

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Renato Ribeiro

PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO NO BRASIL:

*História argumentativa das teses de inconstitucionalidade da execução
provisória.*

**Belo Horizonte
2021**

Renato Ribeiro

PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO NO BRASIL:

História argumentativa das teses de inconstitucionalidade da execução provisória.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Mônica Sette Lopes.

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

R484p Ribeiro, Renato
Prisão antes do trânsito em julgado no Brasil [manuscrito]: história
argumentativa das teses de inconstitucionalidade da execução provisória /
Renato Ribeiro. - 2021.
339 f.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de
Direito.

Bibliografia: f. 315-337.

1. Direito constitucional - Teses. 2. Direito - Filosofia - Teses. 3. Execução
provisória - Teses. 4. Presunção de inocência - Teses. I. Lopes, Mônica Sette.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 342.1(81)

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. RENATO ALVES RIBEIRO NETO

os vinte e seis dias do mês de agosto de 2021, às 14h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Profa. Dra. Mônica Sette Lopes (orientadora do candidato/UFMG); Prof. Dr. Luciano dos Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos); Profa. Dra. Luana Magalhães de Araújo Cunha (Universo Centro Universitário Belo Horizonte); Prof. Dr. Edgard Audomar Marx Neto (UFMG) e Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado do **Bel. RENATO ALVES RIBEIRO NETO**, matrícula nº **2017650611**, intitulada: "**PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO NO BRASIL: HISTÓRIA ARGUMENTATIVA DAS TESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA**". Os trabalhos foram iniciados pela orientadora do candidato, Prof^ª. Dr^ª. Mônica Sette Lopes, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Luciano dos Santos Lopes, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Luciano dos Santos Lopes, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Luana Magalhães de Araújo Cunha, Edgard Audomar Marx Neto, Leonardo Augusto Marinho Marques e Mônica Sette Lopes. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, tendo se verificado o seguinte resultado:

Profa. Dra. Mônica Sette Lopes (orientadora do candidato/UFMG)
Conceito: 100

Prof. Dr. Luciano dos Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos)
Conceito: 100

Profa. Dra. Luana Magalhães de Araújo Cunha (Universo Centro Universitário Belo Horizonte)
Conceito: 100

Prof. Dr. Edgard Audomar Marx Neto (UFMG)
Conceito: 100

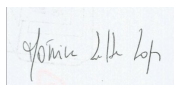


Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (UFMG)

Conceito: 100

A Banca Examinadora considerou o candidato **APROVADO**, com nota **100**. Nada mais havendo a tratar, a Professora Doutora Mônica Sette Lopes, orientadora do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:



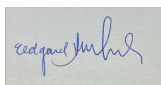
Profa. Dra. Mônica Sette Lopes (orientadora do candidato/UFMG)



Prof. Dr. Luciano dos Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos)



Profa. Dra. Luana Magalhães de Araújo Cunha (Universo Centro Universitário Belo Horizonte)



Prof. Dr. Edgard Audomar Marx Neto (UFMG)



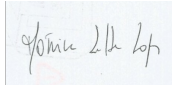
Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (UFMG)



- CIENTE: Renato Alves Ribeiro Neto (Doutorando)



Página de assinaturas



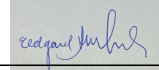
Mônica Lopes
402.787.356-49
Signatário



Leonardo Marques
003.735.186-92
Signatário



Luciano Lopes
024.653.736-17
Signatário



Edgard Neto
050.370.176-96
Signatário







Luana Cunha
072.232.986-50
Signatário



Renato Neto
065.729.466-73
Signatário

HISTÓRICO

-
- | | | |
|-------------------------|---|---|
| 27 ago 2021
09:48:22 |  | Renato Alves Ribeiro Neto criou este documento. (E-mail: renato@rabeloalvim.com.br, CPF: 065.729.466-73) |
| 27 ago 2021
09:52:19 |  | Mônica Sette Lopes (E-mail: monicasette@uol.com.br, CPF: 402.787.356-49) visualizou este documento por meio do IP 177.182.178.26 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil. |
| 27 ago 2021
20:39:23 |  | Mônica Sette Lopes (E-mail: monicasette@uol.com.br, CPF: 402.787.356-49) assinou este documento por meio do IP 201.80.1.31 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil. |
| 27 ago 2021
11:22:36 |  | Leonardo Augusto Marinho Marques (E-mail: leonardo@leonardomarinho.com.br, CPF: 003.735.186-92) visualizou este documento por meio do IP 179.126.141.191 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil. |



- 27 ago 2021**
11:24:23  **Leonardo Augusto Marinho Marques** (E-mail: leonardo@leonardomarinho.com.br, CPF: 003.735.186-92) assinou este documento por meio do IP 179.126.141.191 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil.
- 27 ago 2021**
17:11:07  **Luciano Santos Lopes** (E-mail: luciano@mcampos.br, CPF: 024.653.736-17) visualizou este documento por meio do IP 201.17.132.131 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil.
- 27 ago 2021**
17:11:59  **Luciano Santos Lopes** (E-mail: luciano@mcampos.br, CPF: 024.653.736-17) assinou este documento por meio do IP 201.17.132.131 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil.
- 27 ago 2021**
10:12:26  **Edgard Audomar Marx Neto** (E-mail: edgardmarx@gmail.com, CPF: 050.370.176-96) visualizou este documento por meio do IP 201.80.1.222 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil.
- 27 ago 2021**
10:13:33  **Edgard Audomar Marx Neto** (E-mail: edgardmarx@gmail.com, CPF: 050.370.176-96) assinou este documento por meio do IP 201.80.1.222 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil.
- 27 ago 2021**
11:02:14  **Luana Magalhães de Araújo Cunha** (E-mail: magalhaes_luana@yahoo.com.br, CPF: 072.232.986-50) visualizou este documento por meio do IP 200.216.164.163 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil.
- 27 ago 2021**
11:03:23  **Luana Magalhães de Araújo Cunha** (E-mail: magalhaes_luana@yahoo.com.br, CPF: 072.232.986-50) assinou este documento por meio do IP 200.216.164.163 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil.
- 27 ago 2021**
09:49:14  **Renato Alves Ribeiro Neto** (E-mail: ribeironeto@gmail.com, CPF: 065.729.466-73) visualizou este documento por meio do IP 186.206.254.75 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil.
- 27 ago 2021**
09:51:30  **Renato Alves Ribeiro Neto** (E-mail: ribeironeto@gmail.com, CPF: 065.729.466-73) assinou este documento por meio do IP 186.206.254.75 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil.



Ao meu avô, Julio Cesar Rutowitsch Maciel

Agradecimentos

À minha orientadora, Mônica Sette Lopes, agradeço por ter me pegado pela mão e me resgatado quando estive prestes a desistir. Esta tese não teria saído sem seu estilo único de orientar. Eu não teria chegado até aqui sem você. Obrigado por ter me ensinado de tantas formas nesses 16 anos de UFMG. Fui muitas vezes inspirado por sua erudição, por sua inteligência, por sua competência, por sua bondade e, acima de tudo, por sua sinceridade. Para mim, você dá vida à palavra professora.

À minha noiva, Aline, agradeço por ter me emprestado o direito penal. Por ter me ajudado a superar vários dos percalços de uma área que não é a minha. Por ter sido minha revisora paciente. Minha coorientadora extraoficial. Obrigado por acreditar em mim. Essa é a coisa mais preciosa da minha vida.

À minha família, agradeço por terem me mostrado as coisas que hoje são as mais importantes para mim. Por terem me ensinado a vê-las, a degustá-las, a merecê-las. Esta tese é um reflexo delas. Esta tese é um reflexo de vocês.

Aos meus sócios e colegas de trabalho, agradeço por terem carregado o piano por mim todos esses meses. É maravilhoso ter ao lado pessoas competentes em quem se pode confiar.

Por fim, àqueles que forjaram minha alma.

Aos meus amigos, sempre, aos meus grandes amigos.

*All history was a palimpsest,
scraped clean and reinscribed
exactly as often as was necessary.*

Winston Smith

acima de tudo, não minta, especialmente para si mesmo

Frei Zosima

Resumo

Esta pesquisa conta uma história argumentativa das teses de inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade no Brasil. Fez-se um estudo dos julgados do STF entre 1970 e 2019. Entre 1970 e 2009, o estudo foi mais abrangente. Formou-se um banco de dados. Narrou-se a história-jurídica do período. Entre 2009 e 2019, o estudo foi mais detalhado. Desenvolveu-se um método de rastreamento e de mapeamento para permitir a verificabilidade da análise. Realizou-se um levantamento jornalístico das publicações dos principais sites jurídicos, entre 2019 e 2021. Esses artigos representam o estágio final de evolução da doutrina e estão vinculados diretamente à última decisão do STF sobre a matéria. A partir desse material, fez-se uma análise jurídico-interpretativa dos argumentos encontrados. O resultado do trabalho foi a história da ascensão da tese da exclusividade cautelar estrita. A tese se originou na doutrina, como resistência à prisão preventiva compulsória e acabou por banir qualquer forma processual de prisão-pena ou de prisão *ex lege*. Antes do trânsito em julgado, passaram a existir somente prisões cautelares, fundamentadas em concreto com base em fato superveniente e contemporâneo. Ao longo das décadas de 1990 e 2000, os defensores do precedente original do STF fizeram concessões jurisprudenciais à tese da exclusividade cautelar. Por causa dessas concessões, produziu-se um bolsão de vácuo argumentativo. Em 2008, revogou-se o art. 594. Apesar de ainda vigentes as demais regras originais do CPP, em 2009, o STF declarou a inconstitucionalidade de qualquer execução provisória. Vedou-se, de uma só vez, a possibilidade de executar condenações recorríveis de primeira e de segunda instância. Em 2011, o legislador alterou o art. 283 e revogou o art. 393, I. Nunca mais se recuperou a argumentação jurisprudencial em defesa do precedente original do STF e da redação original do CPP. Nem mesmo entre 2016 e 2019, quando o STF reinstalou a execução dos acórdãos condenatórios recorríveis. Antes do trânsito em julgado, prisão-pena se tornou um tabu. A tese da exclusividade cautelar estrita, um dogma. Em 2019, o STF decidiu que o art. 283 é constitucional e proibiu novamente a execução provisória. A *ratio decidendi* do acórdão rechaçou a tese do espelhamento constitucional e afirmou que basta alteração do CPP por lei ordinária para reinstalar a execução provisória. Apesar disso, a ementa foi redigida de forma propositalmente ambígua. A doutrina passou a desinformar e agir como se a decisão tivesse retomado o precedente constitucional de 2009. Passou a defender que nem por PEC pode ser reinstalada a execução provisória. A usar estratégias narrativas e argumentativas para soterrar razões jurídicas,

apropriar-se do debate e converter o senso comum. Posicionando-se em contrário, esta pesquisa provou que a tese da exclusividade cautelar estrita não é compatível com a Constituição. É razoável interpretar que o legislador vedou a execução provisória por meio do art. 283. É impossível encontrar a mesma vedação no texto constitucional. A tese da exclusividade cautelar estrita sequestrou a Constituição. O resultado dessa distorção é que, hoje, no Brasil, chama-se de presunção de inocência o seu exato oposto.

Palavras-chave: execução provisória, presunção de inocência, exclusividade cautelar, história argumentativa

Abstract

IMPRISONMENT BY APPEALABLE CONVICTIONS IN BRAZIL: History of the legal reasoning behind the theses of unconstitutionality of the immediate enforcement of first- and second-degree convictions.

This thesis tells the history of the cases for the unconstitutionality of the imprisonment by appealable convictions in Brasil. It produced a complete historic-legal study of the jurisprudence of the Brazilian Constitutional Court (“STF”), from 1970 to 2009. A verifiable database was created. A deeper analysis was provided on each of the main rulings of the STF, from 2009 to 2019. A tracking and mapping method was developed to study the legal reasoning. A study was provided on the legal articles published between 2019 and 2021. These articles allow a contextual analysis of the final stage of the evolution of the legal doctrine on the subject. The result of this thesis was the unveiling of the history of the ascension of the “strict preventiveness exclusivity theory”. The theory was brought up by the legal doctrine, originally as an insurgence against the compulsory preventive arrests and ended up eliminating all types of anticipated punitive and *ex lege* imprisonments. Over the years, the justices that upheld the original precedent made concessions to this ascending theory. Because of such concessions, a vacuum pocket of reasons took place. In 2008, the mandatory imprisonment as a requirement to appeal was revoked. In 2009, the STF overruled the precedent and declared unconstitutional all imprisonment by appealable convictions, even while pending only appeals to higher courts. The original and unrevoked criminal procedural rules were rendered void. Only in 2011, the criminal procedural code was altered. Imprisonment by appealable first-degree conviction was officially revoked. A new rule was created (article 283). Prior to the official notice that the lawsuit has ended, all imprisonment must be preventive. All punitive imprisonments decreed prior to the end of the lawsuit were prohibited. Not prior to the end of the right to appeal, prior to the termination of the procedure, which is the official notice issued by court. The upholders of the original precedent never recovered from that. For a brief period, between 2016 and 2019, the STF reinstated the constitutionality of the imprisonment by second-degree appealable convictions. But, even then, it grounded the ruling on preventive reasons. Punitive imprisonment immediately after conviction became a constitutional taboo. The strict preventiveness exclusivity theory became a dogma. In 2019, the STF, in its most recent ruling, decided that the article 283 is

constitutional. Imprisonment by second-degree appealable convictions was once again prohibited. However, the *ratio decidendi* of the ruling did not ground the prohibition on constitutional grounds. It grounded the prohibition on the legislative autonomy of the congress. Therefore, according to the ruling, congress may reverse the situation by simply revoking article 283. The legal doctrine undertook to misguide the interpretation of the ruling and pretended that it restored the 2009 precedent. It has defended that the legislation cannot be altered back, not even with an Amendment to the Constitution. Opposing that movement, this thesis shows that the strict preventiveness exclusivity theory is not constitutionally mandatory. This thesis reasoned that imprisonment by appealable convictions cannot be unconstitutional under the current Brazilian Constitution.

Keywords: imprisonment by appealable conviction, presumption of innocence, preventiveness exclusivity, history of legal reasons

Lista de Ilustrações

Figura 1 - Linha do tempo: Interpretação CPP x LEP.....	161
Figura 2 - Sentidos Originais.....	162
Figura 3 - Sentidos Superpostos: Fase de Transição	163
Figura 4 - Sentidos Resultantes: Tese da Exclusividade Cautelar Estrita	164
Figura 5 - Evolução Entendimento Min. Gilmar Mendes	201
Figura 6 - Linha do Tempo: Jurisprudência Constitucional	213
Figura 7 - Linha do Tempo - Inciso LVII: Regra ou Princípio	259
Figura 8 - Núcleo do Princípio: Fases Processuais.....	274
Figura 9 - Núcleo do Princípio: Juízo de Culpa	274

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ação Direta de Constitucionalidade	ADC
Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI
Advocacia Geral da União	AGU
Agravo em Recurso Extraordinário	ARE
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	ADPF
Argumento	Arg.
Artigo (de lei, tratado, etc.)	Art.
Artigo 283 do Código de Processo Penal	Art. 283
Artigo 300 do Código de Processo Penal	Art. 300
Artigo 310 do Código de Processo Penal	Art. 310
Artigo 312 do Código de Processo Penal	Art. 312
Artigo 393 do Código de Processo Penal	Art. 393
Artigo 594 do Código de Processo Penal	Art. 594
Artigo 597 do Código de Processo Penal	Art. 597
Artigo 637 do Código de Processo Penal	Art. 637
Artigo 669 do Código de Processo Penal	Art. 669
Código Civil	CC
Código de Processo Penal	CPP
Código Penal	CP
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	CFOAB
Conselho Nacional de Justiça	CNJ
Constituição Federal (Constituição da República Federativa do Brasil)	CF
Emenda Constitucional	EC
<i>Habeas Corpus</i>	HC
Inciso LVII Artigo 5º Constituição Federal	Inciso LVII
Inciso LXI Artigo 5º Constituição Federal	Inciso LXI
Inciso LXVI Artigo 5º Constituição Federal	Inciso LXVI
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais	IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística	IBGE
Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84)	LEP
Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	LINDB

Ordem dos Advogados do Brasil	OAB
Organização das Nações Unidas	ONU
Partido Comunista do Brasil	PC do B
Partido Ecológico Nacional	PEN
Procuradoria Geral da República	PGR
Partido Progressistas do Piauí	PP-PI
Recurso em <i>Habeas Corpus</i>	RHC
Recurso Extraordinário	RE
Sociedade Brasileira de Direito Público	SBDP
Supremo Tribunal de Justiça	STJ
Supremo Tribunal Federal	STF
Tribunal Regional Federal	TRF
Tribunal Superior Eleitoral	TSE
Universidade Estadual do Rio de Janeiro	UERJ
Universidade Federal de Minas Gerais	UFMG
Universidade de São Paulo	USP

Sumário

INTRODUÇÃO	18
UMA HISTÓRIA ARGUMENTATIVA	22
CAPÍTULO I	29
1. ASCENSÃO DA TESE DA EXCLUSIVIDADE CAUTELAR	29
1.1. A TESE DA EXCLUSIVIDADE CAUTELAR.....	29
1.1.1. <i>Comparativa da evolução dos conceitos</i>	32
1.2. ESTUDO JURISPRUDENCIAL DE 1970 A 2009	36
1.3. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941	38
1.4. “LEI FLEURY” DE 1973.....	41
1.4.1. <i>Pequenas mudanças decorrentes da aplicação do art. 594</i>	42
1.5. LEI DE EXECUÇÃO PENAL DE 1984.....	47
1.6. CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	49
1.7. 1988 A 2004: CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA	53
1.7.1. <i>1988 a 1995: as decisões do pleno</i>	54
1.7.1.1. HC 68726 (1991) – execução após condenação em segunda instância	55
1.7.1.2. HC 69696 (1992) – lançamento do nome do réu no rol dos culpados.....	57
1.7.1.3. HC 69964 (1992) – execução de acórdão – competência originária do tribunal	62
1.7.1.4. HC 72366 (1995) – recolhimento à prisão para apelar	65
1.7.2. <i>Evolução das dissidências</i>	85
1.7.2.1. Sepúlveda Pertence	87
1.7.2.2. Marco Aurélio	89
1.7.2.3. Celso de Mello	94
1.8. 2004 A 2009: PERÍODO DE TRANSIÇÃO JURISPRUDENCIAL NAS TURMAS DO STF	103
1.8.1. <i>Rcl 2391 (2003)</i>	103
1.8.1.1. Afetação ao pleno dos processos sobre a matéria	110
1.8.2. <i>Mudança no âmbito das turmas</i>	112
1.8.2.1. Mudança da 1ª turma: 2004.....	115
1.8.2.2. Resistência da 2ª turma até 2006.....	122
1.8.2.3. Mudança da 2ª Turma: 2006	123
1.8.2.4. Breve retrocesso da 1ª Turma: 2007	127
1.8.2.5. Amarração	133
1.8.2.6. Tensão remanescente	135
1.9. SUPERPOSIÇÃO DO ART. 594 NO DEBATE JURISPRUDENCIAL.....	139

1.10.	EVOLUÇÃO TERMINOLÓGICA	144
1.10.1.	<i>Prisão cautelar</i>	146
1.10.2.	<i>Prisão processual</i>	149
1.10.3.	<i>Prisão decorrente de decisão condenatória</i>	152
1.10.4.	<i>Execução provisória</i>	154
1.10.5.	<i>Prisão provisória</i>	157
1.11.	CONSOLIDAÇÃO IMAGÉTICA DA EVOLUÇÃO CONCEITUAL	161
1.12.	LEI 12.403 DE 2011	165
CAPÍTULO II		168
2.	REVIRAVOLTAS JURISPRUDENCIAIS DE 2009 A 2019	168
2.1.	RASTREAMENTO DE ARGUMENTOS	169
2.2.	O PROCESSO DO HC 84.078/MG ATÉ O JULGAMENTO DE 2009	171
2.2.1.	<i>Destaques úteis à tese</i>	174
2.2.1.1.	Argumentação da maioria	174
2.2.1.2.	Argumentação da minoria	177
2.3.	O PROCESSO DO HC 126.292/SP ATÉ O JULGAMENTO DE 2016	181
2.3.1.	<i>Destaques úteis à tese</i>	182
2.3.1.1.	Argumentação da maioria	182
2.3.1.2.	Argumentação da minoria	185
2.4.	O PROCESSO DAS ADC 43, 44 E 54 ATÉ O JULGAMENTO DE 2019	187
2.4.1.	<i>Destaques úteis à tese</i>	192
2.4.1.1.	Argumentação da maioria	193
2.4.1.2.	Argumentação da minoria	195
2.5.	MINISTROS QUE MUDARAM DE POSIÇÃO	198
2.5.1.	<i>O voto da Min. Rosa Weber no julgamento HC 152.752, em 2018</i>	198
2.5.2.	<i>Os votos do Min. Dias Toffoli entre 2016 e 2019</i>	199
2.5.3.	<i>Os votos do Min. Gilmar Mendes</i>	201
2.5.3.1.	2009 – HC 84.078/MG	201
2.5.3.2.	2016 – HC 126.292/SP e cautelar nas ADC 43 e 44	202
2.5.3.3.	2018 – HC 152.752/PR	208
2.5.3.4.	2019 – ADC 43, 44 e 54	212
2.6.	JURISPRUDÊNCIA DO STF POR PERÍODOS	212
CAPÍTULO III		214
3.	JORNALISMO JURÍDICO DE 2019 A 2021	214
3.1.	MÉTODO DE LEVANTAMENTO JORNALÍSTICO	216
3.2.	PROPOSTAS DE MUDANÇA LEGISLATIVA EM 2019	217
3.3.	ARTIGOS SOBRE AS ADC 43, 44 E 54	218

3.3.1.	<i>Inconstitucionalidade da execução provisória</i>	219
3.3.2.	<i>História jurisprudencial anterior a 2009</i>	224
3.3.3.	<i>Construções sutis</i>	225
3.3.4.	<i>Mudança? Nem por PEC</i>	227
3.3.5.	<i>Câmara de eco</i>	228
3.3.6.	<i>Espantinho do caso da minoria</i>	232
3.3.7.	<i>Silenciamento do Debate</i>	233
3.4.	ARTIGOS SOBRE A LEI 13.964/19	235
3.5.	LEVANTAMENTO JORNALÍSTICO DE 2009 E 2016	237
CAPÍTULO IV		239
4.	AVALIAÇÃO DAS RAZÕES JURÍDICAS	239
4.1.	VÁCUO ARGUMENTATIVO	240
4.2.	SOTERRAMENTO	243
4.3.	PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS	248
4.3.1.	<i>Regra ou princípio?</i>	251
4.3.2.	<i>Aplicação da norma pelo STF por períodos</i>	258
4.3.3.	<i>Regra e princípio</i>	260
4.3.4.	<i>Principiologismo</i>	263
4.4.	NÚCLEO ESSENCIAL DE UM PRINCÍPIO	270
4.4.1.	<i>Modelos de delimitação do núcleo essencial</i>	272
4.4.2.	<i>O núcleo vai até o trânsito em julgado</i>	277
4.5.	JUÍZO DE CULPA NAS PRISÕES CAUTELARES	279
4.5.1.	<i>Incompatibilidade com a ideia de núcleo essencial</i>	281
4.5.1.1.	Princípios com núcleos colidentes	283
4.6.	RACIOCÍNIO CIRCULAR	284
4.7.	PREMISSAS ARBITRÁRIAS	286
4.7.1.	<i>Inciso LVII</i>	287
4.7.2.	<i>Inciso LXI</i>	288
4.7.3.	<i>Sedimentação de premissas arbitrárias sobre o direito</i>	291
4.8.	ESCOMBROS DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL	293
4.8.1.	<i>Inversão do sentido constitucional de “crimes inafiançáveis”</i>	293
4.8.2.	<i>Interrupção da prescrição da condenação em 2º grau</i>	295
4.9.	PROCESSO PENAL: PERSPECTIVAS INTERNA E EXTERNA	296
4.10.	INCOMPATIBILIDADE DO SISTEMA COM A TESE DA EXCLUSIVIDADE CAUTELAR ESTRITA	298
4.11.	CONCESSÃO PARCIAL À TESE DA EXCLUSIVIDADE CAUTELAR ESTRITA	299
4.12.	DOGMA E TABU	301
4.13.	LOBO EM PELE DE CORDEIRO	302

4.14. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E <i>CARCER AD CUSTODIAM</i>	304
4.15. CAMINHOS ABERTOS	306
CONCLUSÃO	308
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA GERAL	315
PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA – CAPÍTULO I	320
ARTIGOS JURÍDICOS – CAPÍTULO III	322
APÊNDICE A – ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL POR PERÍODO.....	338
APÊNDICE B – JULGADOS DO STF ATÉ 2009 POR CHAVE DE BUSCA E POR TEMA	338
APÊNDICE C – MAPA DOS ARGUMENTOS (2009)	338
APÊNDICE D – MAPA DOS ARGUMENTOS (2016).....	338
APÊNDICE E – MAPA DOS ARGUMENTOS (2019)	338
APÊNDICE F – MAPA DOS ARGUMENTOS – MUDANÇAS DE POSIÇÃO (2009 A 2019).....	338
APÊNDICE G – LEVANTAMENTO DE PUBLICAÇÕES – ADC 43, 44, 54 (2019)	338
APÊNDICE H – LEVANTAMENTO DE PUBLICAÇÕES – LEI 13.964 (DEZ. 2019)	338
APÊNDICE I – LEVANTAMENTO DE PUBLICAÇÕES – HC 126.292/SP (2016)	338
APÊNDICE J - LEVANTAMENTO DE PUBLICAÇÕES – HC 84.078/MG (2009).....	338
APÊNDICE K – BANCO DE ARGUMENTOS (2009)	338
APÊNDICE L – BANCO DE ARGUMENTOS (2016)	338
APÊNDICE M – BANCO DE ARGUMENTOS (2019).....	339
APÊNDICE N – ANÁLISE ESQUEMÁTICA (2009, 2016 E 2019)	339

INTRODUÇÃO

Esta tese é sobre a prisão antes do trânsito em julgado no Brasil. O termo prisão, constante do título, inclui os conceitos de prisão-pena (*carcer ad poenam*) e prisão cautelar (*carcer ad custodiam*). Tornou-se hegemônico, no Brasil, o entendimento de que, antes do trânsito em julgado, seria inconstitucional qualquer forma de prisão-pena. Sob a égide do inciso LVII art. 5º CF, somente seriam permitidas prisões cautelares. É nesse contexto que se desenvolveram as teses de inconstitucionalidade da execução provisória. Hoje, até mesmo os defensores da execução de acórdão condenatório recorrível concedem que ela teria uma natureza cautelar, ainda que abstrata. Propõe-se contar a história argumentativa da consolidação dessa ideia, que se denominou “tese da exclusividade cautelar”, a partir de uma fonte primária principal: a jurisprudência do STF. É dessa história que se pretendem extrair os principais conceitos e argumentos que dão contorno às teses de inconstitucionalidade da execução provisória. Ao final do trabalho, posicionar-se-á crítica e fundamentadamente sobre esses argumentos.

Antes de seguir a isso, porém, é importante alertar o leitor de algumas coisas. A primeira delas é que o autor não é um especialista em processo penal. Apesar de ter estudado anteriormente o caso da ADPF 153 (Lei da Anistia), o enfoque principal sempre esteve entre a filosofia do direito e o direito constitucional. A teoria da argumentação sempre foi sua área de predileção. Foi a ela que se dedicaram os trabalhos anteriores. Poder-se-ia dizer que foi a ela que se dedicou grande parte de uma vida.

Há quase uma década que participa intensamente da construção da tradição dos debates competitivos no Brasil. Nesse período, fundou o Instituto Brasileiro de Debates. Ajudou a se desenvolverem sociedades de debates nas principais universidades e, agora, escolas do país. Participou muito de perto da construção de um projeto em especial: o Senatus, na UFMG. Por muitos anos, viveu intensamente o debate, aos sábados e fora deles, em torneios nacionais e internacionais. É essa experiência que está marcada no texto. O trabalho é produto fiel de uma forma de pensar forjada pelo debate.

O tema da execução provisória da pena se impôs ao autor. Não era esse o projeto original. A ideia inicial era trabalhar com uma ideia mais ampla de sedimentação narrativa das razões argumentativas na tradução do discurso jurídico pelo jornalismo, leigo e especializado. O plano era concluir, no doutorado, um trabalho que vinha sendo desenvolvido pé ante pé

desde a graduação, passando pelo mestrado. O julgamento do HC 126.292/SP (2016) tinha entrado apenas colateralmente no radar do projeto inicial. A curiosidade do caso que atraiu o olhar do autor foi o tratamento dado pela comunidade jurídica ao voto da Min. Rosa Weber, quando se posicionou contra seu entendimento pessoal e a favor do entendimento colegiado, no HC 152.752/PR (2018) (e.g. QUIRINO, 2019, p. 55). Esse evento, entretanto, seria apenas mais um entre muitos exemplos ilustrativos da tese. A partir dele, avaliar-se-ia se as críticas eram justas ou se a ministra agiu de forma coerente. Já se tinha a impressão de uma possível perda de sentido na tradução das razões da ministra pelo jornalismo. Suspeitava-se de que essa perda de sentido seria mais intensa no jornalismo leigo e pretendia-se analisar o comportamento do jornalismo especializado para compará-los.

Pressupunha-se, inicialmente, que se poderia confiar em grande medida nos votos dos ministros do STF como referência inicial para conhecer a questão. Para apontar os caminhos da história, da jurisprudência, dos conceitos e dos autores. Foi assim nos trabalhos anteriores. Estudou-se no detalhe as argumentações contidas no julgamento da ADPF 153, na graduação, e no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 (União Homoafetiva), no mestrado. Constatou-se, então, que até acontecia de os ministros se perderem entre as normas e as razões de decidir. Entretanto, foi sempre surpreendente o grau de apuro dos votos quanto à história das leis e da jurisprudência. Aprendeu-se a esperar muito de uma leitura detalhada dos acórdãos do STF. Especialmente desde que os votos ganharam o tamanho de livros. O que é péssimo para a jurisprudência, mas ótimo para a historiografia.

Isso não se confirmou neste caso. Por acaso ou por destino, começou-se a execução do projeto original por este caso específico. Nada mais havia sido feito. Rapidamente ficou claro que não bastaria um estudo, ainda que aprofundado, do julgamento do HC 126.292 (2016). Culpou-se o recorte. Confiou-se no STF. Entrou-se de cabeça em um trabalho de formiguinha, dissecando e catalogando os elementos históricos e argumentativos constantes dos acórdãos do pleno do STF, de 2009 a 2019. Depois de um longo e minucioso trabalho de classificação, ficou evidente que, desta vez, não bastariam as bases históricas e conceituais de que o próprio STF partiu para decidir a questão. Ficou claro que não bastaria um estudo profundo e combinado das decisões com as teorias que as inspiraram. Muitos sentidos não se encaixavam. Muitas leituras históricas eram absolutamente conflitantes.

Foi por essa razão que se optou por resgatar a história jurisprudencial do STF sobre o tema, desde os primeiros anos da década de 1970. Seria muito poético dizer que se foi movido por uma insaciável curiosidade investigativa. Conhecem-se os próprios defeitos. É inteiramente possível que algo na borda de um transtorno obsessivo compulsivo tenha sido o

motor determinante. Ciente do risco de que um trabalho assim poderia resultar em uma leitura excruciante, buscou-se criar formas alternativas de apresentação. Sempre que possível, foram produzidas tabelas e imagens. Atalhos e modelos de representação de dados.

Foi só depois de meses de trabalho que se percebeu o que se estava realmente fazendo. Nos debates competitivos, debatedores argumentam a favor ou contra proposições nos mais variados campos do saber. Não é um concurso de oratória. É uma competição pelos melhores argumentos. Um painel de juízes avalia a qualidade desses argumentos. Os juízes evitam ao máximo trazer elementos externos e vieses de confirmação. Os juízes avaliam o embate argumentativo como ele de fato foi. O que importa é o engajamento concreto dos argumentos. No modelo universitário mais utilizado no Brasil, o parlamentar britânico, duas duplas defendem uma proposição prática-moral e duas duplas atacam essa proposição. Nenhum deles escolhe o próprio lado. Ao final do debate, três juízes avaliam as argumentações e classificam as duplas do primeiro ao quarto lugar. Os juízes têm que fundamentar as razões do resultado. À arte de avaliar as razões apresentadas pelos debatedores denomina-se “adjudicação”. Esta tese se revelou como uma adjudicação do debate jurisprudencial brasileiro sobre a inconstitucionalidade das execuções provisórias.

Os anos de prática de adjudicação ensinaram muitas coisas. Uma das mais importantes delas é que a mudança de perspectiva ajuda muito na compreensão dos argumentos, na avaliação dos argumentos e, principalmente, na exposição pedagógica das razões argumentativas. Isso obviamente não é uma descoberta dos debates. É inerente à análise de qualquer objeto que se submete à razão. Quando este objeto é um juízo de valor, é o campo da Ética. Quando este juízo de valor é um dever-ser, é o campo do Direito. A prática na análise de um tipo de objeto específico leva ao aperfeiçoamento da habilidade quanto a esse objeto. É assim com os argumentos. Para conhecê-los melhor, convém experimentá-los, manuseá-los, degustá-los. Rotacionar perspectivas é a chave para a compreensão e para a comunicação de razões. É importante ir e voltar do amplo ao estreito. Do macro ao micro. Do geral ao específico. Do superficial ao profundo. Do passado ao presente. Do exterior ao interior. Do forasteiro ao nativo. É bem-vindo ser, ao mesmo tempo, *outsider* e *insider*.

Desde muito cedo na pesquisa, identificou-se uma perda de sentido das palavras: “execução”, “provisória”, “cautelar”, “culpado”, “inocente”, “presunção”, “sentença”, “decisão definitiva”, “fundamentação”, entre muitas outras. Ficou nítido o desencontro semântico típico de um debate de surdos. Isso foi verificado tanto nos julgamentos do STF quanto nos debates entre os autores de processo penal. Confessa-se que ir direto às fontes primárias sempre foi uma preferência do autor. Neste caso, tudo mais também indicava que

esse era o caminho certo a seguir. Foi por essa razão que se priorizou o estudo da jurisprudência ao estudo da teoria.

Foi apenas na medida em que os julgados do STF confirmavam os autores que influenciaram os votos dos ministros que se aprofundou o estudo de cada um deles. Faz todo sentido cobrar do *outsider* o pedágio de dominar substancialmente a teoria especializada antes de começar o estudo empírico de um assunto. Abandonar levianamente a cobrança desse pedágio seria correr um enorme risco de se produzir, e submeter à avaliação, uma pesquisa que poderia ter ficado superficial e inadequada. Se isso se confirmasse, ter-se-ia desperdiçado um tempo vasto e precioso do autor, do orientador e de todos os membros da banca. Consciente desse risco, foram tomadas precauções adicionais. Ao longo do estudo jurisprudencial, redobrou-se o cuidado de registrar todas as citações doutrinárias dos ministros do STF. Após a filtragem, foi-se ao original de todas as fontes disponíveis.

Um alerta final ao leitor. É importante deixar claro sobre o que esta tese não é. Esta tese não é sobre direito comparado nem sobre direito internacional. Esta tese não é sobre a doutrina processual penal e suas raízes na doutrina italiana ou qualquer outra. Esta tese não é sobre a história jurisprudencial do STF anterior a 1970. Esta tese não é sobre argumentos pragmáticos ou sobre política penitenciária. É inevitável que esta tese aborde, em maior ou menor medida, todos esses assuntos. Alguns serão apenas tangenciados. Outros serão aprofundados. Todos eles serão utilizados apenas na medida em que se enquadrem no foco primário desta tese: a inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Seria ótimo poder dizer também que esta tese não é sobre prisões cautelares. Sabe-se bem que os adeptos da tese da exclusividade cautelar estrita concordam integralmente com essa opinião. Ao final, o leitor sagaz entenderá a ironia. De fato, primariamente, a tese não é sobre prisões cautelares. Evitar-se-á enveredar pela teoria das prisões cautelares em sentido estrito, em especial das prisões preventivas e temporárias. Isso será possível sempre que os dados levantados não tiverem relevância para o debate sobre a execução provisória. Entretanto, como se verá, os conceitos se tornaram indissociáveis no debate jurídico brasileiro.

Uma história argumentativa

Esta tese não é só uma história dos argumentos. É uma história descoberta dentro dos argumentos. Como um caçador de tesouros que os descobre em uma arca enterrada no fundo do mar. É uma história que só pode ser compreendida na vida própria dos argumentos. Sua dança, sua arte. É uma história que só pode ser contada em argumentos.

Da mesma forma que a história tem papel de fonte na expressão “argumentação histórica”, os argumentos têm papel de fonte na expressão “história argumentativa”. Mas a função principal da argumentação histórica é ser argumento. Tal como a função principal da história argumentativa é ser história. É a história da prisão antes do trânsito em julgado. A história do processo penal. História da Constituição. Uma história da civilização brasileira. Na expressão, o substantivo “história” subordina o adjetivo “argumentativa”. Mas o substantivo também é transformado pelo adjetivo. É indissociável dele. Incompreensível sem ele.

