

A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO BRASIL À LUZ DO MÉTODO SUBJETIVISTA E DO DIREITO COMPARADO

PRISON SENTENCE AT THE APPELLATE COURT LEVEL IN BRAZIL IN LIGHT OF THE SUBJECTIVE METHOD AND COMPARATIVE LAW

Henrique Breda¹

Resumo: O presente artigo visa constatar se a execução provisória de uma pena deve ou não ser permitida no Brasil antes do trânsito em julgado da ação penal, tendo em vista a alegada existência de uma implícita vedação a essa medida na Constituição Federal de 1988. Sua metodologia consiste em cotejar a redação constitucional com as possíveis interpretações que surgem a partir dela, à luz dos ensinamentos da doutrina e do direito comparado. Ao final, conclui-se que a execução provisória de penas não foi proibida pela Constituição brasileira, dentre outras razões, porque não foi essa a intenção do legislador constituinte originário.

Palavras-chave: prisão; pena; segunda instância; presunção de inocência; método subjetivista.

Abstract: This article aims to verify if the provisional execution of a sentence should or should not be allowed in Brazil before the final judgment of the criminal action, considering the alleged existence of an implicit prohibition to this measure in the Federal Constitution of 1988. Its methodology consists of compare the constitutional wording with the possible interpretations that arise from it, in the light of the teachings of doctrine and comparative law. In the end, we conclude that the provisional execution of sentences was not prohibited by the Brazilian Constitution, among other reasons, because this was not the intention of the original constituent legislator.

Keywords: prison; sentence; Appellate Court; presumption of innocence; subjective method.

1 INTRODUÇÃO

Uma das questões que atualmente geram mais polêmica no ambiente jurídico brasileiro diz respeito à possibilidade de prisão logo após a condenação em segunda instância, nos processos criminais.

Trata-se da circunstância de o réu em processo penal, uma vez condenado em segundo grau de jurisdição, por um Tribunal no âmbito do qual já se encontrem exauridas todas as possibilidades de recurso do acusado, iniciar desde logo o cumprimento da pena

¹ Mestre em Direito - Universidade Federal da Bahia - UFBA. Analista Técnico da Defensoria Pública do Estado da Bahia.

que lhe foi imposta, mesmo que ainda tenha recursos pendentes de interposição ou julgamento nos Tribunais superiores.

A matéria gera controvérsias porque a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII (BRASIL, 1988), traz uma presunção de não-culpabilidade do réu, que perdura até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, muitos argumentam que, se o estado de inocência do réu permanece até o trânsito em julgado da condenação, o cumprimento da pena necessariamente só poderia ter início após o referido marco processual.

Do outro lado, aponta-se que a Constituição não veda explicitamente a prisão em segunda instância e que o sistema judicial brasileiro, especialmente na seara penal, é demasiado moroso. O condicionamento da execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, assim, acabaria por servir como um mecanismo de impunidade, frustrando a efetivação do *jus puniendi* do Estado e minando a confiança da população nas instituições e no sistema jurídico.

Isto posto, o presente artigo busca emitir um juízo ponderado acerca da constitucionalidade ou não da prisão em segunda instância à luz do ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o texto da Constituição e os entendimentos da doutrina, jurisprudência e do direito comparado sobre a matéria.

2 HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A Constituição Federal vigente no Brasil, como se sabe, foi promulgada em 1988. De lá para cá, o STF por várias vezes já alterou seu entendimento sobre a prisão em segunda instância:

Até fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendia pela constitucionalidade da execução provisória da pena. Caso o indivíduo fosse condenado e interpusse recurso especial ou extraordinário, teria de iniciar o cumprimento da pena enquanto aguardava a análise dos recursos. Tal perspectiva sofreu drástica mudança com o julgamento do HC 84.078, de relatoria do ministro Eros Grau, quando a corte passou a entender que nosso ordenamento jurídico não era compatível com a execução provisória.

Nesse período, o condenado até poderia ter sua liberdade cerceada enquanto aguardava a análise do REsp ou RE, desde que estivessem presentes os requisitos necessários da prisão preventiva, conforme o artigo 312 do CPP. Assim, a prisão do condenado tinha natureza jurídica cautelar e não de execução da pena antes do trânsito em julgado do édito condenatório. Foi solidificado o entendimento de que a prisão antes do esgotamento das vias

recursais somente poderia ser decretada cautelarmente; a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação implicava em restrição ao direito de defesa e que a antecipação da execução penal era incompatível com a Constituição Federal.

A Suprema Corte sustentou a tese até o dia 17 de fevereiro de 2016, quando ao julgar o HC 126.292, de relatoria do ministro Teori Zavascki, retornou para o entendimento firmado antes de 2009 acerca da possibilidade de execução provisória da pena. À época, argumentou-se ser possível o início da execução da pena após a prolação do acórdão condenatório em segundo grau, sem mácula ao princípio constitucional da presunção de inocência. Entendia-se também que, por não possuir efeito suspensivo (CPP, artigo 637), os efeitos da decisão recorrida não eram obstados pela interposição de recurso especial ou extraordinário.

O entendimento predominante passou a ser o de que até que fosse prolatada sentença penal condenatória confirmada em 2º grau, devia-se presumir a inocência do acusado. Contudo, após esse momento, exaure-se o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que os recursos cabíveis nas instâncias superiores não comportam a discussão de autoria e materialidade, mas apenas controvérsia de direito material ou constitucional. Em continuidade interpretativa, estar-se-ia diante da consagração da teoria da presunção de inocência mitigada, que admitia o cerceamento da liberdade do acusado antes mesmo do trânsito em julgado.

[...] Entendia a corte que era necessário harmonizar o princípio constitucional da presunção de inocência com a verdadeira função jurisdicional criminal, não apenas atentando-se à garantia dos direitos do acusado, como também aos interesses da sociedade, a qual perdia a confiança no Poder Judiciário ante os longos anos de espera para julgamento e infundáveis recursos.

[...]

Todavia, nova guinada interpretativa mudou esse entendimento, sendo que a partir da 7/11/2019, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o STF retornou à interpretação de 2009, afirmando que o cumprimento da pena somente pode ter início com o exaurimento de todas as vias recursais. Ressalte-se que remanesce a possibilidade do acusado ser preso antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que presentes os requisitos da prisão preventiva, em decisão individualmente fundamentada pelo juiz. Retorna, portanto, a natureza cautelar da prisão antes do trânsito em julgado, extinguindo-se a execução provisória da pena.

[...]

[...] Como é de se notar, o posicionamento atual voltou a descartar a teoria do princípio da presunção de inocência mitigada, não se admitindo nenhuma transgressão aos direitos e garantias fundamentais do acusado (CAPEZ, 2023, p. 1-3).

Como se vê, portanto, a jurisprudência da Suprema Corte do país a respeito da prisão em segunda instância oscilou fortemente ao longo da última década. A execução antecipada de penas, que era permitida antes da atual Constituição Federal, continuou a ser permitida sob a égide desta última por quase vinte anos, entre 1988 e 2009; depois,

passou-se a proibi-la entre 2009 e 2016; mais tarde, voltou-se a permiti-la entre 2016 e 2019; para então, finalmente, proibi-la novamente desde 2019 até os tempos atuais.

Foram três guinadas em um período de dez anos, sendo que entre as duas últimas houve um interregno de apenas três anos, o que tem provocado grande insegurança jurídica acerca da tese em comento.

