorreu depois de proferir sua decisão monocrática).

6.1.2. Entre o ministro e o entendimento da Corte

Esta incoerência acontece quando o entendimento da Corte é um, mas o Ministro, ao proferir algum voto monocrático, votou de forma contrária ao fixado no Plenário.

Ela se manifestou na resistência, pelo Min. Ricardo Lewandowski em julho/2016, ao entendimento dado no HC 126.292. O Ministro determinou, baseado na impossibilidade de execução antecipada, a libertação de afetados pelo novo entendimento que o questionaram por meio de HC ao STF. Pode-se dizer que a instabilidade vinda por essa incoerência é intensificada nos casos de reforma, por parte dos relatores originais, das decisões proferidas por Lewandowski.

Observei a mesma forma de resistência na decisão do Min. Celso de Mello, ainda que ele tenha justificado com a desnecessária vinculação ao resultado devido aos efeitos processuais meramente entre as partes envolvidas no HC.

Aqui, também tivemos a decisão do Min. Rel. Marco Aurélio deferindo a MC nas ADC 43 e 44 e, consequentemente, suspendendo, em 01/09/2016, todas as execuções antecipadas decretadas (contrariando o HC 126.292, de 17/02/2016). Em 05/10/2016, houve indeferimento da causa pelo Plenário.[157] Pelas datas de julgamento, todo esse "vai e volta" ocorreu em *pouco menos de 8 meses*. É uma grande instabilidade, ainda mais quando lidamos com o princípio da presunção de inocência: não foi só o "vai e volta" de entendimento jurisprudencial, mas também de pessoas às cadeias.

6.1.3. Na maneira que o entendimento foi alterado

Introduzo esta incoerência com a crítica feita pela Min. Rosa Weber, "uma carapuça que serviu" ao julgamento do HC 126.292. Relembrando, a ministra disse que a mudança do quadro de ministros não pode ser razão para alteração de jurisprudência, ainda que alterações possam ocorrer e sejam aceitáveis, desde que após cuidadosa reflexão.[158]

Pelo quadro argumentativo que apresentei no item 4 da Monografia, posso concluir que na escrita do livro "*Presunção de Inocência e Execução Antecipada da Pena*":

---

[157] Esse histórico pode ser conferido no *site* <www.stf.jus.br>, aba "Processos", opção "Acompanhamento Processual", pesquisando pela "ADC 43".
[158] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 55.

(1) a corte de 1991 foi a que escreveu o primeiro capítulo;

(2) dezoito anos depois, em 2009, o STF escreveu o segundo capítulo, referindo-se, de modo "intravoto", aos argumentos levantados no passado para rebatê-los e trazer o novo entendimento;

(3) na escrita do novo capítulo, em 2016, o STF mudou o entendimento ignorando o capítulo escrito sete anos antes e, com isso, ameaçou a coerência da Corte com a ausência de diálogo entre decisões.

Esta ausência de diálogo foi detectada pelo Min. Ricardo Lewandowski, também, ao traçar paralelo com outro "livro" sendo escrito pelo STF: a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro[159], pela ADPF 347.

Ainda que em 11/11/2016 o Plenário Virtual tenha decidido, por 6 votos a 5, pela repercussão geral à execução antecipada da pena[160], a maneira como a mudança de entendimento do STF se deu ameaçou a coerência do novo posicionamento e tem baixas possibilidades de controle decisório e democrático.

Não quero dizer que o STF, um reconhecido ator político (não mais só aplicador da lei), seja ilegítimo delimitando os princípios constitucionais, mas que há importância de controles democráticos sobre a modulação de direitos fundamentais, como o estudado nesta monografia, que foram ameaçados pela incoerência e falta de diálogo entre decisões. No sentido do controle democrático sobre a delimitação de princípios e conceitos, trago que:

> "(...) a norma [art. 5º, LVII, CF/88] afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado.
>
> (...)
>
> Disso se extrai que o espaço de **conformação do legislador** é lato. A cláusula não obsta que a **lei regulamente os procedimentos**, tratando o implicado de forma

[159] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 98.

[160] No dia 11/11/2016, o STF votou, por meio do Plenário Virtual, pela repercussão geral do entendimento em favor da execução antecipada da pena (6 votos a 5). Ver notícia em OLIVEIRA, Mariana. STF confirma que prisão após 2ª instância vale para todos os casos, *G1*, 11 nov. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/stf-confirma-que-prisao-apos-2-instancia-vale-para-todos-os-casos.html>. Acesso em: 11 nov. 2016.

> progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui".[161] (destaquei)

De ideia semelhante ao trecho supracitado do voto de Gilmar Mendes no HC 126.282, mesmo que na linha decisória oposta, temos o que Eros Grau disse no julgamento do HC 84.078:

> "Não recuso significação ao argumento [impunidade graças à procrastinação processual], mas ele **não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual**, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição".[162] (destaquei)

Agora, se o STF ultrapassou algum limite ao alterar o alcance da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88) e permitir a execução antecipada da pena, deve ser assunto para outra pesquisa.

[161] STF: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, p. 67.
[162] STF: HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, p. 1065.

REFERÊNCIAS

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory, G.; WILLIAMS, Joseph M. *A Arte da Pesquisa*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, 351 p.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, 97 p.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência: Princípio e Garantias. In: VÁRIOS AUTORES. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121-142.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*: uma teoria da argumentação jurídica. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (Trad.). Cláudio Michelon Jr. (Rev. Técnico). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 389 p.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Sistema Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 567 p.

VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência*: Prisão Preventiva e Ordem Pública. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, 278 p.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF, *Revista Direito GV*, n. 9, p. 21-44, jan./jun. 2009.

ANEXOS

Tabela 1 – Ficha-resumo do HC 68.726

PARTE DO ACÓRDÃO	Resumo	Classes Argumentativas
Ementa e Acórdão	Prisão após apelação tem natureza processual em prol da garantia da aplicação e execução da pena imposta. Não há conflito, com o art. art. 5º, LVII, CF/88, CF/88, do RE e Resp serem somente devolutivos. Legalidade de mandado de prisão expedido por segundo grau. HC indeferido. Indeferimento unânime do HC.	1. Instâncias e Recursos ordinários
Relatório	Advogado impetra HC alegando ilegalidade de prisão após segundo grau sem trânsito em julgado, violando 669, CPP e art. 5º, LVII, CF/88, CF/88. Alçada do RJ prestou informações. PGR pediu indeferimento do HC.	APONTAMENTOS
Min. Rel. Néri da Silveira	Art. 27, p. 2º, 8038/90, RE e Resp possuem efeitos devolutivos. As instâncias ordinárias criminais foram exauridas após apelar em liberdade. Cita art. 669, CPP. Cita doutrina explicando que em coisa julgada não cabe mais nenhum recurso, enquanto caso julgado permite execução mesmo havendo recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo, por terem se esgotado os recursos ordinários.	1. Instâncias e Recursos ordinários
	Não vê conflito com o art. 5º, LVII, CF/88, CF/88, em expeçar mandado de prisão do réu quando a pena privativa de liberdade foi confirmada unanimemente no julgamento da apelação contra sentença desfavorável.	APONTAMENTOS
	A ordem de prisão nessa situação é de natureza processual, com fim na aplicação da lei penal ou execução da pena imposta, desde que seguido o devido processo legal e garantida a ampla defesa, como ocorreu. Concorda com o parecer do Sub-PGR, o qual afirma que a presunção de inocência não serve para tornar o réu intangível, senão a prisão preventiva poderia ser comprometida. Afirma que a correta definição é princípio da não-culpabilidade. RE e Resp são meramente devolutivos. Assim sendo, indefere o HC.	3. Forma de prisão preventiva.

Extrato de Ata	Indeferimento unânime do HC, ausentes 3 ministros (Sydney Sanches, Marco Aurélio e Celso de Mello)	APONTAMENTOS

Tabela 2 – Ficha-resumo do HC 84.078

PARTE DO ACÓRDÃO	**Resumo**	**Classes Argumentativas**
Ementa e Acórdão	1 a 3. Prisão antes do trânsito em julgado somente se cautelar, conf. LEP e Constituiçao. Por isso, 637, CPP, está superado por haver antinomia temporal. 4 e 5. Cumprir pena após apelação condenando é restringir o direito de defesa, que engloba todas fases processuais. 6. A jurisprudência defensiva não pode reduzir a amplitude de garantias fundamentais, nem amputá-las. A melhor funcionalidade do STF não pode ir neste sentido. 7. Adiantar a pena antes do trânsito em julgado é inconstitucional. A garantia da propriedade (elites) não pode ser posta à frente da liberdade (classes subalternas são as mais ameaçadas): cível não pode adiantar, mas penal pode? 8. Criminosos são sujeitos de direito na democracia. Somente o trânsito em julgado apura plenamente um resultado.	1. Extensão de garantias à privação de liberdade 2. Restrições a direitos fundamentais
Relatório	1 a 5. Questões do caso, como venda dos bens do impetrante ser indício de evasão da execução penal. 6. Há potencial ameaça ao cumprimento de sentença penal ou é mero adiantamento da pena? Era mudar de ramo, não se furtar da pena. Pede o HC. Jobim concedeu liminar.	APONTAMENTOS
Min. Rel. Eros Grau (mono)	1 a 4. Rechaçada prisão preventiva, sua continuidade significa a execução antecipada da pena. Foi levado ao Pleno, pois entende que deve ser revista a jurisprudência. 5 a 12. 637 do CPP (RE não tem efeito suspensivo) é antiquado diante da LEP (arts. 105, 147 e 164) e da CF (art. 5º, LVII, CF/88), além de superado. Jurisprudência sobre a restritiva de direito ser possível somente no trânsito em julgado. Portanto, privativa de liberdade deve ter o mesmo entendimento, caso contrário, seria uma afronta ao art. 5º, LVII, CF/88, da Constituição.	1. Extensão de garantias à privação de liberdade

	13. A prisão antes do trânsito só pode se dar por cautelar. 14. Ampla defesa é ameaçada se o art. 5º, LVII, CF/88 é restringido. 15 a 18. Leis dos anos 80 são garantistas. A LEP, de 84, não é diferente. A Constituição, de 88, também não. Iniciando os anos 90, inicia uma política criminal repressiva, dando ao RE e ao REsp efeito devolutivo, além dos crimes hediondos. Tratou-se de um movimento regressivo e inconstitucional incentivado por casuismos. Descreve todo um movimento reacionário popular, midiático e jurídico, que conduziria ao "olho por olho, dente por dente" e abalaria os novos alicerces constitucionais brasileiros.	3. Possibilidade de prisão cautelar 2. Restrições a direitos fundamentais
	19 e 20. Antecipação do cumprimento da pena é inconstitucional. Cita votos que afirmam o teor positivado na Carta. Trata-se de uma forte garantia ao acusado, a ser tratado até o trânsito em julgado como inocente. 21. A conveniência dos magistrados (por jurisprudências defensivas) não se põe à frente da lei e da Constituição. 22. RE e REsp serviriam para procrastinar, se suspensivos, dando impunidade: se é assim que se visualiza os textos legais e constitucionais, que eles sejam extintos e deem lugar aos porretes para cada cidadão. Ou se adequa à Constituição e a demais leis, ou que venham os porretes.	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	23 (e 24). Criminosos são sujeitos de direito, não meros objetos processuais. Possuem dignidade. A prisão só pode ocorrer a partir da devida aferição de todas singularidades da infração penal - isto, quando do trânsito em julgado. 25. Se reduzir vencimentos antes de condenação é inconstitucional diante do art. 5º, LVII, CF/88, então se se tratará do direito de propriedade assim, que se trate do direito de liberdade da mesma maneira. Concede o HC.	2. Restrições a direitos fundamentais 1. Extensão de garantias à privação de liberdade
Extrato de Ata 1	Pedido de vista feito por Carlos Ayres Britto.	APONTAMENTOS
Remessa ao Pleno	Carlos Ayres Britto afirma que não há uniformidade da jurisprudência sobre o art. 5º, LVII, CF/88, entre as turmas do STF - dissentindo sobre o 312, CPP. Então, remete ao Pleno.	APONTAMENTOS
Debate 1	Ratificação da necessidade de remessa ao Pleno.	APONTAMENTOS
Debate 2	Questões processuais sobre suspender o cumprimento da pena.	APONTAMENTOS