A transformação de sentidos provocada por este debate mudou muito mais do que a prática processual penal. Impactou muito mais do que a aplicação das regras de aprisionamento antes do trânsito em julgado. Transformou a vida de uma sociedade e a história de um povo. É porque esta tese trabalha, em última instância, com essa contaminação de sentidos entre o direito e o senso comum, que se faz uma história argumentativa. Ela é uma história dos argumentos também e será assim denominada muitas vezes ao longo do trabalho. Mas é mais do que isso.

O objeto desta tese é o estudo das palavras ditas. Das razões como foram apresentadas. Dos argumentos como foram debatidos. Das decisões segundo seus fundamentos expressos. É uma breve história do sentido das palavras, para o direito e pelo direito. Esta tese não é sobre as influências ocultas, sobre as trocas de bastidores, sobre os interesses jogados para debaixo do tapete, sobre as relações que se dão por detrás das cortinas. Esta tese é sobre o maior e melhor controle que se tem sobre as decisões dos tribunais: sua fundamentação explícita. Para controlá-las, é preciso conhecê-la.

O objeto desta tese é o texto. O texto confessa e testemunha. O texto prioriza e destaca. O texto compara e contrasta. É delicada e sofisticada a arte de ouvir à confissão sussurrada do texto. É oposta à ideia de torturá-lo até que confesse. Exige respeito à presença do outro no texto, que muitas vezes discorda de quem lê. A receita que se seguiu foi sempre

tentar interpretar o outro no texto à melhor luz. Foi com esses cuidados que se resgatou, organizou, analisou e rotulou argumentos jurídicos ao longo do trabalho.

O objeto desta tese é uma história dos argumentos jurídicos, a partir da jurisprudência do STF. Ao escrevê-la, preocupou-se com a verificabilidade da história que se estava a contar. Partilha-se do sofrimento do leitor. É impossível conferir tudo que se lê. É muito difícil checar cada uma das passagens de uma síntese ou de um relato para chegar à própria interpretação sobre o fato. É imprescindível confiar no autor, em grande medida. Confiar na sua versão, no seu recorte, na fidedignidade do fio que puxou. Verifica-se aqui e ali, mas nunca se verifica tudo. Acumula-se a leitura de páginas de fatos e de argumentos, confiando na honestidade e na competência de alguém. E é por isso que descobrir a inexistência de uma das duas, especialmente da honestidade, é tão devastador. A perda de credibilidade narrativa de um autor pode ser desnorteante. Às vezes pode ser até enfurecedor.

A credibilidade narrativa é multifacetada. Para merecê-la, é preciso interpretar bem e expor bem o que se interpretou. Foi pensando nisso que se desenvolveram ferramentas que permitam ao leitor manipular, de perspectivas diversas, o objeto narrado. Para que não sinta o que se sente com frequência: perdido e à mercê do tradutor. A proposta não é mostrar que não se errou. Pelo contrário. A proposta é inclusive poder errar melhor. É assumir o risco da exposição total para que o leitor contribua para identificar os erros. Dessa vulnerabilidade brutal, espera-se revelar que não faltou honestidade, apenas competência.

O objeto desta tese é o caso da inconstitucionalidade das execuções provisórias no Brasil. Um objeto de estudo complexo. Ao longo do trabalho, escavou-se um amplo sítio arqueológico de fatos e documentos históricos que envolviam o caso: reformas legislativas, anais da constituinte, julgados dos tribunais, posições doutrinárias e matérias jornalísticas. Constatou-se a existência de um emaranhado de informações e muitos eventos potencialmente contraditórios.

Lidou-se com a amplitude e com a diversidade das informações extraídas da pesquisa empírica documental aplicando métodos variados de análise e síntese. Análise como quebra dos fatos e dos argumentos jurídicos, classificando-os segundo critérios lógicos. Síntese como reorganização dos fatos e dos argumentos jurídicos, apresentando-os de forma coerente e didática ao leitor. Escavação, polimento, identificação, classificação, organização e disposição. Esse foi o percurso metodológico inicialmente utilizado, indo fundo na metáfora arqueológica. Entretanto, percebeu-se que, além desse método, o estudo aprofundado dos argumentos, para gerar mapas capazes de orientarem o leitor em sua busca, requeria também

um método próprio, o qual se denominou “rastreamento”. O método será apresentado ao longo da tese, em especial no segundo capítulo.

Para construir esta história argumentativa, priorizar-se-á a fonte primária. Primeiro o texto original das decisões judiciais, depois o que os estudiosos disseram a respeito dele. A doutrina será trazida ao trabalho no limite da medida em que for relevante para os argumentos judiciais. Com isso mitigam-se dois problemas principais: a perda de significado inerente à conversão do discurso da alta resolução com que foi apresentado na decisão para a baixa resolução da síntese feita pelos autores (síntese da síntese); e o risco de associação a uma eventual espiral de confirmação de vieses, caso ela exista no debate em questão (interpretação da interpretação).

Os três primeiros capítulos priorizarão juízos de fato, evitando ao máximo a contaminação da voz narrativa pelo objeto de estudo: juízos de valor. É especialmente desafiador fazer uma história dos argumentos porque os argumentos jurídicos são juízos de dever-ser, são juízos de valor vinculados ao direito. Aos argumentos jurídicos interessa a validade. À reconstrução histórica que se busca fazer interessa primeiro a verdade. Inclusive por isso a preocupação metodológica com a verificabilidade.

Em qualquer situação é extremamente difícil manter uma voz historiográfica o mais neutra possível. É ainda mais difícil mantê-la impermeável a juízos de valor quando o objeto de estudo é exclusivamente normativo. O risco de contaminação é constante, especialmente quando adotado um estilo mais fluido de escrita. Com consciência disso, confia-se na generosidade do leitor de interpretar as sentenças que virão, buscando relacionar juízos de valor, aparentemente soltos, ao Ministro, ao advogado, ao jurista, ou a qualquer outro emissor do discurso que se esteja analisando no contexto específico.

O período histórico analisado vai de 1970, ano da primeira decisão encontrada a partir das chaves de busca utilizadas, até 2019, ano da decisão das ADC 43, 44 e 54. A análise foi mais abrangente no período de 1970 a 2009. O objetivo era resgatar o maior número de fragmentos históricos jurisprudenciais. A análise foi mais profunda no período de 2009 e 2019. O objetivo era resgatar com maior qualidade os argumentos mais recentes do pleno do STF sobre a questão.

O **Capítulo I** parte de uma perspectiva mais abrangente para contar a história que levou do precedente pré-constitucional à hegemonia da “tese da exclusividade cautelar”, em suas versões ampla e estrita. Foi essa tese que permitiu a superação do precedente original pelo tribunal pleno do STF, em 2009. No início do capítulo, introduzir-se-á brevemente o conceito, para não deixar o leitor desamparado. Ao longo do capítulo, demonstrar-se-ão como

a história de superação do precedente foi complexa e heterogênea. Definir-se-ão os períodos de virada e de retorno de cada turma do STF. Narrar-se-á a evolução do entendimento dos principais dissidentes. Explicitar-se-á como houve uma gradativa, mas profunda transformação dos conceitos e dos sentidos subjacentes ao discurso jurídico.

Para produzir essa história dos argumentos, partiu-se de um método claro e rastreável de levantamento, análise e catalogação dos julgados do STF. Registraram-se todas as chaves de busca utilizadas – selecionadas e validadas a partir da própria história jurisprudencial, antiga e recente. O banco de dados obtido como resultado da pesquisa pode ser encontrado no Apêndice B. O material foi produzido com o objetivo de servir ao leitor como fonte de consulta ao longo do texto, permitindo que participe do manuseio dos argumentos de perspectivas diversas ao longo do trabalho.

Para facilitar a consulta e o transporte de dados, manteve-se, no banco de dados da tese, a numeração oficial do site de busca do STF (e.g. HC 72366). O uso da pontuação adequada segundo a ABNT dificultaria muito a localização rápida de informações. Adicionou-se apenas o ano entre parêntesis para referência cronológica: HC 72366 (1995). Este é o formato oficial que será utilizado para se referir a todos os julgados obtidos por meio do levantamento. Durante a tese, o leitor constatará que alguns julgados foram descritos de forma distinta, como é o caso do HC 84.078/MG. Os julgados que forem descritos dessa forma constam como referência autônoma na bibliografia. Todos os demais constam do banco de dados do primeiro capítulo.

O **Capítulo II** resultou de uma completa e detalhada análise das argumentações jurídicas de cada um dos ministros durante a fase de mudanças de entendimento do pleno do STF, entre os anos de 2009 e 2019. A partir disso, extraíram-se conclusões sobre as posições argumentativas de cada ministro do STF e a *ratio decidendi* de cada decisão. Essas conclusões serviram como parâmetro para análises desenvolvidas nos capítulos seguintes.

Para estudar essas argumentações, desenvolveu-se um método de rastreamento de argumentos que permite identificar, registrar e classificar cada um dos argumentos empregados nas decisões do STF. A partir desse método, produziram-se mapas argumentativos de cada um dos julgamentos. Os mapas permitem que o leitor perceba a argumentação de uma perspectiva ampla e visual. Caso deseje, ele pode se aprofundar apenas naqueles pontos que tenham ficado menos claros. O banco de dados da análise argumentativa será disponibilizado nos apêndices. O leitor que já conhece o conteúdo pode apenas usufruir de uma nova perspectiva dada ao debate, sem que seja necessário ler páginas de síntese corrida que sempre resultam em dúvidas sobre a adequação do recorte. Caso deseje esclarecer

ou aprofundar algum ponto específico, o leitor pode recorrer aos apêndices apenas naquilo que lhe parece estranho no mapa ou nas considerações feitas ao longo da tese.

Pelo mesmo processo, é possível ir e voltar prontamente a cada argumento ao longo do estudo, na medida em que o texto sugira novos raciocínios ou conclusões. Arranjos diversos de uso do material ficam disponíveis ao leitor. Um bom exemplo é a possibilidade de pentangulação entre o mapa, os destaques úteis à tese no corpo do texto, o acórdão original, a análise esquemática do apêndice e o banco de dados com todos os argumentos classificados. Parece complicado falando assim, mas é apenas um processo de desmontar e remontar a argumentação, classificando-a e rearranjando-a em ordens diferentes. Com isso, perspectivas novas são adicionadas à leitura do debate. Fica muito mais fácil identificar erros mais abrangentes, como a ausência de argumentos ignorados, e erros específicos, como o erro de tradução de uma ideia original.

No **Capítulo III**, será analisada a forma como os sites jurídicos especializados receberam as decisões mais recentes do STF. Encomendou-se o levantamento de dados jornalísticos¹ a serem analisados. Contrataram-se os serviços de Marcela Bulhões Alberto Dantas, formada em Geografia e prestes a concluir o curso de Comunicação Social (Jornalismo), pela UFRN. Graças à pesquisadora, ganhou-se muita eficiência no levantamento e na filtragem do material. Além disso, reduziu-se significativamente o viés de confirmação do processo de busca e de filtragem. Aproveitou-se para instruir a pesquisadora a incluir sua impressão acerca do posicionamento constante dos artigos. A partir disso, pôde-se obter as impressões iniciais de um terceiro desinteressado a respeito da inclinação das publicações.

Por uma questão de tempo e de foco, o trabalho acabou priorizando os artigos jurídicos publicados entre os anos de 2019 e 2021. Os artigos foram previamente filtrados pela pesquisadora com base em sua relação com as ADC 43, 44 e 54 ou com a Lei 13.964/19. A partir dessa filtragem, analisou-se cada um dos 89 artigos resultantes, classificando-os conforme a presença de elementos argumentativos da tese da exclusividade cautelar. O resultado pode ser encontrado pelo leitor nos Apêndices G e H. Destacaram-se, em especial, os erros de juízos de fato percebidos na confrontação entre a versão histórica dos artigos levantados e a versão histórica da tese.

¹ Lista completa das sites consultados pela pesquisadora: Agência Brasil, Âmbito Jurídico, Canal Ciências Criminais, Centro Universitário FAG, Consultor Jurídico, Conteúdo Jurídico, Correio Forense, Direito Net, EMERJ, Empório do Direito, Estadão, Faculdade Eduvale, Folha de São Paulo, G1, GEN Jurídico, IBCCRIM, IMED, JM Online, Jurídico Certo, Jus, Jusbrasil, Justificando, Migalhas, OAB-RJ, Portal de Periódicos da UFC, PUC-PR, Revista de Direito Brasileira (no portal Index Law Journals), UFRR, e UFSC.

Da análise desses artigos, extraiu-se uma caracterização do *status quo* da dogmática jurídica, hoje, sob a hegemonia da tese da exclusividade cautelar estrita. Acredita-se que o levantamento representa bem o pensamento jurídico institucionalizado, com todos os seus estratos de especialização. Foi intencional que não tenha ficado restrito apenas a artigos “referenciáveis”, que compõem a elite do pensamento jurídico brasileiro. Buscou-se, com isso, avaliar a forma de absorção da tese da exclusividade cautelar pelas demais camadas, incluindo os textos de menor qualidade.

Por fim, no **Capítulo IV**, serão libertados os juízos de valor pacientemente contidos ao longo de todo o trabalho. Serão avaliadas as principais razões jurídicas encontradas. Serão corrigidos os erros de leitura histórica e jurisprudencial em relação aos períodos estudados. Demonstrar-se-á como a tese da exclusividade cautelar estrita inverteu a lógica do texto constitucional e esvaziou a competência legislativa. A partir das conclusões obtidas dessa análise, posicionar-se-á quanto às alternativas hoje disponíveis ao sistema processual penal brasileiro.

Nos Capítulos I, II e III, a tese combinará os tipos de pesquisa histórico-jurídica e jurídico-descritivo (GUSTIN, DIAS e NICÁCIO, 2020, p.80 e seg.). O foco principal será fazer uma história argumentativa. Para isso, combina-se a metodologia da história com a formação de um banco de dados sobre a jurisprudência do período. Utilizar-se-á o método de diagnóstico do banco de dados para obter uma visão mais limpa dos fatos históricos. Despoluída das subjetividades da narrativa doutrinária. A priorização da fonte primária jurisprudencial, em detrimento da fonte doutrinária, harmoniza-se com a estratégia metodológica adotada. Será possível, porém, mapear os pontos de convergência entre a teoria e a jurisprudência. Com isso, serão registradas várias pistas de onde e como aprofundar posteriormente o estudo da doutrina.

No Capítulo IV, o tipo de pesquisa realizado será eminentemente jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo (ibid.). Aproveitar-se-á o resultado da pesquisa histórico-jurídica e jurídico-descritiva para levantar os principais argumentos utilizados no debate jurisprudencial. A partir desse levantamento, será produzida uma análise lógica desses argumentos. Será decomposto o problema. A partir dessa decomposição, tentar-se-á embasar conclusões dentro dos limites do estudo realizado.

Uma última dica ao leitor. Falar-se-á de leis, artigos, parágrafos, incisos, alíneas. Para desburocratizar o texto, utilizou-se as versões o mais fluidas e enxutas possível para se referir às normas. As mais recorrentemente utilizadas constam da Lista de Siglas e Assinaturas. Para

sua conveniência, as alterações mais relevantes do CPP foram organizadas e dispostas em uma tabela didática no Apêndice A.

CAPÍTULO I

1. ASCENSÃO DA TESE DA EXCLUSIVIDADE CAUTELAR

Em 5 de fevereiro de 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, o pleno do STF decidiu que a execução provisória da pena privativa de liberdade era inconstitucional. Toda prisão antes do trânsito em julgado passou a requerer fundamentação cautelar concreta. As decisões condenatórias, de primeira e de segunda instância, passaram a ter que enquadrar os decretos de prisão nas hipóteses de prisão preventiva do art. 312.

Essa não foi uma decisão inesperada. Foi uma decisão prenunciada em 2006, quando a segunda turma do STF formou maioria pela inconstitucionalidade da execução provisória. Foi uma decisão prenunciada antes ainda, em 2004, quando a primeira turma do STF já havia passado a adotar esse entendimento. Ou nos primeiros anos da década de 1990, quando os mais influentes doutrinadores penais do Brasil já defendiam que o inciso LVII art. 5º da então nova Constituição vedava qualquer forma de prisão-pena antes do trânsito em julgado. Ou mesmo antes da Constituição, quando se promulgou a LEP, em 1984, carregada de antinomias contra o CPP.

A decisão de 2009 foi o desfecho de um longo processo histórico-jurídico. Consolidou décadas de desenvolvimento doutrinário, legislativo e jurisprudencial. Foi uma conquista arquitetada pela qual se batalhou por décadas. Uma decisão que só foi possível, em grande parte, com a conivência dos defensores do entendimento anterior, segundo o qual executavam-se imediatamente decisões condenatórias. Muito antes de 2009, os defensores da prisão decorrente de sentença condenatória já haviam concedido integralmente as bases conceituais da tese da exclusividade cautelar. É essa história que se conta neste capítulo, a partir da evolução das decisões do STF, desde 1970.

1.1. A tese da exclusividade cautelar

O termo “tese da exclusividade cautelar” é esdrúxulo da perspectiva do debate processual penal existente. Cunhá-lo tornou-se necessário especialmente em duas ocasiões ao

longo deste trabalho. Na primeira ocasião, sem pretensão de ser trazido ao texto final, serviu como um atalho cognitivo do autor para classificar argumentos do Min. Celso de Mello nos mapas dos argumentos. Na segunda ocasião, calçou como uma luva a tentativa de traçar a evolução das correntes processuais penais entre as décadas de 1980 e 1990. Principalmente depois das promulgações da LEP e da Constituição. Depois disso, ela ganhou um lugar de destaque no texto final. Suplica-se paciência aos leitores especialistas com este *outsider* que se dá tantas liberdades tão cedo.

Aqui começa o texto. Mas aqui terminou o trabalho. Este foi um dos últimos tópicos a serem redigidos. Já se haviam obtido todas as referências doutrinárias que mais influenciaram os ministros do STF nos principais julgamentos do STF ao longo das décadas. Eles serão apresentados ao longo do trabalho, na medida em que avançar o estudo da jurisprudência.

Principalmente depois da superação do precedente pelo pleno, em 2009, a doutrina processual penal se encaminhou para um entendimento quase consensual. Esse consenso é bem representado pelas posições de Guilherme Souza Nucci e Renato Brasileiro de Lima, dois dos autores atuais mais citados, inclusive pelos ministros do STF nos julgamentos de 2016 a 2019. O pensamento dos dois é similar quanto à interpretação da aplicação dos conceitos de *carcer ad poenam* e de *carcer ad custodiam* na vigência do inciso LVII (LIMA, 2020, p. 973 e seg.). É esse ponto que importa a este tópico.

Não se enfadará o leitor com uma longa explanação sobre conceitos processuais penais básicos. Para os leitores iniciantes, a obra de NUCCI oferece um capítulo que apresenta a questão de forma muito didática e compatível com as ideias das quais esta tese se aproveitará (NUCCI, 2021, p. 351 e seg.).

Em suma, desde 1988, com a previsão expressa do inciso LVII, entende-se que não há mais lugar para a execução da pena antes do trânsito em julgado. Passou a ser inaceitável confundir prisão-pena com prisão processual. Toda prisão processual passou a ser cautelar. Portanto, todas as seguintes passaram a ser espécies de prisão processual cautelar: prisão temporária, prisão em flagrante², prisão preventiva, prisão em decorrência de pronúncia e a prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível.

² Da perspectiva dos autores, a prisão em flagrante é a única dessas que gera algum problema ao corte limpo da exclusividade cautelar antes do trânsito em julgado. A prisão em flagrante tem base constitucional própria, enraizada no inciso LXI. Os doutrinadores entendem que, desde a entrada em vigor da Lei 12.403/11, não há mais dúvida sobre a questão. O flagrante, por si só, não justifica mais a permanência na prisão. Com a nova redação do art. 310 CPP, teria passado a ser imprescindível que, a partir da audiência de custódia, o juiz fundamente a prisão com base em um dos requisitos da prisão preventiva ou conceda a liberdade provisória do réu. Isso ainda deixa a prisão em flagrante com fundamento constitucional próprio durante a janela legal de 24

Até pouco antes de 2009, alguns ministros do STF, como é o caso do Min. Celso de Mello, aderiam de uma forma peculiar à ideia da exclusividade cautelar, decorrente da interpretação do inciso LVII. Entendiam que seria compatível com ela a possibilidade de se decretarem prisões automáticas naqueles casos em que o legislador as havia definido em lei. Essa posição representava parte da doutrina processual penal. Os próprios ministros referenciavam Damásio de Jesus (JESUS, 1994, p.408). É essa posição que divide as correntes ampla e estrita da tese da exclusividade cautelar. A gradativa conversão do Min. Celso de Mello da tese da exclusividade cautelar ampla à tese da exclusividade cautelar estrita é um emblema da evolução doutrinária e jurisprudencial entre as décadas de 1990 e 2000. Narrá-la é um dos objetivos deste capítulo.

Pronto. Com esses elementos, já se tem o suficiente para explicar o conceito ao leitor. A tese da exclusividade cautelar é a defesa de que nenhuma forma de execução da pena é permitida antes do trânsito em julgado. Ela se divide em duas correntes: uma ampla e uma estrita.

A tese da exclusividade cautelar ampla comporta a posição original do Min. Celso de Mello. Comporta também o entendimento de Damásio de Jesus e de todos aqueles que defendem que é possível fundamentar cautelarmente uma prisão com base em norma geral e abstrata. Com base em uma opção do legislador.

À melhor luz, o fundamento cautelar abstrato decorreria de uma ponderação prévia feita pelo legislador, que predefiniu modelos de representação de realidade. Esses modelos de representação enquadram situações fáticas das quais se extraem riscos à segurança coletiva e individual. Esses modelos de representação são, por exemplo, crimes inafiançáveis, crimes hediondos e crimes punidos com penas de reclusão superiores a tantos anos. Por sua vez, a fundamentação concreta residiria na confirmação fática, por decisão judicial, do enquadramento do réu em um desses modelos de representação de gravidade ou de periculosidade.

A tese da exclusividade cautelar estrita rechaça veementemente qualquer forma de fundamentação cautelar abstrata. Fundamentação é por essência fundamentação em concreto. Da combinação dos incisos LVII e LXI, só se pode extrair a conclusão que a motivação da ordem de prisão tem que se dar a partir de fatos concretos e reais. Com toda a força dessas redundâncias. E isso só pode ser feito pelo judiciário, caso a caso. A utilização dos modelos

horas, que é o teto previsto para a realização da audiência de custódia. Ver-se-á essa questão com calma ao longo do trabalho.

de representação configuraria uma presunção da periculosidade do réu. Ou então uma presunção da culpa do réu pelo delito de gravidade acentuada. A presunção da culpa seria incompatível com a norma do inciso LVII.

Com o tempo, essa tese foi ganhando cada vez mais rigor. Nas primeiras décadas de jurisprudência, era comum ver prisões justificadas com base na gravidade do crime cometido ou na periculosidade do réu. Essa motivação era feita em concreto pelo judiciário, então mesmo adeptos da tese da exclusividade cautelar estrita entendiam que estava tudo bem. Quanto mais força e convicção a tese ganhou, mais elementos a ela foram adicionados. Mais requisitos se passou a cobrar do juiz para poder prender alguém antes do trânsito em julgado.

Passou a ser exigida a fundamentação da prisão em fatos novos, supervenientes ao crime pelo qual o réu é acusado. Passou a ser exigida a fundamentação da prisão em fatos atuais, sendo aplicadas fórmulas doutrinárias de constatação da perda da contemporaneidade das razões da prisão. Ironicamente, a forma final da tese da exclusividade cautelar estrita pode ser encontrada na alteração do CPP promovida pela Lei 13.964/19, resultante do Pacote Anticrime (analisada infra). Um bom exemplo é a nova redação do art. 312, e do §1º art. 315, dos quais constam, como requisitos de fundamentação, “fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida adotada”.

1.1.1. Comparativa da evolução dos conceitos

O retorno no tempo revelou o quanto as palavras eram utilizadas de forma diferente pela doutrina e pela jurisprudência nas décadas de 1960 a 1980. O quanto se transformou a terminologia processual penal desde a LEP e, principalmente, desde a Constituição. Infelizmente, não será possível ir a fundo nesse fio e investigar tudo que se gostaria. Responder a todas as perguntas que ficaram latentes. Deixam-se abertas para o futuro e para o leitor.

Um dos fios puxados conduziu à constatação cristalina de que a primeira batalha disputada pelos primeiros teóricos da exclusividade cautelar foi a batalha pelo fim das prisões preventivas automáticas. Essa é a raiz histórica do art. 312³. Na origem, as prisões preventivas

³ Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

compulsórias do art. 312 registravam o predomínio da autoridade do legislador para predefinir circunstâncias em que a prisão cautelar deveria ser decretada imediatamente, com fundamentação exclusivamente abstrata. A batalha foi travada por anos nos campos da doutrina e da jurisprudência e vencida no campo legislativo, com a promulgação da histórica Lei 5.349, de 1967. A primeira de uma série de reformas legislativas que marcou o período militar. Esse paradoxo aparente será trabalhado adiante neste capítulo.

O ponto antecipado aqui é o seguinte: essa batalha original contra as preventivas automáticas marcou o tom da guerra contra o caráter abstrato da fundamentação das prisões cautelares. Gravou a história do processo penal brasileiro com uma aversão ancestral à ideia de prisões automáticas. Deu à luz uma ideia fixa que mudou a história.

Antes de se prosseguir a isso, porém, propõe-se um rápido exercício de resgate da forma de pensar e escrever de Romeu Pires de Campos Barros. Barros vivenciou diretamente a batalha original pelo fim das preventivas automáticas e seus escritos influenciaram as gerações posteriores. Em 1957, Barros disputou a Cátedra de Direito Judiciário Penal, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, com uma tese denominada: “Da Prisão Preventiva Compulsória”. A conclusão do autor, na tese, registrava o “o completo repúdio da doutrina dominante à obrigatoriedade da prisão preventiva” (BARROS, 1976, p.6). Segundo o próprio autor, o conteúdo dos princípios de sua tese foi generosamente acolhido por grandes mestres da matéria e suscitaram o “desenvolvimento de estudos especializados até na grande imprensa do país”. Disso teria resultado o que o autor denominou a “lei áurea” da história da persecução penal brasileira. Referia-se à reforma de 1967 que extirpou a prisão preventiva compulsória do sistema jurídico.

O texto que se usa como base para esse exercício é de 1976, nove anos depois da Lei 5.349/67 (ibid., p.3). Naquele momento, Romeu Pires de Campos Barros ainda apresentava uma classificação das modalidades de prisão que comportava a prisão-pena em decorrência imediata de sentença condenatória. Os conceitos de prisão provisória e de prisão cautelar se arranjavam de forma diversa da que se encontra hoje. Claro, a doutrina se vincula ao direito de seu tempo. Não há novidade nenhuma nisso. O que se quer trazer à atenção do leitor são os sentidos dados pelo autor a algumas palavras em especial.

Falando das medidas cautelares do processo penal, Barros as dividia, em 1976, da seguinte forma. Existiam cautelares conservativas e cautelares preventivas. As cautelares conservativas garantiriam que as pessoas e coisas permanecessem segundo o *status quo ante* ao longo do processo. As cautelares preventivas eram definidas por representarem uma “antecipação da **providência final**” (grifos nossos). Na descrição do próprio autor, isso é

justamente o que aconteceria com a prisão preventiva. “Prende-se o acusado para que dele se possa dispor como prova no curso do processo; para evitar que crie obstáculos na comprovação do fato; mas, isso também importa na **antecipação da pena de prisão que venha a lhe ser imposta na sentença penal**” (grifos nossos).

O autor então apresentava a seguinte classificação:

No entanto, nesse grupo, **visando conservar para fins exclusivamente do processo**, as pessoas e coisas, podem ser agrupadas, como **cautelas conservativas**:

- a) o arresto dos bens adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração (art. 125 do CPP (LGL\1941\8));
- b) o seqüestro dos bens móveis (art. 132 do CPP (LGL\1941\8));
- c) a hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado (art. 134 do CPP (LGL\1941\8));
- d) a liberdade provisória (arts. 310 e 350 do CPP (LGL\1941\8));
- e) a fiança (arts. 321, 323 e 324 do CPP (LGL\1941\8)).

Já como **cautela preventiva, por importarem na antecipação da providência definitiva**, encontram-se as seguintes:

- a) prisão provisória, que poderá resultar:
 - 1) do flagrante (art. 302, ns. I a IV, do CPP (LGL\1941\8));
 - 2) prisão preventiva em sentido estrito (arts. 311 a 316, do CPP (LGL\1941\8));
 - 3) prisão em virtude de sentença de pronúncia (art. 408, § 1.º, do CPP (LGL\1941\8));
- b) aplicação provisória de medidas de segurança e interdições de direito (arts. 373 a 380, do CPP (LGL\1941\8));
- c) a produção de prova ad perpetuam rei memoriam (art. 225, do CPP (LGL\1941\8)).

É evidente que o texto é datado. É isso que busca uma pesquisa historiográfica: marcos temporais. E é a partir deles que se fazem as comparações.

A partir dessa referência, é possível antecipar ao leitor várias das construções que serão feitas ao longo do estudo jurisprudencial. A primeira delas é como mudaram os sentidos das palavras. Em 1976, definia-se prisão provisória como o gênero que continha as espécies: flagrante, preventiva ou pronúncia. É a esse sentido de prisão provisória que se estará a referir, ao longo do texto, como sentido tradicional, original ou histórico.

Definia-se cautela preventiva como aquela que antecipa a providência definitiva. O termo providência final ou definitiva era utilizado para se referir à sentença penal. O sentido era o de decisão de mérito, em oposição às decisões preliminares, cautelares. É importante destacar essa diferença porque, depois da ascensão da tese da exclusividade cautelar estrita,

definitividade passou a significar trânsito em julgado. Essa história também está registrada na alteração do art. 300 CPP (Apêndice A)⁴.

Aproveita-se o ensejo para antecipar que, por uso jurisprudencial e doutrinário, também foi comum referir-se às prisões preventiva e temporária como prisões cautelares em sentido estrito. Também se aproveitará desse atalho terminológico ao longo da tese.

O problema é que, com a ascensão da tese da exclusividade cautelar estrita, esses conceitos perderam seus sentidos originais. Essa é a difícil história que se vai contar. Uma história de nuances e de sutilezas.

⁴ Até 2011: Art. 300. Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas.

Depois de 2011: Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

1.2. Estudo jurisprudencial de 1970 a 2009

Ao longo do estudo das decisões do pleno do STF, de 2009 a 2019, foi possível identificar os dispositivos legais sobre os quais se concentrou grande parte do debate jurisprudencial. Partiu-se desses dispositivos legais para filtrar os termos de pesquisa de jurisprudência no portal do STF. As chaves de pesquisa selecionadas foram: “CPP-1941 ART-594”, “CPP-1941 ART-637”, “CPP-1941 ART-393 INC-1”, “CPP-1941 ART-393 INC-2”, “CPP-1941 ART-408 PAR-1”, “CPP-1941 ART-597”, “CPP-1941 ART-669 INC-1”, “CF-1988 ART-5 INC-57”, “LEP-1984 ART-105” e “LEP-1984 ART-107”. Segue abaixo tabela dos resultados encontrados por chave de busca:

Tabela I – Pesquisa de jurisprudência de 1973 a 2009 por chave de busca		
Chave de Busca	Resultados Encontrados	Resultados Anteriores a 2009
CPP - Art. 594	336	310
CPP - Art. 637	58	35
CPP - Art. 393, inciso I	36	33
CPP - Art. 393, inciso II	13	8
CPP – Art. 408, § 1º	73	66
CPP - Art. 597	12	12
CPP – Art. 669 e Art. 669, I	9	9

LEP – Art. 105	43	18
LEP – Art. 107	5	0
CF - Art. 5º, inciso LVII	882	336
Total	1467	827

Em conjunto, os julgados do STF, até 2009, totalizaram milhares de páginas. Esse material foi tratado e classificado. Não seria viável apresentar o arquivo com todas as ementas e todas as íntegras dos acórdãos analisados. Para facilitar a conferência do leitor, elaborou-se uma relação de julgados, classificada por tema. Essa relação traz as chaves de busca e os links das pesquisas onde estão listados cada um dos acórdãos do STF. O resultado pode ser encontrado no “Apêndice B – Julgados do STF até 2009 por Chave de Busca e por Tema”.

A análise desses julgados, apresentada a seguir, ficará limitada às questões mais importantes para o escopo da pesquisa. Acredita-se que o resultado pode vir a ser útil para o leitor em sua própria pesquisa, inclusive sobre outros temas correlacionados. Por essa razão, optou-se por manter, no apêndice, todas as classificações e referências obtidas a partir do tratamento do material, ainda que não diretamente relacionadas ao núcleo da tese.

Apresentam-se, a seguir, as conclusões obtidas a partir de uma divisão de tópicos por período. Os primeiros tópicos, referentes ao período anterior a 1988, relacionam a legislação então vigente à interpretação dada a ela pelo STF em suas decisões. Os tópicos seguintes se referem ao período posterior à Constituição de 1988 e vão até a decisão do STF no HC 84.078/MG, em 2009.

O período que vai de 1988 a 2009 é bem mais conturbado em termos de divergências interpretativas sobre as normas aplicáveis à prisão antes do trânsito em julgado. Por essa razão, subdividiu-se o período em dois: (i) 1988 a 2004: enquanto o STF ainda entendia ser constitucional a execução imediata das condenações à pena privativa de liberdade; e (ii) 2004 a 2009: a partir de quando as turmas do STF começaram a decidir pela inconstitucionalidade de qualquer tipo de execução da pena antes do trânsito em julgado.

A análise do período (i) é especialmente complexa e importante porque demonstra como foi se transformando o entendimento do STF sobre o problema, mesmo enquanto ainda executava provisoriamente a pena e exigia que o réu se recolhesse à prisão para apelar. Dessas mudanças parciais de entendimento extraíram-se as raízes da mudança jurisprudencial que ocorreu no STF nos anos 2000. De forma progressiva e isolada nas turmas, a partir de 2004, e de forma unificada no pleno, a partir de 2008 e 2009.

Como representado na Tabela I, as duas chaves de busca que, de longe, mais geraram decisões do STF foram as chaves vinculadas ao inciso VLII art. 5º CF (chave de busca “CF-1988 ART-5 INC-57”) e ao art. 594 CPP (chave de busca “CPP-1941 ART-594”).

Como era de se esperar, o estudo da chave de busca vinculada ao inciso LVII permitiu encontrar um número expressivo de julgados: 882 no total e 336 anteriores a 2009. Acredita-se que tenha permitido também encontrar as mais importantes decisões do STF sobre o tema da tese. Afinal, desde a Constituição de 1988 até a decisão das ADC 43, 44 e 54, em 2019, o inciso LVII serve de base para os principais argumentos utilizados pelos defensores da tese da inconstitucionalidade da execução provisória.

A partir de 1988, o inciso LVII sempre esteve no núcleo do debate entre os ministros do STF. Isso quase sempre refletiu na referência legislativa que consta dos acórdãos. Os Mapas dos Argumentos de 2009, 2016 e 2019 confirmam isso. A análise de todas as decisões do STF, relativas a cada uma das chaves de busca do CPP e da LEP, também confirmam isso. É por essas razões que, quando necessário um aprofundamento no estudo, atenção especial foi reservada à chave de busca “CF-1988 ART-5 INC-57”.

1.3. Código de Processo Penal de 1941

A maior parte dos dispositivos legais cuja interpretação e aplicação foi debatida pelos ministros se manteve inalterada ao longo do período que vai de 1973 a de 2008 (Lei Federal 11.719). Pode-se acompanhar as alterações do Código de Processo Penal por meio do “Apêndice A – Alterações no Código de Processo Penal por Período”.

O atual Código de Processo Penal Brasileiro foi instituído pelo Presidente Getúlio Vargas, em 3 de outubro 1941, por meio do Decreto-Lei 3.689, durante o Estado Novo e na vigência da Constituição outorgada de 1937. De 1942 a 1973, a regra prevista no art. 594 do CPP, era a seguinte: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança,

salvo se condenado por crime de que se livre solto”. Esse artigo abria o Capítulo III do CPP, “Da Apelação”. Essa regra emblemática que exigia que o réu se recolhesse à prisão para apelar estava em consonância com a lógica do sistema processual penal, destacando-se os art. 323, 393, 597 e 669 do CPP (Apêndice A).

Combinadas essas regras, o CPP estabelecia um sistema de apelação com efeito suspensivo condicionado à fiança. Eram inafiançáveis (art. 323) todos os crimes punidos com pena de reclusão, várias contravenções e a reincidência em crimes punidos com pena privativa de liberdade. A regra geral era o efeito suspensivo (art. 597). A regra geral para os casos de pena privativa de liberdade, no entanto, era a execução da pena imediatamente após a condenação em primeiro grau.

Os ministros do STF não tinham por hábito referir-se à prisão decorrente de condenação como “execução da pena”. Nas ementas dos acórdãos estudados, por exemplo, os ministros quase sempre registravam somente “prisão decorrente de sentença condenatória”: “Um dos efeitos da sentença condenatória é de ser o réu preso ou conservado na prisão (artigo 393, I, do Código de Processo Penal)” (RHC 66720/SP. Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA. Julgamento: 02/09/1988. Órgão Julgador: Segunda Turma).