3 O DESAFIO DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O ponto de partida para a presente discussão, como não poderia deixar de ser, é a redação do art. 5º, LVII da CF, que estabelece a chamada presunção de inocência ou não culpabilidade². Diz o aludido dispositivo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

A Constituição, porém, não se preocupou em definir o que se entende por “trânsito em julgado”. Embora ela e outros diplomas legislativos nacionais mencionem o termo, nenhum deles traz uma definição exata. Contudo, há um tradicional e forte entendimento segundo o qual o trânsito em julgado de uma decisão se verifica somente no momento em que contra ela não couber mais nenhum recurso:

[...]. O conceito de trânsito em julgado, porém, não é esclarecido pelo texto constitucional e, a rigor, nem deve ser, uma vez que se trata de instituto atinente ao direito processual.

Trânsito em julgado e coisa julgada são institutos fortemente associados dentro de uma relação de dependência lógica. A própria Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro o esclarece. O parágrafo 3º do artigo 5º dispõe que se chama “*coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso*”. Trânsito em julgado, portanto, é a situação jurídica que determina a coisa julgada, sendo esta uma consequência daquele. O trânsito em julgado consiste no principal e intrínseco efeito da preclusão, para as partes do processo, da possibilidade de interposição de recurso após o decurso do prazo respectivo (REIS; MARTINS FILHO, 2020, p. 3).

Causa desconforto em muitos, todavia, a ideia de que a execução da pena deva estar condicionada ao trânsito em julgado da condenação, pois o processo penal brasileiro é notoriamente moroso e possui uma ampla gama de recursos que podem ser estrategicamente manejados pelos advogados de defesa com finalidade protelatória, de

² Não iremos nos delongar aqui em maiores debates acerca de qual seria a terminologia mais correta dentre as duas existentes, pois são equivalentes em sua essência (GIACOMOLLI, 2018).

modo a postergar indefinidamente a responsabilização penal de seus clientes, especialmente os de maior poder aquisitivo, o que, inclusive, contribuiria para o aumento da seletividade do sistema penal do país, na medida em que a lei penal estaria sendo aplicada de forma distinta a depender da condição econômica do réu (BRASIL, 2016a).

No voto que durou cerca de uma hora, a impunidade, uma chaga histórica do País, mereceu menção especial de Barroso [...]. Ele citou exemplos de casos que se arrastaram por décadas na Justiça, entre eles, o do jornalista Pimenta Neves, que matou sua namorada Sandra Gomide em 2000 e do ex-jogador de futebol Edmundo, que provocou um acidente em 1995, enquanto dirigia embriagado, deixando três jovens mortos. O caso de Edmundo prescreveu em 2011 após uma infinidade de recursos protelatórios impetrados por sua defesa [...].

O episódio do fazendeiro Omar Coelho Vitor, de Passos (MG), que disparou 5 tiros contra Dirceu Moreira Brandão Filho, em 1991, ganhou realce. Ele foi condenado a 7,6 anos, mas apelou para não ir preso até o julgamento em instância final, no STF. Com base nisso, o tribunal decidiu, em 2009, que o preso poderia aguardar o julgamento em liberdade, criando a jurisprudência, mudada em 2016. Agora, a prisão pode acontecer após a segunda instância. O recurso do fazendeiro mineiro ficou 12 anos nas gavetas do STJ e o crime prescreveu em 2014. Ele nunca foi preso. Ao iluminar o caso, o ministro quis mostrar que a impunidade é consagrada quando a prisão só vale após a última instância. E se desenvolve no Brasil uma cultura de procrastinação que oscila entre o absurdo e o ridículo [...] (VIAPIANA, 2018, p. 1-2).

A positivação da presunção de inocência não constava expressamente nas constituições brasileiras passadas. Mesmo assim, tal garantia era de todo modo inferida a partir dos princípios do contraditório e da ampla defesa (BULOS, 2008).

Cabe ainda ressaltar que a mencionada presunção não impede e nunca impediu as prisões em flagrante e as provisórias, na medida em que estas têm natureza cautelar, visando assegurar o resultado útil do processo, e prescindem de um juízo definitivo sobre a culpabilidade do réu (HELLER, 2019). Discute-se apenas a possibilidade da prisão como cumprimento de *pena* propriamente dita.

O grande cerne da controvérsia sobre a prisão em segunda instância para cumprimento de pena reside no fato de a Constituição não se pronunciar expressamente sobre o tema, seja para proibi-la ou para permiti-la (GIMENES, 2018). A questão, assim, constitui um típico *hard case*, pois não há uma solução simples que se possa extrair do texto da Lei Maior (KURKOWSKI, 2017).

Decerto, o comando constitucional do art. 5º, LVII é bastante claro no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Mas o dispositivo não diz, ao menos abertamente, que é necessário aguardar-se o referido trânsito em julgado para iniciar-se o cumprimento da pena.

A esse respeito, no julgamento do STF que passou a permitir novamente a prisão em segunda instância em 2016, sete anos após sua proibição original em 2009, o relator Teori Zavascki recordou antigas ponderações de ministros da Suprema Corte no sentido de que, no direito comparado, muito embora inúmeros países frequentemente tomados como referência pelo Brasil – a exemplo de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina – consagrem em seus ordenamentos jurídicos a presunção de inocência, em nenhum deles, contudo, essa presunção é interpretada de modo a vedar o início do cumprimento da pena pelo réu uma vez confirmada a condenação em segundo grau. Na legislação processual norte-americana, inclusive, o acusado, via de regra, já é recolhido ao cárcere logo após a sentença condenatória de *primeiro* grau, não possuindo sequer o direito de apelar em liberdade à segunda instância (BRASIL, 2016a).

Os termos “ninguém” e “sentença penal condenatória” não ensejam quaisquer discussões entre os teóricos e aplicadores do direito. O mesmo, todavia, não se pode dizer sobre os termos “considerado culpado” e “trânsito em julgado” (HELLER, 2019). Isto porque há quem sustente, por exemplo, que a presunção de inocência, embora de indiscutível existência, na verdade não guardaria nenhuma relação com a possibilidade de cumprimento da pena (GIMENES, 2018); ou que o trânsito em julgado, no sentido que importa para o processo penal, não se verificaria somente quando exauridas todas as possibilidades de recurso, ocorrendo ao invés disso já na segunda instância, quando os fatos e provas se cristalizam (RAMOS, 2018).

A partir daí é que surge todo o debate de ideias entre os juristas a fim de se constatar se existe ou não na Constituição brasileira uma vedação, ainda que implícita, à execução da pena após esgotados os recursos na segunda instância.

Tal execução é denominada provisória porque, naquele momento, a condenação do réu ainda é passível de reversão nos Tribunais superiores, embora isso seja altamente improvável, pois os recursos interpostos junto àquelas instâncias estão adstritos a matérias de direito e não permitem a rediscussão sobre fatos e provas, o que reduz em muito a margem de argumentação do recorrente (BRASIL, 2016a).

3.1 O art. 5º, LVII da CF como norma-regra

Primeiramente, é imperioso esclarecer que, muito embora comumente se refira ao postulado do art. 5º, LVII como o *princípio* constitucional da presunção de inocência, em

verdade o mesmo possui natureza de *regra*, tal como ocorre com o “princípio” da reserva legal em matéria penal, conforme Tavares Neto (2020).