Extrato de Ata 2	Julgamento do HC remetido ao pleno após pedido de vistas.	APONTAMENTOS
Relatório	Repetição do Relatório anterior.	REPETIÇÃO
Min. Rel. Eros Grau	Repetição do voto.	REPETIÇÃO
Pedido Vista Min. Menezes Direito	Pede vista com a mesma razão de Ayres Britto. Era mantenedor da jurisprudência de 1991, dentro da 1ª Turma, mas refletirá de acordo com o exposto por Eros Grau.	APONTAMENTOS
Esclarecimento Min. Ayres Britto	Elogia o voto de Eros Grau. Afirma que a 1ª Turma não fechou entendimento concordando totalmente com 1991. Menezes Direito diz que o último voto sobre o tema, na 1ªT, foi dele, e concordava com 1991. Foi vencedor.	APONTAMENTOS
Extrato de Ata 3	Concessão da ordem por Eros Grau. Pedido de vista por Menezes Direito.	APONTAMENTOS
Voto Vista Min. Menezes Direito	. Relata o caso. Nelson Jobim e Eros Grau concederam a ordem. Pediu vista para melhor estudar os argumentos de Grau. MPMG pediu prisão pois poderia haver evasão do réu. STJ entende que a prisão não foi cautelar, mas início de cumprimento da pena após apelação. Não se entendia dos motivos para prisão do réu: preventiva ou definitiva. O entendimento do STJ pareceu, ao réu, ter sido *in pejus* dentro de um HC. Então, vai se analisar a execução da pena antes dos recursos excepcionais.	APONTAMENTOS
	. Cumprir pena após apelação tem sido questionado nas turmas e pelos ministros do STF. Mesmo assim, vê que deve manter o entendimento da Corte. . Estaria em jogo a tese jurídica, não a matéria de fato, dentro do art. 5º, LVII, CF/88. A última esgotaria na apelação; a primeira, nas instâncias superiores. Não suspende a execução para não retardar a execução dos julgados. Dar efeito suspensivo seria dar ordinariedade a recursos extraordinários e especiais. Seria obstar o cumprimento da pena sempre, após aprofundada análise dos argumentos das instâncias ordinárias.	1. Instâncias e Recursos Ordinários 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

	. Prisão cautelar não se choca com o art. 5º, LVII, CF/88, pois tem como garantia a persecução penal e um bom resultado. Não admitir a prisão para executar a pena após apelação seria dar menor importância às aprofundadas análises da sentença e do acórdão. Assim, contradiz-se inviolabilidade da liberdade antes do trânsito em julgado: juízo sumário não exauriente para garantir o processo penal x cognição plena e exaustiva nas instâncias ordinárias. Cita 1ªT, Celso de Mello, 1995. . Cita Plenário HC 69.964/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1993; cita encaixe do PSJCR ao ordenamento de cada Estado, não assegurando irrestrito recurso em liberdade ao réu.	1. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal 2. Instâncias e Recursos Ordinários 3. Forma de prisão preventiva
	. Os princípios não tem teor absoluto, mas também não são relativizáveis, pois se tratam de critérios para situações concretas indeterminadas. Sendo as mesmas situações, a posição também deve ser igual. Prisão por faculdade processual e decorrente de aplicação da lei penal não são diferentes. Ambas são sobre a privação de liberdade, e ambas não violam o art. 5º, LVII, CF/88.	3. Forma de prisão preventiva
	. O caráter retributivo da pena depende da aferição da culpa e suas consequências, enquanto o preventivo conta com a execução provisória da pena como componente essencial do sistema repressivo. Não é autoritário, pois se vê tal ideia nos EUA, Canadá e França - que são liberais. Portugal, Espanha e Alemanha não afastam tal possibilidade, também. Nenhum pais do mundo suspende a pena na fase extraordinária. Tal entendimento serve para inibir procrastinação. Em caso de violação de direitos fundamentais do réu por sentença condenatória até a apelação, o HC está disponível. A interpretação das normas não pode nem gerar deficiências aos direitos fundamentais, nem à operação do sistema.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal contra classe ampliativa 2. Restrições a direitos fundamentais
	. Dar efeito suspensivo aos recursos extraordinários (o que, legalmente, não há) é transformar o Supremo numa instância regular, e não excepcional. Vê um correto balanceamento, que não elide direitos do réu, nem subtrai a eficiência da proteção estatal, desestimulando a impunidade, e já há ferramentas recursais suficientes. Denega a ordem.	1. Instâncias e Recursos Ordinários 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

	Contextualiza a maneira que a prisão cautelar deve ser aplicada - pressupostos e fundamentos da preventiva. Afirma que a prisão cautelar não tem fim sancionatório, mas para colaborar com o processo penal. Entender o contrário seria inconstitucional e ilegal, pois seria antecipar o cumprimento de pena ainda não imposta - independentemente da gravidade em abstrato do crime, da credibilidade das instituições ou das situações econômicas do acusado.	3. Possibilidade de prisão cautelar contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	Ser um indivíduo sob persecução penal não tira sua posição de sujeito de direitos e titular de garantias indisponíveis, a serem preservadas pela magistratura. Por isso, ninguém pode ser apenado antes da condenação penal transitada em julgado, independente do discurso justificador. O art. 5º, LVII, CF/88, é uma regra de tratamento do Poder Público a todo e qualquer acusado. Cita exaustivamente decisões e votos próprios, afirmando que as prisões preventivas não podem ser tidas como antecipação da pena.	2. Restrições a direitos fundamentais 3. Possibilidade de prisão cautelar contra classe restritiva 3. Forma de prisão provisória
Voto Min. Celso de Mello	Defesa da supremacia da Constituição. Definição de limites que não podem ser transpostos pelo Estado e seus agentes. O não cumprimento da pena antes do trânsito em julgado ou impedimento da prisão cautelar deturpada enfatiza a presunção de inocência constitucionalizada. A repulsa a esta ideia é antidemocrática e próxima dos ideais de penalistas italianos autoritários e fascistas.	2. Restrições a direitos fundamentais
	A agenda de liberdades que o STF implanta é coerente com sua função e a Constituição - não só a brasileira como também estrangeiras, além de Tratados. No Estado Novo Varguista, impunha-se ao acusado a prova de sua inocência, exonerando o acusador de seu ônus natural.	2. Restrições a direitos fundamentais
	As acusações penais não se presumem provadas, sendo dependente do que o acusador expõe, demonstra e prova. O contrário disso seria absolutamente antidemocrático. "O postulado do estado de inocência" é o reconhecimento de uma verdade provisória e de caráter probatório, repelente a juízos prematuros de culpabilidade até o trânsito em julgado - como exige a Constituição brasileira.	2. Restrições a direitos fundamentais

	A presunção de inocência não se esvazia progressivamente com a sucessão dos graus de jurisdição, pois claramente a Constituição estabelece que a culpa só vem pelo trânsito em julgado. O princípio, então, é um obstáculo constitucional a decisões estatais que restringam as liberdades, com o curso de procedimentos estatais jamais podendo transpô-lo. Paralelamente, Mello lembra que sanções políticas e eleitorais também dependem de trânsito em julgado (CF, 15, III), pois afetaria o estado de inocência que qualquer pessoa tem garantida sobre si, tanto no penal quanto no político. Ou seja, não se pode repercutir sobre as pessoas situações jurídico-processuais não definitivas.	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 1. Instâncias e Recursos Ordinários
	Na ADPF 144/DF, que Mello foi Relator, houve aprofundamento sobre o direito à presunção de inocência até o trânsito em julgado. Acompanha, integralmente, o voto de Eros Grau.	APONTAMENTOS
	Menezes Direito: reafirma a posição de que o sistema jurídico não obstaculiza a prisão do condenado quando impetra um recurso desprovido de efeito suspensivo. Reforça a existência de amplos recursos com efeito suspensivo. O Pleno vem justamente para unificar a jurisprudência nacional, a despeito do entendimento refletido na 1ªT/STF - afirmado por Menezes e reafirmado por Gilmar Mendes.	REPETIÇÃO
	Eros Grau: não afasta as prisões cautelares quando há motivo para tanto, mas não permite a equiparação delas às execuções provisórias. Cezar Peluso e Mendes frisam isso.	REPETIÇÃO
Explicação	Eros Grau: O voto de Menezes Direito declararia incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 105 da LEP. Ellen Gracie: A posição contrária inconstitucionalizaria o CPP [sobre o mero efeito devolutivo de RE e Resp].	REPETIÇÃO/APONTAMENTOS

Debate 3	Cezar Peluso: A corte não admitiu consequência material devido a pendência em processo penal relacionado. Agora, pode afirmar o mesmo sobre a prisão. Cármen Lúcia: Isso foi um problema ao voto dela. Cezar Peluso: São temas próximos. É necessária coerência na Corte: se o menos gravoso é vedado, que o mais também o seja. O material pode ser reposto, mas o pessoal e a liberdade não podem ser repostos após castigados. Celso de Mello: nem restritivas de direito podem ter execução provisória (LEP, art. 147). O STF tem corroborado isso. Há extensão desse entendimento fora da seara penal.	1. Extensão de garantias à privação de liberdade
	Cezar Peluso: perturba-se que o art. 5º, LVII, CF/88 amplo seja só a questões materiais, e não às penas mais gravosas. Não se pode haver o risco de iniciar o apenamento de uma pessoa que terá sua inocência demonstrada nas instâncias extraordinárias. Somente 1/3 dos HC são concedidos (conf. Lewandowski). Celso de Mello: 30% dos recursos extraordinários provam inocência de quem foi condenado anteriormente (também conf. Lewandowski).	1. Extensão de garantias à privação de liberdade
	Cezar Peluso: o Brasil não ganha nada punindo esses 30% injustamente, ainda mais pela restrição de liberdade. Para diversas das demais preocupações, basta a preventiva. O CPP tem diversas ferramentas que permitem a autodefesa dos réus, este não é o problema, mas sim, o de restringir a liberdade de inocentes no processo. Joaquim Barbosa: processos penais infinitos/procrastinados. Cezar Peluso: crise carcerária por excesso de prisões.	2. Restrição a direitos fundamentais contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	Joaquim Barbosa: O réu penal tem outras formas diversas de defesa que o réu civil. Nossa teoria do HC é generosa. Cezar Peluso: críticas ao sistema recursal, mesmo que válidas, não cabem à questão presente. Joaquim Barbosa: leque enorme de recursos disponíveis, inigualável no mundo. Cumprir a pena no esgotamento de recursos é uma decisão política que trará ônus. Desejo de um sistema penal eficaz, e não de "faz-de-contas".	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal contra classe ampliativa 2. Restrições a direitos fundamentais