A necessidade de uso do termo “execução” e, em especial, do termo “execução provisória”, para se referir à prisão antes do trânsito em julgado, parece ter sido um efeito da Lei de Execução Penal, de 1984. O efeito executivo da decisão condenatória, em regra, ficava apenas implícito nas ementas e era mencionado nos votos dos ministros como refutação à tese da defesa que se baseava na LEP ou no inciso LVII art. 5º CF. Essa é uma nuance importante. O uso jurisprudencial da expressão “execução provisória” cresceu a partir da tese da exclusividade cautelar estrita. Ele foi imposto ao debate pelos doutrinadores que se opunham à execução da pena antes do trânsito em julgado. Será feita adiante uma análise mais detalhada dessa nuance terminológica e de seu uso pelos ministros do STF.

No sistema original do CPP, as prisões antes do trânsito em julgado comportavam fundamentação exclusivamente abstrata. Em regra, a decisão que decretava a prisão a fundamentava apenas com referência à hipótese normativa estabelecida pelo legislador. Ao magistrado bastava subsumir a norma abstrata ao caso concreto, sem que fosse necessário apresentar razões concretas adicionais para a prisão (MENDES in BRASIL, 2019, p. 300 a 303). Isso é, não era preciso que o juiz acrescentasse razões cautelares específicas para justificar a prisão. Isso valia até mesmo para as modalidades de prisão provisória: flagrante, pronúncia e preventiva. Prisões provisórias, segundo o uso de então, eram aquelas

modalidades de prisão decretadas sem o respaldo de uma decisão condenatória definitiva. A sentença era uma decisão definitiva.

A prisão do réu era decretada automaticamente sempre que prolatada sentença condenatória (art. 393, inciso I, o CPP). Era exigido que o réu se recolhesse à prisão para poder apelar (art. 594). A sentença de pronúncia tinha como consequência imediata o aprisionamento do réu (art. 408, §§ 1º e 2º). O próprio art. 312 do CPP “estabelecia a prisão preventiva obrigatória para os crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos, bastando para tanto a prova da existência do crime e indícios suficientes de materialidade” (ibid., p. 300). Ou seja, mesmo a aplicação do art. 312, em sua versão original, era fundamentada apenas em abstrato. É importante reiterar este ponto: no sistema original do CPP, a motivação da prisão provisória, em regra, não dependia da discricionariedade exercida pelo judiciário a partir do sopesamento das circunstâncias do caso concreto.

Segundo o Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2019, p.301), acompanhando por grande parte da doutrina nacional, esse modelo processual penal teria sido influenciado pelo fascismo italiano. Uma modernização significativa teria ocorrido nas décadas seguintes. Essa modernização teria sido resultado da influência da doutrina processual penal brasileira. A história narrada, segundo essa teoria, aponta três reformas como principais evidências do processo de liberalização legislativa: (i) em 1967⁵, a Lei 5.349 extinguiu a prisão preventiva obrigatória; (ii) em 1973, a Lei 5.941, que ficou conhecida como “Lei Fleury alterou o art. 594 e inaugurou a possibilidade de o réu sentenciado ou pronunciado recorrer em liberdade; e (iii) em 1977, a Lei 6.416 teria condicionado a manutenção da prisão em flagrante à confirmação de uma das hipóteses de prisão preventiva⁶. Não se verificou, no estudo, a aplicação prática, pelo STF, da interpretação contida nesse ponto (iii).

⁵ Alterações da Lei 5.349 de 1967:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada:

I - nos crimes inafiançáveis;

II - nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

⁶ Alterações da Lei 6.416 de 1977:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Destaca-se, desde já, a centralidade, no debate, das alterações promovidas pela Lei Fleury, de 1973. Essa leitura foi confirmada ao longo do estudo. A Lei Fleury influenciou profundamente a atuação do judiciário nas décadas seguintes.

1.4. “Lei Fleury” de 1973

Em 1973, durante o governo do Presidente Médici, a regra da obrigação do réu de se recolher à prisão para apelar ganhou uma nova hipótese de exceção. A Lei 5.941 alterou o texto do art. 594 para: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

O objetivo da alteração, segundo a versão histórica mais difundida, teria sido impedir que o delegado Sérgio Paranhos Fleury, do Dops paulista, fosse preso por seu envolvimento nas execuções do Esquadrão da Morte. Segundo registro do Memorial da Democracia, “o delegado Fleury era o mais conhecido agente da repressão política, conhecido pela crueldade e truculência contra militantes da oposição. A nova lei ficou conhecida como Lei Fleury e ficou associada ao nome do notório torturador” (MEMORIAL DA DEMOCRACIA, 2017). A crítica à relativização *ad hoc* promovida pela “Lei Fleury” é bem conhecida e bem documentada na história processual penal brasileira (GOMES FILHO, 2011). O Min. Gilmar Mendes observou que o resultado prático da Lei Fleury teria sido “um ‘salto’ no regime de segregações cautelares” (BRASIL, 2009, p 301).

Observa-se que, mesmo sob a nova redação dada pela Lei 5.941/73, permaneceu a regra geral da prisão imediata para os delitos cuja sanção aplicável fosse a pena privativa de liberdade. Permaneceu, inclusive, a regra de recolhimento do réu à prisão para que fosse admissível a apelação. Foi criada apenas uma exceção adicional para os casos de réus

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

primários com bons antecedentes. Essa exceção, ainda assim, deveria ser fundamentada pelo juiz, caso viesse a decidir pela liberdade provisória. Isso equivale a dizer que, a partir de uma decisão condenatória, mesmo nos casos de réus primários, a liberdade é que deveria ser fundamentada, não a prisão. Após condenação, em regra, a prisão. Réus já presos antes da sentença, por qualquer outra razão – flagrante, preventiva, pronúncia e outras –, ainda que cumprissem a condição do novo art. 594, não poderiam se aproveitar do benefício de apelar em liberdade. Réus que cometessem crimes graves, ainda que primários e sem maus antecedentes, também podiam ter o pedido de liberdade provisória indeferido, conforme discernimento do juiz.

Ao longo dos anos, o legislador definiu outras hipóteses às quais o benefício do art. 594 do CPP não se aplicaria. É o caso, por exemplo, do art. 35⁷ da Lei 6.368, de 1976, que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes.

1.4.1. Pequenas mudanças decorrentes da aplicação do art. 594

Antes de 1988, o pouco conflito jurisprudencial encontrado dizia respeito principalmente ao recolhimento do réu à prisão para apelar. A maior parte dos julgados do período se concentra na aplicação do novo art. 594, alterado pela Lei Fleury. O entendimento pacífico do STF foi bem representado pela ementa do RHC 61306/RJ, relatado pelo Min. Alfredo Buzaid e julgado pela Primeira Turma em 21 de outubro de 1983:

DUAS SÃO AS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS NO ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA QUE O RÉU CONDENADO POSSA APELAR EM LIBERDADE: A) SER PRIMARIO; B) TER BONS ANTECEDENTES. 2. SER PRIMARIO SIGNIFICA NÃO TER ANTECEDENTES CRIMINAIS. TER BONS ANTECEDENTES SIGNIFICA TER COMPORTAMENTO QUE O QUALIFIQUE NA SOCIEDADE. 3. NÃO TENDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA CONSIDERADO BONS OS ANTECEDENTES DO CONDENADO, INAPLICAVEL E O ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

⁷ Art. 35. O réu condenado por infração dos artigos 12 ou 13 desta Lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão.

As decisões estudadas confirmaram a interpretação de que o novo benefício inserido no art. 594 era condicionado à expressa consideração, na sentença, da primariedade e dos bons antecedentes. Julgados do STF determinavam, inclusive, a devolução dos autos ao juiz de primeira instância para que este completasse a sentença, quando ela não se manifestava expressamente sobre a possibilidade do recurso em liberdade⁸. Era um fardo da decisão comprovar o direito do réu de recorrer em liberdade. Ausente a comprovação, aplicava-se a regra: prisão imediata.

A princípio, mesmo quando o réu era primário e sem maus antecedentes, o juiz poderia fundamentar a prisão com base nas circunstâncias do crime e na personalidade do agente. A exceção incluída no art. 594 não começou, portanto, como um direito subjetivo do réu primário com bons antecedentes. O juiz não era obrigado a concluir pela liberdade do réu para apelar. O juiz poderia fazer uso de sua discricionariedade para justificar o afastamento do benefício legal e determinar a prisão. O RHC 58282/GO, relatado pelo Min. Cordeiro Guerra, julgado em 14 de outubro de 1980, é particularmente eloquente nesse sentido:

O benefício de apelar solto pressupõe a primariedade do réu e os seus bons antecedentes. Na aferição dos antecedentes do réu não fica o juiz adstrito a objetividade da ausência de antecedentes penais e a ignorância de fatos negativos. **Pode o juiz em face das circunstâncias do crime e da personalidade do agente concluir validamente pela inexistência de bons antecedentes a que fica, na lei, subordinado o direito de apelar solto o réu** (grifos nossos).

Ainda que existentes as condições exatas contidas no art. 594 do CPP, o juiz poderia decidir não as aplicar, desde que justificasse com base em circunstâncias do caso concreto. São inúmeras as decisões do STF nesse sentido:

PRISÃO. APELAÇÃO. RÉU PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES. INOBTANTE A PRIMARIEDADE DO RÉU, DOS SEUS BONS ANTECEDENTES E DO DISPOSTO NO ART-594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (REDAÇÃO DA LEI N. 5.941, DE 1973), NÃO FAZ ELE JUS A AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DE SUA APELAÇÃO, POIS REVELOU, NA PRATICA DO CRIME, DESVIO DE COMPORTAMENTO MORAL CONTINUADO, TORPEZA E PERVERSIDADE SEXUAL EM FACE DE CRIANCAS INDEFESAS, QUE SE ACHAVAM SOB A GUARDA E PROTEÇÃO DE SOCIEDADE ASSISTENCIAL POR ELE PRESIDIDA.

⁸ HC 62268/AP (1984), RHC 64647/RO (1986) e HC 64760/RJ (1987).

"HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. RECURSO DESPROVIDO (RHC 59648/SP. Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ. Julgamento: 20/04/1982. Órgão Julgador: Primeira Turma).

HABEAS CORPUS. APELAÇÃO EM LIBERDADE (ART.594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 5.941/73). **BENEFÍCIO A QUE NÃO FAZ JUS O RÉU CONSIDERADO PELA SENTENÇA CONDENATÓRIA COMO PERIGOSO**, RESPONDENDO POR OUTRO CRIME DE PECULATO, NÃO OBSTANTE PRIMARIO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO (RHC 58877/RJ. Relator(a): Min. SOARES MUNOZ. Julgamento: 19/05/1981. Órgão Julgador: Segunda Turma).

PRISÃO. APELAÇÃO. RÉU PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES. INOBTANTE A PRIMARIEDADE DO RÉU, DOS SEUS BONS ANTECEDENTES E DO DISPOSTO NO ART-594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (REDAÇÃO DA LEI N. 5.941, DE 1973), **NÃO FAZ ELE JUS A AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DE SUA APELAÇÃO, POIS REVELOU, NA PRÁTICA DO CRIME, DESVIO DE COMPORTAMENTO MORAL CONTINUADO, TORPEZA E PERVERSIDADE SEXUAL EM FACE DE CRIANÇAS INDEFESAS**, QUE SE ACHAVAM SOB A GUARDA E PROTEÇÃO DE SOCIEDADE ASSISTENCIAL POR ELE PRESIDIDA. "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. RECURSO DESPROVIDO (RHC 59648 / SP. Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ. Julgamento: 20/04/1982. Órgão Julgador: Primeira Turma) (grifos nossos).

É singela, mas importante a mudança que se origina dessa prática de fundamentar o descabimento do benefício contido no art. 594 a partir da Lei Fleury. O fato de o juiz poder denegar fundamentadamente a liberdade provisória, mesmo para réus primários com bons antecedentes, passou a fazer com que a fundamentação da prisão em circunstâncias do caso se tornasse cada vez mais frequente porque cada vez mais necessária. Os advogados passaram a garantir que a condição de réu primário com bons antecedentes constasse das decisões e a questionar as decretações de prisão cujas razões fossem insuficientes para afastar o benefício. Aos poucos, ao menos quanto à prisão para apelar, parou de bastar o enquadramento do caso na hipótese normativa abstrata. Isso inverteu a essência da regra aplicada pelo STF, que passou a ser, ao menos nos casos de réus primários com bons antecedentes, a necessidade de fundamentação da prisão com base em fatos do caso concreto.

É importante destacar que essa fundamentação, naquele momento, comportava referência à gravidade das circunstâncias do crime cometido. Mesmo assim, já foi uma

mudança substancial o fato de não ser possível mandar prender, sem razão suficiente, o réu que cumprisse as condições do art. 594 do CPP:

RECURSO DE 'HABEAS CORPUS'. APELAÇÃO DO RÉU. POSSIBILIDADE DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO. TENDO PERMANECIDO O RÉU EM LIBERDADE ATÉ A CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, PELA JUSTIÇA CASTRENSE, SENDO PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES, COM EMPREGO FIXO E RESIDÊNCIA CERTA, E NADA HAVENDO QUE INDIQUE OFERECER ELE PERICULOSIDADE OU QUE VENHA A FRUSTRAR-SE A APLICAÇÃO DA LEI PENAL, E DE ADMITIR-SE POSSA AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA APELAÇÃO QUE INTERPOS. (RHC 64445/SE. Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO. Julgamento: 21/10/1986. Órgão Julgador: Segunda Turma)

Conclui-se que, pelo menos nos casos de réus primários com bons antecedentes, a regra passou a ser a liberdade e a prisão passou a ter que ser justificada.

No mais, ainda permanecia vigente um sistema de execução imediata da pena privativa de liberdade. Nesse sistema, o instituto da fiança continuava expressamente reconhecido pela jurisprudência constitucional como o elemento determinante para a liberdade provisória do réu. O legislador definia quais crimes eram afiançáveis e quais eram inafiançáveis. Sendo afiançável, o réu poderia permanecer em liberdade provisória. Nesse exato sentido: “Sendo afiançável a infração, prestada a fiança, tem o réu o direito de apelar em liberdade, se não foi a fiança cassada, independentemente da verificação de seus antecedentes” (RHC 62034/RJ. Relator(a): Min. Néri da Silveira. Julgamento: 22/06/1984. Órgão Julgador: Primeira Turma). A *ratio decidendi* desse acórdão é um padrão encontrado em quase todas as chaves de busca utilizadas para a pesquisa: art. 594, art. 393, art. 408 e art. 597 do CPP (Apêndice B).

A prisão decretada por aplicação do art. 594 não era, naquele período, considerada uma modalidade de prisão cautelar. Tratava-se de prisão definitiva decorrente da condenação. Ilustra-se: “Art. 594. Sentença que proclama a alta periculosidade dos recorrentes. O art. 594 do CPP não tem aplicação ao caso em que o réu esteve custodiado em virtude de prisão preventiva, já agora convertida em definitiva pela sentença condenatória” (RHC 63207/PB. Relator(a): Min. Oscar Correia. Julgamento: 21/10/1986. Órgão Julgador: Primeira Turma)

O termo “prisão provisória”, até a década de 1980, não era utilizado para definir as prisões decorrentes de condenação. Pelo contrário, era empregado para diferenciar as

modalidades de prisão que não decorriam de decisão condenatória, como é o caso das prisões em flagrante, da prisão preventiva e da prisão decorrente de pronúncia:

APELAÇÃO. PRISÃO DO APELANTE. RÉU JA PRESO POR PRONÚNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 594 (INAPLICAÇÃO). - O ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO SE APLICA POR MOTIVO DE APELAÇÃO DA CONDENAÇÃO DO JÚRI, A RÉU QUE JA SE ENCONTRA SUJEITO A PRISÃO PROVISORIA, POR TÍTULO LEGITMO. RECURSO DE "HABEAS CORPUS". IMPROVIDO. (RHC 60147/RS. Relator(a): Min. RAFAEL MAYER. Julgamento: 10/08/1982. Órgão Julgador: Primeira Turma)

PRISÃO PROVISORIA. FLAGRANTE. APELAÇÃO. - O ART-594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO TEM APLICAÇÃO AO RÉU QUE SE ACHA PRESO EM CONSEQUENCIA DE PRISÃO EM FLAGRANTE, QUANDO SOBREVEIO A SENTENÇA CONDENATÓRIA, DA QUAL ELE APELOU. "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. RECURSO DESPROVIDO. (RHC 62323/DF. Relator(a): Min. SOARES MUNOZ. Julgamento: 28/09/1984. Órgão Julgador: Primeira Turma)

CRIMINAL. RÉU PRONUNCIADO: PRISÃO DECRETADA. DECRETO DE PRISÃO PROVISORIA. A REGRA, NO CASO DE PRONÚNCIA, E SER DECRETADA A PRISÃO PROVISORIA, ANTE O QUE RESULTA DOS PARAGRAFOS 1. E 2. DO ART-408 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, EMBORA POSSA SER PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES O RÉU, POIS DIZ O PRIMEIRO PARAGRAFO QUE O JUIZ, NO DECRETO DE PRISÃO, RECOMENDA-LO-A NA PRISÃO EM QUE SE ACHAR, OU EXPEDIRA AS ORDENS NECESSARIAS A SUA CAPTURA; E O PARAGRAFO SEGUNDO ADMITE QUE O JUIZ, SE O RÉU FOR PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES, PODE DEIXAR DE DECRETAR-LHE A PRISÃO OU REVOGA-LA, CASO JA SE ENCONTRE PRESO. E SE O JUIZ JUSTIFICA A PRISÃO PROVISORIA ANTE A OBSERVAÇÃO DE QUE "O DELITO FOI DOS MAIS BARBAROS, POR MOTIVO FUTIL, E O RÉU DEMONSTROU NA SUA EXECUÇÃO SER ELEMENTO DE ALTO GRAU DE PERICULOSIDADE", TEM-SE QUE AS SUAS RAZOES, QUE NÃO DESTOAM DOS ELEMENTOS PROBATORIOS ATÉ ENTÃO COLHIDOS, BEM MOSTRAM NÃO TER ELE DESBORDADO AO EXPEDIR O DECRETO IMPUGNADO. (RHC 61702/PB. Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO. Julgamento: 24/02/1984. Órgão Julgador: Segunda Turma)

É natural que fosse assim, dado que, até a promulgação da LEP, em 1984, a execução da pena era feita imediatamente após a sentença condenatória. Essa lógica era confirmada pelas normas gerais do regime penitenciário. Na execução da pena, separavam-se os “sentenciados” conforme a natureza e a gravidade das penas (inciso VIII art. 1º Lei 3.274/57).

1.5. Lei de Execução Penal de 1984

Na decisão do HC 84078 (2009), o Min. Eros Grau fundamentou a superação do precedente histórico na antinomia entre a LEP e o CPP. A LEP (Lei 7.210) foi promulgada em 11 de julho de 1984. Introduziu uma diferenciação conceitual entre “condenados” e “presos provisórios” (art. 82 e 84), vinculando o conceito de condenados ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Distinguiu o tratamento entre eles: cumprimento de pena em penitenciária para os condenados à pena de reclusão (art. 87); recolhimento à cadeia pública para os presos provisórios (art. 102). Estabeleceu também que somente com o trânsito em julgado deveria ser emitida a guia de recolhimento do réu para execução (art. 105). Vinculou, à expedição da guia, o recolhimento do condenado para cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 107).

A entrada em vigor da LEP marca o início de uma tensão entre o conceito histórico jurisprudencial de prisão provisória e o novo conceito de “presos provisórios” introduzido pela lei. Os julgados do período indicam que presos provisórios eram apenas aqueles presos em decorrência de flagrante, preventiva ou pronúncia. A nova definição da LEP estenderia o caráter provisório também às prisões decorrentes de decisão condenatória de primeira e segunda instância, o que incluiria os art. 594, 393, I e 637 do CPP.

A pesquisa dos julgados, com base nas chaves de busca “art. 105” e “art. 107” da LEP, permitiu encontrar apenas 5 decisões do STF anteriores à Constituição de 1988. O entendimento então pacífico do STF sobre a LEP pode ser representado pelo voto do Min. Francisco Rezek, em 1987:

O recolhimento do réu é efeito regular da sentença condenatória – e está claro que o termo “sentença”, empregado pelo Código de Processo Penal, alcança também o decisório colegiado. Se isso é certo, e considerando que o recuso extraordinário não tem efeito suspensivo, não é ilegítimo o mandado de captura. Lembro, ademais, que **a execução, antes de transitada em julgado a sentença, é provisória** (neste

caso, de resto, o réu não foi ainda preso), **não cabendo dizer que a ausência da guia de recolhimento produz agora algum efeito essencial sobre a validade do mandado**. Vale observar que a Lei das Execuções Penais exige que a guia apresente a certidão do trânsito em julgado da sentença (art. 106-III) – o que ocorre para demonstrar que **a inexistência de guia, neste momento, não é fundamental**. Não importa nulidade, tampouco, a circunstância de o juiz de primeira instância haver expedido o mandado – consequência necessária do acórdão que condenou o réu. (RHC 64749/SP. Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK. Julgamento: 03/02/1987. Órgão Julgador: Segunda Turma) (grifos nossos)

Nessa decisão, inclusive, somente foi reconhecida prisão especial para o réu como decorrência do benefício exclusivo concedido pelo Estatuto da Ordem dos Advogados.

É importante destacar o reconhecimento, pelo Min. Francisco Rezek, da natureza provisória da execução. A referência expressa ao termo “execução provisória” foi feita na íntegra do voto. O ministro levou à ementa, porém, apenas o seguinte “a expedição de mandado de captura é efeito regular da sentença condenatória – expressão que alcança também o decisório colegiado”. O ministro parece ter dado destaque ao elemento condenatório da decisão, em detrimento do efeito executivo que dela decorre. Esse mesmo comportamento argumentativo foi identificado em praticamente todos os julgados do STF até, pelo menos, o ano de 2004. Ênfase à existência de decisão condenatória, menção à natureza de execução provisória.

Esse modelo de fundamentação da decisão indica uma preferência hermenêutica pelo CPP em detrimento da LEP. Isso fica ainda mais nítido no sentido atribuído por Rezek ao termo sentença condenatória: “O recolhimento do réu é efeito regular da sentença condenatória – e está claro que o termo ‘sentença’, empregado pelo Código de Processo Penal, alcança também o decisório colegiado”. Esse trecho é histórico. O Min. Francisco Rezek justifica a exequibilidade de condenação em acórdão a partir da evidente exequibilidade de condenação em sentença. A palavra “condenação” é a chave interpretativa. Nesse contexto, o sentido de condenação não é o mesmo sentido da LEP, que fica restrito às condenações transitadas em julgado. Apesar da LEP, a jurisprudência continuou aplicando o sentido de condenação extraído do CPP (art. 393, I, art. 597 e art. 669, I). É da condenação que decorre o efeito executivo da decisão, não é da execução definitiva que decorre a condenação do réu. A inversão dessa perspectiva transformaria completamente o jogo. Foi o que aconteceu quando se superou o precedente nos anos 2000.

Essa decisão do Min. Rezek também é bem representativa do entendimento do STF sobre a prisão decorrente de acórdão condenatório. Não se encontrou, até 1988, nenhum conflito jurisprudencial relevante sobre a prisão após condenação em segunda instância. Pelo contrário, os julgados analisados indicam um entendimento pacífico de que acórdão condenatório enseja a prisão imediata do réu. Nem o art. 594 nem a LEP ofereceriam obstáculo a isso. Particularmente eloquente nesse sentido é o HC 62660/SP, relatado pelo Min. Sydney Sanches e julgado pela Primeira Turma em 12 de abril de 1985: “O recurso extraordinário, a ser eventualmente interposto, não terá efeito suspensivo (art. 637 do Código de Processo Penal) a ele também não se aplicando o art. 594”. Da sentença condenatória decorria, em regra, a prisão. Ainda que fosse concedido ao réu o direito de apelar em liberdade, esse direito não prevalecia contra a ausência de efeito suspensivo dos recursos para tribunais superiores.

1.6. Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, inaugurou a forma expressa da norma que veda a culpabilização de alguém antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Ao longo das décadas de 1990 e 2000, essa norma deu origem à mais importante parte do debate jurisprudencial sobre a prisão antes do trânsito em julgado. Como se observará ao longo da pesquisa, há discordância inclusive quanto ao sentido (inocência ou não-culpabilidade) e quanto à natureza (regra ou princípio) da norma contida no inciso LVII. Por ora, não será feita discriminação técnica desses conceitos. Até lá, quando porventura se fizer referência à norma como “princípio da presunção de inocência” ou outra expressão análoga

com sentido amplo, conta-se com a compreensão do leitor para interpretá-la como mera opção narrativa. À frente será desenvolvido um estudo mais aprofundado da questão.

No julgamento do HC 126.292, de 2016, o Min. Teori Zavascki apresentou uma síntese da história do princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo ele, “o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948” (BRASIL, 2016a, p.7). O art. 11.1 da Declaração estabelece que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

O efeito da implementação do princípio da presunção de inocência, para o processo penal brasileiro, foi bem descrito pelas palavras do mesmo Teori Zavascki (ibid., p.8):

(...) agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

Neste ponto, permite-se descumprir a promessa de neutralidade e afirmar, com todas as letras, que o princípio da presunção de inocência é, sem dúvida, um dos grandes milagres civilizatórios conquistados pela humanidade. Essa conquista só foi expressamente transformada em norma constitucional, no Brasil, em 1988, apesar de ter sido considerada presente implicitamente nas constituições anteriores.

Durante pelo menos toda a década de 1990 e começo dos anos 2000, prevaleceu a interpretação de que o inciso LVII não restringia a prisão decorrente de sentença condenatória. Um dos argumentos mais utilizados para sustentar essa posição baseou-se na interpretação dos incisos LXI e LXVI, também do art. 5º da Constituição:

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;

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

Segundo jurisprudência do STF, a partir da interpretação sistemática da constituição, essas seriam as normas que estabeleceriam os requisitos mínimos para o aprisionamento na nova ordem constitucional. A partir delas, seria possível prender o condenado, mesmo antes do trânsito em julgado, sem que isso ofendesse o inciso LVII.

Para a tese dissidente, que se construía a partir da Constituição, porém, essa mesma regra contida no inciso LXI imporia a obrigação de que toda decisão fosse fundamentada cautelarmente. Afinal, fundamentação seria necessariamente fundamentação em razões concretas. Apesar dessa posição que se fortalecia nos primeiros anos da Constituição, o CPP continuou, em regra, sendo aplicado da mesma forma como sempre fora aplicado: a liberdade provisória estaria condicionada à possibilidade de fiança. A nova Constituição, na verdade, teria inclusive tornado o sistema de inafiançabilidade ainda mais severo por meio do inciso XLIII art. 5º:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Vários julgados do STF no período confirmaram a constitucionalidade da prisão após sentença condenatória de primeira instância com base na Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76), e na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). O entendimento do STF sobre esse ponto evoluiu gradativamente ao longo do período.

A jurisprudência do STF indica que, pelo menos até os primeiros anos da década de 2000, preponderou a aplicação combinada das regras dos art. 323, 393, I, 597 e 669 do CPP (Apêndice A), todas elas consideradas válidas sob a nova Constituição. Manteve-se, como regra, a execução da pena privativa de liberdade desde a condenação em primeira instância. A exceção continuava sendo a possibilidade de apelar em liberdade (art. 594), o que só poderia ocorrer em uma das três hipóteses: (a) prestação de fiança; (b) ser réu primário com bons antecedentes e ter o benefício concedido na sentença; ou (c) condenação por crime de que o

réu se livre solto. É exatamente esse o teor do voto do relator, Min. Maurício Corrêa no HC 80174, julgado em 6 de junho de 2000:

Para ser admitida a apelação, a regra é que o condenado seja recolhido à prisão e a exceção é que recorra em liberdade, o que só pode ocorrer em três hipóteses: a) que preste fiança, quando for o caso; b) que seja ao mesmo tempo primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória; ou c) que tenha sido condenado por crime de que se livre solto (CPP, artigo 594).

Destaca-se como, ainda em 2003, o STF editou as Súmulas 716 e 717. Seus enunciados pressupõem a possibilidade de cumprimento e de execução da pena antes do trânsito em julgado:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, **antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.**

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de **execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado**, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (grifos nossos)

Da mesma forma o STJ em 2002: “Súmula 267 - A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Para grande parte da doutrina, representada por Fernandes Tourinho Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Romeu Pires de Campos Barros, José Frederico Marques, Ada Pelegrino Grinover, Eugênio Pacelli e muitos outros, o inciso LVII coroou um processo de evolução liberalizante no direito penal brasileiro. Processo esse que vinha sendo paulatinamente e com muito custo construído, por influência da doutrina, desde os anos 60.

Para esses mesmos teóricos, entretanto, a Constituição teria sido marcada também por normas que continham um viés punitivista. Essas normas, em tensão com o inciso LVII, teriam representado um retrocesso ao movimento emancipatório do período anterior (voto do Min. Gilmar Mendes, BRASIL, 2019, p.302). Um bom exemplo dessa contradição seria o já citado inciso LXVI. Para Eugênio Pacelli, essas disposições desatualizadas do constituinte originário não deveriam impedir o avanço processual penal:

Não é porque o Constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é

provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos (PACELLI, 2013, p.519).

Essa interpretação, à época dissidente, foi defendida por muitos penalistas e aplicada por muitos juízes durante o novo regime constitucional, mesmo antes da mudança de entendimento do STF. A partir dessa visão, todo o período de subsistência da execução imediata das sentenças condenatórias, sob a nova Constituição, teria sido um hiato de desrespeito à disposição expressa do inciso LVII.

Apesar da manutenção do predomínio do precedente original, vários ministros do STF foram sendo convertidos pela doutrina. Os efeitos dessa influência foram nítidos especialmente em dois períodos: 1988 a 1995; e 2004 a 2009. Nos primeiros anos de Constituição, houve uma firme reação de vários ministros à manutenção do entendimento pré-constitucional. Os Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence capitanearam essa reação. Entretanto, foi somente a partir de 2004 que a tese de inconstitucionalidade da execução provisória começou a gradativamente prevalecer no STF. Começou pela primeira turma, em 2004, tomou a segunda turma, em 2006, e tornou-se o novo entendimento dominante do tribunal pleno do STF, em 2009.

1.7. 1988 a 2004: Constitucionalidade da execução provisória

É comum que os críticos da “guinada garantista” do STF em 2009 simplifiquem a análise histórica do período que a antecedeu. Bom exemplo disso é a história jurisprudencial narrada pelos cinco ministros que votaram contra a vedação da execução provisória no julgamento das ADC 43, 44 e 54, em 2019 (Apêndice E). Os Min. Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Carmen Lúcia descreveram a jurisprudência do STF como se tivesse sido uma só fase homogênea de 1988 a 2009: “Na primeira fase, de 1988 a 2009, o Supremo Tribunal Federal compreendeu ser constitucional a execução da pena a partir do exaurimento das instâncias ordinárias” (Luiz Fux, BRASIL, 2019, p.202).

Essa leitura histórica pode ser considerada verdadeira no sentido de que o precedente só foi oficialmente superado pelo tribunal pleno do STF no julgamento do HC 84.078, em 2009. Por outro lado, não é verdade que o entendimento original do STF tenha se mantido homogêneo ou mesmo majoritário durante todo o período. Houve duas principais fases de

disputa por superação do precedente, dentro do STF: 1992 a 1995; e 2004 a 2009. O precedente sobreviveu por pouco à primeira fase, mas não sem se adaptar. O precedente não sobreviveu à segunda fase.

Essa é a história que as decisões do STF contam. É a partir dessa divisão de períodos que se extraem as principais mudanças de entendimento de ambas as posições: majoritária e minoritária. A identificação das razões dessas mudanças ajuda a explicar melhor a superação do precedente pelo STF, adicionando novos elementos ao debate. As graduais transformações na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, inclusive pela posição antes dominante, são importantes raízes históricas jurisprudenciais. A elas.

1.7.1. 1988 a 1995: as decisões do pleno

A história jurisprudencial do período é complexa, em especial nos primeiros anos da Constituição. A introdução do inciso LVII art. 5º CF reforçou a tese doutrinária que defendia a vedação a qualquer forma de antecipação da pena ao trânsito em julgado.

Um dos primeiros efeitos disso foi o crescimento gradativo da presença e do impacto da tese da exclusividade cautelar nas decisões do STF. Naquele momento, entretanto, os efeitos foram mais teóricos do que práticos. Continuou-se aplicando as hipóteses de prisão processual automática previstas em lei praticamente da mesma forma. A diferença é que alguns ministros, como é o caso do Min. Celso de Mello, começaram a fundamentá-las com base em sua natureza cautelar ou processual. O conceito de prisão cautelar utilizado compreenderia a cautelaridade abstrata definida pelo legislador.

A dissidência pareceu ganhar força a partir de 1992. Foi nessa época que o Min. Sepúlveda Pertence se juntou ao entendimento do Min. Marco Aurélio e passou a defender que o precedente pré-constitucional, ainda vigente, era incompatível com o inciso LVII. Isso ficou evidente no julgamento do pleno no HC 69696 (1992), em que se dividiram nitidamente maioria e dissidência. A dissidência ainda eram somente os dois ministros. Três anos depois, no julgamento do pleno no HC 72366 (1995), a dissidência chegou a cinco ministros. Por apenas um voto não se superou o precedente original do STF, ainda em 1995.

A partir da decisão do pleno de 1995, ignorando especificidades próprias de cada ministro, é possível dividir a composição da dissidência em três posições principais: (i) a maioria, defensora do entendimento dominante, para a qual a constituição teria recepcionado

as previsões legais do CPP que determinavam a prisão imediata decorrente de decisão condenatória; (ii) a dissidência total, para a qual, antes do trânsito em julgado, seriam inconstitucionais todas as formas de prisão automática fundamentadas apenas em lei; (iii) a dissidência parcial, menos frequente e menos eloquente, para a qual a prisão para apelar do art. 594 seria inconstitucional, mas a prisão decorrente de condenação em segunda instância seria constitucional.

A multiplicidade de entendimentos resultou em uma diversidade de fórmulas argumentativas ao longo do período, especialmente quando se desce ao nível das decisões das duas turmas do STF. Narrar os eventos do nível mais alto, que são as decisões do pleno, reduz a complexidade da história jurisprudencial, mas permite uma visão mais ampla dos períodos. Narrá-los do nível mais baixo, que são as decisões das turmas, aumenta a complexidade, mas representa uma perda de amplitude.

Ciente desses custos e benefícios, propõe-se a seguinte divisão. Abordar-se-á, primeiro, as decisões do tribunal pleno do STF, que delineiam melhor como se entrincheiraram todos os ministros em cada uma das três posições. As decisões do pleno têm a vantagem de simplificar a história de como foi preservado o entendimento do STF entre 1988 e 1995. A seguir, estudar-se-á as principais dissidências e as adaptações pelas quais passou o entendimento a maioria. Nesse momento, descer-se-á ao nível das decisões das turmas, permitindo-se guiar por alguns dos principais fios argumentativos identificados.

Entre 1988 e 1995, foram quatro as principais decisões do tribunal pleno do STF: HC 68726 (1991), HC 69696 (1992), HC 69964 (1992) e HC 72366 (1995). Isso foi confirmado por todas as chaves de busca utilizadas e pelo estudo argumentativo das decisões do STF em 2009, 2016 e 2019.

1.7.1.1. HC 68726 (1991) – execução após condenação em segunda instância

O HC 68726 (1991) foi a primeira decisão do tribunal pleno do STF sobre a questão da prisão antes do trânsito em julgado. Tratou-se de um caso de homicídio e de lesão corporal culposos. O réu foi condenado a quatro anos de detenção. A condenação foi mantida em segundo grau. A defesa impetrou *habeas corpus* contra a ordem de prisão, arguindo a inconstitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado.

O STF decidiu, por unanimidade, que o mandado de prisão expedido em decorrência de sentença condenatória, mantida em segundo grau, não conflita com o inciso LVII. O relator, Min. Néri da Silveira, concluiu seu voto de forma emblemática:

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, **concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta**, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, qual na espécie sucedeu. (HC 68726/DF. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 28/06/1991. Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (grifos nossos)

A ementa replicou fielmente a íntegra do voto do relator. Não constam outros votos da íntegra do acórdão.

Por um lado, extrai-se, da fundamentação acima, a primeira resposta dada pela maioria ao problema da compatibilidade da antecipação da pena com o inciso LVII: seriam constitucionais as prisões cuja natureza é processual. A partir deste acórdão, é possível concluir que a maioria incluía, no conceito de prisão processual, a “execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado”. Ver-se-á adiante como as nuances terminológicas são relevantes para o debate. Uma das principais disputas entre a maioria e a dissidência é justamente a extensão do conceito “prisão processual”.

Por outro lado, interpretado ao pé da letra o texto da ementa, poder-se-ia concluir que só há três modalidades de prisão processual: preventiva, pronúncia e condenação em segundo grau. Caso não tenha sido uma simples omissão, a pergunta que fica é: qual seria, então, a natureza da prisão decorrente de condenação em primeiro grau (393, I) ou da prisão para apelar (art. 594)? Se a lista for exaustiva, só se pode deduzir que a prisão para apelar seria preventiva ou que não teria sido recepcionada pela nova Constituição. Essa interpretação é apenas uma conjectura. Essa conjectura fica enfraquecida frente ao caso concreto que deu origem à decisão. No caso concreto, debateu-se apenas a prisão decorrente de condenação em segunda instância. É bem possível que tenha sido mesmo uma simples omissão.