Na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2007), as normas jurídicas se distinguem entre normas-regra e normas-princípio, que se diferenciam de acordo com o seguinte critério:

Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Pode expressar-se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de se designar princípios como 'mandamentos de otimização'. Como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente. Eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação (ALEXY, 2007, p. 37).

Como se nota, pois, a norma do art. 5º, LVII é uma regra, na medida em que proíbe algo de forma definitiva (no caso, que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória). A redação do artigo não abre brechas para que alguém seja considerado “mais culpado” ou “menos culpado”, tampouco “mais inocente” ou “menos inocente”.

Tal constatação faz cair por terra o argumento, invocado por vários ministros do STF, segundo o qual a presunção de inocência seria um princípio e, portanto, passível de ser relativizada em face da necessidade de se resguardar outros valores de índole constitucional (BRASIL, 2016a).

Não há espaço para qualquer mitigação da regra da presunção de inocência, ainda que a mesma venha a colidir com outros preceitos constitucionais, como a efetivação da lei penal – esta sim um princípio, e portanto passível de relativização, pois é possível assegurar a aplicação de uma lei de forma “mais” ou “menos” efetiva, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2007). A impossibilidade de se policiar adequadamente todas as ruas de uma cidade é um exemplo de limitação fática, ao passo que a ocorrência da prescrição e a presunção de inocência são limitações de cunho jurídico. O Estado-juiz, assim, tem o poder-dever de aplicar a lei penal, mas não

pode fazê-lo de modo a violar a presunção constitucional de inocência, mesmo após ter sido o acusado condenado em segunda instância.

No entanto, remanesce a possibilidade de discussão acerca do momento exato no qual se dá o trânsito em julgado para fins penais, bem como da existência ou não de um conflito entre a presunção de inocência e a execução provisória da pena.

3.2 Significado da expressão “trânsito em julgado”

Como já dito anteriormente, nem a Constituição, nem qualquer outro diploma legislativo no Brasil vêm a definir expressamente o que se entende por trânsito em julgado, muito embora sempre se tenha entendido que o termo se refere à situação processual onde não é mais possível a interposição de nenhum recurso:

A atual sistemática processual e constitucional brasileira só permite falar em trânsito em julgado na esfera processual penal após o exaurimento das vias recursais, notadamente, incluindo-se as hipóteses do recurso especial e do extraordinário, pois estes recursos estão previstos na Constituição como de competência do STF e STJ [...] (REIS; MARTINS FILHO, 2020, p. 3).

Para contornar esse óbice à execução provisória da pena em segunda instância, no julgamento do HC 126.292, a maioria dos ministros do STF aderiu à (equivocada) tese que se convencionou chamar de trânsito em julgado “material”: a ideia de que a condenação em segundo grau de jurisdição encerra a análise de fatos e provas que evidenciam a culpa ou inocência do condenado, o que configuraria o trânsito em julgado “material” e autorizaria o início da execução da pena, ainda que provisoriamente, pois neste momento, recorde-se, ainda cabem recursos aos Tribunais superiores. O trânsito em julgado “material”, assim, contrapor-se-ia ao trânsito em julgado “formal”, sendo que apenas este último é que somente se verificaria quando também fossem esgotadas as possibilidades de recurso junto àquelas instâncias extraordinárias (RAMOS, 2018).

Não cremos que o conceito de trânsito em julgado, no direito brasileiro, seja necessariamente um tabu ou algo imutável. Reis e Martins Filho (2020), por exemplo, discutem a possibilidade de o Congresso Nacional vir a legislar sobre a matéria de modo expresso, inclusive para eventualmente estabelecer um conceito de trânsito em julgado que venha a divergir do entendimento tradicional.

Entretanto, não enxergamos nenhuma base jurídica para que *o STF*, que carece da legitimidade parlamentar, altere o conceito já existente de trânsito em julgado, ainda que

tal conceito seja fruto de uma construção histórica e não se encontre positivado em um diploma legal:

A Constituição, contudo, é uma carta escrita pelo constituinte, e não uma folha de papel em branco, a ser preenchida como quiserem os ministros. O Supremo Tribunal Federal pode muito, mas não pode tudo! Nem mesmo aos 11 ministros da cúpula do Poder Judiciário é dado o poder de reinventar conceitos processuais assentados em — literalmente — séculos de estudo e discussão e que integram a dogmática processual. Ser guardião da Constituição não é ser o dono ou tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. É temerário admitir que o Supremo Tribunal Federal possa “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação dos institutos do Direito. Trânsito em julgado é um conceito assentado ao longo de secular evolução histórica. Diante do texto constitucional, e mesmo sem confundir o enunciado linguístico com a norma, é preciso reconhecer — nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está imune a isso — que há limites hermenêuticos insuperáveis para a interpretação de um dispositivo que atribua um direito — qualquer que seja — até o “trânsito em julgado” (BADARÓ, 2018, p. 2-4).

É de se questionar, afinal: se o conceito tradicional de trânsito em julgado foi sedimentado ao longo de séculos, nunca antes tendo sido feita a distinção entre um trânsito em julgado “formal” e outro “material”, por que fazê-lo somente agora? Não havia para tanto nenhuma base legal, doutrinária ou jurisprudencial.

Outro problema com a referida tese é que a mesma parte de uma premissa equivocada: a de que a análise da culpa do condenado se esgota nos fatos e provas apreciados na segunda instância e que não podem ser rediscutidos nos Tribunais superiores. Parte-se do pressuposto de que, uma vez tenha a segunda instância encerrado as discussões sobre os fatos do caso e concluído pela culpa do condenado, tal culpa não poderia ser revista pela análise exclusivamente jurídica a ser realizada pelas instâncias extraordinárias.

Para reforçar esse argumento, em seu voto no HC 126.292, o ministro Luís Roberto Barroso traz dados segundo os quais, no STF, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu não chega a 1,5%; e, mais relevante ainda, as absolvições representam menos de 0,1% do total de decisões (BRASIL, 2016a).

A mencionada premissa, contudo, é falsa. Isto porque, ainda que não caibam mais discussões sobre os fatos e provas referentes a um caso, a configuração da culpa do réu nunca irá prescindir completamente da análise jurídica, a qual continua sendo passível de revisão nas instâncias superiores. Como diz Gabriel Heller (2019, p. 389-390), “não há fato ou fundamento jurídico que baste isoladamente para uma condenação, pois a negação

de qualquer deles em relação a um delito importa na negativa da condenação como um todo”.

Embora o percentual de decisões absolutórias seja ínfimo, o próprio fato de se haver absolvições é uma evidência de que, embora raro, a culpa do réu pode, sim, ser revista exclusivamente com base na matéria de direito, sem necessidade de se revolver os fatos e provas já apreciados nas instâncias inferiores.

Um bom exemplo disso é que, posteriormente, naquele mesmo ano, a 1ª Turma do STF, em decisão capitaneada pelo próprio Barroso, concedeu de ofício um *habeas corpus* e revogou a prisão preventiva de cinco médicos e funcionários de uma clínica de aborto no Rio de Janeiro por entender que a proibição criminal do aborto nos primeiros três meses da gravidez seria inconstitucional por violar os direitos fundamentais da mulher e o princípio alexiano da proporcionalidade, sendo, portanto, atípica a conduta dos acusados (BRASIL, 2016b).