	Celso de Mello: prestigiar o direito fundamental não impede que demais medidas cautelares de privação de liberdade sejam aplicadas, por isso não favorece a impunidade. Menezes Direito: legislação de países liberais que executam a pena a partir do 2o grau seria uma incongruência. Aqui, estaríamos maximizando a presunção de inocência. Celso de Mello: não pode desconhecer do que está escrito, sem ambiguidade, na Constituição, no art. 5º, LVII, CF/88. Não está se inviabilizando as prisões cautelares aos réus perigosos. Privar a liberdade antes do trânsito em julgado é inconstitucional, inconciliável com Tratados e risco ao *status libertatis*.	2. Restrições a direitos fundamentais 3. Possibilidade de prisão cautelar contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
Confirmação Voto Min. Eros Grau	No item 25 de seu voto, tratou exatamente sobre a questão da coerência na Corte, levantada de novo por Peluso, pela necessidade de dar à liberdade a mesma importância da propriedade. Citou um trecho.	REPETIÇÃO 3. Possibilidade de prisão cautelar
Aditamento Min.Lewandowski	Leitura do voto escrito sobre o tema. CADÊ O VOTO?	APONTAMENTOS
Voto Min. Joaquim Barbosa	Alia-se à corrente antiga. Necessidade de respeito às jurisdições ordinárias, não fazendo letra morta de suas decisões. Que se enviem, então, todos os processos para o STF julgar, já que depende dele para apenar. Não se pode deslegitimar as instâncias ordinárias. Deve-se buscar a efetividade do processo, ainda mais depois de exaustiva determinação ordinária.	1. Instâncias e Recursos Ordinários 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	Causar-se-á estado de impunidade executar a pena somente com o trânsito em julgado. Usarão dos recursos com fins procrastinatórios, levando à prescriçao da pretensão executória, o que frustra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, respeito à vítima e ao Judiciário, que seria apagado. Não é inoperar o princípio da presunção da inocência, mas respeitar o decidido pelas instâncias ordinárias, que são as competentes para o exame dos fatos - as quais, se levarem à condenação do acusado, tornam legítima a privação da liberdade. Com base na ponderação do princípio da inocência que se aceita as prisões preventiva e temporária.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal 1. Instâncias e Recursos Ordinários 3. Forma de prisão preventiva contra classe ampliativa 2. Restrições a direitos fundamentais correlatos

	Buscar a efetividade do processo para manter sua utilidade e legitimidade social. Os recursos excepcionais não tem efeito suspensivo, então, não se viola o art. 5º, LVII, CF/88. Não há garantia ao duplo grau de jurisdição (STF, por vezes, é instância originária e única), quem dira ao terceiro grau. A garantia é restrita ao recurso a sentença condenatória. O RE depender de RG reforça esse entendimento, contribuindo, inclusive, para a duraçao razoável do processo. Então, concilia-se a não culpabilidade com o RE ser transcedente ao indivíduo - o que ainda não é percebido pelo STF. Há muito RE julgado que bastaria um HC para resolver.	1. Instâncias e Recursos Ordinários 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal contra classe ampliativa 2. Restrições a direitos fundamentais correlatos
	A execução da sentença após apelação condenatória é claramente provisória, e não definitiva, devido ao estado de inocência advindo da ausência de trânsito em julgado. No art. 105 da LEP não há vedação, e ainda cogita que o réu já esteja preso. O 637 do CPP não dá efeito suspensivo ao recurso extraordinário, sendo meramente devolutivo. Não há vedação ao réu impetrar recurso, mas também não há proibição dele ser preso enquanto aguarda resultado. Devido ao alto provimento recursal na Corte e a exaustão da análise factual e probatória pelas instâncias ordinárias, não se trata de restrição ao *ius libertatis*.	3. Forma de prisão preventiva 1. Instâncias e Recursos Ordinários
	Afirma que as nações civilizadas determinam o cumprimento da pena após apelação. Afirma que raríssimas vezes os vícios detectados nas instâncias excepcionais tem o efeito de anular uma sentença condenatória. O HC tem o condão de analisar se há constrangimento ilegal contra a liberdade - e as Cortes excepcionais só o conhecerão em casos extremos. A regra é a imediata execução da sentença condenatória ao fim das ordinárias.	1. Instâncias e Recursos Ordinários
	Para ele, o direito de recorrer em liberdade é somente do fórum para o tribunal. Aguardar o trânsito em julgado comprometerá o atendimento aos fins preventivos da pena, perdendo a memória dos motivos da pena e afetando a sociedade. Admite a execução provisória da pena.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
Voto Min. Ayres Britto	A interpretação sobre o caso deve ser sistemática, jamais isolada. Vê no LVII um direito substantivo de presunção de não-culpabilidade (não de presunção de inocência), com toda a carga técnica que este termo possui (atendimento e garantia	2. Restrições a direitos fundamentais

	das regras do CP e CPP), com mais força que o termo "presunção de inocência".	
	Entende que a única limitação constitucional ao LVII é o presente no 5º, LXI (preso só em flagrante delito), com a regra sendo a liberdade. Somente o flagrante delito relativizaria a presunção de não culpabilidade para fim de prisão. Os recursos excepcionais não são causa para prisão, pelo contrário. As demais prisões possíveis são sob ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, transgressão militar ou crime militar próprio.	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 1. Instâncias e Recursos Ordinários
	A prisão do indivíduo é irreparável e gravíssima (geradora de abalos psíquicos e familiares, desqualificação profissional e desprestígio social). Por isso é compreensível a enfase da Constituição à liberdade. Não há perda para a sociedade ter esse entendimento, pois se pode decretar a cautelar seguindo os critérios do 312, CPP. É preciso prestigiar as cautelares dadas pelas instâncias ordinárias e seus julgadores, que se expõem aos riscos de suas decisões. Aqui entra o conceito de ordem pública, significando, ao STF, o visível acautelamento do meio social - nada mais. O prestígio dado pelas instâncias excepcionais às ordinárias vem pelo respeito ao que levou à decisão de prisão cautelar. Então, respeita-se a liberdade individual e a eficiência da jurisdição penal.	2. Restrições a direitos fundamentais contra classes restritivas 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal 3. Possibilidade de prisão cautelar contra classes restritivas 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal e 1. Instâncias e Recursos Ordinários
	Afirma que não há contradição, entre seus próprios entendimentos, ao não aplicar presunção de não culpabilidade na seara eleitoral, pois aqui se trata do coletivo e da representação popular, obediente a outra lógica. Concede o HC na linha do relator.	APONTAMENTOS
Voto Min. Cezar Peluso	Princípio enunciado pela primeira vez na DDHC, 1789, tendo inspiração em Beccaria, não podendo chamar o réu de culpado antes de sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe proteção, até a decisão. O processo penal era utilizado para perseguição dos inimigos do rei, sob a forma inquisitorial e com o sistema da prova legal, que dá valores às provas. A consagração do princípio, então, é uma reação política ao antigo tratamento, sendo uma conquista histórica.	APONTAMENTOS

	Em 1948, na Constituinte Italiana, discutiu-se a finalidade do processo penal: defesa do réu e da cidadania (Carrara) vs. instrumento de defesa da sociedade e do Estado (Ferri). Aqui, discutia-se não o tratamento, mas o modelo de processo. A Const. Italiana também inspirou a Brasileira de 1988. Vem o DUDH, 1948, regulando o ônus da prova no processo penal.	APONTAMENTOS
	Enfatiza que "presunção" é metáfora quando junto da expressão "de inocência". Temos as presunções *iuris* e *hominis*. A primeira é uma técnica operacional do Direito. A segunda, é técnica ou modalidade de raciocínio no processo de convicção do juiz, para chegar à existência de um fato desconhecido. O princípio não parte de dados estatísticos sobre a maioria dos réus serem inocentes, então não é presunçao *iuris* nem *hominis*. Então, o uso da palavra "presunção" é uma incorreção técnica da DDHC. Também, não se trata de juízo antecipado sobre o *status* do réu: considerar o réu inocente é um juízo empírico longe do contexto, da finalidade e do alcance do princípio.	APONTAMENTOS
	O princípio é um os mais importantes valores político-ideológicos para garantir a dignidade da pessoa humana do réu no processo penal, até a vinda de sentença penal condenatória em caráter definitivo. O conteúdo jurídico do princípio é substancial, de não atingir o réu sem sentença definitiva condenatória. Não se tolera medidas gravosas sobre o réu, não só pela sua irreversibilidade, pois também nem a sociedade, nem a humanidade, ganham com a restrição da liberdade de alguém que ainda pode ser considerado inocente, pois seria revoltante (Beccaria).	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	O alcance do princípio da inocência é elucidado pelo princípio do devido processo legal. Não basta a legalidade, mas o entendimento à concepção social de justiça. Não vê como justo privar a liberdade de alguém por ele ser réu. Permitir a execução provisória da pena pode ser legal, mas não é justo. A falta de efeito suspensivo do recurso extraordinário, então, não possui força diante dos princípios constitucionais. Entender o contrário seria esvaziar seus sentidos. Mantém-se coerente ao que já entendia antes. Acompanha o relator.	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 1. Instâncias e Recursos Ordinários