O resultado do levantamento dos julgados do período também enfraquece essa conjectura. O entendimento que prevalecia nas turmas, até ali, era o de que o art. 594 tinha sido recepcionado pela Constituição e continuava sendo aplicada a prisão do réu para apelar. Algumas vezes, até foi atribuída natureza cautelar à prisão para apelar, mas, mesmo nesses casos, o efeito prático foi a manutenção da prisão. Quando o pleno finalmente se voltou para o

debate específico da prisão decorrente de condenação em primeira instância e da prisão para apelar, no HC 72366 (1995), o resultado foi a recepção expressa do art. 594 pela Constituição.

1.7.1.2. HC 69696 (1992) – lançamento do nome do réu no rol dos culpados

O HC 69696 (1992) tratou de um caso de pronúncia por homicídio qualificado. O réu se encontrava preso, recolhido à prisão especial em delegacia. A sentença de pronúncia determinou que o nome do réu fosse lançado no rol dos culpados, nos termos do §1º art. 408 CPP. A defesa impetrou *habeas corpus* arguindo a inconstitucionalidade do lançamento enquanto não houvesse trânsito em julgado. Arguiu também a ilegalidade da prisão preventiva e a nulidade da sentença de pronúncia porque constaram delas circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio. O Ministério Público Federal opinou favoravelmente à tese de inconstitucionalidade do §1º art. 408.

Por unanimidade, o STF deferiu parcialmente o pedido para determinar apenas que fosse excluído o nome do réu pronunciado do rol dos culpados. O relator foi o Min. Celso de Mello. Somente seu voto constou do acórdão. O núcleo da ementa retrata fielmente a íntegra do voto:

A norma inscrita no art. 408, PAR. 1., do CPP - que autoriza o juiz, quando da prolação da sentença de pronúncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - esta derogada em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5., LVII). (HC 69696/SP. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 18/12/1992. Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (grifos nossos)

Celso de Mello ressaltou que “a expressão legal ‘rol dos culpados’ não teria sentido polissêmico”. Essa construção, replicada em muitos dos acórdãos do período, foi uma refutação expressa da tese segundo a qual o termo culpa, na expressão “rol dos culpados”, referir-se-ia à “acusação de culpa” e não somente à condenação definitiva. Como constou da ementa, a tese dominante seria a de que a expressão rol dos culpados só poderia se referir aos já definitivamente condenados.

O ministro fundamentou o voto com base na teoria de que, antes do trânsito em julgado, só seriam possíveis prisões cautelares. A ideia de sanção seria incompatível com o princípio da não-culpabilidade, mas as cautelares não teriam essa finalidade:

A prisão cautelar – que não se confunde com a prisão penal (**carcer ad poenam**) – não objetiva infligir punição à pessoa que a sofre. Não traduz, em face da finalidade a que se destina, qualquer ideia de sanção. Constitui instrumento destinado a atuar “*em benefício da atividade desenvolvida no processo penal*” (BASILEU GARCIA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. III/7, item 1, 1945, Forense). Por isso mesmo, a prisão cautelar – que não envolve antecipação satisfativa da pretensão executória do Estado – revela-se compatível com o princípio constitucional da não-culpabilidade. Tanto que, como já salientado, a própria Constituição possibilita a prisão em flagrante ou aquelas decorrentes de ordem escrita e fundamentada, de autoridade judiciária competente, nos termos da lei. (ibid. p. 10 e 11)

Imediatamente em seguida a essa ideia de exclusividade cautelar, o Min. Celso de Mello citou como referência jurisprudencial a ementa do HC 68726 (1991). O ministro construiu seu argumento como se a decisão do STF nesse acórdão confirmasse sua teoria. Como se viu supra, porém, naquela decisão, o STF concluiu que era cabível a execução de condenação em segundo grau. Constatou da ementa, inclusive, que “decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta”.

Pode parecer um detalhe insignificante, mas é a chave para compreender a posição do Min. Celso de Mello nos primeiros anos da Constituição. O Min. Celso de Mello defendeu a tese da exclusividade cautelar ao longo de todo o período. Ele foi uma peça-chave na superação do precedente em 2009 e manteve essa posição até 2019. Tudo indica que ele seria um membro original da dissidência total, tal como os Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Entretanto, como se verá a seguir, em 1995, Celso de Mello compôs a maioria que decidiu pela constitucionalidade do art. 594 CPP. A explicação para isso é encontrada nos demais julgados do período, e, em especial, neste.

Nos primeiros anos da Constituição, apesar de defender a tese da exclusividade cautelar, o Min. Celso de Mello entendia que havia hipóteses legais cuja cautelaridade poderia ser justificada em abstrato. Prova disso é a continuação do voto do ministro, em que ele defende que a prisão decorre naturalmente da pronúncia, bastando, como fundamentação, a previsão legal expressa do §2º art. 408:

Com efeito, a prisão provisória, decorrente da sentença de pronúncia, constitui efeito natural e necessário que deriva desse ato judicial. Tanto que eventuais vícios que possam infirmar a legalidade da prisão preventiva tornam-se insubsistentes ante a superveniência de novo título legitimador da prisão provisória do réu pronunciado.

Constitui efeito jurídico que da sentença de pronúncia **naturalmente** decorre, o ser mantida a prisão – ou expedida a ordem de captura – do réu pronunciado. Trata-se de consequência legal, expressamente prevista pelo art. 408, §2º, do CPP.

A concessão da liberdade provisória ao paciente, que é o réu pronunciado, dentro da perspectiva dessa nova situação processual, traduz mera **faculdade** reconhecida ao Juiz, que **poderá** decretar ou revogar a prisão cautelar do acusado. (ibid. p. 13)

O ministro defendeu, inclusive, que ainda que invalidada a prisão preventiva original subjacente, prevaleceria a prisão provisória decorrente da pronúncia a ela sobreposta. O fundamento do novo decreto de prisão (“título legitimador”) seria provisório. Sua legalidade teria como suporte a previsão legal (art. 408, §2º). Nessa hipótese, a prisão seria a regra, a liberdade provisória é que precisaria ser fundamentada pelo juiz. Portanto, para o Min. Celso de Mello, nesse momento, bastava que o legislador determinasse expressamente uma hipótese legal de aprisionamento, com o qual fossem compatíveis razões cautelares implícitas, para que essa hipótese fosse constitucional. Seria o caso da prisão em flagrante, da prisão decorrente de pronúncia, da prisão para apelar e das prisões decorrentes de condenação em segunda instância. Apesar da fundamentação teórica ser a tese da exclusividade cautelar, o resultado prático da posição do ministro era muito similar ao da tese dominante.

A ideia de que a “prisão provisória decorre naturalmente da pronúncia” é muito similar à ideia de prisão automática tão criticada pelos Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, e mais tarde também pelo próprio Min. Celso de Mello. Esse é o ponto em que sua posição original mais se distingue da dissidência total original. Conclui-se, com isso, que, na primeira versão da tese da exclusividade cautelar do Min. Celso de Mello, o conceito de prisão cautelar se alargaria para incluir as demais prisões processuais e provisórias. Para a dissidência total original as demais formas de prisão processual e provisória é que se reduziria às hipóteses cautelares (preventiva e temporária). O Min. Celso de Mello só passou a adotar essa posição a partir da segunda metade da década de 2000, como se verá adiante.

Um outro elemento que corrobora essa interpretação da posição original do Min. Celso de Mello é o destaque que o ministro dá ao inciso LXI como principal norma definidora dos requisitos mínimos para o aprisionamento:

O direito constitucional positivo brasileiro, ao proclamar a intangibilidade do **status libertatis** das pessoas, prescreve que “*ninguém será preso...*” (art. 5º, nº LXI)

Para dar conseqüência a esse princípio fundamental, a Carta Política – art. 5º, nº LXI – discrimina, em rol exaustivo, as hipóteses legitimadoras de privação da liberdade individual: (a) situação de flagrância penal e (b) existência de ordem escrita e motivada de autoridade judiciária competente.

O grau de maior intensidade da proteção jurídica dispensada ao **jus libertatis** revela-se na cláusula que submete a prisão de alguém à existência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. (ibid. p. 10)

O ministro continuou atribuindo papel central ao inciso LXI mesmo depois que seu entendimento sobre a exclusividade cautelar evoluiu e passou a exigir fundamentação concreta a partir das hipóteses de prisão preventiva. Em 1992, entretanto, o ministro ainda aplicava um entendimento que fora utilizado por parte relevante da doutrina e da jurisprudência pré-constitucionais. Segundo esse entendimento, haveria hipóteses cautelares definidas em abstrato pelo legislador. Essas hipóteses não requereriam fundamentação adicional. É com base nessa ideia que se diferenciam duas vertentes da tese da exclusividade cautelar: a exclusividade cautelar estrita, que só comporta fundamentação judicial, concreta e atual; e a exclusividade cautelar ampla, que também comporta fundamentação legislativa, abstrata e pretérita.

Por fim, a partir da não recepção constitucional do §1º art. 408, o STF decidiu que também não fora recepcionado o inciso II art. 393, que determinava o lançamento do nome do réu no rol dos culpados como efeito automático da sentença.

Como se verá adiante, vinte e sete anos depois, por ocasião do julgamento das ADC 43, 44 e 54, o Min. Celso de Mello fez referência à decisão deste HC 69696 (1992) para corroborar uma releitura histórica anacrônica, segundo a qual o inciso I art. 393 também não teria sido recepcionado pela Constituição. O inciso I dizia o seguinte: “sentença condenatória recorrível o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança”.

Para comprovar sua releitura histórica, o ministro afirmou expressamente que “essa orientação sempre teve o beneplácito de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal” (BRASIL, 2019, p.363). Mencionou os acórdãos do HC 80174 (2000), relatado pelo Min. Maurício Correa, e do HC 80535 (2000), relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence. Citou trecho doutrinário de Renato Brasileiro de Lima, segundo o qual “**tais dispositivos sempre foram tidos pela doutrina como não recepcionados pela Constituição Federal**, porquanto

contrários à regra de tratamento decorrente do princípio da presunção de inocência” (LIMA, 2017, p. 1.092)⁹ (grifos nossos). Essa versão é hoje contada por grande parte dos mais importantes processualistas penais brasileiros.

Se a opinião da doutrina era essa, à época, ela não coincidia com a do STF. Os dois julgados citados por Celso de Mello, por si sós, desmentem-na. O primeiro, HC 80174 (2000): “A prisão do réu é mero efeito da sentença condenatória recorrível - salvo se for prestada fiança, quando cabível (CPP, artigo 393, I) - e a apelação não tem efeito suspensivo (CPP, artigo 597, primeira parte)”. O segundo, HC 80535 (2000):

A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator

Celso de Mello sabia que a versão não é verdadeira. Foi ele que relatou a decisão que gerou o precedente, em 1992. Reescrevendo a história, o ministro fez um nítido o uso da ambiguidade para induzir ao erro os leitores incautos, misturando, implicitamente, os incisos I e II do art. 393. Contaminou a constitucionalidade do inciso I com a inconstitucionalidade do inciso II. Referiu-se ao art. 393 de forma genérica para gerar confusão: “o Supremo Tribunal Federal, em diversos outros julgamentos, sempre tendo em consideração a presunção de inocência [...] reconheceu, neste E. Plenário, que a regra legal inscrita no art. 393 do CPP [...] não foi recebida pela nova ordem constitucional”.

LIMA também dá a entender, na descrição da norma, que o inciso I art. 293 não foi recepcionado pela Constituição. Em seu texto doutrinário, a expressão “tais dispositivos” implica, necessariamente, ambos, mas o processualista tem a saída interpretativa de que só se referiu à opinião que a doutrina sempre teve sobre a questão. Na versão do Min. Celso de Mello, as idas e vindas do texto até permitem dizer, com muito boa vontade, que ele só quis se referir à não recepção do inciso II pela jurisprudência constitucional. Em nenhum desses dois casos a mentira ficou explícita e incontornável. Mas a combinação dos sentidos induz o leitor ao erro de que ambos os dispositivos do art. 393 do CPP foram rechaçados constitucionalmente pelo STF em 1992.

⁹ A citação continua idêntica na versão mais atual da obra “Processo Penal”, de Renato Brasileiro de Lima (2020, p.1639)

A verdade é que o precedente do pleno de 1992 ficou estritamente limitado à eliminação do lançamento do nome do réu no rol dos culpados. E ainda o fez com recurso a referências jurisprudenciais e doutrinárias que reafirmavam a possibilidade da execução antes do trânsito em julgado.

Ainda que se ignore a releitura histórica e que se foque apenas a conclusão lógica do Min. Celso de Mello: “**não há como compreender que esta Corte**, em nome da presunção de inocência, afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas permita, paradoxalmente, a execução provisória da pena” (BRASIL, 2019, p.366). Ainda assim, trata-se de uma contradição performativa. As posições adotadas reiteradamente pelo Min. Celso de Mello, nos julgamentos da primeira turma, nos primeiros anos da década de 1990, são evidência de que coexistiram a constitucionalidade do inciso I com a inconstitucionalidade do II. É claro que “há como compreender” essa coexistência. O próprio ministro a defendeu durante anos.

O STF recepcionou o inciso I art. 393. As decisões em que isso é declarado expressamente são, de fato, menos frequentes. Isso é um dado importante. Como se verá, a ausência de debate jurisprudencial sobre o inciso I art. 393 se deve, em grande medida, à sobreposição do debate sobre o art. 594. O próprio art. 594, até mais problemático constitucionalmente porque limita o direito de apelar, foi recepcionado pela Constituição.

1.7.1.3. HC 69964 (1992) – execução de acórdão – competência originária do tribunal

O HC 69964 (1992) foi julgado na mesma sessão que o HC 69696 (1992), no dia 18 de dezembro de 1992. Tratou-se de um caso de competência originária do tribunal. O réu foi condenado a 4 anos de reclusão em regime fechado e recolhido a prisão especial. A defesa impetrou *habeas corpus* arguindo a incompatibilidade entre o inciso LVII e as regras do CPP, contidas no inciso I art. 393, inciso I art. 669 e art. 594. A defesa também pleiteou que fosse concedido ao réu o benefício da progressão de regime.

O tribunal pleno do STF indeferiu os dois pedidos, seguindo entendimento do relator, o Min. Ilmar Galvão. Votaram com o relator os Min. Sydney Sanches, Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Carlos Velloso, Francisco Rezek e Celso de Mello. Reforça-se a interpretação supra da posição original do Min. Celso de Mello. Ficaram vencidos os Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Esse julgado permite delinear com

clareza a dissidência existente naquele momento, que começava a se fortalecer em busca da superação do precedente.

O núcleo da ementa relatada pelo Min. Ilmar Galvão é bem representativo da fórmula mais comum adotada pelo STF, naquele período: “Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandado de prisão”. Não se fala em prisão processual. Não se fala em execução provisória. Segue-se a forma tradicional que vem do período pré-constitucional e destaca-se a existência de decisão condenatória. Condenado o réu, é a liberdade que requer fundamentação.

O voto do Min. Ilmar Galvão foi enxuto, em especial quanto ao argumento de inconstitucionalidade da prisão em decorrência de decisão condenatória. O ministro apenas indicou que a jurisprudência do STF recepcionou as regras do CPP. Fez referência a dois julgados: HC 67968 (1992), de relatoria do Min. Paulo Brossard; e HC 68342 (1991), de relatoria do Min. Moreira Alves. Destaca-se a ementa do segundo deles, conforme citada por Ilmar Galvão:

Improcede a alegação de que, em face do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição, não há mais a possibilidade de prisão em consequência de sentença condenatória confirmada em apelação ainda não transitada em julgado, porquanto o inc. LXVI do mesmo dispositivo constitucional admite que, antes da condenação com trânsito em julgado, seja o acusado levado à prisão ou mantido nela quando não se preencherem os requisitos legais para a liberdade provisória, com fiança ou sem ela.

O Min. Marco Aurélio inaugurou a dissidência. O ministro defendia, já naquela época, tese muito similar à que defendeu no julgamento das ADC 43, 44 e 54, em 2019: não havendo fundamentação cautelar concreta, não pode haver prisão antes do trânsito em julgado. O ministro destacou que, no caso, além da condenação, não houve qualquer fundamentação para o recolhimento à prisão. Isso configuraria antecipação do cumprimento de pena, o que não é possível sob a Constituição:

Indaga-se: essa prisão ocorreu sob que ângulo da necessidade de ser decretada preventivamente? Não! Quanto à prisão preventiva, quanto ao recolhimento cautelar, este Tribunal exerceu crivo e o afastou. Qual a justificativa plausível, então? Qual a razão de ser desse recolhimento, se veio ao mundo jurídico sem qualquer fundamentação que o pudesse revelar acautelador? Não é outro senão a antecipação do cumprimento da pena.

O Min. Marco Aurélio já era um adepto da tese da exclusividade cautelar estrita. Para ele, apenas fundamentações feitas pelo judiciário com base em elementos concretos seriam suficientes para demonstrar a necessidade da prisão. Essa exigência decorreria do inciso LXI. A diferença entre ele e o Min. Celso de Mello é que, para Marco Aurélio, “ordem escrita e fundamentada” não incluía decisões que decretavam a prisão a partir de hipótese legal definida pelo legislador em abstrato. Se a prisão fosse decretada de maneira automática a partir da lei, isso configuraria cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. E cumprimento de pena antes do trânsito em julgado seria sempre incompatível com o inciso LVII.

O ministro engajou-se expressamente contra o entendimento dominante da época: “Admito que, com um decreto condenatório, possa-se determinar a prisão de alguém”. Entretanto, sob a nova ordem constitucional, até que transite em julgado esse decreto condenatório, “essa prisão há de surgir com contornos provisórios”. A partir do uso dessa expressão, “prisão com contornos provisórios”, começa a aparecer a tendência, sob a tese da dissidência, de se tornarem sinônimos os termos prisão cautelar, prisão provisória e prisão processual.

O Min. Sepúlveda Pertence acompanhou o entendimento do Min. Marco Aurélio em um voto que soou como um divisor de águas:

Não sei se já terei dado voto de adesão a precedentes que têm, à luz do efeito não suspensivo dos recursos extraordinários, considerado que a decisão condenatória sujeita a recurso é, por si só, título de legitimação da prisão processual, malgrado disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição. Se o fiz dou a mão à palmatória.

A partir do levantamento dos julgados do período, a resposta à dúvida retórica do ministro seria: “sim, votou”. O Min. Sepúlveda vinha acompanhando o entendimento dominante, inclusive nos dois julgados do tribunal pleno mencionados acima.

A partir de 1992, porém, o ministro passou a repudiar o precedente histórico. A partir daquele momento, ele teria passado a enxergar, com clareza, que o entendimento jurisprudencial vigente não era compatível com a nova Constituição. Seria imprescindível admitir que a mudança profunda que a nova ordem constitucional teria promovido sobre o sistema processual penal: “Creio que não é mais possível continuar brincando de que nada mudou, com o advento da Constituição”.

O núcleo da posição adotada pelo Min. Sepúlveda foi praticamente o mesmo da adotada pelo Min. Marco Aurélio: “quando se trata de prisão que tenha por título sentença

condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena”. Qualquer antecipação de execução da pena seria inerentemente contraditória à “regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação”. É a tese da exclusividade cautelar descrita da forma mais clara e objetiva possível.

As modalidades de prisão processual seriam possíveis sempre que fundamentadas cautelarmente: “É manifesto que a prisão processual, quando tem natureza cautelar, nada tem a ver com a presunção de culpabilidade ou de não culpabilidade do réu”. O que confirma a leitura de que a tese dissidente faz com que o conceito de prisão processual seja absorvido pelo conceito de prisão cautelar.

As decisões condenatórias também poderiam dar causa à prisão imediata, desde que trouxessem em seu bojo fundamentação cautelar:

Ora, não nego que ainda que o réu tenha respondido ao processo em liberdade, a superveniência da sentença condenatória, somada às circunstâncias do caso, possa aconselhar o seu recolhimento à prisão, a título de medida cautelar. Mas, como toda medida cautelar, ela há de ser fundamentada; fundamentada na necessidade cautelar de prisão.

Por fim, o Min. Paulo Brossard, que votou seguindo o relator, manifestou-se apenas para dizer que se impressionou, “vivamente”, com a argumentação desenvolvida. Por essa razão, apesar de manter seu voto no precedente original, prometeu que reexaminaria a matéria. Esse pequeno gesto demonstra como foi se fortalecendo a dissidência ao longo do período, influenciada pela doutrina, pelos advogados de defesa e pelo grupo de dissidentes, que aumentava.

1.7.1.4. HC 72366 (1995) – recolhimento à prisão para apelar

O HC 72366 (1995) tratou de um caso de condenação à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão pelo cometimento do crime de lesão corporal. O paciente teria comparecido a todos os atos processuais e teria residência e emprego fixos. Ainda assim, não teve o pedido de apelar em liberdade deferido por ser reincidente. Fundamentou-se o indeferimento no art. 594 CPP. A defesa impetrou *habeas corpus* arguindo a inconstitucionalidade da norma com base

no inciso LVII. Houve deferimento da liminar, pelo relator Néri da Silveira, para que fosse suspensa a execução do mandado de prisão até o julgamento final do *habeas corpus* pelo STF. A PGR manifestou-se pelo indeferimento do pedido.

O STF indeferiu pedido, por 6 votos a 5, decidindo pela recepção constitucional do art. 594 CPP. Votaram contra a decisão os Min. Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Francisco Rezek e Ilmar Galvão. Votaram a favor da decisão os Min. Néri da Silveira, Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso e Celso de Mello.

Não constaram da íntegra do acórdão os votos dos Min. Celso de Mello, Octavio Gallotti e Francisco Rezek. Foi possível deduzir a posição do Min. Francisco Rezek a partir do voto do Min. Ilmar Galvão e a fundamentação do Min. Celso de Mello dos demais julgados do período.

Dos ministros que compuseram a minoria, dois deles, o Min. Sepúlveda Pertence e o Min. Marco Aurélio, posicionaram-se pela inconstitucionalidade de qualquer forma de antecipação do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Isso incluiria a prisão decorrente de condenação em segunda instância. Essa é a posição que se denominou “dissidência total”.

Os outros três ministros, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Francisco Rezek, posicionaram-se pela inconstitucionalidade do art. 594 e do inciso I art. 393, mas pela constitucionalidade do art. 637. Ou seja, na posição desses três ministros, passaria a ser possível antecipar o cumprimento da pena somente após condenação em segundo grau. Essa é a posição que se denominou “dissidência parcial”.

Propõe-se analisar primeiro a posição da dissidência total, cujo núcleo já foi descrito acima. Na sequência, apresentar-se-á a posição da dissidência parcial. Por fim, apresentar-se-á a posição da maioria, que representa a resposta adaptativa do precedente original do STF às críticas dissidentes.

Dissidência total

Os Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence construíram argumentações muito similares à do julgamento anterior do pleno, de 1992. Desenvolveram mais essas argumentações, em 1995, acrescentando a ela os argumentos complementares que a doutrina ofereceu desde então. Aproveitar-se-á a oportunidade para destacar a doutrina que inspirou os votos dos ministros.

O Min. Marco Aurélio ressaltou a origem ditatorial do CPP, que remonta ao Estado Novo. Essa mácula ditatorial contaminaria os art. 594 e 393, que seriam incompatíveis com a nova Constituição, democrática. Neste julgamento, o debate sobre o art. 594 incluiu expressamente o inciso I art. 393. Inclusive por referência expressa do relator, Néri da Silveira, que interpretou o art. 594 como complementar ao art. 393. O inciso I art. 393 determinaria que a prisão era efeito inerente à sentença condenatória e o art. 594 o faria cumprir, como condição para apelar, e traria hipótese de exceção.

O Min. Marco Aurélio destacou esse núcleo argumentativo do voto do relator como uma confissão expressa e intelectualmente honesta de que se trataria de “prisão decorrente de sentença condenatória” e não de flagrante, provisória ou preventiva.

O Ministro-Relator bem definiu o móvel da prisão passível de ocorrer, na espécie, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. S. Ex^a., com fidelidade intelectual, revelou ao Plenário que a causa é única: é a sentença, unicamente a sentença, mesmo porque o Paciente respondeu ao processo em liberdade, não se cogitando de prisão em flagrante, de prisão provisória ou preventiva. Somente após o surgimento da sentença condenatória é que se aventou a custódia, mediante a qual o Paciente se submetia, “espontaneamente”, assumindo uma postura conflitante com o inconformismo versado no recurso, ao recolhimento.

Para Marco Aurélio, haveria uma contradição grave entre a imposição do recolhimento do réu à prisão como “pressuposto objetivo de recorribilidade” e o propósito da apelação, que é sempre o desejo do réu de vê-la reformada. Nem no campo patrimonial do direito processual cível a execução provisória teria essa extensão. Busca-se evitar um prejuízo maior para o devedor. A liberdade deveria ser mais protegida que a propriedade, não o contrário. Especialmente considerando que, no caso da liberdade, é impossível “uma vez reformada a sentença condenatória, o retorno ao status quo ante”.

Ao fazer essa crítica por analogia à execução provisória do direito civil, Marco Aurélio se referiu pejorativamente a “essa execução **dita** provisória” (grifos nossos) que seria incompatível com a pena privativa de liberdade. Notou-se que nenhum dos votos dos ministros da maioria, na íntegra, fez uso da expressão “execução provisória”. Como o próprio Min. Marco Aurélio ressaltou, a posição liderada pelo relator é a de que seria prisão decorrente de decisão condenatória recorrível fundamentada em previsão expressa da lei processual penal. O conceito execução provisória foi introduzido pela dissidência, especialmente pelos Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Essa ideia de execução provisória faz perfeito sentido sob a ótica da dissidência: “O que se alcança, com a norma do artigo 594 e, também, com a do artigo 312 [sic “393”], outra coisa não é senão a execução da sentença condenatória”. Para o ministro, toda execução de sentença condenatória recorrível teria como base a presunção de culpa do réu. Para executar a condenação, das duas uma: ou se presume a culpa, ou se tem a culpa como incontroversa. Antes do trânsito em julgado, a sentença sempre pode ser modificada ou substituída por decisão absolutória, então não pode ser incontroversa. Se não é incontroversa, tratar-se-ia de presunção da culpa.

Esse seria o exato sentido da Constituição. O inciso LVII requereria trânsito em julgado para “dizer-se da culpa do condenado”. O inciso LXI traria um rol exaustivo de hipóteses de recolhimento à custódia do Estado (flagrante e ordem fundamentada de autoridade judiciária competente).

É a partir dessa leitura que o inciso I art. 393 deveria ser interpretado para estar em conformidade com a Constituição:

O artigo 393, no que preceitua os efeitos da sentença condenatória – ser o réu preso – deve merecer interpretação consentânea com a Carta de 1988, com a Carta Cidadã. Essa referência, ao efeito da sentença, remete a uma especificidade, a um atributo, à impossibilidade dessa sentença ser reformada, de transformar-se em absolutória. Exige o dispositivo, portanto, para que se lhe empreste harmonia com a Carta de 1988, que a culpa já esteja devidamente sacramentada, e, segundo o disposto no inciso LVII do rol das garantias constitucionais [...]

Ou seja, o art. 393, quando se refere ao efeito “ser o réu preso” da “sentença condenatória recorrível”, para estar em conformidade com a Constituição, deveria ser lido: ser o réu preso somente após trânsito em julgado. Marco Aurélio admite que até seria possível decretar a prisão imediata por meio de sentença condenatória. Desde que a prisão fosse fundamentada como “preventiva com estrita observância ao artigo 312”. A alternativa seria inconcebível: prender o réu que esteve livre durante o processo como condição para o duplo grau de jurisdição sem razão cautelar para isso.

Por fim, o ministro apontou uma contradição inerente ao modelo vigente, que fora apontada anteriormente pelo Min. Sepúlveda Pertence. Seria o caso em que o réu condenado a cumprir pena em regime semiaberto, por aplicação irrestrita do art. 594, poderia acabar recolhido à cadeia pública. O que seria um “regime mais gravoso do que o relativo à apenação”.

O Min. Marco Aurélio concluiu que seria possível manter-se o inciso I art. 393 CPP sob a nova constituição, desde que se interpretasse que sentença condenatória recorrível que ele menciona seria, na verdade, “a sentença que já não mais pode ser reformada ou alterada na via recursal”. Já o art. 594, “o pernicioso artigo 594, o impiedoso artigo 594 que nos veio do Estado Novo” esse seria inteiramente “conflitante com os princípios inseridos na Carta de 1988; com o princípio da presunção, não da inocência, mas da não-culpabilidade”

O Min. Sepúlveda Pertence começou seu voto citando Luiz Flávio Gomes, “jovem e brilhante magistrado paulista”, que teria dedicado “ao tema monografia preciosa que fundamenta tese no Pacto de São José da Costa Rica”. A obra do autor foi publicada em 1994 e se tornou referência desde então, especialmente para a dissidência que crescia em busca da superação do precedente. O ministro citou também, como referências da dissidência, José Frederico Marques e Ada Grinover.

Sepúlveda Pertence extraiu o que denominou ser a “melhor doutrina” dos ensinamentos de José Frederico Marques, na obra “Pareceres” (1993), em capítulo específico sobre a questão da prisão antes do trânsito em julgado. Para essa melhor doutrina, o inciso LVII imporia a preservação da presunção da inocência até o trânsito em julgado. A partir dessa compreensão, subsistiriam apenas as modalidades de prisão compatíveis com as hipóteses previstas do inciso LXI. Estaria vedada qualquer forma de **carcer ad poenam**. Só seriam permitidas prisões cautelares, **carcer ad custodiam**. Prisões decorrentes de decisões condenatórias só com trânsito em julgado.

A partir dessa interpretação, seria imperativo concluir pela revogação dos art. 393 CPP e do art. 35 da Lei 6.368/76. O art. 597 passaria a ser aplicado sem remissão ao 393. Reinterpretado dessa forma, o dispositivo seria lido apenas da seguinte forma: “A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo” – a partir de então, sem as ressalvas anteriores. Não se poderia mais “falar em execução provisória: 1º) porque a apelação tem efeito suspensivo; 2º) porque a execução provisória, da condenação penal, está em conflito com o postulado constitucional da presunção de inocência do acusado, antes da coisa julgada”.

O Min. Sepúlveda Pertence também trouxe ao debate o conceito de execução provisória como nomenclatura tecnicamente mais adequada para definir o que os ministros da maioria estavam adotando: “Que se trata, de fato, de execução provisória não tenho dúvida. E efetivamente não consigo conciliar execução provisória de condenação penal recorrível com a presunção de não-culpabilidade até a coisa julgada”. Citou Ada Grinover para respaldar essa posição.

Por outro lado, fazendo uma leitura à melhor luz da tese da maioria, o Min. Sepúlveda analisou o pensamento de Damásio de Jesus sobre a questão. O que foi um engajamento certo, na medida em que o autor foi citado como referência pelo relator Néri da Silveira. Para Damásio de Jesus:

O legislador ordinário entendeu que, havendo uma sentença condenatória julgando o réu culpado, é necessário, para que possa apelar, que se recolha à prisão. Atende-se aos dois requisitos do princípio do estado de inocência: natureza cautelar da medida e sua necessidade, está determinada pelo legislador. (JESUS, Damásio de, 1994, p. 408)

Trata-se da teoria que esta tese denominou: exclusividade cautelar ampla. Segundo essa teoria, o inciso LVII de fato teria eliminado qualquer forma de antecipação do cumprimento da pena no sistema processual penal. Entretanto, o recolhimento do réu à prisão, para poder apelar, teria natureza cautelar. A fundamentação da necessidade estaria cumprida no enquadramento do caso à hipótese legal definida pelo legislador. O Min. Sepúlveda Pertence interpretou a tese de Damásio da mesma forma: “Vê-se, assim, que o escritor efetivamente entende que o estado de inocência repele a ideia de execução-provisória. Sustenta, no entanto, a salvação do art. 594 do C. Pr. Penal, como medida cautelar”.

Como resposta a essa tese, o Min. Sepúlveda Pertence recorreu à interpretação do inciso LXI. Exatamente a interpretação que o Min. Marco Aurélio fizera anteriormente e que foi utilizada para diferenciá-lo do Min. Celso de Mello:

[...] refiro-me ao inciso LXI do mesmo art. 5º da Lei Fundamental, que admite, sim, prisões independentes de condenação transitada em julgado. Mas, afóra a prisão em flagrante, exige ordem fundamentada da autoridade judiciária competente.

Essa exigência de fundamentação, quando referida uma prisão cautelar, não pode ser uma exigência nominalista. É óbvio que, se se exige fundamentação de uma prisão como garantia constitucional, **pretende-se a demonstração da sua necessidade hic et nunc. No caso concreto, a suposta presunção legal da necessidade de uma prisão cautelar, data vênua, choca-se de frente com a exigência constitucional de motivação judicial de qualquer prisão.** (grifos nossos)

Fica muito clara a adoção da tese da exclusividade cautelar estrita pelo Min. Sepúlveda Pertence. A fundamentação exigida pelo inciso LXI não seria nominalista. Para Sepúlveda, não basta que se fundamente em lei. É preciso que se fundamente em fatos. Fatos

presentes aqui e agora. Não basta uma motivação judicial em abstrato. A motivação de que fala o inciso LXI só pode ser concreta.

Dissidência parcial

Os ministros da dissidência parcial votaram pela não recepção do inciso I art. 393 e do art. 594. Entretanto, disseram expressamente que esse entendimento não se estenderia ao art. 637 e às prisões decorrentes de condenação em segunda instância. O limite da vedação dos efeitos executivos da condenação seriam as instâncias ordinárias.

Não consta da íntegra do acórdão o voto do Min. Francisco Rezek, mas o Min. Ilmar Galvão fez referência expressa a ele, garantindo que sua posição foi igual à do Min. Maurício Corrêa:

Votaram no mesmo sentido os eminentes Ministros Maurício Corrêa e Francisco Rezek, acentuando a incompatibilidade entre os textos dos arts. 393, I, e 594, não apenas com os mencionados dispositivos da CF/88, mas também com o texto de São José da Costa Rica, a que aderiu o Brasil.

Confia-se no relato do Min. Ilmar Galvão e registra-se, a partir dele, a posição do Min. Francisco Rezek como dissidente parcial.

O Min. Maurício Corrêa também entendeu que a origem ditatorial do velho Código de Processo Penal contaminaria a adequação do art. 594 sob o novo regime democrático:

como pode uma norma processual penal antiga, elaborada ao sabor de um clima em que as liberdades eram restritas, limitadas ao que impunha um determinado estamento, como pode ela adaptar-se à realidade de uma ordem constitucional inteiramente nova? Renovadora. Moderna, máxima no que se relaciona aos direitos e garantias individuais – um dos capítulos constitucionais mais modernos de todo o mundo democrático.

A garantia contida no inciso LVII, teria vinculado a condenação ao trânsito em julgado. Isso tornaria impossível a harmonização do art. 594, sob a nova Constituição. O art. 594 exigiria que o réu reincidente se recolhesse à prisão, sem importar a natureza do delito praticado. No caso dos autos, o delito seria de pequena potencialidade. Isso deixaria claro que a norma estaria em desacordo com a nova ordem.

Além disso, o argumento de Luiz Flávio Gomes, mencionado por Sepúlveda Pertence, parece ter influenciado também o Min. Maurício Corrêa. Mencionou o §2º art. 5º Constituição como porta de entrada do Pacto de São José da Costa Rica¹⁰ para reconhecer a existência da “garantia do cumprimento do duplo grau de jurisdição”. Bastaria a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição para entender que o art. 594 não teria sido recepcionado.

Maurício Corrêa ressaltou que esse entendimento somente valeria até a condenação em segunda instância. Depois disso, inciso LVII ou não, executar-se-ia a condenação:

Não chego ao extremo de dar esta interpretação, de tal modo a admitir que o réu aguardará solto até eventual acórdão do Tribunal da última instância. Enfatizo que tal interpretação tem os seus limites exclusivamente perante as instâncias ordinárias.

O ministro avaliou como extremada a posição da dissidência total.

Quando o julgamento chegou ao Min. Ilmar Galvão, ele pediu vista alegando que, quando ingressou no STF, aderiu à orientação assentada, que não via incompatibilidade entre o art. 594 e a Constituição. Nunca havia, porém, se debruçado sobre o tema para uma apreciação mais aprofundada. O voto do Min. Marco Aurélio teria trazido argumentos da maior relevância para o tema, que mereceriam melhor apreciação. O julgamento foi suspenso em junho, retomado e concluído em setembro de 1995.

Ilmar Galvão apresentou um voto longo para aquela época, com quinze páginas. Ainda assim bem mais curto que as dezenas de páginas que se tornaram a regra dos ministros do STF nos tempos atuais.

Apesar do caso tratar da prisão decorrente de condenação em primeira instância, o ministro fez questão de ressaltar que vinha acompanhando o entendimento do tribunal quanto à prisão decorrente de condenação em segunda instância. Segundo ele, “em casos de decisão condenatória pendente de recurso especial ou extraordinário, [...] por tratar-se de recursos sem efeito suspensivo, não constitui óbice a que se dê início à execução da pena, a norma do inc. LVII”. A norma constitucional não asseguraria ao acusado o exaurimento dos recursos chamados extraordinários, mas tão-somente de um julgamento em segundo grau de jurisdição”. Entender de forma diversa resultaria, na prática, “em face da conhecida morosidade das decisões judiciais, promover um exagerado distanciamento temporal entre o fato delituoso e a sua punição”. Aguardar a decisão dos recursos para os tribunais superiores

¹⁰ Que teria entrado em vigor no Brasil no dia 9 de novembro de 1992, data em que foi publicado o Decreto presidencial 678/92.

seria despojar a sanção penal “de sua importante finalidade utilitária de medida inibidora do crime”. Fez referência ao julgamento do HC 69964 (1992), do qual foi relator.