A decisão em comento não se tratou de uma absolvição, e não concordamos com ela, como abordamos em dissertação de nossa autoria (CAVALCANTI, 2021). No entanto, ilustra perfeitamente como a análise da culpa de um réu não se esgota nos fatos e provas. Perceba-se que a 1ª Turma não precisou rever os fatos e provas daquele caso para determinar a soltura dos pacientes; não se questionou se eles haviam ou não praticado as condutas das quais eram acusados; o órgão julgador tão somente entendeu que tais condutas, ainda que efetivamente praticadas, seriam de todo modo atípicas, pois a sua criminalização, inobstante prevista na legislação penal, ofenderia a Constituição.

Sendo assim, se mostra plausível uma futura absolvição no STF dos réus da clínica de aborto, ainda que venham a ser condenados em segunda instância e que os fatos relativos ao caso venham a se cristalizar nos moldes em que restarem assinalados pelo Tribunal de apelação. Prova de que o juízo sobre a culpa do condenado não se exaure no segundo grau de jurisdição, ao contrário do que havia afirmado antes a Corte Suprema naquele mesmo ano de 2016.

Passa-se, agora, a analisar qual seria a norma concreta a ser extraída do art. 5º, LVII da CF/88, isto é, se a execução provisória de pena equivale, em termos práticos, a considerar-se alguém culpado no processo penal brasileiro.

3.3 A *voluntas legis*

Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2012) afirma haver, atualmente, um postulado universal da ciência jurídica segundo o qual toda norma, pelo simples fato de ser dada, é passível de interpretação. Neste sentido, descreve o autor a existência de duas correntes opostas da hermenêutica: a objetivista, que atribui à norma um sentido próprio, determinado por fatores objetivos e em larga medida independente do sentido que tenha lhe querido dar o legislador; e a subjetivista, para a qual a compreensão do pensamento do legislador quando da elaboração da norma deve ser um elemento de destaque no exercício de sua interpretação. Os objetivistas, portanto, buscam a *voluntas legis*, enquanto os subjetivistas se norteiam pela *voluntas legislatoris*.

Tentaremos, a partir de agora, por meio dessas duas correntes, perscrutar o art. 5º, LVII a fim de dele extrair uma norma que proíba ou não a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

Começemos pela *voluntas legis*.

Como já visto anteriormente, o dispositivo constitucional em questão não é autoevidente no que tange à possibilidade de execução provisória da pena. Na verdade, ele sequer menciona as palavras *pena* ou *prisão*, embora seja muito claro tratar-se de uma disposição relativa ao Direito Penal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Nessa esteira, observa Gilmar Mendes (2017) que, malgrado a norma afirme acima de qualquer dúvida que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, está ela longe de precisar o que significa, na prática, considerar-se alguém culpado.

O atual decano do STF, assim, enxerga um amplo espaço para que a legislação infraconstitucional discipline os procedimentos processuais penais de modo a tratar o acusado de forma progressivamente mais gravosa³, conforme sua culpa vai sendo gradativamente demonstrada em diferentes estágios da investigação e do processo:

Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões” – art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e os indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

[...]

³ Posteriormente à publicação da obra aqui citada, Mendes reviu sua posição e passou a votar contra a possibilidade de execução provisória da pena nos julgamentos da Suprema Corte (ADORNO, 2019). Em todo caso, consideramos pertinente a discussão sobre os argumentos por ele trazidos no passado.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.

[...]

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária (MENDES, 2017, p. 567).

O raciocínio de Mendes sobre a involução progressiva da presunção de inocência não procede, pois, como já demonstrado acima neste trabalho, a referida presunção é uma regra, e não um princípio, de forma que seu implemento não pode ser doseado em diferentes graus ao longo do processo. Não existe espaço para essa gradação (PELUSO, 2016). Medidas como o indiciamento e a busca domiciliar prescindem de um juízo formado sobre a culpa do acusado, e, portanto, não constituem exemplos de relativização da presunção de inocência.

Como assevera Gustavo Badaró (2018), afinal, o único marco processual estabelecido pela Constituição para que o réu passe a ser tratado de forma mais gravosa, no que tange à presunção de inocência, é o trânsito em julgado – não a condenação em segundo grau. Daí ser irrelevante, para fins da interpretação do art. 5º, LVII, a existência, na segunda instância, de uma “declaração com considerável força de que o réu é culpado”; o acusado deve inobstante continuar sendo presumido inocente até que haja o trânsito em julgado da ação penal, a despeito do acúmulo progressivo de carga probatória referente à sua culpa conforme o processo vai avançando.

A esse respeito, inclusive, esclarece Cezar Peluso (2016) que presunções legais, como a de não culpabilidade, são ficções jurídicas criadas para fins operacionais. Essa presunção não significa que o réu seja necessariamente inocente, ou que tenha alta probabilidade de ser inocente, até o final do processo – ao contrário, a existência de uma condenação em segunda instância denota um alto grau de probabilidade da culpa do acusado. Todavia, de forma completamente desgarrada desse juízo (ainda) provisório, a garantia constitucional do art. 5º, LVII continuaria a incidir com a finalidade *operacional* de impedir, até o final do processo, que o réu seja tratado de qualquer forma como se culpado fosse.

Subsiste, no entanto, a primeira ponderação feita por Mendes (2017): ainda que não se admita a implementação da presunção de inocência em diferentes graus ao longo do processo, reconhecendo-se o seu caráter de regra *all or nothing* (ALEXY, 2007), essa presunção continua a ostentar um tanto de abstração, pois o dispositivo, repise-se, não

define com exatidão o que denota, na prática, considerar-se alguém culpado, limitando-se a ressaltar, segundo o ministro, a necessidade de resguardar-se o imputado contra “juízos precipitados” acerca de sua culpa.

Neste sentido, recorda José Jácomo Gimenes (2018) que o art. 5º, LVII não possui qualquer vínculo expresso com a prisão ou o cumprimento de penas. Segundo o autor, a norma em questão chega inclusive a ser uma tautologia, uma redundância, pois seria óbvio que só pode haver conclusão de culpa após finalizado o processo que apura a culpa; o que, para ele, contudo, não impediria a execução provisória da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição.

A observação de Gimenes sobre o aparente pleonasma do dispositivo ecoa o que já havíamos afirmado na Seção anterior: a culpa do réu só se perfaz por inteiro quando exauridas não apenas as instâncias ordinárias, mas também as instâncias superiores.

Isto, contudo, acaba por converter-se em um argumento *contra* a execução provisória da pena, pois, de acordo com Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2019), ainda que a Lei Fundamental fale em “ser considerado culpado” e não em “cumprir pena”, a culpabilidade seria um pressuposto lógico da reprimenda penal. Dessa forma, mesmo na ausência de uma disposição expressa nesse sentido, a Constituição estaria a proibir implicitamente a execução provisória da pena, pois seria um paradoxo a ideia de alguém que ainda se presume inocente aos olhos da lei vir a iniciar o cumprimento de uma pena, como se, ao invés daquilo, já fosse reputado culpado, o que, por sua vez, é vedado pelo Texto Constitucional de modo expresso até que se verifique o trânsito em julgado.

Há um número imenso de acusados que estão sofrendo, por antecipação, o rigor das prisões brasileiras por ordem e responsabilidade da Magna Corte e de tribunais federais e estaduais. É o paradoxo de executar a condenação enquanto o réu é presumido inocente (DOTTI; GOMES, 2016, p. 3).