	Digressão: Preocupa-se com os rumos da decisão, pois acredita que transcende o caso concreto e abala uma jurisprudência criada já sob regime democrático, permitindo a prisão somente diante dos critérios do 312, CPP: ordem pública é muito rejeitada por ser vaga; ordem econômica ocorreria em casos raros; a conveniência de instrução criminal não há, pois ela já se encerrou nas instâncias ordinárias; assegurar a aplicação da lei penal, no caso concreto, não está sendo velado. Vê, então, que a consequência do julgamento é esvaziar todo e qualquer tipo de prisão antes do trânsito em julgado. Retomará voto que leria em outras questões mas que aqui se encaixa.	3. Forma de prisão preventiva
Voto Min. Ellen Gracie	1 e 2. Caso de condenação mantida ou imposta na Apelação, exaurindo instâncias ordinárias. A presunção de não-culpabilidade é para a instrução criminal, durante todo o devido processo legal, e de necessidade do acusador provar. A sentença condenatória de Tribunal tem a presunção de inocência substituída por um juízo de culpabilidade por terem provas dando esse resultado, ainda que provisoriamente. 3. A doutrina há de equilibrar esse princípio para salvaguardar o cidadão do Estado e defender a sociedade de comportamentos desviantes. Lembra dos tempos que a regra era a prisão, até para coisas pequenas (França pré-revolucionária, URSS e Estado Novo brasileiro). Para evitar isto, nos regimes democráticos, chega-se ao extremo de inviabilizar toda prisão e gerar impunidade.	1. Instâncias e Recursos Ordinários 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	4. Disciplina jurídica da prova é a mais atingida, com o ônus pertencendo a acusação, sendo considerado inocente o acusado durante toda instrução criminal, mesmo se réu publicamente confesso. A sentença analisa toda produção probatória formalmente rígida nesse contexto e, se condenatória confirmada na apelação, não permite rediscussão das questões de fato do caso. Vê como problemática a interpretação extensiva do LVII e que este deve harmonizar com o LIV e o LXVI (prisão permitida diante da obediência do devido processo legal), que é a prática internacional - RU. O STJ e o STF não podem fazer análise de fatos, somente de direito, e os recursos excepcionais são desprovidos de efeito suspensivo. Não se pode alterar o que o HC 72.366	1. Instâncias e Recursos Ordinários

	definiu. Importa também o HC 71.026, destacando a crítica à generosidade recursal brasileira.	
	5. A PSJCR diz que a prisão só pode ocorrer de acordo com o definido pelas Constituições e leis. Lembra que o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional. O PSJCR não garante o recurso em liberdade - somente se garante a impetração de recurso simples e rápido, estando de acordo com o LXII, 5º, CF/88, não significando manifestação de inconformidade com decisão judicial. 6. Proporcionalidade proibe excessos e abundâncias. Não vislumbra excesso no cumprimento da pena após manutenção de condenação na apelação. Problema seria prender sem certeza formada sobre a materialidade e a autoria (312, CPP), como problema é não prender após dupla análise das questões de fato.	1. Instâncias e Recursos Ordinários
	7. O aguardo do resultado de recursos não-suspensivos acima da apelação ocorre sob regime provisório, e não no regime prisional determinado na sentença. 8. Denega o HC.	3. Forma de prisão preventiva
Esclarecimento Min. Eros Grau	Questões de fato e matéria sobre a parte reclamante.	APONTAMENTOS
Voto Min. Marco Aurélio	Recursos excepcionais não possuem efeitos suspensivos. A questão é se se pode abraçar as execuções definitiva e provisória: na seara civil, por ser possível o retorno ao *status quo ante*, sim. Na seara penal, a liberdade perdida é impossível de ser devolvida. A preventiva é um caso excepcional de prisão que deve obedecer ao 312, CPP, porém, aqui se discute o início da execução da pena.	1. Extensão de garantias à privação de liberdade 3. Possibilidade de prisão cautelar
	A busca ao fim da impunidade não pode iniciar um processo de justiçamento, mas deve continuar o apego às garantias legais e constitucionais. O contrário disso, ameaçaria a ordem constitucional. Segue o voto do relator.	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

	O combate à criminalidade é relevante, mas não há impedimentos à determinação de preventiva em qualquer fase do processo. Oferece dados estatísticos sobre a quantia de presos apenados ou provisórios, e graves dados relativos entre estes e aqueles. Cita que há práticas "horrorosas" no sistema penal brasileiro. Cita imprecisões técnicas e abusos na determinação de prisão preventiva, e crimes de bagatela. Cita Häberle para afirmar a flexibilidade interpretativa que a Constituição adquire pelo tempo, num processo contínuo, com as composições anteriores não gerando vinculações. Portanto, as duas decisões são corretas. Defere a ordem.	3. Possibilidade de prisão cautelar contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	<u>Introdução</u>: análise do art. 5º, LVII, CF/88 com a execução provisória da pena confirmada em segundo grau. <u>Orientação tradicional no STF</u>: HC 72.366. Turmas. Extensão às leis penais especiais. Cita diversas jurisprudências.	APONTAMENTOS
Voto Min. Pres. Gilmar Mendes	<u>Votos vencidos</u>: . *Marco Aurélio*: inconstitucionalidade do 594, CPP, diante do art. 5º, LVII, CF/88, CF/88. Não se pode justificar a execução provisória nem por inexistência de primariedade ou maus antecedentes, pois não se liga ao título condenatório da situação presente. Para execução da pena, a culpa do condenado deve ser intangível [HC 69.263]; . *Sepúlveda Pertence*: A prisão antes do trânsito em julgado pode ocorrer somente com a fundamentação dentro dos critérios de prisão cautelar [HC 69.964]; . *Ilmar Galvão*: Execução provisória da pena antes do trânsito em julgado afeta o art. 5º, LVII, CF/88, e, se embasado na confirmação de condenação de apelação, configura prisão desfundamentada, atingindo o 5º, LXI. O *periculum in mora* não pode ser mediante qualificação subjetiva do agente, tipologia do crime ou estado do processo. [HC 72.366] . *Maurício Corrêa*: PSJCR, garantindo duplo grau de jurisdição e recepcionado pelo Brasil, invalida o 594, CPP. [HC 72.366]	2. Restrições a direitos fundamentais

	Presunção de não-culpabilidade: doutrina espanhola: somente permite a prisão com fins cautelares, não a execução provisória da pena, que tem fins retributivos incompatíveis com o regime cautelar. Tribunal Constitucional espanhol: idem doutrina. + Atender às demandas sociais de segurança ou vingança imediata sob o mando de prisão preventiva é mandar cumprir pena, o que é inaceitável. Corte Constitucional alemã: somente em presunções fortes e urgentes sobre o acusado que se restringirá a liberdade, ou quando definitivamente condenado. Cita CEDH. A prisão provisória observará a proporcionalidade.	APONTAMENTOS
	Para Gilmar, prisão antes do trânsito em julgado só diante dos critérios do 312, CPP, não sob forma de execução da pena. Princípio da dignidade humana impede que o humano se torne objeto diante do Estado, como objeto de luta contra a criminalidade ou a impunidade, mas deve ser protegido e respeitado contra ofensas e humihações. Bobbio diz que o cidadão deve ser protegido dos processos estatais, obedecendo as limitações postas pelo ordenamento jurídico à ação estatal, o que é base dos regimes democráticos, civilizados, em contraposição à tirania e à barbárie. Devido processo legal e dignidade da pessoa humana são as bases constitucionais do processo. Então, é incompatível recolher alguém por seus antecedentes ou tipo específico de delito.	3. Possibilidade de prisão cautelar 2. Restrições a direitos fundamentais
	Princípio da proporcionalidade: descreve o que é e para que serve. Adequação, necessidade e proporcionalidade estrita. *Necessidade*: os fins da execução antecipada da pena podem ser alcançados pela prisão provisória pelo 312, CPP; há ausência de fundamentação em executar a pena antecipadamente somente por ter passado da apelação. Portanto, o método de Alexy não precisa continuar sendo aplicado, pois a medida em questionamento é desnecessária logo de início.	2. Restrição a direitos fundamentais e 3. Possibilidade de prisão cautelar contra classe restritiva 1. Instâncias e Recursos Ordinários

	A revisão da jurisprudência: introduz a evolução constitucional e a mutação constitucional, por Larenz: o tempo modificando a lei pela mudança dos tempos que leva à mudança de interpretações, restringindo ou estendendo a norma, com uma interpretação podendo ser correta num dado momento e equivocada noutro - sendo impossível determinar o exato instante de cada acontecimento. Também, por Inocêncio M. Coelho, com as situações da vida constituindo o significado das regras de direito, pois é o momento da aplicação que revela o significado da norma - a norma é a sua interpretação, não ela mesma - o que coincide com Häberle. O texto varia no tempo e na experiência. Isso pode gerar mutação normativa ou evolução interpretativa, mudando a constitucionalidade de uma norma: a continuidade da Constituição depende dessa maleabilidade.	APONTAMENTOS
	Uma nova visão de d. fundamentais e repercussões: essas concepções mudam com frequência em matéria de d. fundamentais e de nova ordem constitucional. Cabe à Corte Constitucional a manutenção da ordem jurídico-estatal e de seu funcionamento, devendo sempre avaliar as consequências de suas decisões em prol do bem-comum, em prol do funcionamento do Estado de Direito, sendo uma avaliação política que deve ser independente de suas subjetividades, mas dependente da razão (ex.: igualdade racial e situações de garantias inquiritórias e processuais - EUA - e mudanças formais na execução penal - Alemanha).	APONTAMENTOS
	Conclusão: prisão antes do trânsito em julgado somente diante do 312, CPP, caso contrário, afeta-se o art. 5º, LVII, CF/88, CF/88. Defere o HC.	APONTAMENTOS
Extrato de Ata 4	Por 7 x 4, o HC foi deferido.	APONTAMENTOS

Tabela 3 – Ficha-resumo do HC 126.292

PARTE DO ACÓRDÃO	**Resumo**	**Classes Argumentativas**

Ementa e Acórdão	. CF/88, art. 5º, LVII, CF/88. Entendeu-se a possibilidade de Execução Provisória após condenação de 2º grau, por 7 x 4 Execução provisória de acórdão penal condenatório em grau de apelação não compromete o disposto em CF/88, art. 5º, LVII, CF/88 Princípio Constitucional da Presunção de Inocência: CF/88, Art. 5º, inc. LVII	APONTAMENTOS
Relatório	Réu pôde recorrer em liberdade do 1º para o 2º grau. TJSP negou provimento ao recurso e expediu mandado de prisão. STJ indeferiu liminar ao HC. Recorre com HC ao STF. HC ao STJ perante decisão de Tribunal só é possível nos casos de flagrante ilegalidade de decisão. HC não substitui demais recursos ordinários ou do CPP.	APONTAMENTOS
Voto Rel. Min. Teori Zavascki	1. Súmula 691/STF: decisão do TJSP afronta entendimento do STF, então, pode ser analisado pelo STF. 2. Reflexão sobre: (i) alcance do CF/88, art. 5º, LVII, CF/88 e (ii) efetividade da função jurisdicional penal. 3. HC 68.726: apelação pode mandar executar pena provisoriamente; HC 74.983: RE e REsp não têm efeito suspensivo; HC 72.366: restrições ao direito de apelar em liberdade (art. 594, CPP, revogado pela lei 11.719/08) eram compatíveis com CF/88, pois havia juízo de consistência da acusação. HC 84.078: mudou entendimento. 4. Lista as garantias fundamentais do processo penal. Destaque à disciplina jurídica da prova.	APONTAMENTOS
	5. Análise feita pela Apelação causa preclusão de análise da matéria fático-probatória, pois STJ e STF só analisam questões de direito. 6. Aceita que o tratamento dispendido ao réu seja progressivamente mais gravoso no decorrer do processo. Aceita que o legislador dê limites ao art. 5º, LVII, CF/88, desde que não atinja o "núcleo essencial" da cláusula. Dá a mesma significação à "presunção de não culpabilidade" e à "presunção de inocência". Aceita que o acórdão condenatório surta efeitos.	1. Instâncias e Recursos Ordinários