Feita essa ressalva, que levou à classificação da sua posição como dissidência parcial, o ministro passou a apresentar as razões pelas quais mudou de posição em relação à constitucionalidade do art. 594. O Min. Ilmar Galvão, já viria, aos poucos, alterando seu entendimento desde 2002. Pra demonstrar isso, ele citou três julgados do STF de que fez parte: HC 69535 (1992), HC 71874 (1995) e HC 69714 (1992). Todos eles foram encontrados na pesquisa a partir das chaves de busca utilizadas.

O primeiro, HC 69535 (1992), foi um caso de competência original do TJMG, julgado pela corte superior e decidido por maioria de votos, mas com quatro dissidências. A prisão foi decretada a prisão sem qualquer fundamentação. A PGR opinou pela não recepção dos art. 594 e 393. O Min. Ilmar Galvão, relator, decidiu, com base no julgamento não unânime, que essa seria uma hipótese em que a prisão ficaria condicionada ao trânsito em julgado. Na íntegra do voto, o ministro considerou determinante o fato de o réu ter respondido ao processo em liberdade. Ressalta-se que os demais casos de condenação não-unânime do período eram decididos, em regra, com a suspensão da prisão apenas até o julgamento dos embargos infringentes. Esse julgado de fato foi uma exceção. O que confirma o relato do ministro.

O segundo, HC 71874 (1995), segundo o Min. Ilmar Galvão, também de sua relatoria, teria sido decidido pela manutenção da “prisão do condenado, durante o julgamento da apelação, tão-somente pelo fato de encontrar-se ele sob custódia preventiva”. A *ratio decidendi* desse caso foi, de fato, a fundamentação na pré-existência, à condenação, de prisão provisória. Da ementa, entretanto, constou a tese da PGR de que o fato de o regime fixado ter sido o semiaberto em nada afetaria a imposição legal do recolhimento do réu à prisão para apelar.

O terceiro, HC 69714 (1992), foi relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence. Ilmar Galvão destacou que, nesse julgamento, em 1992, ele teria se reservado melhor exame da questão da prisão para apelar. Tratou-se de um caso em que a primeira turma indeferiu o pedido de habeas corpus. O réu fora condenado por tráfico. O Min. Sepúlveda Pertence votou no sentido de que não bastava a gravidade do delito em abstrato para justificar a prisão, mas que era possível extrair, da sentença, fundamentos cautelares suficientes para manter a prisão. O Min. Ilmar Galvão de fato fez a ressalva expressa para examinar melhor “a questão da presunção da necessidade de recolhimento do réu à prisão, para o fim de recorrer de sentença condenatória nos casos de crimes ligados ao tráfico de tóxicos”. Acompanharam-no, nessa ressalva, os Min. Octávio Galloti e Moreira Alves.

Após três anos de reexame da questão, de volta a 1995, o Min. Ilmar Galvão aproveitou o julgamento do HC 72366 (1995) para mudar oficialmente de posição, alinhando-se com os Min. Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Francisco Rezek. Segundo ele, “**da consulta às lições da doutrina e da jurisprudência, resultou consolidada a convicção**, anteriormente esboçada, de que a exigência contida no art. 594 do Código de Processo Penal, é incompatível com o novo texto constitucional” (grifos nossos). O inciso LVII proclamaria “a impossibilidade de considerar-se alguém culpado, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O inciso LXI vedaria qualquer “prisão que não seja flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. A sentença condenatória, apesar de cumprir os requisitos de fundamentação do inciso LXI, estaria condicionada ao trânsito em julgado pelo LVII.

Fez referência à decisão HC 69710, no qual o Min. Celso de Mello teria distinguido a prisão cautelar da “prisão penal (**carcer ad poenam**)”. A prisão cautelar não teria como objetivo “infligir punição à pessoa que a sofre”. Não traduziria, “em face da finalidade a que se destina, qualquer idéia de sanção”. A prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) constituiria “instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal”.

A partir dessas premissas, Ilmar Galvão concluiu que “a prisão cautelar, devidamente justificada, não afronta o princípio da presunção de inocência”. Entretanto, ressaltou: a exigência do inciso LXI de decisão fundamentada “exclui, por completo, a hipótese de prisão compulsória, decorrente diretamente da lei, independentemente de qualquer juízo de conveniência ou necessidade”. O ministro fez referência à tese da exclusividade cautelar conforme construída pelo Min. Celso de Mello, mas fechou o raciocínio com a tese da exclusividade cautelar estrita, adotada por Sepúlveda e Marco Aurélio. De fato, a fundamentação indica que se trata da mesma base teórica. Mas os efeitos práticos das decisões do Min. Celso de Mello permitem vislumbrar a diferença. É justamente o caso: Celso de Mello votou com a maioria neste HC 72366 (1995). Tivesse votado como Ilmar Galvão, o precedente teria sido superado ali.

A fonte doutrinária pela qual o ministro também parece ter sido influenciado foi Luiz Flávio Gomes (1994). Na obra, Luiz Flávio Gomes transcreveu as lições dos mais prestigiados cultores das ciências penais: José Frederico Marques, Alberto Silva Franco, Magalhães Gomes Filho, Silva Jardim, Castanho de Carvalho, Tourinho Filho, Rogério Lauria Tucci, Maria Lúcia Karan, Flávio Borges de Urao, Leônidas R. Scholz, Odete Maria de Oliveira, José Rodrigues dos Santos, Ada Grinover, Antônio Scarance Fernandes, James Tubenclak e Cândido Dinamarco. Essa obra, publicada cerca de um ano antes do

juízo, teve grande destaque nos votos da dissidência. A partir dela, o Min. Ilmar Galvão passou a aderir à tese da exclusividade cautelar estrita. Na sua versão, que não foge à regra, o problema seria “a prisão obrigatória, compulsiva automática ou meramente processual, da espécie prevista nos arts. 393, I, 408, §1º, 594, e 669, I, do CPP”.

Prisão cautelar seria medida excepcional e instrumental, não se justificando senão quando o juiz, motivadamente, demonstra seu embasamento fático e jurídico, valendo-se das provas produzidas dentro do processo. Segundo Luiz Flávio Gomes: “Não havendo tal motivação, explicitamente demonstrada (ainda que já exista sentença condenatória recorrível), o decreto restritivo da liberdade é nulo de pleno direito e deve ser corrigido imediatamente, restaurando-se o **ius libertatis**” (ibid. p. 39).

O Min. Ilmar Galvão buscou também respaldo doutrinário em José Frederico Marques. Da teoria do autor, ele chegou à conclusão que é até possível que a sentença condenatória decreta a prisão do réu, desde que esta prisão não caracterize *carcer ad poenam*, mas, sim, *carcer ad custodiam*. Para isso, é imprescindível que acrescente, à fundamentação do juízo condenatório, também fundamentação cautelar específica da necessidade da medida. Da perspectiva das prisões cautelares, é preciso que se demonstre existir *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. No caso da sentença condenatória, o *fumus boni iuris* estaria cumprido (destaca-se este ponto, que será importante para o capítulo 4 infra). O *periculum in mora*, porém, requer fundamentação própria em concreto.

E o ministro ainda ressaltou que “não se prestam [...] para demonstração do requisito do **periculum in mora**, simples presunções legais, proscritas pelo inc. LCII, como a **decorrente da qualificação subjetiva do agente, da tipologia do crime e do estado do processo**” (grifos nossos). Com esse acréscimo final, o ministro sintetizou, quase integralmente, a forma final da tese da exclusividade cautelar estrita, que se tornou hegemônica nos anos 2000. Proscritas a gravidade e as circunstâncias do crime, a qualificação subjetiva do agente e o estado do processo, só restam fatos supervenientes que vierem a ser comprovados.

Novamente com respaldo em Luiz Flávio Gomes, o Min. Ilmar Galvão engajou o ponto chave da tese da maioria, inclusive neste julgamento. Segundo o autor:

[...] até recentemente predominava a corrente dos que, buscando compatibilizar o art. 594 do CPP, com o princípio constitucional da presunção da inocência, sustentavam a orientação, sintetizada na Súmula nº 9, do STJ, segundo a qual a prisão decorrente da sentença recorrível seria “de índole processual”.

Como se verá adiante, no tópico sobre as evoluções terminológicas, essa também é uma das conclusões a que se chegou nesta tese. E o voto do Min. Néri da Silveira (*infra*) comprova isso com perfeição. Segundo aponta o Min. Ilmar Galvão, Alberto Silva Franco (1991, p. 201 e segs.) confirma essa teoria por meio da transcrição de acórdãos do STJ sobre o tema. O ministro traz vários deles. Ressalta-se que o trabalho de Alberto Silva Franco é bastante similar ao trabalho que se fez nesta tese. Aqui, porém, analisaram-se decisões do STF.

Antes de refutá-la, o Min. Ilmar Galvão primeiro descreveu a teoria: a prisão decorrente de sentença condenatória teria natureza processual. Essa teoria se apoiaria “no argumento de que a prisão do art. 594 é provisória, de natureza processual, assentada em sentença condenatória, não carecendo, por isso, da fundamentação exigida” pelo inciso LXI. Alegar-se-ia também que o princípio da presunção de inocência não é novidade da Constituição de 1988. Já viria sendo aplicado há várias constituições e sempre restrito ao campo probatório. O inciso LVII não interferiria nas modalidades de prisão.

Partindo para a refutação, o Min. Ilmar Galvão, apontou, em sentido contrário, vasta e recente jurisprudência do STJ. Essa jurisprudência, aproveitada do trabalho de Alberto Silva Franco, seria bem representada pelo acórdão do HC 2295 STJ (1994):

Constitucional e penal. Apelar Solto. Réu tecnicamente primário, condenado a um ano de reclusão por lesão corporal. Filosofia esposada pelo Código Penal com a reforma de 1984. Princípios constitucionais da presunção de inocência e da liberdade provisória. Interpretação da lei ordinária (CPP, art. 594) de acordo com a Constituição e não vice-versa. Necessidade de fundamentação do recolhimento à prisão **ante tempus**. Ordem de **Habeas Corpus** concedida (relator Ministro Adhemar Maciel, que restou assim ementado DJU de 27.06.94, pág. 17.003).

Por fim, mais uma vez com inspiração nos escritos de Luiz Flávio Gomes, o ministro compartilhou da leitura de que o art. 594 do CPP teria sido revogado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos que prevê o “direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo”. Manifestar-se-ia, “efetivamente, incompatível com a figura de um recurso simples, rápido e efetivo, idôneo, enfim, à reparação de ilegalidades ou injustiças, aquele que o art. 594 condiciona ao recolhimento do acusado à prisão”.

Concluiu de forma eloquente seu voto, dizendo que os incisos LVII e LXI inauguraram “nova realidade jurídica, onde não restou espaço para a prisão processual, automática ou obrigatória, que tinha por único pressuposto a presunção de culpa”.

Não acreditava que a superação de precedente fosse gerar impunidade porque permaneceriam mantidas as prisões preventiva e temporária, “na medida em que o exijam a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a preservação da aplicação da lei penal”. Somente essas modalidades, preventiva e temporária, é que não atritariam com os incisos LVII e LXI.

Destaca-se como, em vários momentos, a argumentação utilizada pelo Min. Ilmar Galvão foi muito semelhante à da dissidência total:

Sentença, nas condições apontadas, é sentença preparada para execução que, no caso da pena privativa de liberdade, se inicia pela expedição do mandado de prisão.

Diversa é a situação da sentença condenatória ainda sujeita a recurso. Em face do princípio da presunção da ausência de culpa, inculcado no inc. LVII (art. 5º), não pode servir de fundamento a uma ordem de prisão. Eventual mandado de prisão que, em função dela, for expedido, configurará hipótese de prisão desfundamentada e, por conseguinte, desautorizada no inc. LXI.

Ao mesmo tempo, conteve uma ligeira peculiaridade:

O mandado de prisão, expedido em cumprimento a sentença condenatória trânsita em julgado, é fora de dúvida que satisfaz à exigência constitucional de ordem escrita e fundamentada. **O fundamento está na própria condenação, quando já insuscetível de modificação pelos meios ordinários.** (grifos nossos)

Essa singela diferença é que separaria as dissidências. Dissidência total: somente prisões cautelares, inclusive durante os recursos para os tribunais superiores. Dissidência parcial: somente prisões cautelares durante as instâncias ordinárias. Entretanto, o Min. Ilmar Galvão não apresentou nenhuma razão jurídica para a diferença em sua posição. Apresentou apenas uma razão prática de que, no contexto da morosidade processual brasileira, adotar uma tese tão extremada despojaria a sanção penal “de sua importante finalidade utilitária de medida inibidora do crime”. Esse é um dado da tese que será aproveitado no tópico sobre a evolução terminológica.

Maioria

O relator, Min. Néri da Silveira, abriu seu voto deixando claro que a ordem de prisão se fundamenta diretamente na norma contida no inciso I, art. 393. A prisão decorreria da sentença condenatória, enquanto não prestada a fiança. “A determinação do juiz de expedição de mandado de prisão”, a partir da condenação, seria legitimada pela norma geral. É a partir dessa base que se decidiu o caso. O art. 594 se harmonizaria com o art. 393, I. O inciso I art. 393 constituiria regra geral de prisão a partir de condenação. O art. 594 constituiria uma exceção a essa regra geral.

O caso concreto em debate se referia à aplicação do art. 594 em casos de condenados reincidentes. Foi essa a razão pela qual a sentença negou o benefício ao réu. Em casos de reincidência, não seria invocável a hipótese de exceção criada pelo art. 594, que estava condicionada à comprovação da primariedade e dos bons antecedentes do réu.

A defesa e a dissidência questionaram essas normas a partir dos incisos LVII e LXI. Arguiram que não teria surgido, durante o processo, nenhum fato novo que justificasse o decreto de prisão, antes do trânsito em julgado – que é a exigência da razão superveniente feita pela tese da exclusividade cautelar escrita. Ao que o Min. Néri da Silveira respondeu: “Dá-se, porém, que a prisão do paciente resulta da causa superveniente à instrução criminal, qual seja, a sentença condenatória”. A condenação, sempre superveniente, é que justificaria a imposição da prisão ao réu. O art. 594 teria condicionado a apelação ao recolhimento da prisão para garantir o cumprimento dessa determinação da lei processual penal.

Por essas razões, não caberia afirmar que “a restrição à liberdade do paciente não está motivada”. Exigir fundamentação em hipótese de prisão preventiva do art. 312 seria confundir os dispositivos do direito processual penal vigente:

Prevista em lei, dado que o réu não preenche os pressupostos legais a apelar em liberdade, não há exigir que adote, na sentença, o magistrado fundamentação, “ad instar”, do decreto de prisão preventiva, com base no art. 312 do CPP, pois, deste, aqui não se cuida; a prisão decorre da lei processual penal que esta Corte tem como válida.

Daqui se extrai o conceito de “prisão processual” utilizado pelo Min. Néri da Silveira. Neste julgamento, no voto do relator, prisão de natureza processual quis dizer: hipótese abstrata de prisão antes do trânsito em julgado, definida pelo legislador. Esse conceito é diverso do conceito mais usual identificado no período, que é o de que as prisões processuais

seriam as modalidades de prisão cuja finalidade seria garantir o julgamento e a aplicação da lei penal. Essa singela, mas importante discrepância demonstra a razão por detrás do ponto do Min. Ilmar Galvão. O argumento da natureza processual da prisão decorrente de condenação recorrível parece mesmo ter sido desenvolvido pela posição majoritária como resposta às crescentes críticas doutrinárias e jurisprudenciais. Essa resposta fez parte de um processo de evolução terminológica e conceitual que será estudado detalhadamente a seguir.

O ministro recobrou as posições do TJSP, da PGR e do STJ no caso, antes que o *habeas corpus* fosse impetrado no STF.

O acórdão do TJSP fez referência à Súmula 9 e às decisões do STF no HC 68726 (1991) e HC 68841 (1991). “A prisão do réu é efeito natural da sentença penal condenatória, que difere do simples efeito do decreto de prisão preventiva, por já conter juízo da consistência da acusação, embora não definitivo porque passível de reexame por recurso voluntário de apelação”. O acórdão do TJSP também sustentou que o art. 594, em sua formulação atual, pós Lei Fleury, conteria norma que abrandaria a necessidade de o réu se recolher à prisão, quando verificada a hipótese de exceção.

A decisão do STJ foi diferente da do Min. Néri da Silveira. A decisão do STJ, a partir do voto do relator Min. José Dantas, sustentou que o inciso LVII não teria revogado o art. 594, que tem natureza cautelar e necessidade determinada pelo legislador, devidamente justificada na sentença condenatória. O STJ concedeu, portanto, a tese da exclusividade cautelar ampla, mantendo, com base na norma penal, a prisão do réu condenado em primeira instância. Essa foi, provavelmente, o entendimento que levou o Min. Celso de Mello a votar com a maioria. Infelizmente seu voto não contou com fundamentação que conste da íntegra do acórdão.

A posição da PGR, por sua vez, pareceu híbrida. Por um lado, fundamentou seu parecer nos mesmos termos que o Min. Néri da Silveira, diferenciando prisões cautelares de prisões decorrentes de sentença condenatória. Por outro lado, adicionou também uma presunção de cautelaridade *ex lege* que complementaria o argumento a favor do art. 594. A Constituição não exigiria “que a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível, ou da sentença de pronúncia, obedeça aos mesmos requisitos da prisão preventiva”.

Para a PGR, o sistema processual penal teria determinado critérios de exigência distintos para fases distintas do processo: antes e depois de decisão condenatória. A partir da sentença condenatória, que configuraria um “juízo de consistência da acusação (expressão do acórdão do Tribunal de Justiça), a lei seria muito mais exigente em relação ao réu. Negar-lhe-ia a liberdade provisória sempre que reincidente ou portador de maus antecedentes. Esse

critério do legislador não seria de forma alguma desarrazoado. A partir da condenação, ainda que recorrível, “o ‘*periculum libertatis*’, nessas situações, é presumido ‘ex lege’”.

É nesse ponto final que se destaca a adição de um elemento cautelar abstrato para justificar a constitucionalidade da norma. A essência do argumento é a de que o legislador teria ponderado a necessidade de impor a prisão quando da definição das hipóteses que não fariam jus ao benefício de recorrer em liberdade, como são os casos dos crimes graves e inafiançáveis e dos réus reincidentes. Isso corrobora também a leitura de como o entendimento majoritário vacilava entre termos, conceitos e justificativas para a defesa do precedente.

O Min. Néri da Silveira embasou sem entendimento na jurisprudência recente do STF. Fez referência às decisões da segunda turma que declararam a constitucionalidade do art. 594: HC 68841 (1992), relator Marco Aurélio substituído por Carlos Velloso; RHC 69285 (1992), relator Paulo Brossard; HC 71026 (1994), relator Francisco Rezek.

Nesse último julgado, HC 71026 (1994), o relator Francisco Rezek fundamentou seu voto da seguinte maneira, pede-se a compreensão do leitor para transcrever um trecho mais longo:

Há países onde se pode conviver, sem conseqüências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada de semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.

Juiz obediente à lei, sou obrigado a prestigiar, no Código de Processo Penal, tudo quanto faz com que os processos se arrastem indefinidamente. Mas devo de igual modo observar a norma que aponta como pressuposto do conhecimento do recurso o recolhimento do réu à prisão.

Já decidimos que a norma não se aplica quando há primariedade e bons antecedentes, mas tal não é o caso. **Reconheço que o que temos em hipóteses como esta não é uma prisão preventiva, não é uma prisão acautelatória. É, pois, o início da execução de uma pena resultante de sentença condenatória que ainda não transitou em julgado. Mas isso não me parece iníquo, nem extravagante, nem incompatível com o texto constitucional de 1988.** (grifos nossos)

O Min. Néri da Silveira fez referência também à decisão da primeira turma, no HC 69667 (1992), relator Moreira Alves: “esta Corte [...] já decidiu, inclusive por seu Plenário,

que a presunção de inocência, constante no artigo 5º, LVII, da atual Constituição, não impede a prisão em virtude de sentença condenatória ainda pendente de recurso”.

Por fim, o ministro engajou o argumento do duplo grau de jurisdição, trazido ao debate com referência à teoria de Luiz Flávio Gomes. É curioso que o ministro tenha reconhecido a presença do princípio na Constituição, no próprio inciso LVII. “Não vejo, pois, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, invocada da tribuna, qualquer acréscimo nas garantias individuais e na proteção ao réu”. Ainda assim, concluiu pela constitucionalidade do art. 594. O argumento pareceu ter sido o de que o duplo grau de jurisdição não vedaria a prisão do réu após condenação em primeira instância. Tal como já vinha sendo praticado pela jurisprudência nacional.

Registra-se a referência à teoria de Damásio de Jesus, ainda que apenas colateralmente, para demonstrar que o art. 594 nunca era aplicado nos casos em que preexistia, à condenação, prisão provisória. O sentido de prisão provisória aqui foi o sentido original: flagrante, preventiva e pronúncia.

O Min. Carlos Velloso iniciou seu voto destacando que a segunda turma já teria debatido a constitucionalidade do art. 594 diversas vezes e que sempre se decidiu pela recepção da norma. Os argumentos da dissidência, inclusive na versão sustentada pelo Min. Ilmar Galvão, não seriam novidade e já teriam sido reiteradamente vencidos.

A construção argumentativa do Min. Carlos Velloso pode ser representada da seguinte forma: o inciso LVII consagra o princípio da não-culpabilidade presumida e impede, antes do trânsito em julgado, que se imponham ao réu medidas coercitivas. Esse princípio não seria novo no direito processual penal brasileiro, pelo contrário, teria existido de forma implícita na Constituição de 1967, e mesmo antes dela, quando da adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. A tensão entre o princípio e o art. 594, portanto, não teria surgido na Constituição de 1988.

Para o ministro, o entendimento da jurisprudência sempre teria sido o de que o princípio da não-culpabilidade não afastaria as medidas de natureza cautelar “necessárias para a aplicação da lei penal e para a execução do decreto condenatório”, desde que observado o devido processo legal. Essa é a base de fundamentação, por exemplo, das prisões preventivas, cujos limites são traçados pelo legislador ordinário. Logo em seguida, o ministro fez referência à admissão, pela própria Constituição, no inciso LXI, da prisão em flagrante, que não estaria vinculada ao trânsito em julgado. O mesmo inciso teria isentado outras modalidades de prisão do trânsito em julgado da condenação, estabelecendo como único

requisito sua motivação. O requisito da motivação, entretanto, seria exigido de qualquer decisão judicial, conforme inciso IX art. 92 CF.

Nesse ponto, destaca-se a comunicabilidade entre o uso do termo “natureza cautelar” e a ideia ligada à prisão processual de garantia da aplicação da lei penal. Além disso, observa-se também que ficou a impressão de Carlos Velloso justificou a prisão em flagrante e a prisão motivada a partir de sua natureza cautelar. É o que indica a imediata aposição das ideias. Ao mesmo tempo, ficou claro que o ministro considerou que o inciso LXI conteria exceções à proibição geral de coercitividade antes do trânsito em julgado, contida no inciso LVII.

A partir dessa interpretação constitucional, o ministro concluiu que o art. 594 não foi revogado pela nova Constituição. O art. 594 representaria a vontade do legislador, que “entendeu necessário o recolhimento à prisão, ou a pretensão da fiança, do condenado não primário e de maus antecedentes, assim reconhecido na sentença”.

O legislador, repito, entendeu necessária a prisão, em tal caso, para a boa aplicação da lei penal. A interpretação ortodoxa, radical, do preceito inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição, levaria ao entendimento de que estaria revogado, também, o art. 35 da Lei de Tóxicos, com a liberação de perigosos narcotraficantes. Em nenhuma democracia do mundo se sustenta que criminosos desse tipo, em obséquio a um princípio dessa natureza, pudessem ficar em liberdade, afrontando e agredindo a sociedade. **Em nenhum Estado de boa prática democrática nega-se ao legislador a faculdade de emitir regras e normas a favor do jus puniendi estatal.** (grifos nossos)

Seriam esses criminosos, mais perigosos, que em regra precisariam se recolher à prisão para apenar de sentença condenatória. “Os de bons antecedentes, os que são primários, estes podem apelar em liberdade”. Para o ministro, uma decisão desse tipo iria “desencorajar o Congresso Nacional a adotar legislação que ponha fim à violência, que proteja a sociedade”.

Neste exato ponto, interveio o Min. Marco Aurélio:

A hipótese não versa sobre a manutenção na prisão, Ministro. Revela o acusado que respondeu ao processo em liberdade e apenas diante de uma sentença condenatória – e **eu admito a preventiva** –, para recorrer, tem que adotar uma postura contrária ao que versará nas razões do recurso. V.Exa. está dizendo que o Supremo Tribunal Federal pretende soltar presos. Não é isso. (grifos nossos)

Ao que o Min. Carlos Velloso respondeu:

Então, Sr. Presidente, no caso, a **presunção de necessidade da cautelar é do legislador**. Ele entende necessária a prisão do condenado que não é primário e que tem maus antecedentes. É isso o que está no art. 594, do Código de Processo Penal. Ele presume, então, necessária a prisão cautelar, para o fim de dar cumprimento, de tornar efetiva a condenação. (grifos nossos)

Destaca-se um dado importante. Na resposta do Min. Carlos Velloso, ficou evidente que o fundamento constitucional para a recepção do art. 594 seria a fundamentação cautelar abstrata positivada pelo legislador. É a tese da exclusividade cautelar ampla, partilhada pelo Min. Celso de Mello. Na versão do Min. Carlos Velloso, há mais ênfase no caráter condenatório da decisão, mas o pano de fundo parece ser o mesmo. Esse dado demonstra a evolução do entendimento da maioria. O ministro alega inalterado o entendimento sob o novo marco constitucional, mas a concessão parcial está presente no seu próprio voto.

Por fim, relevante destacar a refutação do Min. Marco Aurélio. É importante a evidência dada pela dissidência ao absurdo dos casos em que o réu acompanha o processo em liberdade e tem a prisão decretada por sentença condenatória sem razão superveniente para isso. Ainda mais neste julgamento, pois é exatamente o caso.

Ao mesmo tempo, não pareceu honesta a refutação de Marco Aurélio. O ministro se defendeu dizendo que não haveria nenhum risco de que fosse solto nenhum preso. Ao mesmo tempo, propugnava pelo esvaziamento da competência legislativa de determinar prisões automáticas. A dissidência propunha, por exemplo, a imediata cessação da aplicação do art. 35 da Lei de Tóxicos. O Min. Marco Aurélio, em especial, em todos os julgados do período, sempre foi um loquaz opositor à aplicação desse artigo de forma automática. Tal como também sempre se opôs à aplicação de qualquer prisão de forma automática a partir de hipótese definida pelo legislador, ainda que preventiva.

A alegação de que a prisão preventiva seria uma solução para o problema de um sistema sem execução provisória acompanhou toda a história da ascensão da dissidência total. Ao mesmo tempo, ela é inerentemente contraditória com a posição, que não aceitava nenhuma forma de fundamentação com base na gravidade do delito cometido. Esse parece ter sido o ponto que o Min. Carlos Velloso tentou construir. Apesar de obscuro, o debate era entre a tese da exclusividade cautelar ampla, defendida por Carlos Velloso, e a exclusividade cautelar estrita, defendida por Marco Aurélio. Era sobre a competência do legislador para definir modalidades de prisão a serem aplicadas de forma automática: comprovado em concreto o grau de culpa exigido, prenda-se, por razões cautelares, ainda que abstratas.

Destaca-se esse argumento de que haveria um esvaziamento da competência do legislador como efeito inevitável da tese da exclusividade cautelar estrita.

Foi objetivo, claro e eficiente o voto do Min. Sydney Sanches: nem o inciso LVII, nem o art. 7º, item 6, da Convenção de Costa Rica, à qual aderiu o Brasil, teriam revogado o art. 393, inciso I, e o art. 594 do CPP. A razão para isso seria o simples fato de que as normas constitucionais “não trataram de prisão”. Segundo o ministro, “A norma constitucional apenas enuncia um princípio universal, segundo o qual, antes do trânsito em julgado da condenação, ninguém pode ser considerado definitivamente culpado”. O inciso LVII vedaria apenas o lançamento no rol dos culpados e para a caracterização da reincidência, como o STF já vinha decidindo.

O ministro destacou o que seria uma assimetria da tese dissidente:

Aliás, se é possível, no sistema brasileiro, prisão de caráter cautelar, durante a instrução do processo penal, ou seja, antes mesmo da sentença condenatória, não me parece compreensível que se possa impedir a prisão, depois da condenação, mesmo ainda não transitada em julgado.

Apontou também que, “a prevalecer a tese sustentada pela impetração, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação em 1º e 2º graus, o que tornaria inócuas as normas sobre o efeito não suspensivo” dos recursos para os tribunais superiores. A ausência do efeito suspensivo estaria definida expressamente em normas que tampouco foram revogadas pela Constituição.

Curioso observar como esse argumento do Min. Sydney Sanches tem todo jeito de falácia da ladeira escorregadia. Ilustra-se a construção implícita: “se cedermos parte, cederemos o todo”. Ou, em outra versão: “a vedação à prisão decorrente de condenação em primeiro grau, vão acabar vedando também a prisão em segundo grau”. Os tempos atuais tornaram habitual o grito imediato contra qualquer coisa que se assemelhe a esse tipo de falácia. Só de ler o argumento do ministro, antecipa-se por reflexo o alarme que soariam os defensores da mudança liberalizante. Diriam tratar-se de uma ameaça distante que impõe uma lógica tudo ou nada ao debate. Ameaça tipicamente reacionária, comum quando o *status quo* se vê em face do progresso.

Ao fazê-lo, os defensores do progresso garantiriam que a mudança não é radical. Pelo contrário. É parcial e ponderada. Limita-se ao caso concreto. Foi exatamente o que disse o Min. Marco Aurélio, à p. 27 da íntegra do HC 72366 (1995). Afirmou que a matéria do

juízo seria única e exclusivamente o “pernicioso e impiedoso artigo 594”. Não se estaria tratando do art. 637, que continuaria valendo.

Divaga-se e descumpra-se a promessa de neutralidade. Perdão leitor. Fosse ou não o caso de uma falácia da ladeira escorregadia, a profecia do Min. Sydney Sanches se cumpriu. Foi exatamente o que aconteceu na história jurisprudencial brasileira. Quando veio a prevalecer a tese da dissidência, nem mesmo a prisão decorrente de condenação em segunda instância sobreviveu. Destaca-se este ponto, como fundamento para os raciocínios que serão desenvolvidos adiante.

1.7.2. Evolução das dissidências

Depois de assentado o entendimento do pleno pela recepção dos art. 393, I, e 594, em 1995, houve uma fase de calma, que durou até o começo dos anos 2000. A calma antecedeu a tempestade, que veio com força, em especial a partir dos anos de 2003 e 2004. O período que vai de 2004 a 2009 será estudado em tópico próprio, que demonstrará como ocorreu a superação do precedente no âmbito das turmas do STF.

Entre 1995 e 2003, entretanto, é possível notar, com olhar cuidadoso, delicados sinais da mudança por vir. Poder-se-ia abordar esses elementos de várias formas e de vários ângulos. Optou-se por dois fios argumentativos principais. O primeiro é o estudo da evolução das dissidências mais marcantes no período. O segundo, é a análise da evolução do uso dos termos pelos ministros em sua argumentação, que será feita em tópico adiante.

A Min. Rosa Weber apresentou, em seu voto no julgamento das ADC 43, 44 e 54, um relato histórico da jurisprudência do STF. Segundo a ministra, a dissidência teria sido representada, nos primeiros anos da Constituição, pelos Min. Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence. Esses ministros teriam se oposto à “incoerência de conviverem, na mesma ordem jurídica, a execução penal provisória e a presunção de não culpabilidade” (BRASIL, 2019, p.148). Destaca-se que a leitura da ministra também confirma a interpretação que se fez da posição do Min. Celso de Mello no período.

Por um lado, é verdadeira a leitura histórica feita pela ministra. Como se viu no tópico anterior, de fato foram esses os ministros dissidentes, que de fato se opuseram à compatibilidade da execução provisória com o princípio da não-culpabilidade. Por outro lado,

alguns sentidos deixados implícitos na versão da Min. Rosa Weber não são corretos. A dissidência não era homogênea. Somente os Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence aderiam à dissidência total. No julgamento das ADC 43, 44 e 54, em 2019, essa mesma posição recebeu a adesão da Min. Rosa Weber. Em 1995, os Min. Maurício Corrêa, Francisco Rezek e Ilmar Galvão se posicionaram como dissidência parcial, mais branda, que defendia a manutenção da execução da pena como decorrência da condenação em segunda instância. Disso decorre a conclusão de que os dissidentes parciais não teriam concordado com a Min. Rosa Weber, em 2019, quando se debateu apenas a questão da prisão em segunda instância, nos termos do art. 637. Em 2019, mantivessem o mesmo entendimento, os três ministros que compuseram a dissidência total teriam votado em sentido contrário a Rosa Weber.

Por essas razões, opta-se por concentrar o estudo na evolução do entendimento dos ministros que compõem a dissidência total: Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Permite-se acrescentar também o Min. Celso de Mello. Apesar de votar juntamente com o precedente original até 2006, o ministro sempre foi um dos mais loquazes defensores da tese da exclusividade cautelar. Ainda que, como se destacou supra, defendesse a tese em sua versão mais ampla, incluindo as prisões decorrentes de decisão condenatórias como hipóteses de fundamentação cautelar abstrata. De qualquer maneira, as ementas do ministro claramente se distinguiam das ementas dos demais ministros que aderiam ao precedente original. Isso pode dar a impressão de que ele votava desde sempre acompanhando a dissidência total. Se isso fosse verdade, o precedente teria sido superado em 1995.

Especialmente no caso dos Min. Marco Aurélio e Celso de Mello, aproveita-se da vantagem adicional de que são dois casos de excepcional longevidade dentre os mandatos do STF. Os dois ministros acompanharam o amadurecimento do debate desde os primeiros anos da Constituição até o julgamento mais recente do pleno sobre a matéria, no ano de 2019. Acompanhar o posicionamento dos dois, no decorrer da história jurisprudencial, permite verificar como a tese da exclusividade cautelar ampla se converteu na estrita. Como Celso de Mello passou, de uma só vez, da interpretação de que era possível prender em primeira instância, para a interpretação de que até mesmo a prisão em segunda instância estava vedada. E o fez quase que sem mudar a fundamentação.

1.7.2.1. Sepúlveda Pertence

Sepúlveda Pertence foi ministro do STF de 1989 a 2007. Exerceu um papel central na tentativa de superação do precedente entre os anos de 1992 e 1995. Nesse período, o ministro adotou a posição que se denominou supra: dissidência total. A dissidência total defendia a tese da exclusividade cautelar estrita e a extensão da vedação da execução até o trânsito em julgado da condenação, incluindo as condenações em segundo grau.

A partir da decisão do pleno no HC 72366, o Min. Sepúlveda passou a decidir de acordo com a orientação definida pela maioria, ressaltando seu entendimento pessoal em contrário. Durante todo o período, o ministro quase sempre manteve a redação das ementas dos acórdãos de sua relatoria. Fazia constar delas o que julgava ser o entendimento da maioria, sintetizado de forma simples e direta. Em todos os julgados levantados, o ministro pareceu fazê-lo sem escárnio e sem depreciação do entendimento dominante.

Compararam-se duas ementas de acórdãos relatados pelo Min. Sepúlveda Pertence, no ano de 1997: HC 75233 (1997) e HC 75648 (1997). Na primeira, ele foi substituído pelo Min. Moreira Alves na redação da ementa, que ficou: “Firmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que não ofende o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição a prisão imediata do condenado por decisão sujeita apenas a recursos sem efeito suspensivo, como o extraordinário e o especial”. Na segunda, ele relatou de próprio punho:

Prisão imediata por força de confirmação unânime em segundo grau da sentença condenatória: legitimidade consolidada na jurisprudência do STF, com ressalva pessoal do relator, que não impõe aguardar-se a oportunidade de oposição dos embargos de declaração, da qual só excepcionalmente advirá a alteração do julgado.

Em ambas essas decisões o ministro pareceu traduzir o entendimento dominante exatamente como o faziam seus adeptos: com ênfase à existência de decisão condenatória como fundamento da prisão.

Em dois outros momentos, porém, foi possível identificar que o ministro fez constar, da ementa, o termo: execução provisória. Como se verá adiante, eram incomuns ementas com referência expressa a esse conceito. Os dois casos foram a Pet 1079 AgR (1996) e o HC 80904 (2002).

O julgamento da Pet 1079 AgR (1996), tratou de um caso de pena de multa e não de pena privativa de liberdade. Sepúlveda Pertence ressaltou, inclusive na ementa, a contradição

inerente à determinação da suspensão das penas de multa até o trânsito em julgado e o cumprimento imediato das penas privativas de liberdade:

Execução penal: pena de multa: exequibilidade sujeita ao trânsito em julgado da condenação.