O que estou querendo com isso dizer? Estou querendo dizer que a regra constitucional não permite que o ordenamento jurídico, e, muito menos, os seus executores, apliquem ao réu, ou a quem se encontra em situação assemelhada à do réu, nenhuma medida de caráter sancionador, nem sequer quando se dê a esta palavra um caráter mais restrito, isto é, nenhuma medida de caráter gravoso ou lesivo à sua esfera jurídica como um todo, e não apenas à sua liberdade, se tal medida só tiver uma explicação jurídica que seja um juízo de culpabilidade — a menos que esse juízo de culpabilidade constitua decisão transitada em julgado (PELUSO, 2018, p. 2).

Chega-se assim, portanto, a um impasse sobre a vontade objetiva da lei no que se refere ao art. 5º, LVII, tendo em vista que ambas as posições expostas são razoáveis e nenhuma delas é objetivamente refutável pela redação do aludido dispositivo.

Não é objetivamente falso, como faz Gimenes (2018), sustentar o descolamento entre o comando do art. 5º, LVII e o cumprimento de penas, porquanto o dispositivo não faz menção expressa a essa circunstância. Por outro lado, tampouco é objetivamente falso o argumento de Coêlho (2018) e Peluso (2018) segundo o qual a proibição da execução provisória da pena decorreria *logicamente* da presunção de inocência do acusado, que deve perdurar até o fim do processo.

A título de fundamento jurisprudencial para a possibilidade de execução provisória da pena, Mendes (2017) aponta o fato de ter sido previamente julgada constitucional pelo STF a notória Lei da Ficha Limpa, a qual impede a candidatura para cargos eletivos de cidadãos que já tenham sido condenados em segunda instância por determinados crimes – o que poderia ser interpretado como uma relativização da presunção de inocência no âmbito eleitoral, já que a lei em questão não exige que se aguarde o trânsito em julgado para configurar-se a inelegibilidade dos condenados.

No entanto, consideramos problemático o amoldamento desse precedente à situação que ora se discute, na medida em que: I - não há consenso, no Direito Eleitoral, sobre ser a inelegibilidade uma sanção (ARCURI, 2016), isto é, algo que dependeria de um juízo formado sobre a culpa do acusado; II - as circunstâncias do âmbito penal diferem das do âmbito eleitoral, sendo possível sustentar, por exemplo, que a inelegibilidade decorrente da Lei da Ficha Limpa, em específico, não se trata de uma pena, mas sim de uma medida cautelar destinada a resguardar a sociedade contra a possível eleição de um candidato que ostenta, ao menos, consideráveis indícios de má índole, porquanto já condenado por um órgão colegiado.

Diante dessa dificuldade em encontrar uma resposta na vontade objetiva da lei, tentaremos agora buscá-la nas intenções do legislador constituinte originário quando da elaboração do art. 5º, LVII.

3.4 A *voluntas legislatoris*

Antes de continuar, é preciso ressaltar que o método interpretativo subjetivista, orientado pela vontade do legislador, encontra resistência por parte de juristas como Eros Grau (2021, p. 83), para quem “o texto normativo costuma ser mais inteligente do que quem o escreveu”.

Karl Engisch, citado por Ferraz Júnior (2012, p. 233), resume nos seguintes argumentos o embate entre as correntes objetivista e subjetivista:

a) os objetivistas contestam os subjetivistas:

1. pelo argumento da vontade, afirmando que uma “vontade” do legislador é mera ficção, pois o legislador é raramente uma pessoa fisicamente identificável;

2. pelo argumento da forma, pois só as manifestações normativas trazidas na forma exigida pelo ordenamento têm força para obrigar, sendo, em consequência, aquilo que se chama de legislador, no fundo, apenas uma competência legal;

3. pelo argumento da confiança, segundo o qual o intérprete tem de emprestar confiança à palavra da norma como tal e qual deve, em princípio, ser inteligível por si;

4. pelo argumento da integração, pelo qual só a concepção que leve em conta os fatores objetivos em sua contínua mutação social explica a complementação e até mesmo a criação do direito pela jurisprudência.

b) os subjetivistas contestam, por sua vez, dizendo:

1. o recurso à técnica histórica de interpretação, aos documentos e às discussões preliminares dos responsáveis pela positivação da norma é imprescindível, donde a impossibilidade de ignorar o legislador originário;

2. os fatores (objetivos) que eventualmente determinassem a chamada vontade objetiva da lei (*voluntas legis*) também estão sujeitos a dúvidas interpretativas: com isso, os objetivistas criariam, no fundo, um curioso subjetivismo que põe a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, tornando-se aquele não apenas “mais sábio” que o legislador, mas também “mais sábio” que a própria norma legislada;

3. seguir-se-ia um desvirtuamento na captação do direito em termos de segurança e de certeza, pois ficaríamos à mercê da opinião do intérprete.

Ferraz Júnior (2012) explica que a polêmica, pela própria força dos argumentos e contra-argumentos esgrimidos, simplesmente não se resolve, havendo inclusive um componente ideológico em sua raiz.

No entanto, isto não nos impede de apontar as falhas existentes nas objeções levantadas contra o subjetivismo pela corrente contrária.

Enganam-se os objetivistas no argumento da vontade, pois, embora seja incontroverso que o legislador é, quase sempre, uma mera abstração e não uma pessoa física identificável, buscar a intenção legislativa é uma empreitada viável na maioria das situações, por meio de recursos como as exposições de motivos das leis ou as atas dos debates parlamentares, conforme Roberta Simões Nascimento (2021).

Tampouco procede o argumento da forma, na medida em que, ainda que se assuma que somente as considerações devidamente positivadas na lei é que têm força para obrigar, tais considerações continuam carecendo de interpretação acerca do seu sentido,

sempre que este não for devidamente claro. Quanto menos objetivo for o texto, maior deve ser o escrutínio sobre as intenções do legislador (NASCIMENTO, 2021).

Não é o suficiente ter-se a norma positivada, é necessário atribuir-se um sentido a ela; e, numa democracia, nada mais razoável que o sentido a ser atribuído à norma seja aquele que o legislador tenha desejado, a menos que haja algum óbice decorrente, por exemplo, do alto grau de objetividade do texto ou de tecnicidade do assunto em questão (NASCIMENTO, 2021).

O argumento da confiança também é falho, pois, conquanto as palavras da norma devam ser, em princípio, inteligíveis por si só, o seu sentido nem sempre é suficientemente claro (NASCIMENTO, 2021), como bem ilustrado, afinal, pela celeuma referente à interpretação adequada do art. 5º, LVII da CF:

A Constituição não diz: “Ninguém pode ser preso para cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão”. Ela diz: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Dizer que “não ser considerado culpado” é sinônimo de “não poder iniciar o cumprimento da pena” não é texto. É interpretação. Não se pode agitar a Constituição para o ar e dizer que lá está escrito. Não está (VITORELLI, 2018, p. 1).

O argumento da integração, por fim, estaria correto em princípio, já que uma interpretação que se guiasse sempre pela *voluntas legislatoris* seria, de fato, incompatível com a criação e complementação do direito pela jurisprudência.

Ocorre que, como esclarece Nascimento (2021), não se está aqui a defender o método subjetivista como um cânone único ou absoluto para a interpretação dos textos legais. A intenção do legislador, em alguns casos, pode ser insuscetível de averiguação ou conduzir a resultados altamente injustos ou indesejáveis, mormente quando as circunstâncias de fato tenham se alterado consideravelmente entre o momento da edição da lei e o da sua aplicação.