	7. Direito "comparado": Inglaterra, EUA, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina. 8. Recursos de natureza extraordinária são só para preservar a higidez do sistema normativo. 9. Relato de um caso de recursos protelatórios para gerar preclusão da causa. 10. Harmonização da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional estatal.	1. Instâncias e Recursos Ordinários 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	11. Há recursos e medidas que permitem que, mesmo nas instâncias extraordinárias, dão a liberdade até a análise jurisdicional definitiva, independente de cumprimento provisório da pena. 12 e 13. Volta ao entendimento anterior a 2009 e denega a ordem do habeas corpus.	1. Instâncias e Recursos Ordinários
Voto Min. Edson Fachin	Admite como "presunção de não culpabilidade". Concorda com as conclusões do relator e complementa suas ideias. Não se apega à literalidade da Constituição. Não dá caráter absoluto a essa norma. Não entende que as "terceira e quarta instâncias" sejam para analisar o caso concreto, não sendo revisoras universais (a não ser reflexamente), mas somente pacificadoras do entendimento das normas. Efeito meramente devolutivo do RE e do REsp. Entende que tantos recursos dão a possibilidade da condenação ocorrer só quando o apenado concordar. Literalidade do art. 5º, LVII, CF/88 seria como afirmar a inépcia das instâncias ordinárias, como se a Constituição desconfiasse de suas decisões. Alguns erros de análise não justificam a desconfiança sobre toda magistratura. Entende que há recursos suficientes nesses casos.	1. Instâncias e Recursos Ordinários 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
Voto Min. Roberto Barroso	1 a 3. Delineamento do voto e do caso. 4 e 5. Histórico jurisprudencial do art. 5º, LVII, CF/88. 6 a 8. Tensão entre normatividade e facticidade conformando a plasticidade das normas constitucionais. define mutação constitucional interpretativa, por alteração de valores sociais ou por impacto da realidade na norma.	APONTAMENTOS

	9. Recursos protelatórios ao STF com poucas consequências absolutórias ou favoráveis ao réu. 10. "Elitismo judicial" do alcance recursal. 11. Sensação de impunidade e descrédito sobre a jurisdição penal, afetando as prevenções gerais e especiais. 12 e 13. art. 5º, LVII, CF/88 de acordo com a necessidade de efetividade da lei penal em favor de bens jurídicos também constitucionais, levando à mutação constitucional (6 a 8).	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	14 a 17. Diferença entre culpabilidade (LVII) e prisão, bastando que a determinação de prisão seja escrita e fundamentada (LXI). Admissão de liberdade provisória (LXVI). Prisão justificável nas fases pré-processual e processual, independentemente da conclusão culpa. 18 a 22. Robert Alexy: normas como "tudo ou nada" e princípios como "mandados de otimização" ponderáveis. O art. 5º, LVII, CF/88 é um princípio. O 283, CPP é interpretado pela Constituição, não o contrário. 23 e 24. Presunção de Inocência vs. Efetividade da lei penal. São os princípios a serem ponderados no caso. 25. Progressiva diminuição do peso da presunção de inocência no decorrer das fases processuais.	3. Forma de prisão preventiva
	26. A interposição de RE e REsp tutela apenas a higidez do ordenamento jurídico, com a causa estando decidida, sem geração de efeito suspensivo. 27. Efetividade e credibilidade da justiça, diante do item 9. 28 e 30. Omissão ou ação estatal insuficiente atacam o viés positivo de Alexy: vedação à proteção estatal insuficiente. A interpretação de 2009 gera o problema descrito. Torna-se proporcional cumprir a pena com RE e REsp interpostos.	1. Instâncias e Recursos Ordinários 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	31 a 33. Credibilidade do Poder Judiciáiro e do Sistema Penal - o que entraria na garantia da Ordem Pública, com base na prisão preventiva, art. 312, CPP. Surgida, na apelação, materialidade do delito, autoria e impossibilidade de rediscussão de fatos e provas, retardar o cumprimento da pena seria defrontar a Ordem Pública - ainda mais mediante os índices de absolvição em RE.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal 3. Forma de prisão preventiva

	34 a 39. Recursos interpostos abusivamente, com fim procrastinatório, são vistos como regra na Justiça brasileira, afirmando com base em casos paradigmáticos. O não cumprimento da pena após a apelação, então, seria um motivo de descrédito à jurisdição penal. Separa jurisdição oridinária de extraordinária. Cita órgão de cooperação internacional que condenou "um sistema recursal arcaico e procrastinatório".	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	40 a 43. A decisão judicial deve levar em conta não só uma interpretação evolutiva, como também pragmática, além de dever ser concordante aos valores éticos da sociedade. O pragmatismo é definido pelo contextualismo (realidade concreta como destaque para uma solução adequada) e pelo consequencialismo (levar em conta o resultado prático). Reverter o entendimento de 2009 seria equilibrar a funcionalidade do sistema penal, reduzir sua seletividade e impunidade.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	44 e 45. Equilíbrio e funcionalidade pois reduziria a interposição de recursos procrastinatórios e restabeleceria o prestígio das instâncias ordinárias, além de Tribunais Superiores e STF não serem assegurados pelo devido processo legal, pois são instâncias extraordinárias que não devem ter tempo e recursos desperdiçados.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal contra classe ampliativa 2. Restrições a direitos fundamentais
	46 e 47. Diminuir a seletividade, pois quem tem condição financeira - e pratica crimes de colarinho branco - entra com recurso, enquanto acreditar na eficiência do julgamento em apelação diminuiria as prisões preventivas injustas - o que afeta quem não tem condição e superlota as cadeias.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal contra classe ampliativa 2. Restrições a direitos fundamentais
	48. Paradigma da impunidade diminuído pois aguardar o trânsito em julgado de RE e Resp enfraquece a tutela dos bens jurídicos penalmente relevantes. Privilegiar a interpretação que dê maior efetividade ao sistema penal. 49 e 50. Executar decisão penal condenatória de apelação não viola o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

Voto Min. Rosa Weber	Zela pela segurança jurídica e manutenção do entendimento da Corte - como instituição que não fica ao relento de sua conformação. Isto não impede revisão de jurisprudência, mas ainda não se sente à vontade para isto, ainda que compartilhe das preocupações dos outros 3 Min. Parafraseia trechos de votos do HC 84.078, entendendo em prol da não diminuição de direitos fundamentais, não sendo a alteração de entendimento da Corte que mudará as questões pragamáticas dadas pelos Min anteriores. Diverge do relator.	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
Voto Min. Luiz Fux	A culpabilidade que é levada em conta para presunção da inocência, seja pela sociedade, seja pela ONU, e não o trânsito em julgado - tratando-se de uma "deformação eloquente" promovida pelo constituinte originário. E o STF entende que a coisa julgada pode ser em capítulos: parte da decisão cria coisa julgada, ainda que outra parte esteja em recurso - mesmo sem trânsito em julgado do processo.	1. Instâncias e Recursos Ordinários
	A interpretação constitucional deve ser correspondente ao sentimento constitucional que a sociedade possuir. Nesses casos, é necessário o abandono de precedentes pela incongruência sistêmica ou social. E o sentimento é que a culpabilidade do agente é comprovada na apelação. Acompanha o relator.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
Voto Min. Cármem Lúcia	Era divergência do relator Eros Grau em 2009. Ela entende que a condenação pode ocorrer desde a apelação, somente a culpabilidade que não - até porque esta tem efeitos sobre as demais esferas jurídicas, ao contrário daquela: condenação penal tem efeitos diferentes da culpa penal. Portanto, condenação penal é possível desde a apelação por estar adstrita à sua esfera, enquanto a culpa penal, não. E uma situação não afeta o atendimento do princípio em questão. Cita Súmula 279, que pelo STF não se revê provas, pois o quadro fático já está posto, mesmo que outras questões estejam ao alcance do réu. Não há afronta a tratados. Portanto, acompanha o relator.	1. Instâncias e Recursos Ordinários

Voto Min. Gilmar Mendes	Lembra que votou com a maioria de Eros Grau no último HC, destacando a possibilidade de prisão provisória. Cita as jurisdições da Alemanha e da Espanha. Cita The Economist retratando os abusos nas prisões preventivas e na protetividade da exigência do trânsito em julgado. Então, começa a repensar isso diante da efetividade da justiça. Cita casos emblemáticos de demora na punição ou impunidade. Chegada de excessivos recursos procrastinatórios ao STF.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	Variabilidade do tratamento positivo, ao réu, sobre a invasão ou o resguardo dos poderes investigativo e punitivo estatais. Presunção de não culpabilidade como direito fundamental processual negativo, impedindo o tratamento do réu como se culpado fosse.	APONTAMENTOS
	Mas o que é ser culpado? Preservar o imputado de juízos precipitados. Há dificuldade de compatibilizar respeito ao acusado e progressiva demonstração processual de culpa. Trata-se, então, de um princípio, e não regra rígida, pois ela é vária. Daí, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável, desde que não acabe com o núcleo do princípio.	1. Instâncias e Recursos Ordinários
	As instâncias ordinárias exaurem a análise dos fatos. Os recursos especial e extraordinária não são suspensivos (637, CPP), pois tem fim no interesse coletivo, não só da parte. Faz paralelo com o cumprimento desde logo da sanção dada pela Lei da Ficha Limpa, validada por ADC.	1. Instâncias e Recursos Ordinários
	PSJCR, CEDH, DDHC1789, Canadá, Rússia: presunção de inocência enquanto não for legalmente comprovada culpa. Cessa a presunção quando a culpa é provada de acordo com o direito local. TEDH reforça *common law* pelo *verdict* ser definitivo para definir culpa, antes do *sentencing*, independentemente de recursos possíveis. Cita EUA e sua rigidez de imediata prisão do condenado, mesmo antes de imposição da pena. Em nenhum dos casos, compromete-se o direito ao recurso, respeitando duração razoável do processo. Na Alemanha, sentenças condenatórias são exequíveis só após trânsito em julgado, à exceção de forte suspeita sobre o cometimento de crime grave.	APONTAMENTOS

	Na Itália e nos países lusófonos, presunção de inocência é até o trânsito em julgado.	
	A lei pode dar tratamento diferenciado, pois o princípio não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Acredita que, então, que o princípio não é violado pela prisão após decisão de Apelação. Em casos de eventuais abusos ou erros, os recursos estarão aí.	1. Instâncias e Recursos Ordinários
	Lembra a proposta de lei de Peluso, dita no começo do voto, do trânsito em julgado ser na apelação e, ainda assim, não haver impedimento de acesso à jurisdição extraordinária, como ocorre em vários locais da Europa. O problema dessa ideia se deu na área civil.	APONTAMENTOS
	Barroso cita, em diálogo, grupos de extermínio, no Brasil todo, utilizados inclusive para quando a Justiça não dá a devida resposta aos crimes de júri. Em prol da ordem pública e graças à ineficiente complexidade do sistema jurídico penal, muda o entendimento.	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal 3. Forma de prisão preventiva
Voto Min. Marco Aurélio	Vê ameaçado o teor garantista e cidadão da Constituição ao traçarem um novo entendimento sobre o tema, pois seria o cumprimento precoce da pena antes de culpa provada.	2. Restrições a direitos fundamentais
	Reconhece: o crescimento da delinquência, a morosidade estatal e da Justiça, a preciosidade do tempo na seara penal. Mesmo sendo momento de crise, deve-se preservar princípios e valores pela estabilidade da sociedade. Entende que o preceito constitucional positivado no art. 5º, LVII, CF/88, não permite interpretações, pois vê o texto como claro e preciso sobre o que deseja - sob pena de reescrever a norma e o preceito. Necessita, a Corte, de autocontenção.	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	Ameaça a liberdade, a qual, quando perdida, não é possível de ser recuperada, mesmo que por tempo curto ou determinado. Entende que se trata da Emenda, pelo STF, de algo que nem pode ser emendado, conf. art. 60, CF. Levará a um acréscimo enorme de HC, ainda que ela já tenha sido ameaçada noutro entendimento. Mantém o entendimento da Corte e dá a ordem do HC.	2. Restrições a direitos fundamentais