[...] 3. Do paradoxo de que se venha admitindo, malgrado o art. 5., LVII, da Constituição, a execução provisória da pena privativa de liberdade - por definição, irreparável -, a qual não se admite na da pena pecuniária - de fácil restituição -, o que se extrai e um argumento a mais contra a jurisprudência firmada quanto a primeira, não, a possibilidade de abstrair-se, quanto a execução da multa, da exigência legal inequívoca da coisa julgada.

Tratou-se, portanto, de *obiter dictum*. Mas contribui como dado para o estudo.

Já o segundo caso, o HC 80904 (2002), já no limiar do período, tratou de uma questão bem típica do debate: compatibilidade entre o inciso LVII e a prisão decorrente de decisão condenatória:

EMENTA: Apelação; deserção pela fuga do apelante, alvo de prisão preventiva decretada antes da decisão condenatória e cujos fundamentos cautelares a impetração não discute: impertinência da invocação, nas circunstâncias, da presunção constitucional de inocência contra a execução provisória da condenação.

Em voto curto, o Min. Sepúlveda Pertence fez referência à decisão referida do precedente, o HC 72366 (1995). Quanto a essa decisão, na íntegra do voto proferido em 2002, disse o seguinte:

Certo, a decisão foi tomada contra cinco votos, incluído o meu.

Malgrado a sucessão havida do em. Ministro Octavio Galloti – que se situou entre os vencedores – pela em. Ministra Ellen Gracie, não me anima o caso à proposta de rediscussão do tema.

Sepúlveda destacou sua objeção pessoal à “prisão como decorrência automática da sentença condenatória”. Faltando-lhe fundamentação cautelar, só poderia ser considerada execução provisória da condenação. O que seria incompatível com o inciso LVII.

De qualquer forma, prosseguiu o ministro, neste caso, tratar-se-ia de caso de fuga que deu ensejo à prisão preventiva anterior ao acórdão condenatório do tribunal. Faltando à petição impugnação clara à impetração, dever-se-ia presumir a manutenção dos fundamentos cautelares pelo acórdão condenatório.

Esse evento demonstra a espera do ministro por uma oportunidade para superar o precedente. Demonstra também como a dissidência foi quem deu o primeiro passo no processo de ênfase da natureza de execução provisória da prisão decorrente de decisão condenatória. Esse ajuste de ênfase terminológica foi singelo, mas representativo. Foi uma mudança inclusive em relação à postura que o ministro vinha tomando desde 1995. A deferência ganhou um toque mais acentuado de crítica.

Em 16 de dezembro de 2003, a mudança deixou de ser terminológica e ganhou efeitos práticos. Sepúlveda Pertence relatou o HC 83584 QO (2003), que antecipava a mudança de entendimento da primeira turma. Constatou-se da ementa: “questão pendente de decisão do Plenário, no qual já conta com diversos votos favoráveis à tese da impetração: ‘inadmissibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade’: deferimento liminar da liberdade provisória do paciente”.

Na íntegra do voto, o ministro fez referência à Rcl 2391 MC (2003), de relatoria do Min. Marco Aurélio. Esse processo é extremamente complexo e será detalhadamente analisado a seguir, como primeiro marco da mudança jurisprudencial de 2004 a 2009. Basta, por ora, dizer que, desse momento em diante, o ministro Sepúlveda Pertence voltou de vez ao debate como membro da dissidência. Disso decorreu, em 2004, a superação do precedente no âmbito da primeira turma do STF.

1.7.2.2. Marco Aurélio

Marco Aurélio Mello foi ministro do STF de 13 de junho de 1990 a 12 de julho de 2021. Por coincidência, aposentou-se enquanto se escreve este tópico da tese. Ele foi o mais enfático e combativo defensor da superação do precedente original. Ele antecedeu o Min. Sepúlveda Pertence nas hostes da posição que este trabalho denomina: dissidência total. A dissidência total defendia a tese da exclusividade cautelar estrita, com extensão da vedação da execução até o trânsito em julgado da condenação, incluindo as condenações em segundo grau. Desde seus primeiros anos no STF, o ministro ressalta a força da literalidade do inciso LVII art. 5º CF.

A partir das chaves de busca utilizadas, o primeiro acórdão de relatoria de Marco Aurélio sobre a matéria foi o HC 69100 (1992). Nesse acórdão, julgado pela segunda turma,

em 5 de maio de 1992, o Min. Marco Aurélio se manifestou frontalmente contrário à recepção do art. 594 do CPP, dando a tônica da posição que preservou até 2019:

Assim, **mesmo para aqueles que considerem recepcionada pela atual Carta a norma do artigo 594 do Código de Processo Penal, entendimento prevalente no Supremo Tribunal Federal**, o ato do Órgão revisor determinando diligência e condicionando o conhecimento futuro do recurso ao recolhimento do Acusado configura constrangimento ilegal. (grifos nossos)

Agiu da mesma forma na redação da ementa do HC 70830 (1994), de sua relatoria:

Carta de 1988 – Artigo 594 do Código de Processo penal. **Ainda que se admita a subsistência do preceito do artigo 594 do Código de Processo Penal**, editado sob o abrigo da Carta de 1937, **entendimento em relação ao qual guardo profundas reservas**, há de atentar-se para exceção nele contemplada. Descabe cogitar do extravagante pressuposto de recorribilidade que é o recolhimento à prisão, a exigir procedimento incompatível com o objeto do próprio recurso e, mais do que isso, **a revelar execução da pena sem trânsito em julgado da sentença condenatória, quando o réu é primário e tem bons antecedentes**. (grifos nossos)

Nos anos que se seguiram ao julgamento do HC 72366 (1995), foi comum que, em julgamentos sobre a questão, o Min. Marco Aurélio, vencido, fosse substituído por outros ministros na redação da ementa. Foi substituído pelo Min. Maurício Corrêa no HC 74852 (1997) e pelo Min. Nelson Jobim nos julgados Pet 1324 (1998) e HC 77945 (1999).

Diferentemente de Sepúlveda Pertence e dos demais dissidentes de 1995, porém, Marco Aurélio nunca esmoreceu no combate. Manteve sua posição firme do começo ao fim. Nunca abriu mão de votar segundo sua convicção. Esporadicamente, quando a turma por alguma razão ficava esvaziada e algum dos outros ministros encontrava razão colateral para seguir seu relatório, Marco Aurélio conseguia redigir ementas registrando seu entendimento. Foi o caso do HC 75694 (1997):

Se o acusado respondeu ao processo em liberdade, há de fazer-se fundamentada ordem de prisão constante do acórdão confirmador da sentença, atentando-se para o disposto nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. A simples determinação no sentido de ser expedido o mandado, antes do trânsito em julgado do decreto condenatório, conflita com o princípio da não-culpabilidade previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, ganhando contornos de execução precoce do título judicial ainda passível de alteração.

Tratou-se de um caso de estelionato, julgado em competência originária do tribunal. O relatório destacou que da ordem de prisão constou somente os dizeres “Espeça-se mandado de prisão”. O Min. Marco Aurélio acusou a completa carência de fundamentação e o fato do réu ter acompanhado livre o processo. Sem voto constante da íntegra do acórdão, o Min. Nelson Jobim o acompanhou. O Min. Néri da Silveira protestou que a jurisprudência da corte iria em sentido contrário. Estavam ausentes os Min. Carlos Velloso e Maurício Correa.

Em 2001, em julgamento do pleno no HC 80745 (2001), situação similar à descrita acima ocorreu. No âmbito da turma, o Min. Marco Aurélio havia redigido ementa do julgamento da liminar registrando seu entendimento pessoal e vinculando a prisão dos réus ao trânsito em julgado.

Torno definitiva a liminar, para que o Paciente aguarde em liberdade o julgamento dos citados processos e, na hipótese de condenação, a imutabilidade do ato processual formalizado.

Essa determinação estaria em desconformidade com o entendimento dos demais ministros da turma que compuseram a maioria. O Min. Nelson Jobim reagiu:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Só para efeitos futuros: na hipótese de o Tribunal de Justiça confirmar a decisão de primeiro grau, não se deve ler, em decisão nossa, que isso dê efeito suspensivo ao recurso extraordinário especial. **Esta é a tese de V. Exa.** Isso não está posto na discussão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Ou o dispositivo tem o alcance... Lerei novamente o dispositivo apenas para esclarecimento dos colegas.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Por isso perguntei. **V. Exa. tem uma tese vencida, na Turma.**

Ela é no sentido de dar efeito suspensivo a recurso especial e extraordinário.

E, de não admitir a prisão enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória.

V. Exa. É reiteradamente vencido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – **Reiteradamente?**

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Reiteradamente. Quero deixar muito claro que, quando prolatei esta decisão, eu estava nos estritos limites do que posto nos autos. Não estou me envolvendo em juízos futuros sobre isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Poderia até ver se Vossa Excelência participou do julgamento. Agora, a decisão da

Segunda Turma, de qualquer forma, foi unânime e, certo ou errado, cogitou-se, na decisão, da liberdade até a imutabilidade da condenação.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Imutabilidade sujeito a recursos com efeitos suspensivos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – A distinção não está inserida no...

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – **Não gosto é que se trespassem, por dentro de uma decisão, situações vencidas na turma.** (grifos nossos)

Esse debate ocorreu no dia 12 de setembro de 2001. A Min. Ellen Gracie pediu vista para que pudesse verificar o alcance da decisão da segunda turma na íntegra do acórdão original. No dia 26 de setembro, a Min. Ellen Gracie apresentou voto vista com a seguinte anotação:

As balizas postas no *Habeas Corpus* original, são, portanto, essas: o excesso de prazo para instrução dá margem a que o acusado responda ao processo em liberdade, derrubando a prisão provisória, validamente decretada. Esse era o âmbito em que validamente podia deliberar a 2ª Turma. É esse o alcance da impetração. Houve, porém, uma particularidade no julgamento. Acrescentou-se, **por lapsos**, no voto condutor, disposição preventiva para assegurar que – na hipótese de condenação – permanecesse em vigor a autorização concedida, autorização esta que, volto a frisar, tinha como pressuposto o excesso de prazo na instrução. Ora não há como deixar de afastar da compreensão do dispositivo do voto condutor a cláusula que constitui julgamento extra-petita e excedente da competência constitucional desta Casa. De fato, não está inserido em qualquer dos dispositivos constitucionais que o Supremo Tribunal Federal tenha poderes para ditar as **decisões futuras do magistrado de primeiro grau, impondo-lhe que deixe de aplicar a letra expressa da lei e o entendimento reiterado da Corte sobre a matéria.** (grifos nossos)

No dia 25 de outubro de 2001, o Min. Marco Aurélio se explicou expressamente ao Min. Nelson Jobim e à Min. Ellen Gracie, admitindo o erro.

Por um dever, não posso deixar de registrar que o julgamento da Segunda Turma, [...] limitou-se ao excesso de prazo.

Por isso [...] reconsidero o voto que proferi neste *habeas* para assentar [...] que o acórdão da Turma abrangeu somente o excesso de prazo, não se podendo falar em descumprimento da parte apenas constate do meu voto, no sentido de o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Como se verá adiante, o Min. Marco Aurélio deu origem à mudança de várias formas. A principal dela foi por meio do julgamento do Rcl 2391 (2003), analisado em tópico próprio por causa de sua complexidade. Foi neste caso que a matéria foi novamente posta em debate no pleno. O Min. Sepúlveda Pertence voltou a se posicionar contra o entendimento colegiado. A primeira turma passou a ter maioria para decidir conforme a tese da exclusividade cautelar estrita.

Três ementas do Min. Marco Aurélio marcam a superação do precedente no âmbito da primeira turma: No HC 84587 (2004), HC 85209 (2005), HC 88276 (2006). A mais completa delas é a do HC 85209 (2005):

PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE - RAZÃO DE SER - ALCANCE. O princípio da não-culpabilidade - inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal - decorre da ordem natural das coisas, sobrepondo-se, em termos de valores, ao pragmatismo, a presunções, tendo em conta pronunciamento judicial passível de modificação na via recursal. PENA - CUMPRIMENTO - DECRETO CONDENATÓRIO - AUSÊNCIA DE IMUTABILIDADE - RECURSO - EFEITO. **A relação entre o princípio da não-culpabilidade e o recurso sem efeito suspensivo, presente a execução da pena, é de dependência, superpondo-se a garantia de natureza constitucional à disciplina processual comum relativa aos efeitos do recurso.** PENA - EXECUÇÃO - PREMISSA. Condição inafastável à execução da pena, sempre de contorno definitivo, é a preclusão, na via da recorribilidade, do decreto condenatório. Vale dizer, sem título judicial condenatório coberto pela coisa julgada formal e material, descabe dar início à execução da pena, pouco importando tenha o recurso apenas o efeito devolutivo. (grifos nossos)

Esse foi o resultado da batalha jurisprudencial travada pelo Min. Marco Aurélio ao longo de todo o período. Como se demonstrou, a tese do ministro, como integrante da dissidência total, sempre buscou vedar toda e qualquer execução de pena antes do trânsito em julgado. Isso sempre incluiu as prisões decorrentes de condenação em segunda instância. Nunca foi cogitado pela dissidência total que seria razoável apenas declarar a inconstitucionalidade do art. 594 ou mesmo do inciso I art. 393.

1.7.2.3. Celso de Mello

Celso de Mello foi ministro do STF de 1989 a 2020. O ministro integrou a maioria na defesa do precedente histórico do STF, segundo o qual a prisão para apelar, decorrente de decisão condenatória, é compatível com a Constituição e com o Pacto de São José da Costa Rica. Votou a favor da recepção dos art. 393, I, 594 e 637 em todos os julgamentos de que fez parte, até o ano de 2007, quando mudou de posição.

Por que então a inclusão do ministro entre os dissidentes? A razão decorre de ele curiosamente ter adotado a teoria da exclusividade cautelar ampla desde sua primeira decisão sobre a matéria, ainda no ano de 1989. A tentativa de compatibilização dessa teoria com a prisão decorrente de sentença condenatória é um dado da pesquisa. Confirma que o precedente original tenha buscado formas de se adaptar. A principal forma de adaptação foram concessões terminológicas e conceituais. Esse processo é emblematicamente representado pelo esforço do Min. Celso de Mello, ao longo de quase duas décadas.

O HC 67707 (1989), relatado pelo Min. Celso de Mello, foi um dos primeiros casos julgados pelo STF sob a nova Constituição. Destacam-se dois trechos da íntegra do voto do ministro. O primeiro:

O princípio constitucional da não-culpabilidade que sempre existiu, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo, impede que se atribuam à acusação penal consequências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação irreversível. Trata-se de princípio tutelar da liberdade individual, cujo domínio mais expressivo de incidência é o da disciplina jurídica da prova. A presunção de não-culpabilidade, que decorre da norma inscrita no art. 5o, LVII, da Constituição, é meramente relativa (*juris tantum*). Esse princípio, que repudia presunções contrárias ao imputado, tornou mais intenso, para o órgão acusador, o ônus substancial da prova. A regra da não-culpabilidade - inobstante o seu relevo - não afetou e nem suprimiu a decretabilidade das diversas espécies que assume a prisão cautelar em nosso direito positivo. O instituto da tutela cautelar penal, que não veicula qualquer idéia de sanção, revela-se compatível com o princípio da não-culpabilidade". (HC 67707/RS. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 07/11/1989. Órgão Julgador: Primeira Turma)

Ficou bem nítida, nesse trecho, a estrutura argumentativa da tese da exclusividade cautelar, na versão adotada pelo Min. Celso de Mello. Por um lado, ele interpretou o princípio da presunção de não-culpabilidade como norma do campo da disciplina jurídica da prova, que

constituiria presunção meramente relativa (*juris tantum*). Por outro lado, defendeu que o princípio impõe uma vedação a qualquer prisão que “veicule ideia de sanção” (*carcer ad poenam*), até que se obtenha título judicial irrecorrível no processo. Sua conclusão é a de que, antes do trânsito em julgado, só seriam permitidas prisões cautelares (*carcer ad custodiam*). Com um destaque importante: em suas “diversas espécies”. Essas “diversas espécies”, para o ministro, incluíam as prisões (“automáticas”) decorrentes de decisão condenatória.

O ministro partiu do pressuposto de que o precedente pré-constitucional já teria sido formado levando em consideração o princípio da presunção de inocência. Ele demonstrou isso por meio da doutrina de Dalmo de Abreu Dallari (1976, p.94 a 103) e de Weber Martins Batista (1981, p.34). De fato, mesmo nas décadas anteriores à Constituição de 1988, confirmou-se que a doutrina e a jurisprudência já atribuíam um papel de destaque ao princípio da presunção de inocência.

Para além disso, a obra de Dalmo de Abreu Dallari pode dar uma pista do processo por que passou a doutrina nas décadas que antecederam a Constituição de 1988. Em 1976, escrevendo sobre o princípio da presunção de inocência, o autor considerava que se trataria de “norma comezinha, vigente há séculos entre os povos civilizados, que **‘cada indivíduo, até prova em contrário, seja considerado inocente’**”. E ao mesmo tempo falava em “presunção de inocência, que só a **condenação final** irá destruir” (grifos nossos). Existe uma tensão entre essas duas ideias. Essa tensão definiu a história do processo penal no Brasil. É com ela que esta pesquisa esbarrou, do começo ao fim.

No caso específico de Dallari, escrevendo em 1976, soa estranho que ele se refira ao trânsito em julgado porque, na época, prendia-se o réu imediatamente após sentença condenatória. A estranheza apenas confirma a narrativa de que a doutrina, já durante as décadas de 1960 e 1970, pressionava o processo penal por evolução. Dallari prosseguiu com o raciocínio da seguinte forma:

Pelas considerações anteriores, vimos que o suspeito é um indivíduo contra quem há indícios de haver praticado um ilícito, não cabendo, entretanto, contra ele, qualquer ato que reduza legitimamente os seus direitos. Tratamos, em seguida, da figura do acusado, contra quem já se formalizou uma denúncia, mas que, ainda assim, antes do pronunciamento final do Poder Judiciário, tem a seu favor a presunção de ser inocente, mesmo que seja réu confesso e que haja provas irrefutáveis da autoria. Num terceiro momento, depois que a suspeição **gerou a denúncia e desta resultou a condenação, por decisão judicial transitada em julgado, tem-se, então, a figura do condenado.** (ibid., p.100)

Tudo indica que se tratava de uma antecipação doutrinária, em 1976, da lógica que a LEP teria instaurado, em 1984. Isso é natural, visto que a LEP foi pensada pelos estudiosos do processo penal em um período liberalizante. Condenado seria somente aquele cujas condenações não são mais recorríveis e obtiveram a certidão formal de trânsito em julgado. Essa transformação, entretanto, conflitava com o sistema processual então vigente.

Essa resistência do judiciário, fundamentada na tradição e no CPP de 1941, demandou, da doutrina, um trabalho contínuo, delicado e paciente de transformação dos conceitos processuais penais. Outro trecho do autor ilustra bem esse processo: “o acusado ainda tem a seu favor a presunção de inocência, até que seja condenado em sentença final, se vier a ser condenado”. O termo “sentença final” é um híbrido do termo “sentença condenatória”, que predominava nas normas do CPP (Apêndice A), com um toque da teoria em construção ao “final”. Ao longo do trabalho, destacam-se claros sinais de que a doutrina processual penal atuou por décadas, apropriando-se dos termos sentença, condenação e decisão e adicionando-lhes os adjetivos irrecorrível e transitada em julgado. O processo de transformação, na reforma de 2011, do art. 300 do CPP mostra isso bem: transmutou-se o conceito de definitivamente condenados – antes a definitividade era a condenação, depois passou a ser o trânsito em julgado. A própria LEP, como se viu acima, foi um projeto legislativo que resultou dessa orientação teórica.

É essa tensão que a fundamentação do Min. Celso de Mello reflete. Uma tensão entre a reiterada prática da tradição jurisprudencial e o terreno terminológico que a doutrina vinha redefinindo ao longo do tempo. A atuação do ministro, ao longo da década de 1990, ilustra a convivência da nova teoria com a velha prática.

O segundo trecho destacado do HC 67707 (1989) também confirma essa impressão:

A **prisão provisória** constitui **efeito jurídico-processual** que decorre, ordinariamente, da sentença de pronúncia. A concessão de liberdade provisória ao réu pronunciado traduz mera faculdade legal reconhecida ao Juiz (CPP, art. 408, par. 2o), pronunciado o réu, que já se encontrava **preso preventivamente**, não se nulifica a sua custódia provisória, desde que subsistam os motivos que justificaram a decretação daquela **prisão cautelar**. São irrelevantes, para esse efeito, a primariedade e os bons antecedentes do acusado, que **nenhum direito tem, nesse contexto, à obtenção da liberdade provisória**. (ibid.) (grifos nossos)

Note-se como o Min. Celso de Mello fundamentou, ao mesmo tempo, que (a) a concessão da liberdade provisória ao réu pronunciado é ato discricionário do juiz; mas (b) a

prisão só se justifica se subsistirem razões cautelares suficientes. É palpável a tensão entre essas duas premissas.

A regra do CPP, que vigeu até 2011, determinava que o juiz, na sentença de pronúncia, decretasse a prisão, sempre que se convencesse da existência do crime e da autoria do réu. Bastava que fundamentasse a prisão nesse juízo preliminar de culpa. Essa era a única fundamentação requerida pelo CPP (art. 408 – Apêndice A). A mesma norma, porém, continha uma exceção a essa regra (§2º). Caso o réu fosse primário e tivesse bons antecedentes, o juiz poderia deixar de decretar a prisão ou revogá-la, caso estivesse preso. É justamente o caso dos autos do HC 67707 (1989). Destaca-se como essa regra é praticamente idêntica à hipótese de exceção contida do art. 594.

Mas Celso de Mello foi além do que exigia o CPP. Decidiu que, para valer o decreto de prisão da pronúncia, deveriam subsistir os motivos que justificaram a prisão cautelar anterior. Ao fazê-lo, Celso de Mello evidencia a transformação pela qual estava passando o entendimento jurisprudencial. As regras de exceção à prisão imediata para réus primários com bons antecedentes (art. 594 e §2º art. 408) passavam, gradativamente, a impor um fardo de fundamentação ao juiz.

Note-se, porém, que o ministro não decidiu, nesse momento, que o juiz deveria fundamentar a subsistência dos motivos cautelares. Ainda era cedo no processo de evolução. O fardo argumentativo ainda não tinha se transformado em inversão da regra, mesmo nas hipóteses de exceção. A regra ainda era a prisão. Ainda se considerava que a liberdade provisória não era direito subjetivo do réu. Prevalencia a presunção de subsistência das razões cautelares da prisão preventiva original, mesmo que o juiz não se manifestasse expressamente nesse sentido. Isso foi mudando, de pouco em pouco, ao longo do período estudado.

É sobre essa transformação, da forma de aplicação das prisões provisórias, que a evolução do entendimento do Min. Celso de Mello mais se destacou, ainda na década de 1990. Verificou-se que o ministro mantinha as prisões decorrentes de decisão condenatória, sem exigir o trânsito em julgado. Para essas, ele presumia a fundamentação cautelar abstrata, atribuída pelo legislador na confecção do sistema processual penal. Entretanto, quanto às prisões provisórias – flagrante, pronúncia, preventiva e temporária –, o ministro passou a ser cada vez mais rigoroso. Em especial a partir da virada dos anos 2000.

Antes de prosseguir a narrativa para os anos 2000, ressalta-se a relação entre os termos prisão cautelar, prisão preventiva e efeito jurídico-processual, no segundo trecho destacado do voto do Min. Celso de Mello. Trata-se de um delicado rearranjo conceitual. Nesse trecho permanece preservado o sentido histórico de prisão provisória, referindo-se à prisão

decorrente de pronúncia. Note-se como o uso da expressão “daquela prisão cautelar” se refere especificamente à prisão preventiva. As prisões cautelares, em seu sentido histórico, são as prisões preventivas e temporárias. Sob a tese da exclusividade cautelar, porém, todas as modalidades de prisão, antes do trânsito em julgado, passam a ser cautelares. Para a tese da exclusividade cautelar ampla, a que aderiria o Min. Celso de Mello, isso inclui as prisões decorrentes de decisão condenatória. Repare-se como a linguagem jurídica começa a se distanciar do sentido comum das palavras e a gerar ambiguidades e contradições. Foi principalmente por essa razão que se fez um esforço de desambiguação no estudo terminológico infra.

A ementa do HC 73295 (1996) ilustra bem como era a construção argumentativa do Min. Celso de Mello nos casos em que identificava elementos cautelares concretos que justificassem a prisão:

condenação penal recorrível – possibilidade de decretação da prisão cautelar – necessidade, contudo, de que existam razões reveladoras da real necessidade de utilização, pelo Estado, dessa medida excepcional de constrição do “status libertatis” do condenado – hipótese ocorrente na espécie – pedido indeferido

A ênfase da ementa na comprovação da necessidade cautelar chega a indicar que o Min. Celso de Mello tivesse aderido à exclusividade cautelar estrita. O voto do ministro na íntegra do acórdão também dá indícios disso. Ele argumentou que a jurisprudência do STF admitiria a “possibilidade jurídica da privação cautelar do réu” quando existissem “razões – fundadas em dados concretos”. Nos autos originais do HC 73295 (1996), teria sido possível identificar a presença de “base empírica idônea” nas decisões das instâncias ordinárias. Mas ressaltou também que o STF só poderia analisar superficialmente esses elementos, dados os “**estritos** limites da via **sumaríssima** do *‘habeas corpus’*”.

Na segunda metade do voto, porém, em *obiter dicta*, trouxe argumentos contrários à tese dissidente. O Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao sistema jurídico brasileiro, não “impediria a privação **antecipada** da liberdade individual do réu **ainda sujeito** a decisão penal condenatória **recorrível**”. O plenário do STF já teria se pronunciado nessa direção (HC 72366). A razão para isso seria que o Pacto conteria norma específica sobre as possibilidades de limitação do *status libertatis* do réu (art. 7º, nº 2). Essa norma teria prestado deferência expressa às regras processuais penais de cada país. E o sistema processual penal brasileiro legitimaria hipóteses de “prisão **meramente** processual do réu ou do condenado”. Celso de

Mello embasou a leitura com base na doutrina de Julio Fabbrini Mirabete (1995, p 638 e 639, apud Celso de Mello, HC 73295):

[...] **chegou-se a defender a tese** de que o juiz **não** poderia determinar mais a prisão **senão** quando a sentença transitasse em julgado, **ou** que seria necessário, para o recolhimento à prisão, uma decisão fundamentada. (...)

A Constituição Federal **não proíbe** qualquer prisão provisória **ou** cautelar, **desde** que decretada por órgão jurisdicional, **nem demarca** rigidamente o conceito de liberdade provisória, **preferindo** delegar ao legislador ordinário a previsão dos seus pressupostos. **É na lei processual que se verificam** quais as hipóteses em que a liberdade provisória pode ser admitida (...). (grifos do ministro)

A argumentação da primeira metade é parcialmente contraditória com a argumentação da segunda metade. Ou são indispensáveis elementos probatórios concretos como fundamentação da cautelaridade ou bastam hipóteses processuais definidas pelo legislador. A única harmonização interpretativa possível entre essas duas ideias é a de que o ministro não defendia que a era imprescindível, para todas as modalidades de prisão, a fundamentação cautelar em fatos supervenientes. Quando ela existia, ótimo, ele fundamentava assim porque estavam satisfeitas as expectativas de todos os lados. Entretanto, quando não existia, o ministro se inclinava pelo precedente original e mantinha plena aplicabilidade dos comandos legais que determinavam a prisão imediata do réu.

Os dois trechos destacados acima ilustram claramente como se desenvolveu a posição do Min. Celso de Mello. Por um lado, até 2006, mantinha as prisões decretadas em decorrência de decisão condenatória, mesmo antes do trânsito em julgado. Nesses casos, a prisão automática era possível porque presumia-se a fundamentação cautelar abstrata manifesta na norma processual penal. Por outro lado, especialmente a partir dos anos 2000, ficou cada vez mais exigente quanto às prisões provisórias tradicionais: flagrante, pronúncia, preventiva e temporária.

A partir da virada para os anos 2000, começa a se acelerar o processo de transformação do entendimento do Min. Celso de Mello. A mudança vem principalmente pela ponta das prisões cautelares em sentido estrito, como é o caso das prisões preventivas fundadas na gravidade abstrata do delito. O HC 80379 (2000) foi um caso de deferimento do pedido de liberdade do réu, por unanimidade. Os Min. Nelson Jobim e Maurício Corrêa ressaltaram que estavam votando pela liberdade com base no argumento do excesso de prazo da prisão preventiva. O Min. Marco Aurélio aproveitou o ensejo para ressaltar o absurdo que era a manutenção do precedente original sob a égide do inciso LVII. O Min. Celso de Mello,

relator, redigiu a ementa destacando vários outros aspectos. Entre eles, além do excesso de prazo, também a invalidade da fundamentação da prisão cautelar em gravidade abstrata do crime (crime hediondo) e em clamor público. Já era um sinal de que o ministro estava confluindo para a correção de sua posição, pela ponta das prisões cautelares.

Foram encontrados muitos indícios da evolução do entendimento do STF quanto à aplicação das prisões cautelares. A década de 2000 foi o palco do conflito jurisprudencial sobre a fundamentação cautelar. As evidências estão disponíveis no Apêndice B. Infelizmente, esta tese não comporta digressão tão complexa. Atém-se a dizer que a exigência do STF quanto à fundamentação cautelar, nos primeiros anos de Constituição, pautava-se, em regra, por um critério mínimo superficial. Apenas se referia a um dever de fundamentação que aceitava razões abstratas, implícitas, presumidas ou genéricas. A jurisprudência amadureceu gradativamente ao longo do tempo. Esse amadurecimento se intensificou a partir de 2000. Cada vez mais decisões passaram a exigir fundamentação concreta, específica e superveniente. Prevaleceu, ao final do período, ao menos em teoria, a tese da exclusividade cautelar estrita: só fundamentação concreta e só fatos supervenientes são aceitáveis.

Entretanto, mesmo depois da virada jurisprudencial dos anos 2000, notou-se uma certa dissociação entre teoria e prática. Várias posições dos próprios ministros do STF, ao longo dos julgados de 2000 a 2019, indicam que ainda hoje se faz vista grossa para um uso alargado das hipóteses cautelares que têm sentido mais amplo. Em especial do conceito de “ordem pública”. Destaca-se também o quanto se tornaram mais comuns os acórdãos que decidiram pela liberdade com base no excesso de prazo da prisão preventiva aplicada. O estudo demonstrou existir um consenso dos aplicadores do direito processual penal sobre o crescimento do número de presos provisórios, no período.

A evolução pessoal do entendimento do Min. Celso de Mello só se concluiu em 2006. Por um lado, mantinha o precedente original quanto às prisões decorrentes de decisão condenatória: HC 79376 (2002), RHC 81741 (2002), HC 83429 (2005), HC 85249 (2005). Por outro, tornava-se cada vez mais severo na aplicação das prisões cautelares em sentido estrito: HC 84254 (2004), HC 86226 (2006).

Pelo lado do precedente original: no HC 79376 (2002) e no HC 72441 (1999), o ministro manteve a prisão decorrente de condenação recorrível porque o crime cometido era inafiançável – hipótese abstrata definida pelo legislador. No RHC 81741 (2002), simplesmente manteve a prisão decorrente de condenação em segundo grau. Decidiu o HC 83429 (2005) com base na gravidade do delito definida pela Lei de Tóxicos – compatibilidade da “efetivação da prisão decorrente de sentença condenatória” com o inciso LVII e com o

Pacto de São José da Costa Rica. No HC 85249 (2005), a mesma fundamentação – gravidade abstrata do crime de extorsão mediante sequestro.

Pelo lado das prisões cautelares em sentido estrito: no HC 84254 (2004), o ministro decidiu que, mesmo se tratando de crime hediondo, o excesso de prazo não seria tolerável. O HC 86226 (2006), de 7 de março de 2006, foi emblemático porque, mesmo se tratando de caso de prisão preventiva, já dava fortes indícios de que o entendimento estava sendo alterado:

A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu.

[...]

A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - **não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República,** a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. (grifos nossos)

A mudança se confirmou, nos julgados levantados, pelo HC 89754 (2007), de 13 de fevereiro de 2007, no qual o Min. Celso de Mello foi relator da decisão do STF deferindo o pedido de liberdade face a decisão penal condenatória recorrível que decretou a prisão imediata do réu. O ministro fundamentou o entendimento na compreensão de que, para que a decisão condenatória decreta prisão, ela tem que fundamentar o decreto nas hipóteses de prisão preventiva do art. 312.

O ministro fez a transição de seu entendimento anterior para o novo entendimento da seguinte forma: A jurisprudência do STF se firmou pela compatibilidade entre a prisão decorrente de sentença condenatória, o princípio da presunção de não-culpabilidade (inciso LVII) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7º, nº 2). Desde que haja fundamento na necessidade da medida. O Pacto de São José da Costa Rica não asseguraria “de modo irrestrito, ao condenado, o direito de (sempre) recorrer em liberdade”. Ele permitiria que cada país determine a prisão antes do trânsito em julgado conforme convier ao seu sistema processual penal.

Esse era o entendimento original. Nesse ponto, deu-se a transformação:

O Supremo Tribunal Federal - embora admitindo a convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a presunção constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro - tem advertido sobre a necessidade de **estrita observância, pelos órgãos judiciários competentes**, de determinadas exigências, em especial a demonstração - apoiada em decisão **impregnada de fundamentação substancial** - que evidencie a imprescindibilidade, em cada situação ocorrente, da adoção da medida constritiva do "status libertatis" do indiciado/réu, **sob pena de caracterização de ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual**. (grifos nossos)

Foi dessa forma que o Min. Celso de Mello se converteu à tese da exclusividade cautelar estrita. Destaca-se como a marca dessa transição foi a eliminação das modalidades de “prisão meramente processual” cuja fundamentação é abstrata. O efeito foi a redução da extensão do conceito prisão processual ao conceito de prisão provisória, que passou a ser sinônimo de prisão cautelar. Toda prisão antes do trânsito em julgado passou a ter que ser fundamentada em hipótese de prisão preventiva do art. 312.

A partir daí, foram inúmeras as decisões do ministro na mesma direção. Tanto em casos de prisão preventiva – HC 84619 (2007), quanto em casos de prisão decorrente de decisão condenatória – HC 90753 (2007).

1.8. 2004 a 2009: Período de transição jurisprudencial nas turmas do STF

As posições do STF sobre as formas de prisão antes do trânsito em julgado mudaram muito desde a Constituição de 1988. Ainda que a tese se interesse principalmente pela prisão decorrente de decisão condenatória, viu-se que acabaram se tornando relevantes as decisões sobre as prisões cautelares. A complexidade só aumenta a partir da virada dos anos 2000.

A tese não comporta a análise minuciosa de todas as idas e vindas das duas turmas e dos ministros do STF sobre todas as modalidades de prisão. É indispensável escolher fios principais, da perspectiva do trabalho, e confiar neles para transmitir ao leitor as informações encontradas. Por causa dessa filtragem inevitável, grande parte dos dados levantados ficarão de fora do texto. Os dados completos ficam disponíveis ao leitor no Apêndice F.

A seguir, puxa-se um importante fio a partir da Rcl 2391 (2003), que deu origem à mudança de entendimento da primeira turma, no ano de 2003. Poder-se-ia considerar o ano de 2003 como o ano da mudança. Entretanto, naquele ano, o Min. Sepúlveda Pertence e os demais ministros que aderiram à dissidência se limitavam a deferir os pedidos liminares pela liberdade e a afetar o mérito ao pleno, para nova deliberação sobre o precedente. A primeira decisão pela efetiva superação do precedente, na primeira turma, só aconteceu em 2004. Esse é o marco cronológico utilizado para delinear os períodos.

1.8.1. Rcl 2391 (2003)

O prenúncio da mudança veio em 2003. O caso que marcou esse prenúncio foi a Rcl 2391 MC (2003), de relatoria do Min. Marco Aurélio. Pedu-se perdão ao leitor por mais um longo relato, mas é importante que se registre este caso para demonstrar a forma de condução do Min. Marco Aurélio em um processo que marcou a história jurisprudencial sobre a prisão antes do trânsito em julgado.

Tratou-se de medida cautelar em reclamação, que a primeira turma decidiu afetar ao pleno em 9 de setembro de 2003. Dessa data em diante, passaram a ser frequentes as decisões da primeira turma deferindo os pedidos liminares de liberdade e suspendendo os julgamentos até que fosse decidida a questão pendente pelo Plenário do STF. Nesse sentido, justamente a decisão do Min. Sepúlveda Pertence no HC 83584 QO: “questão pendente de decisão do

Plenário, no qual já conta com diversos votos favoráveis à tese da impetração: ‘inadmissibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade’: deferimento liminar da liberdade provisória do paciente”. Até mesmo o julgamento do HC 84074 (2009) foi afetado ao pleno, em novembro de 2004, por causa desse processo. O debate sobre a prisão antes do trânsito em julgado parou para esperar a decisão dessa reclamação.

A história da Rcl 2391 MC (2003) é a seguinte. No processo de origem: multiplicidade de réus, oito no total, dos quais seis foram julgados em conjunto e os outros dois desmembrados por não terem sido encontrados. Segue-se a narrativa do caso focando apenas o grupo dos seis citados. Dentre os seis, destaca-se “JCM”, que é o réu mais relevante para o estudo porque foi quem posteriormente impetrou o *habeas corpus* chave da questão.