Contudo, ressalvadas esta e outras situações que justifiquem o seu afastamento, é justificável que esse método tenha precedência em relação os demais, em respeito ao princípio democrático e à separação de Poderes:

Em princípio, levar a sério a intenção legislativa pareceria a opção mais democrática, pois os legisladores representam as maiorias, e essa seria a maneira de proceder num Estado de Direito em que vigore a separação de Poderes. A legitimação democrática do legislador é, sem dúvida, o argumento mais sólido para a pretensão de que a vontade legislativa tenha preferência como guia para a interpretação das leis (NASCIMENTO, 2021, p. 168).

Se assim não fosse, se pudessem os juízes governar áreas que não lhes fossem atribuídas por cláusulas específicas da Constituição, então não haveria direito que não a vontade do juiz. Cediço é que tal situação não se afigura legítima em uma democracia [...].

A única forma através da qual pode a Constituição limitar os juízes é se os mesmos interpretarem as palavras do documento de acordo com as intenções daqueles que elaboraram, propuseram e ratificaram suas previsões e emendas [...].

Um conceito de intenção original, um que se concentre sobre cada previsão específica da Constituição em vez de fazê-lo sobre valores generalizados, é essencial para evitar que os tribunais invadam a esfera própria do governo democrático [...].

A conclusão, creio eu, deve ser a de que apenas limitando-se às intenções históricas subjacentes a cada cláusula da Constituição é que podem os juízes deixar de tornarem-se legisladores, deixar de impor suas próprias predileções morais, e garantir que a Constituição seja direito (BORK, 1985, p. 2-7) (*tradução do autor*).

Destarte, restando afastadas as principais objeções contra o método subjetivista, passamos a examinar qual teria sido a *voluntas legislatoris* do constituinte originário em relação ao sentido e aos efeitos da presunção de inocência.

Não há indícios documentados acerca das intenções do legislador quando da elaboração do art. 5º, LVII. Levantamento feito por Lima, Passos e Nicola (2013) mostra que a redação do dispositivo manteve-se inalterada nas sete distintas etapas do processo de votação pelas quais passou, desde a Comissão de Sistematização até a promulgação oficial no Diário Oficial da União em 5 de outubro de 1988. Segundo registros da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2013), em nenhuma dessas etapas houve propostas de emendas que visassem alterar de forma substancial⁴ a redação do artigo, o que nos forneceria, ao menos, indicativos a respeito do que o legislador constituinte *não* teria desejado em relação ao dispositivo.

Tal realidade torna difícil, mas não impossível, determinar a *voluntas legislatoris*. Nascimento (2021) ensina que, embora desejável, nem sempre é necessária uma informação empírica sobre a intenção do legislador para validar-se o argumento nela baseada, podendo tal intenção figurar como uma presunção a ser construída pelo intérprete.

⁴ Houve, por exemplo, uma sugestão para substituir-se “ninguém será considerado culpado” por “toda pessoa será presumida inocente”; e outra para agrupar a disposição do inciso LVII juntamente com a de outros incisos do art. 5º em um único dispositivo. Nota-se que nenhuma das propostas teria alterado o conteúdo semântico do postulado da presunção de inocência em relação à redação que prevaleceu.

Neste sentido, há dois argumentos potencialmente relevantes para a construção de uma presunção acerca da vontade do legislador no tocante ao art. 5º, LVII, no sentido de que a execução provisória da pena não teria sido vedada pela Constituição.

O primeiro deles, invocado por Gimenes (2018), é o fato de a palavra *prisão* aparecer em vários outros dispositivos do art. 5º, sendo que, se não foi reproduzida no inciso LVII, é porque este último não guardaria relação com a prisão de condenados em segunda instância:

LXI - ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por **ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a **prisão** de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o **preso** será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o **preso** tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a **prisão** ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à **prisão** ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá **prisão** civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (BRASIL, 1988, negrito nosso).

O termo prisão não era desconhecido do constituinte. A restrição à liberdade de ir e vir é tratada na Constituição como prisão, em vários incisos (LIV, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVII) do artigo 5º. A Constituição constrói e restringe o direito estatal de cercear a liberdade com base no termo prisão. A Constituição delimita completamente os fundamentos e requisitos da prisão sem qualquer menção de culpa ou culpado nos mencionados incisos.

Se o consenso dominante na constituinte fosse impedir prisão antes do trânsito em julgado, a Constituição, que tanto fez uso do termo prisão, tendo incisivamente delimitado este importante instituto (devido processo legal e ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente), não seria grafada com palavra e conceito diferente (culpado). Não houve opção deliberada do constituinte em exigir trânsito julgado na última instância para início do cumprimento da pena ou prisão (GIMENES, 2018, p. 2, grifo nosso).

A observação de Gimenes é pertinente, porém a consideramos insuficiente para colocar um ponto final no assunto, porquanto a maior parte da discussão não diz respeito à circunstância da prisão, mas sim à execução provisória de *penas* em geral diante da presunção constitucional de inocência. O que se discute, em termos precisos, não é se o

condenado pode ou não *ser preso* em segunda instância; mas sim se o condenado pode ou não *cumprir pena* em segunda instância, dado que a Constituição determina que o acusado seja considerado inocente até o fim do processo.

Nessa toada, percebe-se que os outros incisos citados por Gimenes, malgrado versem abertamente sobre a prisão, não têm por objeto a prisão-pena, mas sim as prisões em sentido amplo, o que inclui as prisões em flagrante e as provisórias, as quais, conforme visto acima, não têm natureza de pena, e, portanto, são independentes de um juízo definitivo sobre a culpa do acusado.

O inciso LXI, por exemplo, prevê certos requisitos para a validade das prisões, dentre os quais não se inclui a condenação transitada em julgado, exigindo-se apenas a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, a qual, inclusive, é dispensada nos casos de: flagrância, transgressão militar ou crime propriamente militar, nos termos do que dispuser a lei.

Mas é necessário levar em conta que este último dispositivo, pela sua redação, abrange de modo geral todas as formas de prisão, de modo que não se pode afirmar que nele se encerrem todos os requisitos para a execução da prisão-pena, os quais são distintos dos requisitos das demais prisões.

A condenação transitada em julgado simplesmente não poderia estar na listada como um desses requisitos, mesmo porque, se estivesse, tornaria inconstitucionais todas as prisões provisórias, as quais, por sua própria natureza, são impostas durante a investigação ou o processo, não depois dele.

Em resumo, é controverso interpretar-se o inciso LVII tendo como referência os demais aludidos incisos do art. 5º, na medida em que estes tratam das prisões em geral, inclusive as que não têm natureza de penas, ao passo que, naquele, a discussão gira em torno dos efeitos da presunção de inocência em relação ao cumprimento de penas.

O segundo argumento, todavia, é mais contundente. Gimenes (2018) e Edilson Vitorelli (2018) jogam luz sobre a existência, quando da promulgação da Constituição de 1988, de uma tradição jurisprudencial do STF a favor da prisão de condenados em segunda instância:

O sistema penal vinha de uma indiscutível história de prisão após condenação da segunda instância, com possibilidade do tribunal superior suspender justificadamente. Essa é a tradição histórica do nosso sistema judicial, que deve ser especialmente considerada. A Constituição entrou em vigência em 1988, mas somente em 2009, 21 anos depois, o Supremo foi convencido, por maioria

simples, que o texto falando de culpa poderia ser interpretado como proibição de prisão (GIMENES, 2018, p. 2-3).