Voto Min. Celso de Mello	Presunção de inocência como forma de mitigar a opressão estatal e o abuso de poder. Cita a história e a resistência do princípio diante de regimes não-democráticos: DUDPH, art. 11, pela presunção da inocência até definitiva condenação judicial, ratificada pro tratados regionais e setoriais.	2. Restrições a direitos fundamentais
	A repulsa à presunção de inocência é incompatível com o regime democrático, impondo restrições incompatíveis com a Constituição brasileira. Cita doutrinas internacionais clássicas, comparando as iluministas às totalitárias. Afirma que a CF/88 é a oposição ao Estado absoluto e à força opressiva do poder, visando banir ensaios autoritários, com o indivíduo jamais ser tratado como se culpado fosse.	2. Restrições a direitos fundamentais
	O correto é princípio da presunção de inocência, e não da não culpabilidade, pela própria CADH, e que só há culpa com trânsito em julgado. Há duas regras: de tratamento (proibe-se o tratamento do réu, durante o processo todo, como se culpado fosse) e probatória. Então, a hermenêutica do art. 5º, LVII, CF/88, exige que se dê de maneira emancipatória: a ideologia da lei e da ordem não pode ser posta à frente, independentemente da gravidade do crime. O princípio serve para impedir que o Poder Público aja e se comporte, diante de suspeito, indiciado, denúnciado ou réu, como se já fossem culpados e condenados.	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	As prisões cautelares não servem para antecipar a pena, e o juiz aplicá-las com este fim é uma ofensa às garantias constitucionais e legais de processo penal - como presunção de inocência e devido processo legal, com a gravidade abstrata do crime não sendo justificativa dessas privações. Também, não servem para coagir comportamentos tidos com base no direito de não auto-incriminação.	3. Possibilidade de prisão cautelar 2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal

	A Constituição possui cláusulas que não são passíveis de interpretação, como o art. 5º, LVII, CF/88, que define claramente a presunção de inocência até o trânsito em julgado - o que não se verifica em países utilizados como base comparativa por outros ministros. Portanto, a proteção aqui é mais intensa, e ela não pode ser abalada pela hermenêutica. Manter o entendimento passado não é só uma ênfase, como uma confirmação do que está escrito. Entender o contrário é ir contra o regime democrático e constitucional nacionais. Impele-se entendimentos autoritários da presunção de inocência, ou sua diminuição e ridicularização.	2. Restrições a direitos fundamentais
	Existem cautelares mais que suficientes para proteger a sociedade de ameaças de indiciados ou réus perigosos, não precisando abalar o art. 5º, LVII, CF/88. Não compete ao réu demonstrar sua inocência, mas à acusação - exclusivamente. Meras conjecturas não podem suportar acusações, muito menos condenações - ainda mais antes do trânsito em julgado. Não podem repercutir situações jurídico-processuais ao réu se não forem irrecorríveis. Portanto, a presunção de inocência não vai se esvaziando no decorrer do processo.	3. Possibilidade de prisão cautelar 2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 1. Instâncias e Recursos Ordinários e 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	Lewandowski, ADPF 144/DF: 25,2% provimento total de RE criminal, 3,3% provimento parcial de RE criminal. Partes da persecução e do processo penais sempre estarão sujeitas ao pronunciamento absolutório, por isso o art. 5º, LVII, CF/88, não pode ser diminuído.	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal
	A LEP define que a execução de sentença condenatória só é legítima quando há trânsito em julgado (arts. 105, 147). Vota pela manutenção do entendimento anterior, compreendendo que a mudança proposta pela Corte trata-se de uma decisão conservadora e regressista. A Constituição não pode se subordinar à potestade estatal.	2. Restrições a direitos fundamentais
Voto Min. Pres. Ricardo Lewandowski	Não consegue ultrapassar a taxatividade do art. 5º, LVII, CF/88, que é visto como não interpretável. Nem mesmo questões de ordem objetiva podem suplantar tal princípio - como a efetividade da Justiça e seu respeito. Contradição do novo entendimento diante da declaração da falência do sistema penitenciário	2. Restrições a direitos fundamentais contra classe restritiva 2. Efetividade e

	brasileiro pelo STF, que vive num estado de coisas inconstitucional.	Respeito à Jurisdição Penal
	A propriedade é mais importante que a liberdade em nossa história. Os crimes contra a propriedade tem uma maior rigidez na punição do que os crimes contra a pessoa - seja lesão corporal, seja honra. Sobre a perda de bens, o legislador toma todo cuidado no NCPC - o que é contraditório, pois o novo entendimento é mais grave, por se tratar de liberdade, então deveria ser tratado com mais cuidado ainda: o tempo perdido preso não é devolvível.	1. Extensão de garantias à privação de liberdade
	40% da população de presos é provisória. O Brasil tem a 4ª maior população carcerária do mundo. Com uma decisão como essa, tende a piorar. Fux diz que as turmas tentam impor mais medidas restritivas de direitos no lugar de prisões e vê que haveria um reequilibrio dessas retiradas diante das novas colocadas por condenação após apelação. Ricardo diz: é trocar seis por meia dúzia, e não diminuir a população carcerária. Segue a minoria e concede a ordem.	APONTAMENTOS
Extrato de Ata	7 a 4. Denegação do HC.	APONTAMENTOS

Tabela 4 – Argumentação nas "Decisões da Presidência"

CASO	**DECISÃO MIN. PRES. RICARDO LEWANDOWSKI**	
	ARGUMENTAÇÃO MC PRES.	DIANTE HC 126.292
HC 135.510	Decisões e doutrina na linha dos argumentos 3. Possibilidade de prisão cautelar e 2. Restrições a direitos fundamentais Afirma que HC é de efeitos inter partes e entender o contrário afetaria o princípio da individualização da pena. Afirma a necessidade de fundamentação escrita de decisão judicial, com ela devendo se ligar às situações do caso em específico, vedado o uso de argumentos generalistas.	Resistência
HC 135.694		
HC 135.695		
HC 135.711		
HC 135.738		
HC 135.752		
HC 135.752 EXTN		
HC 135.926		

	Citou sua posição no HC 126.292 e a do Min. Celso de Mello no HC 135.100.	

Tabela 5 – Argumentação nas reformas das "Decisões da Presidência"

CASO	REFORMA DE DECISÃO			
	HOUVE?	MIN. REL.	DIANTE HC 126.292	ARGUMENTAÇÃO REFORMADORA
HC 135.510	SIM	Teori Zavascki	Deferência	Reafirmação do entendimento dado no HC 126.292
HC 135.694	NÃO	Roberto Barroso	ND	ND
HC 135.695	SIM	Cármen Lúcia	ND	O Rel. original era Luiz Fux, que declarou sua suspeição. HC prejudicado devido à ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal.
HC 135.711	NÃO	Celso de Mello	ND	ND
HC 135.738	NÃO	Marco Aurélio	ND	ND
HC 135.752	SIM	Edson Fachin	Deferência	Impossibilidade de HC de ofício no caso. 1. Instâncias e Recursos Ordinários, conf. entendido no HC 126.292 - o qual não é erga omnes, mas não se impede a estabilização da Corte com base em julgados de resultados inter partes. Não vê antinomia entre o 283, CPP e a excepcionalidade dos efeitos suspensivos dos recursos excepcionais.
HC 135.752 EXTN	NÃO	Edson Fachin	ND	ND
HC 135.926	NÃO	Dias Toffoli	ND	ND

Tabela 6 – Metodologia para filtragem de Acórdãos e Decisões Monocráticas

CASO	MIN. REL.	JULGAMENTO	NO HC 126.292	COMPARAÇÃO
RHC 133.150 AgR	Teori Zavascki	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 134.856	Roberto Barroso	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 135.283	Roberto Barroso	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 135.516	Roberto Barroso	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 135.567	Roberto Barroso	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 135.653	Roberto Barroso	Restritivo	Restritivo	Coerente

HC 135.691	Roberto Barroso	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 135.904	Roberto Barroso	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 136.007	Roberto Barroso	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 136.096	Roberto Barroso	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 136.515	Roberto Barroso	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 133.893	Cármen Lúcia	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 133.387 MC	Edson Fachin	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 134.545	Luiz Fux	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 134.902	Luiz Fux	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 136.268	Luiz Fux	Restritivo	Restritivo	Coerente
RHC 123.416	Luiz Fux	Restritivo	Restritivo	Coerente
HC 135.455	Rosa Weber	Restritivo	Ampliativo	Incoerente
HC 135.426 MC	Dias Toffoli	Restritivo	Restritivo	Coerente
ARE 980.175 ED	Teori Zavascki	Restritivo	Restritivo	Coerente
RE 768.289 AgR ED EDv	Teori Zavascki	Restritivo	Restritivo	Coerente
RHC 133.150	Teori Zavascki	Restritivo	Restritivo	Coerente

Tabela 7 – Placares de Argumentos nos HC

LINHA VENCEDORA HC 68.726 (1991)		
CLASSE ARGUMENTATIVA	**VEZES**	**MINISTROS QUE USARAM**
1. Instâncias e Recursos Ordinários	8	Min. Rel. Néri da Silveira, Min. Moreira Alves, Min. Octavio Gallotti, Min. Célio Borja, Min. Paulo Brossard, Min. Sepúlveda Pertence, Min. Carlos Velloso, Min. Ilmar Galvão
3. Forma de prisão preventiva	8	Min. Rel. Néri da Silveira, Min. Moreira Alves, Min. Octavio Gallotti, Min. Célio Borja, Min. Paulo Brossard, Min. Sepúlveda Pertence, Min. Carlos Velloso, Min. Ilmar Galvão
LINHA VENCIDA HC 68.726 (1991)		
CLASSE ARGUMENTATIVA	**VEZES**	**MINISTROS QUE USARAM**
JULGAMENTO UNÂNIME NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTES: Min. Sydney Sanches, Min. Marco Aurélio e Min. Celso de Mello)		

LINHA VENCEDORA HC 84.078 (2009)		
CLASSE ARGUMENTATIVA	**VEZES**	**MINISTROS QUE USARAM**
1. Extensão de garantias à privação de liberdade	2	Min. Rel. Eros Grau, Min. Marco Aurélio
2. Restrições a direitos fundamentais	6	Min. Rel. Eros Grau, Min. Celso de Mello, Min. Ayres Britto, Min. Cezar Peluso, Min. Marco Aurélio, Min. Gilmar Mendes
3. Possibilidade de prisão cautelar	5	Min. Rel. Eros Grau, Min. Celso de Mello, Min. Ayres Britto, Min. Marco Aurélio, Min. Gilmar Mendes
LINHA VENCIDA HC 84.078 (2009)		
CLASSE ARGUMENTATIVA	**VEZES**	**MINISTROS QUE USARAM**
1. Instâncias e Recursos Ordinários	3	Min. Menezes Direito, Min. Joaquim Barbosa, Min. Ellen Gracie
2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal	3	Min. Menezes Direito, Min. Joaquim Barbosa, Min. Ellen Gracie
3. Forma de prisão preventiva	3	Min. Menezes Direito, Min. Joaquim Barbosa, Min. Ellen Gracie