Nas palavras do Min. Marco Aurélio, a ação penal teve início em 30 de janeiro de 2002, “visando a apurar a existência de atividades de suposta organização criminosa, cuja finalidade seria a distribuição de produtos exóticos introduzidos no Brasil sem o pagamento de tributos”. Duas investigações corriam em separado, no Distrito Federal e na Bahia.

A autoridade policial baiana solicitou a prisão preventiva dos réus com base na ordem pública e na conveniência da instrução criminal – pedido indeferido pela vara federal criminal. Os investigados admitiram, em sua defesa, que introduziram mercadorias estrangeiras no território nacional sem o pagamento de tributos. Tratar-se-ia de comércio ilegal de produtos do Paraguai.

A autoridade policial do Distrito Federal pleiteou a prisão preventiva e requereu interceptação de ligações telefônicas. A preventiva também foi indeferida pela vara federal criminal do DF, que declinou da competência e encaminhou o processo para a 1ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu.

A autoridade policial pleiteou mais uma vez a prisão preventiva dos réus, agora perante a justiça federal em Foz do Iguaçu. A prisão foi decretada em 17 de outubro de 2002. A denúncia recebida em dezembro de 2002.

JCM requereu liberdade provisória em todas as instâncias. Alegou que “jamais realizou qualquer operação ou transação comercial no território brasileiro”. JCM seria sócio minoritário de empresa que comercializava, no Paraguai, refrigerantes, cervejas e cigarros. Chefe de família, avesso a violência e possuidor de residência fixa em Foz, teria atendido a todas as convocações das autoridades policiais e cooperado com o processo. A liberdade foi indeferida em primeiro e em segundo grau na justiça federal. Foi recebida apenas parcialmente pelo Min. Felix Fischer no STJ, que indeferiu o pedido na parte de que conheceu.

Em 17 de março de 2003, JCM impetrou *habeas corpus* no STF – HC 82909 (2003). O processo foi originalmente distribuído para o Min. Celso de Mello, que requisitou informações. Em 17 de maio, a PGR se manifestou pelo indeferimento. O processo foi redistribuído ao Min. Marco Aurélio em 1º de julho de 2003. Marco Aurélio, à época, tinha acabado de deixar a presidência do STF, em 5 de junho de 2003.

Em 5 de agosto de 2003, a primeira turma decidiu pelo deferimento parcial do pedido, decretando a nulidade da prisão preventiva. A decisão foi unânime, votando os Min. Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. O Min. Sepúlveda Pertence destacou, em seu voto, que se tratava de fundamentação inidônea de prisão preventiva. O Min. Marco Aurélio destacou que a premissa de seu voto era a vedação à execução da pena até o trânsito em julgado. Ao que o Min. Sepúlveda respondeu o seguinte:

Embora participe desse pensamento de V.Exa., tenho certo constrangimento em proclamá-lo na Turma, quando **não é essa orientação do Plenário, que considera válida a chamada prisão por sentença recorrível, sem exigir-lhe motivação cautelar.**

No entanto, acompanho V.Exa., porque, no caso concreto, se afirma que a manutenção da prisão se faz por clara e simples remissão à prisão preventiva. Neste caso, tenho relatado ou acompanhado precedentes nos quais entendemos que a validade da manutenção da prisão na sentença fica condicionada à validade do decreto original de prisão preventiva.

Acompanho o voto do eminente Relator **na sua conclusão.**

É importante destacar como, até esse ponto, posicionava-se o Min. Sepúlveda Pertence. Concordou com a conclusão de Marco Aurélio, invalidando a preventiva, mas não compartilhou da fundamentação, por deferência ao pleno e contra sua convicção pessoal. O Min. Joaquim Barbosa fez ressalva similar: “Acompanho o voto do Ministro-Relator nesse caso específico, mas fazendo a ressalva de que meu pensamento vai na linha do que vem decidindo o Plenário com relação à prisão processual”. Os demais ministros não se manifestaram.

Neste momento, o Min. Marco Aurélio respeitou os limites do entendimento da turma e fez constar da ementa a seguinte fundamentação:

PRISÃO PREVENTIVA - EXCEPCIONALIDADE. Ante o princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção, cumprindo interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos, especialmente aqueles prontos a colaborar com o Estado na elucidação de crime.

O maior problema começou aí. Quando o STF proferiu essa decisão, em agosto de 2003, o feito já havia sido processado na Justiça Federal e a sentença já tinha sido proferida, em junho de 2003. Julgou-se parcialmente procedente a ação. Os seis réus foram parcialmente absolvidos do delito de falsificação de papéis públicos. Todos os seis foram condenados por descaminho, continuidade delitiva, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro proveniente de crimes contra a administração pública, praticados por intermédio de organização criminosa em concurso material. Os réus apelaram.

Informado da decisão do HC 82909 (2003), o juízo de primeira instância entendeu que a ordem de soltura do STF teria ficado limitada à preventiva, enquanto o processo, a essa altura, já continha sentença condenatória. A decisão do STF teria deixado de ter eficácia porque a prisão preventiva já teria sido substituída por prisão provisória decorrente da sentença condenatória. JCM ajuizou a reclamação a Rcl 2391 STF.

O caso voltou à primeira turma do STF que, em julgamento concluído no dia 9 de setembro de 2003, indeferiu o pedido liminar contido na reclamação. Na decisão da liminar, Rcl 2391 MC (2003), ficaram vencidos os Min. Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Formaram a maioria os Min. Joaquim Barbosa (redator da ementa), Cezar Peluso e, ainda se mantendo fiel ao colegiado, o Min. Sepúlveda Pertence. No mérito, porém, decidiu-se afetar a matéria para julgamento do pleno. A partir deste ponto, o Min. Sepúlveda Pertence reassumiu a posição dissidente, entendendo que a afetação da matéria ao pleno reabria o debate da prisão antes do trânsito em julgado.

Em 18 de dezembro de 2003, o pleno do STF reviu a decisão da turma e deferiu o pedido liminar, determinando a soltura de todos os réus. Julgada a medida cautelar, ficou pendente o julgamento do mérito, registrado o processo como questão de ordem, Rcl 2391 QO (2005).

No juízo de origem, a apelação corria perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O Ministério Público manifestou-se pelo não-provimento da apelação. Antes que a apelação fosse julgada, em 10 de fevereiro de 2004, JCM impetrou novo *habeas corpus*, o HC 83983 (2007), distribuído por prevenção ao Min. Marco Aurélio. No dia 30 de agosto de 2004, o Min. Marco Aurélio despachou o processo, proferindo decisão monocrática nos seguintes termos:

[...] assegurada a liberdade, tem-se que, de início, a prisão do paciente, excepcionado o trânsito em julgado de decreto condenatório, somente poderá ocorrer com um novo pronunciamento deste Tribunal, sob pena de cometer-se atentado a situação processual já delineada.

O Min. Marco Aurélio, monocraticamente, decidiu que o paciente, JCM, só poderia ser preso depois que o STF se manifestasse definitivamente sobre a matéria.

JCM juntou cópia dessa decisão aos autos do processo original. O julgamento da apelação foi iniciado em 14 de setembro de 2004. Julgaram os desembargadores federais José Luiz B. Germano da Silva (relator), Maria de Fátima Freitas Labarrère (revisora), e Tadaaqui Hirose (vogal). A revisora deu parcial provimento aos apelos, em maior extensão que o voto do relator, divergindo apenas no tocante às penas. O vogal pediu vista. O julgamento foi retomado em 30 de novembro de 2004 e decidido por maioria, o vogal acompanhou a relatora. A Des. Maria de Fátima Freitas Labarrère assumiu a redação do acórdão e determinar que não fosse expedido mandado de prisão em virtude da decisão do STF, juntada aos autos. Fazia referência justamente à decisão monocrática do Min. Marco Aurélio.

Em 1º de dezembro de 2004, JCM peticionou ao TRF, nos autos do processo original. Requeru que fosse comunicado ao juízo competente de Foz do Iguaçu que sua liberdade se encontraria *sub judice* até que fosse decidido o mérito na Rcl 2391 QO (2005) pelo STF. O fundamento da garantia de liberdade, citado na petição, foi a decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio no HC 83983 (2007).

Consta dos andamentos processuais do HC 83983 (2007) que, no dia 2 de dezembro de 2004, os patronos de JCM peticionaram por fax ao gabinete do Min. Marco Aurélio (FAX/PETIÇÃO PG/STF 129512). No dia seguinte ao envio desse fax/petição, porém, um fato curioso ocorreu. Consta como publicação, do dia 9 de dezembro de 2004, o seguinte:

DECISÃO DO RELATOR

Em 03/12/2004 - Referente à Petição PG/STF 129.512/2004: “Em momento algum, o Colegiado se pronunciou quanto à permanência do paciente em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim, com a prolação do **acórdão relativo à apelação, surge fato com o qual não se defrontou a Corte. Logo, a tutela antecipada não o abrange.** Indefiro a remessa de ofício pretendida. Publique-se. (grifos nossos)

Traduz-se o ocorrido, que é confuso. Em 3 de dezembro, o Min. Marco Aurélio prolatou decisão nos autos do mesmo HC 83983 (2007) contradizendo a decisão monocrática que havia proferido em 30 de agosto, no mesmo processo. Nas palavras do Min. Felix Fischer, relatando o caso no STJ: “De fato, houve decisões aparentemente conflitantes - ambas proferidas no bojo do HC n. 83.983-PR (STF) - que causaram **perplexidade**” (grifos nossos). Destaca-se: o acórdão condenatório do TRF deixara de decretar a prisão dos réus

com base na decisão anterior do Min. Marco Aurélio. Agora, o ministro publicava decisão com o entendimento inverso: não seria necessário que se esperasse por nova manifestação do STF, na Rcl 2391 QO (2005), para decretar a prisão do réu.

Com base nessa nova decisão, a relatora indeferiu prontamente o pedido de comunicação da garantia de liberdade ao juízo competente de Foz do Iguaçu. Os réus interpuseram embargos de declaração. Em 25 de fevereiro de 2005, JCM peticionou postulando que se determinasse o recolhimento do mandado de prisão porque a decisão do pleno do STF, na Rcl 2391 MC (2003), teria sido no sentido da impossibilidade da execução provisória da pena. Ausente a decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, JCM retomou o título judicial anterior que lhe concedera a liberdade, que passou a ser o único disponível.

No dia 28 de fevereiro de 2005, os réus peticionaram nos autos da Rcl 2391 QO (2005), pedindo concessão de nova liminar que lhes garantisse a liberdade. JCM fez o mesmo, no dia 2 de março de 2005. No mesmo dia 2 de março de 2005, iniciou-se o julgamento da questão de ordem Rcl 2391 QO (2005) pelo pleno. Marco Aurélio votou pelo deferimento da expedição de alvará de soltura. A Min. Ellen Gracie apontou que, a essa altura, já havia “uma nova ordem de prisão emanada de outro juízo. Já foi julgada a apelação”. Ao que o Min. Marco Aurélio respondeu: “Sim, mas que se baseia em acórdão no qual a relatora disse que não poderia determinar a prisão, nesse acórdão, porque se teria uma decisão do Supremo a ser observada”.

Enfatiza-se a postura do Min. Marco Aurélio, naquele exato momento. No TRF, a relatora do acórdão de apelação, decidira não decretar a prisão por que razão? Porque tinha acabado de ser proferida decisão monocrática do Min. Marco Aurélio determinando isso.

O julgamento da apelação teve início em 14 de setembro de 2004. Nesta data, tinha acabado de ser proferida a decisão do Min. Marco Aurélio, de 30 de agosto de 2004, condicionando a prisão do réu a nova manifestação do STF. O julgamento foi concluído no TRF no dia 30 de novembro de 2004. No dia 9 de dezembro de 2004, o Min. Marco Aurélio reviu sua decisão anterior. A essa altura, o acórdão já havia sido julgado e a ementa relatada, constando dela reverência à determinação do Min. Marco Aurélio.

Esquematiza-se cronologicamente abaixo para deixar o mais claro possível:

- **30 de agosto:** decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, no HC 83983, determinando que não se prendesse o réu até que o STF decidisse a Rcl 2391.
- **14 de setembro:** início do julgamento da apelação no TRF.
- **30 de novembro:** conclusão do julgamento da apelação no TRF e redação do acórdão determinando que se respeitasse a decisão do Min. Marco Aurélio.

- **9 de dezembro:** nova decisão monocrática do Min. Marco Aurélio desdizendo a decisão anterior.

Reprisa-se agora a troca entre os Min. Marco Aurélio e Ellen Gracie, durante o julgamento do Rcl 2391 QO (2005). A Min. Ellen Gracie destacou que a preventiva e até mesmo a sentença impugnadas já haviam sido superpostas por acórdão condenatório. Confrontado, o Min. Marco Aurélio simplesmente respondeu que a desembargadora do TRF é quem teria restringido, de próprio punho, a prisão, em respeito a decisão do STF. O sentido da informação fornecida pelo ministro foi: “em respeito a **alguma** decisão do STF”. Improvável que os outros ministros tivessem domínio de qual seria essa decisão do STF, diante de processo tão complexo. Os autos já continham 56 volumes a esta altura. Improvável que soubessem que a deferência prestada fora, na verdade, ao arbítrio monocrático do próprio Marco Aurélio.

Destaca-se que consta, do sistema de publicações do STF, apenas a segunda decisão monocrática do Min. Marco Aurélio. É possível encontrar, no site do STF, apenas o texto da decisão em que o ministro diz que não existe nenhuma vedação do STF à prisão decorrente do acórdão. O acesso à primeira decisão monocrática foi obtido por escavação e leitura completa do HC 41980 STJ (2005), julgado concomitantemente pelo STJ.

Por fim, retomado o julgamento, em 10 de março de 2005, segundo consta da ata do acórdão, o pleno do STF julgou prejudicada a questão de ordem, Rcl 2391 QO (2005). Extraíse, do curto voto do Min. Marco Aurélio, que os réus teriam informado que “lograram a liberdade por decisão do ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça”.

Esse fato é curioso. Por um lado, é verdade que o Min. Felix Fischer tenha concedido a liberdade aos réus. Ele o fez por meio do deferimento dos pedidos liminares do HC(STJ) 41980 (2005). Em 3 de novembro do mesmo ano, 2005, porém, o Felix Fischer decidiu o mérito na direção oposta. Constatou do acórdão da quinta turma do STJ o seguinte:

I - Contra a decisão condenatória confirmada, à unanimidade, em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90), razão pela qual **se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação** (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 267-STJ).

II – In casu, esgotadas as instâncias ordinárias e tendo o órgão Colegiado se manifestado pela execução “provisória” da pena, afastando, portanto, o alegado vício formal (decisão monocrática acerca da matéria e não do Colegiado), **legítima a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.**

Writ denegado. **Cassadas, por conseguinte, as liminares concedidas.** (BRASIL, 2005) (grifos nossos)

Considerando que o julgamento havia sido encerrado no STF por perda do objeto, em decorrência da liberdade concedida pelo Min. Felix Fischer. Pode-se dizer que o desfecho do caso foi a tese oposta à que defendia o Min. Marco Aurélio. As liminares foram cassadas e o Min. Felix Fischer fundamentou a decisão com base no precedente original do STF, citando ampla jurisprudência constitucional nesse sentido.

O golpe desferido, porém, já tinha surtido efeito. Criou-se uma janela de mais de dois anos de aparente indecisão do STF sobre a matéria. Foi o suficiente para dar nova largada à busca pela superação do precedente, em especial no âmbito da primeira turma. O Min. Sepúlveda Pertence encontrou a oportunidade que precisava para voltar a atuar como dissidente. A primeira turma passou a formar maioria, aderindo à posição dos Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio.

1.8.1.1. Afetação ao pleno dos processos sobre a matéria

Um dos efeitos da Rcl 2391 foi a remessa ao pleno de processos sobre as prisões decorrentes de decisão condenatória. Dois casos foram especialmente importantes no período. O RHC 83810 (2009), sobre o art. 594, e o HC 84078 (2009), sobre o art. 637.

O relator do RHC 83810 (2009) era Joaquim Barbosa, que tinha acabado de se tornar ministro do STF, em junho de 2003. Em 16 de dezembro de 2003, em julgamento da primeira turma, afetou a decisão ao pleno, por se tratar de superação do precedente original. O ministro entendia que a prisão para apelar, contida no art. 594, só poderia ser aplicada se houvesse fundamentação cautelar, nos termos do art. 312. Sob o inciso LVII, a regra deveria ser a apelação em liberdade. A prisão é que sempre requereria fundamentação. Em julgamento no pleno, no dia seguinte, 17 de dezembro de 2003, seguiram o voto do relator os Min. Ayres Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

Gilmar Mendes se referiu expressamente ao voto que proferira na Rcl 2391, sobre a mesma matéria. Segundo seu entendimento, “a prisão em decorrência do art. 594 [...], sem que estejam presentes quaisquer dos pressupostos do art. 312 do CPP, não restou recepcionada pela Constituição Federal de 1988”. Não se poderia falar em execução

antecipada da pena. Nenhum dos ministros se manifestou expressamente sobre a questão da prisão decorrente de condenação em segunda instância.

A Min. Ellen Gracie pediu vista no dia 18 de dezembro de 2003. Renovou o pedido no dia 28 de abril de 2004. O caso só foi julgado definitivamente em 5 de março de 2009, depois da superação do precedente no HC 84078 (2009). Os Min. Marco Aurélio e Joaquim Barbosa fizeram constar as decisões parciais da Rcl 2391 e do RHC 83810 (2009) do Informativo n. 334-STF, indicando a possibilidade de superação do precedente no pleno.

No HC 84078 (2009), em 24 de novembro de 2004, o Min. Carlos Ayres Britto havia identificado divergência jurisprudencial sobre a matéria da execução provisória da pena. O Min. Ayres Britto julgava a questão pela primeira turma do STF. A divergência jurisprudencial era exatamente a suscitada a partir da Rcl 2391 QO (2005). Foi por essa razão que o caso foi remetido ao pleno para solução definitiva da controvérsia (BRASIL, 2009, p. 21 e segs.).

O Min. Ayres Britto explicou que existia divergência entre julgados recentes da primeira e da segunda turma – que era a divergência resultante das ementas redigidas pela primeira turma desde a afetação da Rcl 2391 ao pleno. Destaca-se, porém, que o debate, naquela reclamação, era sobre sobreposição de sentença condenatória a prisão preventiva. A prisão em segunda instância só ficou suprimida por decisão monocrática do Min. Marco Aurélio. Tal como aconteceu nos casos das redações das ementas com excesso de entendimento pessoal.

O caso em debate, no HC 84078 (2009), era sobre condenação já mantida por acórdão, em segunda instância. Era sobre a aplicação do art. 637, que estabelecia que os recursos para os tribunais superiores não teriam efeito suspensivo, apenas devolutivo. Ainda assim, o Min. Ayres Britto propôs o encaminhamento. É nesse ponto que se dá o seguinte debate:

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE)- Vossa Excelência insiste em remessa ao Pleno?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sim, porque é chegada a hora de remeter ao Pleno essa matéria de uma vez por todas. As duas Turmas dissentem e o fazem reiteradamente.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - Há uma proposta de remessa ao Pleno, e o Ministro Cezar Peluso propõe a concessão da cautelar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - **A matéria está pendente?**

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - **Esta, especificamente, não. O que está pendente é a apelação em liberdade.**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - **Onde está a diferença substancial que Vossa Excelência vê? Na verdade, eles estão aplicando a Súmula nº 267 do STJ.**

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - **O grande argumento da corrente, até aqui majoritária, é o de que, não sendo providos os efeitos suspensivos, os recursos não suspendem a prisão. Não é o caso da apelação que é provida de efeito suspensivo.**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, mas naquele caso, no Plenário.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - Mas o art. 594 é o que determina.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Então, estamos com os dois casos: com o 594 e com o outro.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - E com o das leis especiais; todos sobre apelação em liberdade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não, O 594; o outro é sobre apelação também?

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE)- É da lei especial, da lei dos crimes organizados.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - **Sobre o acórdão sujeito a recursos especial e extraordinário, não há especificamente nada no Pleno.** (grifos nossos)

Demonstram-se duas coisas por meio dessa conversa. A primeira delas é que a superação do precedente da prisão em segunda instância pelo pleno, em 2009, decorreu diretamente do debate sobre a prisão em primeira instância. A segunda delas é que os adeptos da teoria de exclusividade cautelar estrita, Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, agiram como se as questões fossem diversas. Como se o entendimento deles permitisse compartimentar os debates.

1.8.2. Mudança no âmbito das turmas

Em 1995, votaram contra a decisão do STF os Min. Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Francisco Rezek e Ilmar Galvão. Os dois primeiros formaram a dissidência total, contra qualquer prisão decorrente de decisão condenatória antes do trânsito em julgado, inclusive em segunda instância. Os outros três formaram a dissidência parcial, que mantinha as prisões em segunda instância. Votaram a favor da decisão, mantendo o

precedente o original, os Min. Néri da Silveira, Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso e Celso de Mello. As mudanças na composição da corte foram importantes para a superação do precedente. Elas ocorreram conforme a tabela abaixo:

Sucessor¹¹	Antecessor	Data
Nelson Jobim	Francisco Rezek	Abr-1997
Ellen Gracie	Octavio Gallotti	Dez-2000
Gilmar Mendes	Néri da Silveira	Jun-2002
Cezar Peluso	Sydney Sanches	Jun-2003
Joaquim Barbosa	Moreira Alves	Jun-2003
Eros Grau	Maurício Corrêa	Jun-2004
Ricardo Lewandowski	Carlos Velloso	Mar-2006
Carmen Lúcia	Nelson Jobim	Jun-2006
Menezes Direito	Sepúlveda Pertence	Set-2007

A decisão de 1995 recepcionou os art. 393, I, e 594. Isso simplificou significativamente a análise do período entre 1995 e 2003. Em regra, tratavam-se prisões decorrentes de condenação em primeira e em segunda instância da mesma forma. Desde aquela época, porém, já existia uma resistência maior à recepção do art. 594 do que ao reconhecimento da ausência de efeito suspensivo dos recursos para os tribunais superiores. A dissidência parcial, afinal, era maior que a dissidência total.

Também se demonstrou como a teoria da exclusividade cautelar estrita ganhava cada vez mais força, ainda que restrita ao âmbito das prisões provisórias tradicionais: flagrante, pronúncia e preventiva. Cada vez mais só eram aceitas fundamentações cautelares concretas em fatos supervenientes. Celso de Mello foi um exemplo eloquente de como, ainda que a maioria mantivesse o precedente original, ela fazia concessões, especialmente quanto às prisões provisórias.

¹¹ Para referência do leitor, relembra-se a configuração final da votação do HC 84078 (2009):

Maioria: Min. Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio

Minoria: Min. Menezes Direito, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Ausente análise do voto da Min. Carmen Lúcia.

Somaram-se esses dois fatores: a resistência concentrada no art. 594 e as concessões quanto à aplicação da fundamentação cautelar. Deles decorreu a maior parte da variação da jurisprudência no período, conforme apresentado no Apêndice B. Casos como: fuga do réu, gravidade abstrata do delito, superposição de decreto de prisão preventiva por decisão condenatória, vinculação da prisão ao trânsito em julgado na sentença, entre outros. São muitos os pontos em que a jurisprudência do STF não foi homogênea.

Um ótimo exemplo disso é a explicação que o Min. Sepúlveda Pertence deu, em seu voto no HC 83128 (2003), sobre a evolução da jurisprudência quanto à questão da sentença que vinculava a prisão ao trânsito em julgado:

Sentença de primeiro grau que condicionou a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado. A Durante algum tempo, o STF entendeu que a ausência do recurso do MP a essa determinação da sentença implicava preclusão.

Houve, no entanto, reversão dessa jurisprudência. Assim, na Primeira Turma, desde o HC 76.181, de 10 de fevereiro de 1998 – em que ficamos vencidos, conforme orientação anterior, o Ministro Ilmar Galvão e eu mesmo. A Segunda Turma que, em sucessivas decisões, adotava a tese da preclusão, também mudou de orientação a partir do HC 76.200, de 10 de fevereiro de 1998, relatado pelo Ministro Néri da Silveira. A partir deste momento, as duas Turmas convergiram. Eu próprio, com ressalva da opinião pessoal em contrário, vim a aplicar a jurisprudência, por exemplo, no HC 77.501, de 24 de novembro de 1998.

O eminente Ministro Marco Aurélio reabre a discussão. Dado que a tendência da Turma é rever a orientação, retorno à minha convicção pessoal para também conceder o **habeas corpus**.

Esse voto foi proferido em 25 de novembro de 2003. Ele confirma a divisão dos períodos feita por essa tese e, também, a atribuição de papel central à atuação do Min. Marco Aurélio na Rcl 2391, responsável por reabrir o debate jurisprudencial, no âmbito da primeira turma.

A transformação jurisprudencial desse período foi um objeto de estudo especialmente delicado. A principal razão é a multiplicidade de fatores envolvidos. Diferentemente do período entre 1988 e 1995, a questão não se resolveu no pleno. Lá, foi possível delinear claramente as trincheiras que cada ministro ocupou. Aqui, misturaram-se matérias: primeira e segunda instância, art. 594 e art. 637, prisões cautelares e processuais. Misturaram-se entendimentos: mudanças de posição. Misturaram-se as composições das turmas, alteradas pelas aposentadorias de vários ministros e pelos embaralhamentos decorrentes, por exemplo, das transições da presidência do STF.

Apesar da relevância das mudanças de entendimento do STF quanto às prisões preventivas, para viabilizar a análise histórica, afunila-se seu escopo. A divisão e o estudo do período serão orientados apenas pelas decisões do STF quanto às prisões decorrentes de decisão condenatória recorrível. Fica disponível ao leitor os achados referentes às demais modalidades (Apêndice B).

O marco da mudança foram os julgados do STF que determinaram que a existência de decisões – sentenças ou acórdãos – condenatórias não constituiriam, por si sós, fundamento suficiente para o decreto de prisão. Seria imprescindível que houvesse fundamentação expressa em uma das hipóteses do art. 312.

1.8.2.1. Mudança da 1ª turma: 2004

No primeiro semestre de 2004, o Min. Joaquim Barbosa foi o relator de três acórdãos da primeira turma: HC 83592 (2004), HC 84087 (2004) e HC 84104 (2004). Os três foram casos de prisão para apelar do art. 594 em que a primeira turma concedeu o pedido de *habeas corpus* em razão da incompatibilidade da execução provisória da pena.

O primeiro deles HC 83592 (2004), julgado em fevereiro de 2004, foi um caso de sentença que vinculou a prisão ao trânsito em julgado da sentença. A condenação foi mantida em acórdão e dela decorreu a ordem de prisão. A prisão foi mantida pelo STJ. A primeira turma do STF votou unanimemente pela prevalência da vinculação definida em sentença.

O segundo, HC 84087 (2004), julgado em abril, tratou-se de um caso de condenação de um policial civil por crime de extorsão. A sentença aplicou ao art. 594 e determinou a prisão preventiva do réu para apelar. Destaca-se que o juiz de primeiro grau seguiu, de certa forma, o entendimento da dissidência. Combinou o art. 594 com o art. 312. O Min. Joaquim Barbosa entendeu que ainda assim faltou fundamentação concreta para configurar a prisão cautelar. O Min. Carlos Ayres Britto pediu vista e fundamentou seu voto no detalhe de que o magistrado teria demonstrado a existência de “reincidência específica de delito vinculado à qualidade de policial do acusado, no exercício de suas funções”. Não foi suficiente para mudar o voto dos demais. Ficaram vencidos os Min. Ayres Britto e Sepúlveda Pertence.

O Min. Ayres Britto chegou a sugerir que a matéria fosse afetada ao pleno, como vinha sendo feito pela primeira turma desde a Rcl 2391. A maioria se apegou ao elemento distintivo de que a própria sentença teria decretado a prisão como preventiva. É um dado que

demonstra como todo o judiciário já estava se adequando ao novo entendimento sobre o art. 594.

O terceiro, HC 84104 (2004), julgado em maio, foi um caso em que a primeira turma entendeu que a sentença fundamentou de forma satisfatória a prisão para apelar, observando as hipóteses do art. 312. A ementa é reveladora do entendimento que estava sendo formado no período:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR (CPP, ART. 594). SENTENÇA SUFICIENTEMENTE MOTIVADA. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 594 do Código de Processo Penal não implica o recolhimento compulsório do apelante. Ao contrário, cuida de modalidade de prisão cautelar, razão por que deve ser interpretado em conjunto com o art. 312 do mesmo diploma. 2. No caso concreto, a sentença condenatória mostra-se suficientemente motivada quanto aos requisitos ensejadores da prisão preventiva do paciente. 3. Ordem denegada.

A primeira turma dava sinais fortes de que, mesmo enquanto ainda se considerava válido o art. 594, ele já vinha sendo reinterpretado de forma a garantir que a prisão para apelar fosse fundamentada nas hipóteses do art. 312. Em nenhuma dessas decisões, porém, foi enfrentada de frente a questão da prisão fundamentada em decisão condenatória.

Um dado curioso que demonstra a complexidade do período: no segundo semestre de 2004, o Min. Joaquim Barbosa passou a compor a segunda turma do STF. Seu lugar na primeira turma foi ocupado pelo Min. Eros Grau, que se tornou ministro do STF em junho. Na segunda turma, ainda prevalecia o precedente original. A janela de tempo em que o Min. Joaquim Barbosa fez parte da primeira turma permite vislumbrar a essência do seu entendimento e classificá-lo como adepto, pelo menos, da dissidência parcial. É possível afirmar que o ministro era, ao menos nesse período, contrário à prisão decorrente de decisão condenatória de primeira instância¹².

A primeira vez em que o precedente foi superado de forma inequívoca foi na sessão do dia 19 de outubro de 2004. Nesse dia, superou-se, de uma só vez, o entendimento original quanto às prisões em primeira e em segunda instância. Na mesma sessão, julgaram-se o HC 82802 (2004) e o HC 84587 (2004), ambos de relatoria do Min. Marco Aurélio, cujas ementas foram, respectivamente:

¹² Antecipa-se ao leitor o teor do posicionamento de Joaquim Barbosa no HC 84078 (2009): “Senhor Presidente, alinho-me à antiga corrente, que era majoritária nesta Corte, no sentido de entender como viável a execução da pena privativa de liberdade depois de esgotadas as duas instâncias ordinárias de jurisdição”.

PRISÃO - PRONUNCIAMENTO CONDENATÓRIO - IMPROPRIEDADE. A condenação, por si só, não respalda a prisão do agente.

PENA - EXECUÇÃO - APELAÇÃO - DESPROVIMENTO - EFEITO. Enquanto subordinado a condição, podendo vir a ser alterado em julgamento de recurso, descabe a execução do pronunciamento judicial condenatório, pouco importando haja este sido confirmado mediante o desprovimento de apelação.

É simbólico que se tenha decidido, em sequência, na mesma sessão, pela inconstitucionalidade das prisões em primeira e em segunda instância.

O primeiro julgado, HC 82802 (2004), tratou de um caso em que o réu foi condenado por trabalho escravo. A sentença narrou que havia dois menores de idade entre as vítimas e que o réu teria revelado “personalidade e conduta social nada menos do que sórdidas, não havendo palavras para adjetivar a real dimensão de sua insensibilidade e crueldade”. Essas foram as palavras do Min. Ayres Britto, vencido no julgamento. A sentença vinculou o recebimento da apelação à prisão do réu, nos termos do art. 594. O relator, Min. Marco Aurélio, fundamentou a decisão na incompatibilidade entre a execução provisória da pena e o inciso LVII. Os Min. Eros Grau e Cezar Peluso acompanharam o relator sem ressalvas. Eros Grau se limitou a: “Quero dizer que me escandaliza a sordidez do caso. Isso, porém, não ultrapassa os aspectos que Vossa Excelência mencionou. Assim, eu o acompanho”. O Min. Cezar Peluso destacou que seria imprescindível que a sentença tivesse sido fundamentada com base no art. 312 para que o decreto de prisão fosse válido.

O segundo julgado, HC 84587 (2004), tratou de uma condenação por peculato, confirmada em acórdão. O STJ havia mantido a prisão do réu, fundamentando da seguinte forma: “A prisão dos pacientes decorre de sentença condenatória confirmada em sede de apelação. Nada impede, portanto, que os réus sejam presos. Os recursos extraordinário e especial eventualmente interpostos, [...], ainda que admitidos, não possuem efeito suspensivo”. O Min. Nelson Jobim havia indeferido o pedido liminar. Jobim, porém, deixou de compor a turma em 8 de agosto de 2004, quando se tornou presidente do STF. O relator passou a ser o Min. Marco Aurélio, que decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, inclusive em segundo grau. Os demais ministros acompanharam a decisão. Inclusive o Min. Ayres Britto.

A objetividade da íntegra dos dois acórdãos faz desses dois julgados perigosos em alguma medida – ver-se-á, logo a seguir, que a posição do Min. Eros Grau não era certa nesse sentido. Pode ser que ele tenha votado com a maioria por aspectos específicos do caso

concreto. De qualquer maneira, constatou-se que uma maioria havia se formado na primeira turma. Destaca-se que, nessa sessão, o Min. Sepúlveda Pertence não estava presente, o que reforça ainda mais essa constatação.

Apesar da contundência desse evento. O leitor deve levar em consideração que nada no período foi tão simples assim. Os recortes pontuais são sempre enganosos. Em 23 de novembro daquele mesmo ano de 2004, a primeira turma julgou novamente a questão, no HC 84677 (2004). Nesse julgamento, ficou claro que a posição original do Min. Eros Grau, ao contrário do que os dois julgados anteriores pareciam indicar, não convergia com a dissidência total do Min. Marco Aurélio. Originalmente, Eros Grau defendia que, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias, é possível executar provisoriamente a pena. E defendia isso, inclusive, com relação às penas restritivas de direito.

O HC 84677 (2004) foi um caso de conversão da pena privativa de liberdade em pena de multa e em pena restritiva de direitos. Eros Grau, relator, votou da seguinte forma:

Ao contrário do que alegam os impetrantes, não há qualquer violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e da presunção de inocência.

Esgotados os recursos ordinários com efeito suspensivo, admite-se a execução provisória da sentença, ainda que convertida a condenação em penas restritivas de direitos.

O Min. Eros Grau reconheceu que esse era o entendimento firmado pela corte e citou julgados das duas turmas do STF de 1994 a 2003. O Min. Ayres Britto votou pela impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direito, com base no inciso LVII e art. 147 da LEP. Os Min. Cezar Peluso e Marco Aurélio foram mais enfáticos na tese de que qualquer execução provisória de pena estaria proibida sob o inciso LVII: “O que cumpre definir é a impossibilidade de se chegar à execução do título condenatório, antes do trânsito em julgado, ou seja, de não se harmonizar a execução provisória com o decreto penal condenatório. Isso, para mim, é básico”.

Após o voto do Min. Marco Aurélio, o Min. Eros Grau achou salutar esclarecer a questão em debate:

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): Sr. Presidente, única e exclusivamente, só também para que eu esclareça: o que a Turma está decidindo é que não se pode executar decisão antes do resultado do julgado. Quer dizer, não há execução provisória.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Em matéria de pena restritiva.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): Perfeito. Aqui, não há pena restritiva de liberdade. No caso, não é restritiva de liberdade?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Não. É restritiva de direitos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: É restritiva de direitos. Só para enfatizar o que estamos decidindo.

De um jeito ou de outro, o Min. Eros Grau ficou vencido sozinho.

Nos anos de 2005 e 2006, o Min. Marco Aurélio sacramentou sua vitória no âmbito da primeira turma. Dois julgados são bem emblemáticos nesse sentido. O HC 85209 (2005), cuja ementa já foi transcrita supra¹³, e o HC 88276 (2006). A ementa do segundo fala por si só:

HABEAS CORPUS - VERBETE Nº 691 DA SÚMULA DO SUPREMO - SUPLANTAÇÃO. Uma vez julgado pelo Superior Tribunal de Justiça o habeas no qual indeferida a inicial, vindo à balha, no Supremo, nova medida, fica suplantada a discussão no tocante ao Verbete nº 691 da Súmula da Corte Maior. PENA - EXECUÇÃO - RECURSO - ALCANCE. O princípio da não-culpabilidade exclui a execução da pena quando pendente recurso, muito embora sem eficácia suspensiva.

Concretizava-se, assim, ao menos no âmbito da primeira turma, a abolição das prisões decorrentes de decisão condenatória, sentenças e acórdãos. Antecipava-se a decisão do pleno de 2009.

A intensidade da convicção do Min. Marco Aurélio não era partilhada por todos os demais ministros que votavam com ele na primeira turma. O voto do Min. Ayres Britto, no primeiro desses acórdãos, HC 85209 (2005), suscitou um debate que mostra isso bem. Contextualiza-se que esse foi um julgamento realizado em 17 de novembro de 2005. Portanto, já havia sido extinto sem julgamento do mérito a Rcl 2391 QO (2005). Não estavam mais sendo suspensas as decisões finais no âmbito da primeira turma.