Qual era o entendimento do STF sobre prisão após a condenação em segundo grau, em 1988, enquanto a Constituinte debatia? Fácil: o STF entendia que os condenados em segundo grau poderiam ser presos. Em 1987, o ministro Octávio Gallotti afirmou, reiterando uma longa linhagem de precedentes: “A interposição de recurso extraordinário é insuscetível de acarretar o benefício de apelar em liberdade” (HC 64707) (VITORELLI, 2018, p. 2).

Diferentemente da maioria dos argumentos veiculados nos debates sobre a presunção de inocência, como se pôde ver ao longo deste trabalho, esta última ponderação é lastreada em um fato objetivo e verificável: em 1988, quando do advento da nova Constituição, a jurisprudência da Suprema Corte era favorável à execução da prisão-pena antes de esgotados todos os recursos possíveis.

Dessa forma, prossegue Vitorelli (2018), se o STF admitia, em 1988, que condenados cumprissem pena antes do trânsito em julgado da condenação, interpretar a presunção de inocência como uma proibição à execução provisória da pena significa dizer que o constituinte quis tornar inconstitucional o entendimento do STF até ali⁵.

Se a pretensão fosse essa, aduz o autor, era de se esperar que tivesse causado polêmica na Assembleia Constituinte. Entretanto, não gerou polêmica alguma. O inciso LVII do art. 5º já estava contido no projeto da Constituição e, como visto anteriormente, foi do início ao fim do processo legislativo sem receber qualquer proposta de alteração substancial no seu texto ou ter sido objeto de qualquer debate por parte dos constituintes:

Até propostas para implantar a pena de morte foram debatidas, mas ninguém, absolutamente ninguém, se levantou para fazer um discurso contra ou a favor desse dispositivo. Nenhum dos constituintes imaginava uma revolução em prol dos condenados de segundo grau (VITORELLI, 2018, p. 2).

Assim, portanto, conclui-se que, em que pese a ausência na Constituição de uma disposição expressa sobre a possibilidade de execução provisória da pena, é razoável presumir-se que o legislador constituinte não quis proibi-la. É altamente improvável que uma inovação constitucional que viesse a tornar obsoleta a jurisprudência então vigente no STF, com implicações tão dramáticas para o país, viesse a ser aprovada sem nenhum debate mais considerável a respeito.

⁵ Isto é, a menos que se alegue que o constituinte originário tenha acabado por proibir a execução provisória da pena de modo *involuntário*, ao inserir inadvertidamente no art. 5º, LVII uma presunção de inocência que seria logicamente incompatível com aquela medida, na linha do que sustentam Coêlho (2018) e Peluso (2018). Contudo, como o que se discute nessa Seção é justamente a *intenção* do legislador, esta hipótese torna-se irrelevante para fins de nossa análise.

Diante dos indícios expostos, a intenção do legislador constituinte de 1988 aponta para a manutenção do entendimento prevalecente à época, segundo o qual era possível executar-se provisoriamente a pena de prisão após a condenação em segunda instância, de forma desatrelada da formação de um juízo definitivo sobre a culpa do acusado, a despeito das objeções de parte da doutrina atual no sentido de que não seria possível separá-los. Esta foi, a nosso ver, a opção política dos representantes do povo quando da elaboração da Lei Fundamental.

3.5 O direito comparado como ferramenta interpretativa: Itália e Portugal

Mas, ainda que se reconheça que o legislador constituinte não desejava proibir a execução provisória da pena, como compatibilizar-se tal instituto processual com o mandamento constitucional que determina seja o acusado presumido inocente até o trânsito em julgado?

Gimenes (2018) sugere que o art. 5º, LVII seria uma tautologia, uma disposição meramente simbólica, que não produziria efeitos em relação à possibilidade de execução das penas no segundo grau. Diante da não menção do dispositivo à prisão ou ao cumprimento de penas, é uma interpretação possível, embora não seja a única, tendo em vista o posicionamento contrário de Coêlho (2018) e Peluso (2018).

Um olhar voltado para o tratamento da presunção de inocência no direito comparado dá impulso à tese de Gimenes segundo a qual a execução provisória das penas seria compatível com aquele baluarte constitucional.

Badaró (2018) assinala que, destoando de vários diplomas e tratados internacionais, bem como das Cartas constitucionais da maioria dos países citados pelo STF no julgamento do HC 126.292, a Constituição brasileira teria seguido os modelos italiano e português e ido ainda mais longe no tocante à presunção de inocência, estabelecendo como marco temporal final de sua aplicação o fim da persecução penal:

É o caso da Constituição italiana, de 1948, que no artigo 27, *comma* 2º, assegura: “O imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva”. O mesmo conteúdo foi adotado pela Constituição portuguesa, de 1974, no artigo 32.2, que entre as garantias do processo criminal assegura: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” (BADARÓ, 2018, p. 3).

Isto, por si só, já refuta boa parte da argumentação construída pela Suprema Corte naquela ocasião. De fato, como ensina Richard Posner (2008), não existe um “cosmopolitismo judicial”: o mundo não consiste em uma única jurisdição universal, de modo que os diferentes ordenamentos jurídicos dos diferentes países podem prever normas distintas para as mesmas situações. Assim, o fato de a maioria dos países civilizados permitir a prisão após a condenação em segundo grau não necessariamente significa que o Brasil deva fazer o mesmo, na medida em que aqui existe a fixação expressa de um marco constitucional para a cessação da presunção de inocência, que é o trânsito em julgado do processo.

O que, contudo, parece passar ao largo do raciocínio de Badaró é que, malgrado as Constituições da Itália e Portugal realmente contenham disposições semanticamente idênticas às da CF/88 relativamente à presunção de inocência – inclusive na referência ao trânsito em julgado –, ambos estes países, não obstante, *aceitam* a execução das penas antes do esgotamento de todos os recursos e instâncias possíveis:

Em Portugal, país que mantém intercâmbio permanente com juristas e magistrados brasileiros, como os seminários promovidos pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça – conforme esclarece a nota técnica – é de que “o arguido preso em situação de prisão preventiva, no momento em que vê a sua situação criminal definida por acórdão condenatório do Supremo, deixa de estar em situação de prisão preventiva para estar em situação análoga à de cumprimento de pena, mesmo que do acórdão condenatório tenha sido interposto recurso, que impeça o trânsito em julgado da decisão condenatória, para o Tribunal Constitucional” (VASCONCELOS, 2018, p. 1).

[...], na Itália, a primeira instância da Justiça Ordinária divide-se em Tribunais civis e criminais. A seguir vem a Corte de Apelação, que poderá ser civil ou criminal. A lei penal italiana prevê que o condenado seja detido após as decisões das chamadas cortes de apelação, tribunais do segundo grau da Justiça italiana.

Além dessa esfera, há a possibilidade de o condenado apresentar recurso à Corte de Cassação, que conta com cerca de 360 juízes e que constitui a cúpula do Poder Judiciário na Itália. As apelações a esse tribunal, entretanto, não impedem a execução das penas restritivas de liberdade (BUENO, 2020, p. 3).

Assim, como se nota, a ideia de um condenado (que ainda se presume inocente) iniciar o cumprimento provisório de uma pena não é algo incomum, inclusive nos países que consagram a presunção de inocência em seus ordenamentos jurídicos nos exatos mesmos termos semânticos em que o faz a CF/88 no Brasil.