LINHA VENCEDORA HC 126.292 (2016)		
CLASSE ARGUMENTATIVA	**VEZES**	**MINISTROS QUE USARAM**
1. Instâncias e Recursos Ordinários	6	Min. Rel. Teori Zavascki, Min. Edson Fachin, Min. Roberto Barroso, Min. Luiz Fux, Min. Cármem Lúcia, Min. Gilmar Mendes
2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal	5	Min. Rel. Teori Zavascki, Min. Edson Fachin, Min. Roberto Barroso, Min. Luiz Fux, Min. Gilmar Mendes
3. Forma de prisão preventiva	2	Min. Roberto Barroso, Min. Gilmar Mendes
LINHA VENCIDA HC 126.292 (2016)		
CLASSE ARGUMENTATIVA	**VEZES**	**MINISTROS QUE USARAM**
2. Restrições a direitos fundamentais	4	Min. Rosa Weber, Min. Marco Aurélio, Min. Celso de Mello, Min. Ricardo Lewandowski
3. Possibilidade de prisão cautelar	1	Min. Celso de Mello
1. Extensão de garantias à privação de liberdade	1	Min. Ricardo Lewandowski

Tabela 8 – Placares de Contra-Argumentações nos HC

ACÓRDÃOS	NOÇÃO BENEFICIADA	CLASSE ARGUMENTATIVA		VEZES	MINISTROS QUE USARAM
		FORTALECIDA	ENFRAQUECIDA		
HC 68.726/DF (1991)	NÃO HOUVE CONFRONTO DE ARGUMENTOS. JULGAMENTO UNÂNIME.				
HC 84.078/MG (2009)	***AMPLIATIVA***	2. Restrições a direitos fundamentais	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal	5	Min. Rel. Eros Grau, Min. Cezar Peluso, Min. Celso de Mello, Min. Ayres Britto, Min. Marco Aurélio
		2. Restrições a direitos fundamentais	1. Instâncias e Recursos Ordinários	4	Min. Celso de Mello, Min. Ayres Britto, Min. Cezar Peluso, Min. Pres. Gilmar Mendes
		3. Possibilidade de prisão cautelar	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal	3	Min. Celso de Mello, Min. Ayres Britto, Min. Pres. Gilmar Mendes
		3. Possibilidade de prisão cautelar	3. Forma de prisão preventiva	1	Min. Celso de Mello
		3. Possibilidade de prisão cautelar	1. Instâncias e Recursos Ordinários	2	Min. Ayres Britto, Min. Pres. Gilmar Mendes
	RESTRITIVA	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal	2. Restrições a direitos fundamentais	2	Min. Menezes Direito, Min. Joaquim Barbosa
		3. Forma de prisão preventiva	2. Restrições a direitos fundamentais	1	Min. Joaquim Barbosa
		1. Instâncias e Recursos Ordinários	2. Restrições a direitos fundamentais	1	Min. Joaquim Barbosa
HC 126.292/SP (2016)	***AMPLIATIVA***	2. Restrições a direitos fundamentais	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal	4	Min. Rosa Weber, Min. Marco Aurélio, Min. Celso de Mello, Min. Pres. Ricardo Lewandowski

		3. Possibilidade de prisão cautelar	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal	1	Min. Celso de Mello
		2. Restrições a direitos fundamentais	1. Instâncias e Recursos Ordinários	1	Min. Celso de Mello
		3. Possibilidade de prisão cautelar	1. Instâncias e Recursos Ordinários	1	Min. Celso de Mello
	RESTRITIVA	2. Efetividade e Respeito à Jurisdição Penal	2. Restrições a direitos fundamentais	1	Min. Roberto Barroso

Tabela 9 – Fichas-resumos das petições iniciais das ADC

ADC 43 - Partido Ecológico Nacional	
Parte da Petição	Resumo
Introdução	Pede declaração de constitucionalidade do 283, CPP, para a pena ser cumprida somente com o trânsito em julgado; pede, sua constitucionalidade enquanto perdurar o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário; enquanto este estado perdurar, não executar a pena antecipadamente; efeitos *ex nunc* caso proferida inconstitucionalidade; se repristinar, dar interpretação conforme do 637 CPP para conferir efeitos suspensivos ao REsp
Parte I - Aspectos processuais	1 a 5. Alegação de legitimidade do proponente e das razões de uso da ADC.
	6 a 11. Existência de controvérsia relevante graças ao HC 126.292, de resultado tido como incompatível com o texto do 283, CPP. Traça histórico sobre o entendimento do art. 5º, LVII, CF/88: do entendimento de 1969 mantido; da mudança em 2009 a favor do posto pela LEP; da emenda do 283, CPP; mudança do entendimento em 2016.
	12 a 14. Ausência do exame de constitucionalidade do 283, CPP no HC 126.292, artigo que estabeleceu a necessidade de trânsito em julgado para cumprimento da pena. Tem-se que a mudança do entendimento do STF passaria pela declaração de inconstitucionalidade do 283, CPP. Pede-se pela declaração de sua constitucionalidade.

	15 a 20. O HC não é apto a produzir efeitos vinculantes, nem estabelecer nova regra geral, mas impacta todo sistema. Não houve debate antes da mudança ocorrer e ela foi uma surpresa. Cita entendimentos contrários de outras instituições ao posto pelo STF: execução antecipada da pena viola direitos humanos e constitucionais (CFOAB); afeta o art. 5º, LVII, CF/88 que é símbolo do processo penal democrático e reproduzido em tratados, com o STF trazendo retrocesso inaceitável quando não poderia, sendo vedado retrocesso - ainda mais em cláusula pétrea (IAB); repúdio, emitido pela Pastoral Carcerária Nacional, à facilitação do apenamento que afeta as camadas desprovidas da sociedade, com a decisao do STF afrontando o art. 5º, LVII, CF/88i, estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário é violação de direitos humanos, não problema de políticas públicas, cita fala do Papa contra prisão de pessoas, aponta necessidade de enfrentar o punitivismo vigente (CNBB). Afirma a necessidade de se abrir a Constituição a uma interpretação coletiva.
	21 a 26. Sendo o 637, CPP, preceito mais antigo e mais genérico, não pode prevalecer diante da atual redação do 283, CPP. Antinomia temporal. Caso for improcedente a ADC, pede-se interpretação conforme do 637, CPP, para negar efeito suspensivo só ao RE, não ao REsp. Ingressa como ADC, mas pede subsidiário como ADPF. 27 a 30. Aponta possibilidade de cumular ADC e ADPF. Opta-se por ADC pois o pedido principal é a constitucionalidade do 283, CPP. Colisão do 637, CPP resolve-se pelos critérios cronológico e de especialidade, mas caso não houver interpretação conforme, que se receba como ADPF. 31. Há conteúdo material de preceitos fundamentais a ser analisado.
Parte II - Mérito e Fundamentos	32 a 36. Constituição aberta devido à sua origem pluralista e o contexto, permeável a novos conteúdos, direitos e valores. Discussão de sua materialidade ocorre pelo Legislativo, gerando leis que devem ser coerentes com a Constituição e os limites formais e materiais determinados por ela, mas com uma esfera de liberdade da ação legislativa, até mesmo pela complexidade da realidade. Os princípios são mais abstratos, enquanto as regras são mais concretas. A Constituição tem variedade entre princípio e regra, pois ela pode tornar mais concreto aquilo que é tido como importante e carente de determinação, sendo o resto deixado a cargo do legislador.
	37 a 41. O legislador deve atuar observando os limites materiais da Constituição; ao Judiciário cabe observar se a lei obedece a esses limites, não podendo substituir a decisão legislativa por outra que lhe pareça mais oportuna, conveniente ou adequada. Mostra a existência de presunção de constitucionalidade das leis que dá a liberdade de conformação do legislador.

	42 a 47. 283, CPP determina necessidade de transito em julgado para executar pena, em conformidade ao art. 5º, LVII, CF/88 e ao entendimento do STF no HC 84.078, anterior à nova escrita do 283, mas coerente e correta com a Constituição. Existem outras interpretações possíveis ao art. 5º, LVII, CF/88, mas o 283, CPP tem parâmetro que conforma o art. 5º, LVII, CF/88, sendo interpretação possível, válida e razoável da CF/88. O legislador decidiu de acordo com os limites materiais da Constituição, e isto deve ser respeitado. Demanda-se deferencia do Judiciário a essa escolha. Também é a interpretação melhor para o *in dubio pro reo*, com o 283, CPP promovendo a liberdade. A exigência ou não do trânsito em julgado para executar pena é decisão que cabe ao legislador.
	48 a 52. A execução antecipada da pena permitida pelo STF vai contra decisão legislativa expressa e cria nova modalidade de prisão ausente na lei - e prisão possui reserva legal absoluta. O STF criar modalidade de prisão, como a execução antecipada, é ofensa grave ao princípio da legalidade e, também, ao PSJCR, recepcionado pelo país. O princípio hermenêutico mais básico será a prevalência dos direitos humanos sempre. Cita pronunciamentos da CIADH.
	53 e 54. Há restrição, pelas cláusulas de reserva de poder, à ação aditiva do STF por meio de decisões, em prol da separação de poderes. O Judiciário e o Executivo têm reserva de norma quando for ausente reserva de lei, em sentido estrito, ao Legislativo. Em questões penais, não há reserva de norma ao Judiciário, mas reserva de lei em sentido estrito ao Legislativo. É vedada aplicação expansiva ou analógica que prejudiquem o réu.
	55 a 62. Declaração em MC-ADPF 347 de estado de coisas inconstitucional (violação generalizada de direitos fundamentais, inércia ou incapacidade das autoridades mudarem a situação, necessidade de atuação de várias autoridades para superar transgressões). Há inércia do poder público agravada pela cultura do encarceramento, sendo necessária atuação conjunta de todos os poderes. Mostra os problemas constitucionais do sistema carcerário nacional, traz números e cita as determinações do STF para atenuar o estado de coisas inconstitucional. Número de presos provisórios é quase igual ao déficit de vagas nas prisões. Com a nova decisão do STF, há incremento neste número.
	63 a 65. Afirmar o 283, CPP como constitucional é necessário diante do estado de coisas inconstitucional. Não é coerente o HC 126.292 com a declaração dada no MC-ADPF 347. 41% dos presos são provisórios (sem condenação transitada em julgado). A execução antecipada da pena contribui com a piora da superlotação, ainda mais quando há grandes possibilidades de provimento recursal em favor do réu.