Esta ponderação ganha ainda mais peso quando se constata que Portugal e Itália são nações cujas tradições jurídicas marcadamente influenciaram a construção do direito

brasileiro, sendo a contribuição italiana especialmente evidente na seara penal e processual penal (BUENO, 2020), que é o que ora se discute.

Sendo assim, é de se admitir, também no Brasil, a execução provisória das penas após o fim dos recursos na segunda instância, como consequência dos desígnios do legislador constituinte originário e da constatação de que a alegada incompatibilidade da presunção de inocência com o cumprimento de penas está longe de ser algo incontroverso nos planos nacional e internacional.

4 CONCLUSÕES

Neste artigo, buscou-se primeiramente delinear a polêmica em torno da interpretação do art. 5º, LVII da Constituição Federal e suas implicações para a execução da pena no processo penal brasileiro, ressaltando as idas e vindas do STF acerca da matéria.

Em seguida, expusemos a fraqueza dos argumentos do STF na decisão que voltou a permitir a execução provisória da pena no HC 126.292, por tratar-se o art. 5º, LVII de uma norma-regra e não de uma norma-princípio, e por não haver justificativa plausível para uma releitura judicial do conceito historicamente construído de trânsito em julgado.

Mais adiante, apresentamos duas correntes interpretativas contrárias a respeito de como se deve interpretar a lei escrita, a objetivista e a subjetivista. Constatada a falta de respostas claras para o caso concreto por parte da corrente objetivista, voltamo-nos para a corrente subjetivista, e, após refutarmos os principais argumentos contrários a essa última, demonstramos que a mesma conduz à verificação de indícios segundo os quais o legislador constituinte não desejou proibir, explícita ou implicitamente, a execução provisória das penas após a condenação em segundo grau de jurisdição. Finalmente, com auxílio do direito comparado, sustentamos que o art. 5º, LVII pode ser interpretado de modo compatível com a referida medida.

À luz das considerações acima, concluímos que a execução provisória da pena de prisão decorrente de condenação em segundo grau de jurisdição no Brasil é constitucional e não ofende a presunção de inocência, ainda que pendentes recursos junto aos Tribunais superiores.

O texto da Constituição não é claro a respeito dessa questão, o que obriga o intérprete a buscar a solução para o caso concreto com base nos métodos hermenêuticos, sendo que, em certas situações, é possível recorrer-se ao método subjetivista, que valoriza

a vontade do legislador como vetor interpretativo da norma, em deferência ao princípio democrático e à separação de Poderes.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Luís. O vaivém das opiniões de Gilmar Mendes sobre a prisão em 2ª instância. **UOL**, São Paulo, 7 nov. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/07/o-voto-de-gilmar-mendes.htm>. Acesso em: 27 jul. 2023.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARCURI, Daniela. É a inelegibilidade condição, sanção ou causa? **Revista Ballot**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, jan./abr. 2016, p. 185-206. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot/article/viewFile/25576/18259>. Acesso em: 17 jul. 2023.

BADARÓ, Gustavo. É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BORK, Robert. **The great debate**. The Federalist Society, Washington, 18 nov. 1985. Disponível em: <https://fedsoc.org/commentary/publications/the-great-debate-judge-robert-h-bork-november-18-1985>. Acesso em: 4 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1988**. Brasília: Edições Câmara, 2013. Disponível em: https://www.sinesp.org.br/images/A_CONSTRU%20C%87%83O_DO_ARTIGO_5%20BA_DA_CONSTITUI%20C%87%83O_FEDERAL_198.pdf. Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 fev. 2016a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306/RJ**. 1ª Turma. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 nov. 2016b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

BUENO, Renata. STF e prisão em 2ª instância: Brasil e Itália, diferenças e semelhanças. **Veja**, São Paulo, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/noblat/stf-e-prisao-em-2a-instancia-brasil-e-italia-diferencas-e-semelhanças>. Acesso em: 28 jul. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. Prisão após a segunda instância: entendimentos do STF. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jan. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jan-06/prisao-segunda-instancia-entendimentos-stf#_ftn1. Acesso em: 23 jul. 2023.

CAVALCANTI, Henrique Breda Foltz. **O política e o juridicamente correto**: análise jurídica das controvérsias de South Park. Orientador: Daniel Oitaven Pamponet Miguel. 2021. 149f. Dissertação (Mestrado) - Direitos Fundamentais e Justiça, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Alcance e significado constitucional da presunção de inocência. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-22/constituicao-alcance-significado-principio-presuncao-inocencia>. Acesso em: 26 jul. 2023.

DOTTI, René Ariel. GOMES, Luiz Flavio. **Execução provisória da pena logo após a decisão de 2º grau**: irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu. Migalhas, Ribeirão Preto, 8 ago. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/243522/execucao-provisoria-da-pena-logo-apos-a-decisao-de-2--grau--irretroatividade-da-mudanca-jurisprudencial-do-stf-desfavoravel-ao-reu>. Acesso em: 28 jul. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. Art. 5º, LVII. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GIMENES, José Jácomo. Prisão após condenação de segunda instância não fere a Constituição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao>. Acesso em: 23 jul. 2023.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10ª ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021.

HELLER, Gabriel. Execução antecipada da pena: mutação ou violação da Constituição? **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 19, n. 2, p. 377-402, mai./ago. 2019. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/6399/3529>. Acesso em: 23 jul. 2023.

LIMA, João Alberto de Oliveira. PASSOS, Edilenice. NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013.

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

NASCIMENTO, Roberta Simões. O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 58, n. 232, out./dez. 2021, p. 167-193.

PELUSO, Cezar. Constituição brasileira revela plenitude da presunção de inocência. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/peluso-constituicao-revela-amplitude-presuncao-inocencia#:~:text=Houve%20at%C3%A9%20ministro%20que%20sustentou,do%20r%C3%A9u%20no%20livro%2C%20n%C3%A3o!>. Acesso em: 27 jul. 2023.

PELUSO, Cezar. É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>. Acesso em: 27 jul. 2023.

POSNER, Richard. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Trânsito em julgado formal - Trânsito em julgado material**. Harada Advogados Associados, São Paulo, 16 abr. 2018. Disponível em: <https://haradaadvogados.com.br/transito-em-julgado-material-transito-em-julgado-formal/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

TAVARES NETO, Cleber de Oliveira. O inquérito do apocalipse: da pós-verdade à barbárie. In: PIOVEZAN, Claudia R. de Moraes (Org.). **Inquérito do Fim do Mundo: o apagar das luzes do Direito Brasileiro**. 1. ed.. Londrina: EDA, 2020, v. 1

VASCONCELOS, Frederico. Prisão depois da condenação de segunda instância em Portugal. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 3 abr. 2018. Disponível em: <https://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2018/04/03/prisao-depois-da-condenacao-de-segunda-instancia-em-portugal/>. Acesso em: 28 jul. 2023.

VIAPIANA, Tábata. Um voto para a história. **IstoÉ**, São Paulo, 6 abr. 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/um-voto-para-a-historia/>. Acesso em: 28 jul. 2023.

VITORELLI, Edilson. Inverdade histórica. **O Globo**, Rio de Janeiro, 3 abr. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/inverdade-historica-22548724>. Acesso em: 27 jul. 2023.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial

recebidos sem efeito suspensivo. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 18, n. 7, set./dez. 2017, p. 242-262.