	66 a 69. Caso não se declarar constitucional o 283, CPP, pede-se que seja declarado ainda constitucional enquanto viger o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional - a tese do "ainda constitucional" já aconteceu outras vezes e foi exposta. 70 a 74. Caso entender em favor da execução antecipada da pena, determinar aplicação analógica do 319, CPP (medidas alternativas à prisão) para evitar encarceramentos provisórios. Foram criadas ferramentas para que a prisão seja a última medida, elas devem ser aplicadas em prol da preservação da liberdade e da dignidade - ainda mais quando a execução antecipada é tida como prisão provisória.
	75 a 78. A alteração jurisprudencial não deve atingir casos anteriores à eventual afirmação da possibilidade de execução antecipada da pena, pois se proibe a analogia e a retroatividade em prejuízo do réu - e esta tem sido a linha decisória do STF em prol da segurança jurídica: efeitos prospectivos da mudança jurisprudencial. Sendo na área penal, isto também deve ser aplicado devido à gravidade de suas sanções. 79 a 88. Preservação da segurança jurídica e aplicação do princípio da irretroatividade de situação pior no processo penal já ocorre de forma frequente pelo STF, e se pede reforço disto, devido à ligação com a área penal que tem como bases esse princípio. A retroação só pode ocorrer em favor do réu - é derivação do princípio da legalidade. A irretroatividade de questão processual penal também encontra guarida a nível internacional.
	89 a 91. A decisão do STF equiparou RE e Resp. Para isso, o STF usou como parâmetro a exaustão da análise fática pelas instâncias ordinárias. Porém, essa equiparação não é válida diante da ordem jurídica vigente: STJ trata muito de leis penais por elas serem federais, o juízo de culpabilidade depende de juízo jurídico confirmado e o STJ continua sendo um tribunal superior de recursos
	92 a 97. O art. 5º, LVII, CF/88 leva em conta juízo normativo, não juízo de natureza empírica ou fática - e o entendimento do STF sobre cumprir pena a partir do segundo grau leva em conta este juízo, incompatível com Estados democráticos e a CF/88, pois a culpabilidade se retira de juízo normativo, permitindo pessoalidade e individualidade da pena, exclusão de responsabilidade por resultado, valoração de graus distintos de responsabilidade e proporcionalidade da pena aplicada - portanto, é o limite e a medida da pena diante da lei. As instâncias ordinárias não são suficientes para determinar sobre o caso justamente por dependerem de categorias jurídico-penais existentes no país. O STJ leva em conta as questões normativas no caso para analisar seus REsp penais.
	98 e 99. Em matéria penal, é preciso aguardar análise do STJ pois ele dá parâmetros de aplicação geral das leis federais, ligados à culpabilidade na área penal. Tribunais Superiores estrangeiros fazem esse tipo de análise anterior antes de mandar o réu à execução da pena, enquanto é normal o recurso a Tribunais Constitucionais ocorrer com a pena sendo executada.

	100 a 104. A isonomia depende da análise do STJ, inclusive para colaborar com o funcionamento do sistema prisional brasileiro e corrigir seus erros - destaque-se ausência de fundamentação e bis in idem. Há grandes níveis de concessão de HC e RHC pelo STJ, destaca-se diante do TJSP. Também, altas taxas de concessão de REsp, levando à absolvição ou alteração da pena a ser aplicada, além da conversão a penas restritivas de direitos. As mesmas taxas de sucesso não ocorrem no STF. Afirmar que existem recursos protelatórios acima do segundo grau, então, é precipitado diante dos dados do STJ - executar a pena após segundo grau, sem análise do STJ, causará enormes injustiças.
	105 a 109. A Repercussão Geral (RG) tem trazido importante filtro de causas ao STF, que são de efeito vinculante e contra todos, de caráter objetivo e coletivo, em prol de uma racionalização do acesso e do trabalho do STF. O STJ continua tendo função de Tribunal de Cassação, um Superior de Recursos. Pede-se interpretação conforme a Constituição para não dar efeitos suspensivos aos RE, mas dá-los ao REsp.
Parte III - Cautelar, Fundamentos e Pedidos	110 a 113. Periculum in mora graças à prisão de pessoas por magistrados no Brasil todo. Fumus boni iuris graças a todos argumentos apresentados. Presume-se constitucionalidade do 283, CPP devido ao seu encaixe com o art. 5º, LVII, CF/88, CF/88, a qual não foi analisada pelo HC 126.292. Requer-se por MC a suspensão de execuções antecipadas e o impedimento da determinação de novas, a interpretação conforme do 283 para aplicar medidas alternativas à prisão conf. 319, CPP, e a interpretação conforme do 637, CPP, permitindo suspensividade aos REsp e não aos RE.
	114. Conhecimento de ADC ou ADPF. Concessão de Cautelar contra execuções antecipadas de penas; ou interpretações conforme do 283, CPP ao art. 5º, LVII, CF/88 em prol do 319, CPP; ou interpretaçao conforme do 637, CPP em prol de efeitos suspensivos aos Resp. Procedência quanto ao mérito, determinando execução da pena após trânsito em julgado; ou que o 283 ainda é constitucional enquanto perdurar estado de coisas inconstitucional, ou até o julgamento da ADPF 347; ou que enquanto perdurar esses estado, aplicar as medidas alternativas à prisão após o segundo grau; efeitos ex nunc em caso de inconstitucionalidade do 283, CPP; 637, CPP interpretado conforme CF/88 para que Resp tenham efeitos suspensivos até análise do STJ.

ADC 44 - Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	
Parte da Petição	Resumo
Introdução e Parte I	283, CPP tido como dispositivo relativo ao alcance e âmbito de incidência da presunção de inocência e da ampla defesa. Entende-se por estreita ligação do 283 ao escrito no art. 5º, LVII, CF/88.

Parte II	Entendimento de possibilidade de execução antecipada da pena no HC 126.292. Apesar disso, não houve analise do 283, CPP. Sem análise do 283, todo Judiciário está violando a cláusula de reserva do plenário para declaração de inconstitucionalidade. A relevância da questão está na desaplicação do 283 com a justificativa do HC 126.292, havendo flexibilização da presunção de inocência e restrição da liberdade de ir e vir. Reflexos nas áreas cível e trabalhista. Entende que há grande controvérsia judicial.
Parte III	*Overruling* pelo HC 126.292 sobre o HC 84.078. Comparar o art. 5º, LVII, CF/88 com demais regras ao redor do mundo é equivocado graças à diferente taxatividade dada pela CF/88. O silenciamento do HC 126.292 sobre o 283, CPP, indica que este deve continuar sendo aplicado. Como o Plenário não se manifestou sobre ele, não é possível dispensar sua aplicação.
	Celso de Mello afirmou a inexistência de efeito vinculante do HC 126.292, então, para aplicar o novo entendimento, precisa da inconstitucionalidade do 283, CPP, pois repetiu o dispositivo constitucional - na exposição de motivos da reforma do art., declara-se a impossibilidade de prisão que não seja cautelar. O STF pode declarar inconstitucional um texto legal que reproduz texto constitucional? Deve-se aguardar decisão de efeito erga omnes para aplicar o entendimento - enquanto isso, pode-se entender de forma diversa.
	Cita LEP, art. 105 e 147, afirmando o trânsito em julgado para executar a pena - os quais também devem ser declarados inconstitucionais. Fecha afirmando que a decisão do STF passou por juízos morais e políticos distantes do disposto pela Constituição, o que tiraria respeitabilidade e até existência do direito brasileiro.
Parte IV	6 casos que o juiz está autorizado a deixar de aplicar a lei: inconstitucionalidade normativa; resolução de antinomias; interpretação conforme à Constituição; nulidade parcial sem redução do texto; declaração de inconstitucionalidade com redução do texto; exigência de não aplicação devido a um princípio (usa os casos de bagatela para exemplificar a não aplicação devido a princípio, e que abrir essa exceção a outros casos seria arbitrário e inconstitucional).
	Não se nega aplicação a preceito normativo sem declarar sua inconstitucionalidade (cita trecho de Zavascki no STJ) - que é o primeiro caso de autorização de não aplicar a lei. Observa que Zavascki foi relator do HC 126.292 no STF. Reafirma que lei deixa de ser aplicada de forma deliberada pelos demais magistrados do país todo.
Parte V	Não ocorre, no Brasil, aplicação da ideia de normas constitucionais inconstitucionais, rechaçada categoricamente pelo STF. Ocorre no 283, CPP, que é norma infraconstitucional, uma constitucionalidade espelhada (ou seja, reproduz texto do art. 5º, LVII, CF/88 e LXI, CF/88 - sendo impossível interpretar estas regras por serem claras) que impede a possibilidade de execução antecipada da pena.

Parte VI	Evitar superinterpretações (ultrapassagem dos limites semânticos do texto). Não se pode usar princípios para sobrepor a vontade geral escrita na lei. A interpretação conforme, p.ex., não pode ocorrer para se entender um novo texto, ou seja, não pode ser contrária à lei. Texto e norma são diferentes, mas a norma não pode vir divergir do texto que a embasou. Isto para que o intérprete não se torne legislador. Entende-se que o STF ressignificou o trânsito em julgado: mutação constitucional não pode ocorrer gerando novo texto.
	No HC 126.292, houve reescrita do texto constitucional em prol de efetividade processual como política judiciária. A reescrita da Constituiçao sobre o que seria trânsito em julgado aniquilou garantia fundamental. Ameaça-se a segurança jurídica e a integridade do direito com esse tipo de decisão. Entende-se que há questões que não podem ser interpretadas, mas somente aplicadas.
Parte VII - MC	Verifica-se nulidade de todas as decisões baseadas no HC 126.292 graças à cláusula de reserva do plenário, a qual deveria decidir pela não aplicação do 283, CPP.
	(a) Sendo o 283, CPP possuidor de constitucionalidade espelhada; (b) havendo nulidade absoluta graças ao desrepeito à cláusula de reserva do plenário; (c) e insegurança jurídica por decisões dessa forma, pede-se: medida cautelar para suspender todas as execuções antecipadas da pena que ocorreram com os 3 defeitos apontados.
Parte VIII - Pedidos	Conhecimento da ADC; Concessão de MC; formalidades; procedência.

Tabela 10 – Ficha-resumo do HC 135.100 MC

Resumo	Classes Argumentativas
STJ leva em conta o HC 126.292 para permitir a execução antecipada da pena. A parte impetrou HC contra essa decisão do STJ. Celso conhece do HC. Houve reforma de sentença para pior, o que é vedado (617, CPP). Detecta inversão do princípio da presunção de inocência, declarada pelo desembargador, trazendo presunção de culpabilidade e ofendendo o art. 5º, LVII, CF/88, anulando esta garantia após a primeira instância.	APONTAMENTOS
Afirma que o art. 5º, LVII, CF/88 erigiu o trânsito em julgado como ponto para descaracterizar o estado de inocência. Esta noção se apoia no próprio Estado Democrático de Direito, pela qual nenhuma acusação se presume provada, e que cabe ao acusador provar a culpa do réu - o contrário do que ocorre nos regimes autoritários. Essa garantia independe da gravidade ou da hediondez do crime, e sua hermenêutica deve ser emancipatória. Por isso, ninguém pode ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado.	2. Restrições a direitos fundamentais

A LEP (arts. 105 e 147) determina a necessidade do trânsito em julgado, se não bastasse o art. 5º, LVII, CF/88. A execução antecipada da pena não é possível, seja ela multa, restritiva de direitos ou prisão.	2. Restrições a direitos fundamentais
O HC 126.292 não pode ser invocado por ser processo de cunho subjetivo, sem eficácia vinculante, conf. 102, p. 2º e 103-A, CF/88. Não é de observância compulsória. Tem como inquestionável a pretensão tida na cautelar.	APONTAMENTOS
Defere o pedido liminar para liberar o réu da prisão até seu julgamento definitivo, sem prejuízo de medidas cautelares diversas já determinadas.	APONTAMENTOS