¹³ PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE - RAZÃO DE SER - ALCANCE. O princípio da não-culpabilidade - inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal - decorre da ordem natural das coisas, sobrepondo-se, em termos de valores, ao pragmatismo, a presunções, tendo em conta pronunciamento judicial passível de modificação na via recursal. PENA - CUMPRIMENTO - DECRETO CONDENATÓRIO - AUSÊNCIA DE IMUTABILIDADE - RECURSO - EFEITO. A relação entre o princípio da não-culpabilidade e o recurso sem efeito suspensivo, presente a execução da pena, é de dependência, superpondo-se a garantia de natureza constitucional à disciplina processual comum relativa aos efeitos do recurso. PENA - EXECUÇÃO - PREMISA. Condição inafastável à execução da pena, sempre de contorno definitivo, é a preclusão, na via da recorribilidade, do decreto condenatório. Vale dizer, sem título judicial condenatório coberto pela coisa julgada formal e material, descabe dar início à execução da pena, pouco importando tenha o recurso apenas o efeito devolutivo.

Pede-se mais uma vez perdão e paciência ao leitor. Acredita-se que a citação mais longa vale a pena, neste caso:

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Sr. Presidente, indago ao Ministro Marco Aurélio se o paciente está preso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não, ele está solto. A situação concreta é esta: há execução de uma decisão judicial que ainda não transitou em julgado. Apenas execução, não se trata de preventiva. Ele respondeu ao processo em liberdade, foi absolvido no primeiro **Júri** e, no segundo, veio a ser condenado.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENTE (PRESIDENTE) – Vossa Excelência já está concedendo a ordem? Não estava concedendo liminar?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – **Concedi a liminar e agora a torno definitiva para que se aguarde**, sem prejuízo de ser decretada até uma preventiva, o que penso não ser o caso, **o trânsito em julgado da decisão**.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Venho fazendo, em meu gabinete, um **estudo** que, está quase pronto, sobre uma **distinção**, que já anunciei a Vossas Excelências outro dia, entre a **presunção de inocência e a de não-culpabilidade**.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas subscrevemos três tratados que encerram a presunção de inocência.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Ainda não conclui esse estudo, portanto, não tenho argumentos para contrabater o voto tão bem elaborado do Ministro Marco Aurélio. **Faço, apenas, essa ressalva de que seguirei meditando no tema, acompanhando sua Excelência.**

Entendo que a Constituição autoriza, ou penso que autoriza – ainda não conclui – **a distinção** entre o direito à presunção de inocência e à presunção de não-culpabilidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – **Mas, Ministro, aqui temos um título condenatório ainda passível de modificação.**

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENTE (PRESIDENTE) – **A presunção de inocência inviabilizaria a própria prisão preventiva.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E não a inviabiliza.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – **Tento buscar uma resposta para aquele dispositivo constitucional que permite a prisão em flagrante ou por ordem fundamentada da autoridade judiciária.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – **É outra coisa.** Ele respondeu ao processo em liberdade e foi absolvido no primeiro Júri.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENTE (PRESIDENTE) – A presunção de inocência inviabilizaria qualquer prisão processual. Agora, outra coisa é a prisão processual, sem fundamentação cautelar, antes do trânsito em julgado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A premissa é esta: como o recurso não tem eficácia suspensiva, executa-se, imediatamente, a pena. Ora, isso não ocorre nem no campo patrimonial. A execução é definitiva. Ninguém devolverá ao paciente a liberdade perdida. No campo patrimonial esbarra-se na garantia do juízo. Vamos chegar, então, na execução de uma pena que alcança a liberdade de ir e vir, que não poderá ser devolvida, a tanto?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – O prejuízo é irreparável.

[...]

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENTE (PRESIDENTE) – É a prisão sem fundamentação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sem, não se trata de prisão preventiva [...]

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENTE (PRESIDENTE) – Só pode ser, então, execução provisória; e execução provisória e presunção de não-culpabilidade não se conciliam. **Eu também acho que é de não-culpabilidade, não de inocência.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – De inocência, temos nos tratados: Convenção de Nova York e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que versam sobre a presunção de inocência.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – O voto de Vossa Excelência é convincente.

Destacam-se alguns pontos dessa passagem. O primeiro deles é que o Min. Marco Aurélio interpretava a norma contida no inciso LVII como presunção de inocência, e não de não-culpabilidade. Para isso, partia da interpretação que tinha sido conferida pelos tratados internacionais a que o Brasil aderiu ao longo do Século XX. O segundo é que os ministros Sepúlveda Pertence e Ayres Britto discordavam dessa interpretação e acreditavam que se trataria do princípio da presunção de não-culpabilidade. A terceira, é que os ministros se convenceram pela argumentação do Min. Marco Aurélio a partir do momento em que se consolidou a noção de que se trata de execução provisória. Prevaleceu a analogia entre execuções provisórias cíveis e penais. A quarta é o estranhamento do Min. Ayres Britto em relação à interpretação que estavam fazendo sobre o inciso LXI. Refletindo sobre a tese da exclusividade cautelar estrita, o ministro admitiu que tinha dificuldade em encaixar a interpretação da norma de prisão em flagrante ou por ordem fundamentada da autoridade judiciária (inciso LXI).

1.8.2.2. Resistência da 2ª turma até 2006

No segundo semestre de 2004, enquanto a primeira turma consolidava o entendimento da tese da exclusividade cautelar estrita, a segunda turma manteve expressamente o precedente original do STF. Além do Min. Joaquim Barbosa, que viera da primeira turma, a segunda turma estava, naquele momento, composta pelos Min. Celso de Mello, Carlos Velloso, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

A decisão do RHC 84846 (2004) foi tomada por unanimidade. Registrou-se na ementa: “Não configura constrangimento ilegal o fato de o réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos que interpôs. [...] O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão”. O caso tratou de acórdão condenatório, mas a ementa indicava genericamente a compatibilidade do inciso LVII com prisões decorrentes de decisões condenatórias.

Em 2005, verificaram-se as duas decisões relatadas pelo Min. Celso de Mello, no HC 83429 (2005) e no HC 85249 (2005). Ambos os casos foram incluídos no estudo da trajetória do Min. Celso de Mello acima. Ambos foram sobre sentença condenatória. Como se viu, o Min. Celso de Mello era um adepto da teoria da exclusividade cautelar ampla. Entendia que as prisões decorrentes de decisões condenatórias tinham fundamento cautelar abstrato nas modalidades de prisão processual definidas pelo legislador. A votação de ambos os acórdãos foi unânime.

No julgamento do HC 83429 (2005), o Min. Joaquim Barbosa ressaltou que acompanharia o voto de Celso de Mello, alinhando-se à jurisprudência dominante. Entretanto, deixou a ressalva de que seu entendimento pessoal seria aquele que externou no HC 83810 (2009) – supra, que ainda aguardava decisão do pleno. O Min. Gilmar Mendes não fez ressalva alguma, mas, como se sabe, votou da mesma forma que o Min. Joaquim Barbosa no julgamento suspenso por pedido de vista da Min. Ellen Gracie. Presume-se que também estava mantendo o entendimento ainda vigente do pleno, em respeito às regras do STF de superação de precedente.

Sobre prisão decorrente de acórdão condenatório, a segunda turma julgou o HC 85886 (2005), em 23 de agosto de 2005. A relatora era a Min. Ellen Gracie. O caso era sobre réu que fora condenado em primeira e em segunda instância por tráfico de entorpecentes, apontado como integrante do Comando Vermelho.

A defesa apresentou sugestão preliminar de que se afetasse também o julgamento deste *habeas corpus* ao pleno, onde outros sobre a mesma questão aguardavam por definição. A Min. Ellen Gracie rejeitou a sugestão de suspender o julgamento para esperar uma definição do pleno sobre a questão. O Min. Carlos Velloso acompanhou a relatora. Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, não. O Min. Gilmar Mendes se manifestou dizendo que, nos casos em que ele era relator, ele estava concedendo liminar e suspendendo os julgamentos até que o pleno se pronunciasse definitivamente sobre a matéria. O Min. Joaquim Barbosa o acompanhou. Suspendeu-se o julgamento para aguardar a presença do Min. Celso de Mello, que daria o voto de desempate em relação à preliminar suscitada.

No dia 6 de setembro de 2005, o Min. Celso de Mello desempatou a decisão preliminar a favor da Min. Ellen Gracie. Manteve-se o *habeas corpus* na segunda turma e julgou-se o mérito. No mérito, decidiu-se: “A jurisprudência desta Corte, de há muito tempo, sempre entendeu perfeitamente legítima essa execução provisória”, inclusive após a Constituição de 1988. A ministra destacou que, ainda “na atual composição desta Corte Suprema, esse entendimento tem sido mantido **por alguns de seus membros**”. Citou decisões relatadas pelo Min. Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim e Gilmar Mendes.

A decisão relatada pelo Min. Gilmar Mendes e citada por Ellen Gracie foi o HC 82800 (2003), julgado em março 2003 – antes da Rcl 2391 ter sido afetada ao pleno. O núcleo da decisão era que a prisão decorrente de “condenação em sede de 2º grau” não conflita com o inciso LVII, ainda que pendente recursos especial ou extraordinário.

A partir das chaves de pesquisa utilizadas, o julgamento do AI 539291 AgR foi a última decisão da segunda turma reiterando o precedente original do STF. O caso, de relatoria do Min. Carlos Velloso, foi julgado em 4 de outubro de 2005. Constou da ementa o seguinte: “O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência”.

1.8.2.3. Mudança da 2ª Turma: 2006

Ao longo do ano de 2006, a composição da segunda turma se alterou, resultando na seguinte: Min. Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Como se demonstrou acima, o Min. Celso de Mello se converteu à dissidência total ao longo

de 2006. O Min. Cezar Peluso fazia parte do grupo que alterou o entendimento no âmbito da primeira turma em 2004.

Os Min. Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes já tinham se manifestado reiteradamente contra a recepção do art. 594. Apesar de que ambos deram sinais, ao longo do tempo, de que ainda se inclinavam a manter a prisão decorrente de acórdão condenatório. Da mesma forma, o Min. Eros Grau também havia acompanhado decisões da primeira turma quanto à prisão em primeira instância, mas demonstrou que guardava ressalvas quanto à eliminação de toda e qualquer forma de execução da pena antes do trânsito em julgado. Até 2006, esses três ministros seriam classificados como integrantes da dissidência parcial.

Foi nesse ponto que os Min. Eros Grau e Gilmar Mendes mudaram de entendimento e se juntaram de vez à dissidência total. Passaram a decidir que qualquer forma de execução antecipada da pena feriria o inciso LVII. Prisão antes do trânsito em julgado requereria sempre fundamentação cautelar com base nas hipóteses de art. 312. Apenas o Min. Joaquim Barbosa se manteve fiel à posição original, a prisão para apelar precisaria ser fundamentada com base no art. 312, a prisão decorrente de acórdão condenatório, não.

O Min. Joaquim Barbosa foi o relator do HC 88174 (2006), julgado em 12 de dezembro de 2006. O caso tratou de condenação em acórdão do Superior Tribunal Militar que negou provimento à apelação e determinou a expedição de mandado de prisão contra o réu. A defesa impetrou recurso extraordinário contra o acórdão e, ao mesmo tempo, *habeas corpus* no STF, alegando que a execução violaria o inciso LVII.

O Min. Joaquim Barbosa fez referência ao HC 84078 (2009) que estava aguardando julgamento do pleno. Entretanto, entendeu que a orientação majoritária da corte ainda seria no sentido de que os recursos para os tribunais superiores não suspendiam a execução. Salientou que o recurso extraordinário não foi admitido pelo tribunal de origem. Tampouco o agravo de instrumento interposto merece seguimento. O próprio Joaquim Barbosa recusara recebimento do agravo por falta de matéria constitucional. A defesa interpôs embargos de declaração contra a decisão do agravo. O relator votou pelo indeferimento do pedido.

O Min. Cezar Peluso buscou na fundamentação do *habeas corpus* o trecho em que ele dizia que a exequibilidade da sentença “fere o princípio da legalidade e do devido processo legal”. Disso, concluiu que constava do *habeas corpus* questão constitucional. Isso bastaria para que tivessem que decidir pela anulação da ordem de prisão. O Min. Joaquim Barbosa ressaltou que, no seu entendimento, não havia recurso cabível. Eventuais embargos seriam “meramente procrastinatórios”. Ainda assim, Cezar Peluso concluiu que bastaria um dia entre

a decisão e o trânsito em julgado para que tivessem que decidir pela liberdade. Reiterou as razões que havia apresentado na Rcl 2391.

O Min. Eros Grau alterou oficialmente sua posição e aderiu à tese da dissidência total. Mencionou que já tinha preparado, àquela altura, no final de 2006, o voto do HC 84078 (2009). Estaria “inteiramente convicto de que se não há fundamento para prisão cautelar, não se justifica a prisão”. A Constituição é que deveria determinar o modo de se proceder. E segundo a Constituição, o inciso LVII vedaria toda e qualquer execução de condenação antes do trânsito em julgado.

Entendo que esta Corte deve evoluir no sentido de recusar o que as palavras denunciam: a execução antecipada de uma pena que, às vezes, sequer chega a ser definida como pena.

Ressalta-se essa passagem do Min. Eros Grau. Note-se como, agora que mudou por completo o terreno conceitual, como mudou a perspectiva do debate. A postura adotada por todos os defensores da prisão decorrente de decisão condenatória passou a ser vista como uma ocultação das palavras: execução antecipada ou execução provisória. Isso se tornou inevitável quando timidamente se concedeu que não se poderia falar em pena antes do trânsito em julgado. Desde que se concedeu que o *carcer ad poenam* era incompatível com a Constituição. Era uma questão de tempo até que a perspectiva da LEP predominasse sobre o CPP. Até que a ideia de execução provisória predominasse sobre a ideia de decisão condenatória, subordinando-a.

Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram com a maioria, confirmando também sua conversão. Por quatro votos a um, decidiu-se que um recurso extraordinário não recebido, com agravo e embargos também não conhecidos, seria suficiente para invalidar o decreto de prisão decorrente do acórdão condenatório do Superior Tribunal Militar. O Min. Eros Grau assumiu a redação da ementa¹⁴ no lugar do relator, Min. Joaquim Barbosa.

Em 6 de fevereiro de 2007, o Min. Gilmar Mendes relatou o RHC 86822 (2007). O caso tratou de crime militar. Dois réus inocentados pelo Conselho especial de Justiça e condenados em sede de apelação. A defesa interpôs recurso especial. Enquanto tramitava o

¹⁴ AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA A PRISÃO CAUTELAR. EXECUÇÃO ANTECIPADA. INCONSTITUCIONALIDADE. A prisão sem fundamento cautelar, antes de transitada em julgado a condenação, consubstancia execução antecipada da pena. Violação do disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil.

recurso especial, impetrou também recurso ordinário em *habeas corpus* ao STJ. Do recurso, o STJ decidiu que, esgotadas as vias recursais ordinárias, não haveria ofensa ao inciso LVII.

No *habeas corpus* impetrado no STF, pleiteou-se a anulação do decreto de prisão e a garantia da liberdade enquanto o réu aguardasse pelo julgamento final do recurso especial. No curso do processo, no STF, os réus pleitearam também a nulidade do acórdão condenatório em relação ao crime de extorsão. O Min. Gilmar Mendes não conheceu da arguição de nulidade do acórdão.

Quanto ao pedido de soltura até o trânsito em julgado, o Min. Gilmar Mendes fundamentou a decisão com uma retrospectiva própria da jurisprudência recente do STF. Aproveita-se a leitura do ministro para contrastar com os achados desta tese, até aqui. Segundo ele, a jurisprudência do STF se orientaria no sentido de que a interposição de recursos aos tribunais superiores não impediria a prisão do condenado. Citou julgados de 2000 a 2002, da primeira e da segunda turma, relatados por Nelson Jobim, Néri da Silveira e Ellen Gracie.

Apesar desses expressivos julgados, haveria debate sobre o precedente, no pleno, desde o início do julgamento da Rcl 2391, pelo Min. Marco Aurélio. Embora não concluído seu julgamento, o ministro acreditava que estaria se formando um novo entendimento, inclusive com seu voto, segundo o qual toda prisão, antes do trânsito em julgado, requereria fundamentação específica no art. 312 CPP. O STF não deveria mais continuar considerando suficiente a existência de decisão condenatória como fundamento para a prisão. Não havendo definitividade da condenação, tratar-se-ia de antecipação de cumprimento da pena. O que seria um atentado grave contra a presunção de inocência e a dignidade humana. Estendeu expressamente essa interpretação aos acórdãos condenatórios.

Segundo destacou o Min. Gilmar Mendes, desde a Rcl 2391, ele teria indeferido pedidos de medidas liminares apenas nos casos em que houvesse fundamentação cautelar da prisão. Citou quatro decisões suas de 2004 a 2005 confirmando-o.

Para decidir o caso, levou em consideração que os réus permaneceram em liberdade até o julgamento da apelação. Não teria constado do acórdão condenatório fundamentação da prisão nas hipóteses do art. 312. Segundo seu entendimento, seria dever do ministério público ter recorrido do acórdão por não ter fundamentado a prisão cautelarmente. Quedando-se inerte o ministério público, conferir eficácia imediata à condenação criminal configuraria *reformatio in pejus*. Para embasar esse entendimento, citou julgado em que o Min. Carlos Velloso decidiu que a determinação de sentença que vinculava a prisão até o trânsito em julgado

prevalecia sobre decreto de prisão do acórdão. O Min. Gilmar Mendes entendeu que o mesmo se aplicaria ao caso.

Acredita-se que a versão do Min. Gilmar Mendes tenha confirmado razoavelmente a leitura histórica desta tese. Conclui-se, em relação a ele, que só é possível afirmar com certeza que, entre sua entrada no STF, em junho de 2002, até o HC 82800 (2003), julgado em março 2003, ele seguia o precedente original do pleno ao menos em relação à prisão em segunda instância. Dada a ênfase de sua ressalva inicial em relação ao art. 594, é provável que, até aquele ponto, ele aderisse à dissidência parcial. Ainda naquele ano de 2003, como se viu, ele votou justamente nesse sentido. Não se comprometeu a estender a decisão para além do que o caso concreto exigia. De 2004 para frente, ele fez parte da história da segunda turma.

De 2007 até 2009, foram muitas decisões da segunda turma na nova direção dada pelos Min. Eros Grau e Gilmar Mendes, conforme pode ser verificado pelo Apêndice B. Destaca-se a decisão do RHC 89550 (2007), em que o Min. Eros Grau antecipa a fundamentação com a qual faria história no HC 84078 (2009). Verificaram-se também muitas decisões de relatoria do Min. Celso de Mello, as quais, apesar de chegarem à mesma conclusão, davam mais ênfase à tese da exclusividade cautelar estrita em sua fundamentação.

Por fim, quando a Min. Ellen Gracie deixou a presidência do STF, que exerceu entre abril de 2006 e abril de 2008, ela passou a integrar a segunda turma. A segunda turma passou a ser composta por ela, Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Joaquim Barbosa. O Min. Joaquim Barbosa já tinha passado a acompanhar a maioria da turma nos julgamentos, mas não houve nenhum acórdão de sua relatoria nesse sentido. A Min. Ellen Gracie, porém, tentou disputar a questão. Foi vencida no julgamento do HC 93056 (2008), que era de sua relatoria. Foi substituída na redação da ementa pelo Min. Eros Grau. Em outros casos, votava de forma dissidente, como no HC 93056 (2008). Logo depois veio a superação do precedente no pleno.

1.8.2.4. Breve retrocesso da 1ª Turma: 2007

A mudança na composição da segunda turma foi naturalmente acompanhada pela mudança na composição da primeira. Em fevereiro de 2007, a primeira turma estava assim: Min. Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia. Os dois últimos haviam se tornado ministros, respectivamente, em março e junho de 2006.

No dia 6 de fevereiro de 2007, a primeira turma julgou o HC 89175 (2007). Relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski, tratou de um caso de homicídio qualificado em que o réu, suposto grileiro, teria encomendado a seus próprios filhos o assassinato de seu inimigo, executado por emboscada. Foram condenados pelo tribunal do júri. Na decisão condenatória, a juíza fundamentou a prisão com base nos entendimentos do STJ e do STF de que a prisão provisória não seria incompatível com o inciso LVII. Complementou com o princípio da soberania do júri: “a decisão do Conselho de Sentença deve ser respeitada e, portanto, cumprida”.

O tribunal de justiça do Pará concedeu liminar em *habeas corpus* para que os réus aguardassem em liberdade pelo julgamento da apelação. No julgamento da apelação, o tribunal majorou a pena de quinze para dezesseis anos e cassou a liminar concedida em HC. Novo *habeas corpus* foi impetrado no STJ, que indeferiu o pedido com base no art. 637 e na Súmula 267.

A lei (art. 27, §2º, da Lei nº 8.038/90) é taxativa. Em regra, os recursos de caráter excepcional (recurso especial e recurso extraordinário) não têm efeito suspensivo. Se restar entendido que o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da *Lex Fundamentalis*) afeta este dispositivo, então haveria uma antinomia radical entre este dispositivo legal, a norma constitucional e o art. 312 do CPP, uma vez que uma decisão condenatória de segundo grau ou confirmatória de uma condenação não poderia ensejar nunca a execução sem trânsito em julgado. Conclusão esta, frise-se, calcada na certeza da autoria e, paralelamente estar-se-ia admitindo, em tese, a possibilidade de uma prisão cautelar que, no entanto, acerca da autoria não exigiria tal certeza, mas, tão-somente, indícios. **Aplicando-se, todavia, de forma ampla o princípio da presunção de inocência, por maior razão, ninguém poderia ser mantido preso cautelarmente.** (grifos nossos)

Destaca-se essa conclusão. A resposta da teoria da exclusividade cautelar já ficou clara neste trabalho: as hipóteses de *carcer ad custodiam* têm como finalidade principal a necessidade cautelar da medida e por isso não conflitam com o inciso LVII. Não obstante, essa tensão, aparentemente resolvida, será útil aos últimos capítulos dessa tese.

Impetrou-se *habeas corpus* ao STF. Ricardo Lewandowski ressaltou que a matéria estava afetada ao pleno na Rcl 2391 e no HC 84078 (2009). Reservou-se o direito de se posicionar definitivamente no pleno sobre a “questão da compatibilidade dos art. 393, I, e 594, do Código de Processo penal, com a Constituição Federal, o Pacto de San José da Costa Rica e com a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”. Como se sabe,

Ricardo Lewandowski, em 2009, acompanhou a maioria pela superação do precedente. Ressalta-se a inclusão expressa do inciso I art. 393 CPP no debate, ainda em 2007.

Em fevereiro de 2007, porém, ainda em seu primeiro ano de STF, o Min. Ricardo Lewandowski decidiu pela manutenção do precedente original do STF. Apesar da matéria estar afetada ao pleno, entendeu que, “diante da ausência de uma decisão definitiva deste Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, convém que se examine em cada caso a eventual existência de constrangimento ilegal”. Julgou suficiente a fundamentação em decisão condenatória do júri, respaldada por acórdão.

Ricardo Lewandowski ressaltou os aspectos graves do crime cometido, que seriam fundamentações fáticas da condenação. Complementou seu juízo demonstrando que, nesses casos de gravidade do crime cometido, estaria indiretamente satisfeito o art. 312, na hipótese ordem pública. Fez referência a Mirabete (2003, p.803), para concluir que o conceito de ordem pública também serviria para proteger “o meio social e a credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão”.

É possível concluir que o Min. Ricardo Lewandowski, em seu primeiro ano no STF, aderiu à maioria do precedente original. *Ad argumentandum tantum*, aderiu à tese da exclusividade cautelar ampla, que até pouco tempo antes era adotada pelo Min. Celso de Mello. Ainda assim, mesmo que a Min. Carmen Lúcia seguisse seu entendimento, parecia improvável que ele prevalecesse diante de três históricos dissidentes totais: Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Ayres Britto. Como já se destacou, a história jurisprudencial é complexa.

Votaram com o relator a Min. Carmen Lúcia e o Min. Ayres Britto. Não constou voto do ministro da íntegra do acórdão. Esse elemento é mais um indício de que o ministro ainda estava desconfortável com a tese da exclusividade cautelar estrita e com a dissidência total. Como ele mesmo afirmou, algo lhe parecia não encaixar quanto à interpretação do inciso LXI.

Os Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence protestaram. Para Marco Aurélio, estar-se-ia diante de caso evidente de cumprimento de pena sem culpa devidamente formada. Para o Min. Sepúlveda Pertence, “nem a gravidade do fato imputado nem a intuição da periculosidade, a partir dele inferida, se encaixam nos fundamentos estritos da prisão preventiva”. O ministro continuava convencido de que a garantia da ordem pública, contida no art. 312, não poderia ser banalizada a ponto de servir como antecipação da pena. Como se verá ao longo do trabalho, esse é um terreno fértil de desentendimentos.

Ao final do julgamento, o Min. Sepúlveda Pertence confessou “uma certa desconfiança da utilidade do recurso extraordinário e do recurso especial da defesa, dada a

amplitude da matéria de direito, que neles pode ser veiculada”. Segundo o ministro, uma decisão denegatória sempre poderia subir a um tribunal superior. Na maioria das vezes, tratar-se-ia apenas de “um jogo com o tempo, à espera da prescrição”. Infelizmente, esse seria o ordenamento vigente. O ministro lamentou não poder acompanhar o relatório e encerrou acompanhando o Min. Marco Aurélio.

O evento se repetiu, em 3 de abril de 2007. No HC 90861 (2007), de relatoria da Min. Carmen Lúcia, decidiu-se que seria possível executar a sentença condenatória confirmada em segundo grau. Os recursos para os tribunais superiores não teriam efeito suspensivo. Havia determinação na sentença para que o réu apelasse em liberdade, mas ela se limitou a isso, sem vincular ao trânsito em julgado. Os Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence protestaram mais uma vez. Não haveria fundamentação cautelar alguma nos decretos de prisão, tratar-se-ia de antecipação da pena. A Min. Carmen Lúcia redigiu a ementa fazendo dela constar expressamente o termo execução provisória. Ayres Britto e Lewandowski acompanharam a relatora.

O recuo jurisprudencial da primeira turma durou pouco. No dia 16 de junho de 2007, o Min. Ricardo Lewandowski relatou o HC 91183 (2007). Tratou-se de um caso em que o réu foi julgado pela prática de atentado violento ao pudor, com violência presumida. Em primeiro grau, a sentença o absolveu. Em segundo grau, o acórdão o condenou à pena de quatorze anos de reclusão. Expediu-se mandando de prisão. A defesa impetrou HHCC pleiteando que o réu pudesse aguardar o julgamento do recurso especial em liberdade.

O Min. Ricardo Lewandowski mudou sua posição em relação aos julgados anteriores:

Em que pese estar fundada na Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, a decisão atacada afronta pacífico entendimento desta Corte no sentido de que, ausentes os pressupostos da prisão preventiva, não se admite a execução provisória da pena, mormente quando lastreada no argumento de que os recursos excepcionais possuem apenas efeito devolutivo.

Fez referência à ementa do HC 89501 (2006) (Apêndice B), redigida pelo Min. Celso de Mello, na segunda turma, confirmando, com ele, a transição para a tese da exclusividade cautelar estrita. A ementa falava expressamente que não bastaria gravidade em abstrato do delito para que configurasse fundamentação concreta da prisão. Frontalmente oposto ao entendimento anterior de Ricardo Lewandowski no HC 89175 (2007).

A turma deferiu o pedido por unanimidade, acompanhando o relator. Estiveram justificadamente ausentes deste julgamento os Min. Carmen Lúcia e Ayres Britto. Em 1º de

abril de 2008, confirmou-se o retorno também do Min. Ayres Britto à dissidência total, por ocasião do HC 93712 (2008), de que foi relator. Com isso, na primeira turma, teria restado apenas a Min. Carmen Lúcia como guardiã do precedente original, fadado a sucumbir assim que o pleno se reunisse para julgar a matéria.

Veja leitor, como o período é complexo. Em setembro de 2007, o Min. Menezes Direito integrou a primeira turma, substituindo o Min. Sepúlveda Pertence. A partir de então, o entendimento da primeira turma ficou turvo novamente. O Min. Menezes Direito aderiu ao precedente original do STF.

Em 18 de março de 2008, o Min. Menezes Direito relatou o julgamento do HC 93564 (2008). Tratou-se de um caso em que o réu respondera ao processo em liberdade. Condenado em primeira instância, a juíza constatou que o réu se encontrava preso por força de outro processo. Fundamentou o decreto de prisão para apelar na gravidade do delito, na necessidade de garantia da ordem pública e na periculosidade do agente – a juíza teria entendido que o réu era reincidente. Das razões do *habeas corpus* ao STF, constou que o réu se encontraria foragido.

O Min. Menezes Direito votou pelo indeferimento do pedido e deu ênfase ao argumento de que não haveria discussão da constitucionalidade do art. 594 quando existente razão cautelar para a prisão. Na íntegra do voto, porém, mencionou a fundamentação explícita da sentença em fatos supervenientes. A primeira turma o acompanhou por unanimidade. Foi praticamente idêntico o julgamento do HC 93564 (2008), julgado em 18 de março de 2008. Constaram das duas ementas textos muito similares: “Não há discutir a constitucionalidade da exigência contida no artigo 594 do Código de Processo Penal quando a sentença condenatória recorrível apresenta fundamentos de ordem cautelar suficientes para autorizar a prisão do réu”.

No dia 30 de outubro de 2007, o Min. Menezes Direito relatou o HC 83865 (2007), no qual deferiu *habeas corpus* para anular o decreto de prisão em sentença de pronúncia por falta de fundamentação em elementos objetivos. Apesar de se tratar de caso de crime hediondo definido pela Lei 8.072/90, o ministro entendeu que a jurisprudência do STF seria a de que não seria suficiente “menção genérica aos requisitos da prisão cautelar”. A decisão da turma foi unânime.

Também sobre a prisão decorrente de pronúncia, o Min. Menezes Direito relatou o RE 540999 (2008), julgado em 22 de abril de 2008. Nesse caso, a questão constitucional debatida foi a subsistência do indício de autoria no qual se baseou a pronúncia, depois de invalidada a delação apresentada por outro réu processado em ação conexa pela execução do mesmo

crime. O Min. Menezes Direito negou provimento ao recurso, explicando que existiria prova de materialidade e bastaria indício de autoria. Aplicar-se-ia o princípio *in dubio pro societate*. Neste caso: “A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri”. O Min. Marco Aurélio votou contra. O Min. Ayres Britto esteve justificadamente ausente. Lewandowski e Carmen Lúcia acompanharam o relator.

Em suma, ainda que o Min. Menezes Direito fosse contrário ao novo entendimento que predominava na primeira turma, ele se viu obrigado a se submeter a ele. Fê-lo fundamentando que o art. 594 continuava recepcionado, mas requeria fundamentação objetiva. A antiga maioria havia se tornado minoria. Para sobreviver, adaptou-se e acabou concedendo as premissas da tese da exclusividade cautelar estrita.

Conclui-se que, a partir de junho de 2007, as duas turmas já estavam, em regra, decidindo conforme o novo entendimento. Exceções excepcionais foram fruto da heterogeneidade das posições dos ministros, em especial na primeira turma. Nuances dos casos concretos propiciaram ementas que poderiam indicar entendimentos diversos.

Em 7 de novembro de 2007, o STF julgou o RE 482006 (2007). Foi relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski e decidido por unanimidade. Nele, o pleno decidiu um debate antigo que vinha sendo travado ao longo do período (Apêndice B). O debate sobre a execução provisória das penas restritivas de direito. Naquele momento, o STF pacificou o entendimento de que somente poderiam ser executadas após o trânsito em julgado. Com isso declarou a inconstitucionalidade de preceito de lei estadual mineira (art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52), que teria imposto “redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional”. O principal fundamento foi a “flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil”.

Em 6 de novembro de 2008, o pleno do STF julgou o HC 95009 (2008), relatório do Min. Eros Grau. Apesar de se tratar de decreto de prisão preventiva, concedeu-se o pedido de *habeas corpus* antecipando os principais fundamentos da superação do precedente que viria em 5 de fevereiro de 2009, com o julgamento do HC 84078 (2009).

1.8.2.5. Amarração

Responde-se aqui uma pergunta que ficou ressoando na mente desde a primeira leitura do debate entre o Min. Menezes Direito e os Min. Gilmar Mendes, Eros Grau e Cezar Peluso, no HC 84078 (2009). Naquele julgamento, em 2009, o Min. Menezes de Direito garantiu que o entendimento recente da primeira turma seria pela possibilidade de execução imediata da pena decorrente de acórdão condenatório. Os demais ministros indicaram que não.

Note-se a tentativa tardia de reação do Min. Menezes Direito ao constatar que a concessão feita anteriormente, sobre a fundamentação cautelar do art. 594, desembocaria na legitimação do fim das prisões decorrentes de condenação em segunda instância. Note-se também a reação dos demais ministros, como quem diz: “dos seus próprios votos, Min. Direito, já decorre a conclusão de que não se pode mais prender em decorrência de decisão condenatória”. Pede-se paciência ao leitor para a transcrição de mais um debate um pouco mais longo:

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permitiria, em homenagem à intervenção tão oportuna do nosso eminente decano, porque destaquei, e insisto no destaque que fiz, com a devida vênia, que **os precedentes da Suprema Corte expressamente afirmavam que não constitui obstáculo jurídico a que se efetive desde logo a prisão do condenado desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso** por ele interposto quanto ao acórdão condenatório.

Essa é a posição que **estou adotando, a posição que autoriza a execução imediata da pena**, desde que o recurso não tenha efeito suspensivo, sem desconhecer a possibilidade amplíssima de recursos suficientes, nós os temos em grande quantidade, para que seja suspenso o decreto prisional.

Apenas faço essa referência como uma homenagem, sem querer nenhuma discussão. Estamos examinando, e **a Primeira Turma examinou já em diversas oportunidades, exatamente essa circunstância: saber se nós admitimos essa execução provisória ou não admitimos a execução provisória.**

[...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Pelo que eu depreendi, **na Primeira Turma, a posição prevalente era sempre esta**: a de que não se exclui a possibilidade da prisão com a sentença, ou mesmo com o acórdão na apelação, **desde que presentes e identificados os fundamentos de prisão provisória, da prisão cautelar, os requisitos de cautelaridade.**

Também o Ministro Cezar Peluso, em um voto que trouxe para o Plenário, quando nós iniciamos este julgamento, se manifestou no mesmo sentido.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? **Gostaria de observar que, também no meu voto, não afasto de modo nenhum a prisão cautelar quando haja motivo para tal.** Mas o que eu faço questão de deixar claro é não superpor a execução provisória com prisão cautelar; prisão cautelar não pode justificar a execução provisória.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - **O objeto desta causa não é prisão cautelar, é execução provisória.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Nós tivemos um caso que veio ao Plenário e que acabou sendo julgado prejudicado e que envolvia esse tema - salvo engano. A meu ver, Vossa Excelência se pronunciou e **ressaltava não haver impedimento, no caso de subsistente uma sentença em que houvesse a prisão cautelar, mas claro que com os fundamentos pertinentes.** (grifos nossos) (BRASIL, 2009, p.76 a 78)

Somem-se a esse todos os elementos históricos trazidos até aqui. Fica nítido como a transformação jurisprudencial se deu. O precedente original era o de que a prisão decorria de decisão condenatória, ainda que recorrível. Admitiu-se, a partir do inciso LVII, que não poderia haver juízo de culpa antes do trânsito em julgado. Passou-se a fundamentar as prisões na cautelaridade abstrata inerente às hipóteses processuais definidas pelo legislador. Depois, a partir do inciso LXI, concedeu-se que não poderia haver fundamentação abstrata, apenas concreta. Desde aquele momento, já havia se tornado inevitável a abolição da prisão decorrente de condenação recorrível, em primeira e em segunda instância.

O Min. Menezes Direito parece ter se iludido de que o entendimento do qual partilhava, na primeira turma, corresponderia à preservação das disposições do art. 393, I, e 594. Ou, pelo menos, à preservação do art. 637, afinal, por óbvio, os recursos aos tribunais superiores não tinham efeito suspensivo. O Min. Menezes Direito representa todos os adeptos do precedente original que se propuseram a ser ponderados. Que durante duas décadas acreditaram que seria possível um meio termo razoável entre a exequibilidade das condenações e a tese da exclusividade cautelar estrita.

A maioria e a dissidência parcial sempre acreditaram que havia um meio termo disponível no debate. A história jurisprudencial revela que a dissidência total já tinha construído um terreno terminológico cujo resultado só poderia ser tudo ou nada. A prisão decorrente de decisões condenatórias recorríveis já estava fadada à extinção, desde que se concederam as premissas da tese da exclusividade cautelar estrita.

1.8.2.6. Tensão remanescente

Ao longo do estudo dos julgamentos do pleno do STF em 2009, 2016 e 2019, notou-se a persistência de uma tensão relativa à aplicação da hipótese preventiva da garantia da ordem pública. Essa tensão ficou ilustrada com especial clareza nos posicionamentos do Min. Gilmar Mendes. Essa impressão foi confirmada durante todo o processo de aumento gradativo da adoção da tese da exclusividade cautelar exclusiva. Ficou particularmente palpável a partir de quando as duas turmas passaram a decidir na mesma direção, por maioria.

Arrisca-se adentrar rapidamente em decisões do STF sobre prisões preventivas. Em maio de 2007, em duas sessões sucessivas da segunda turma do STF, julgaram-se o HC 93972 (2008), e o HC 93315 (2008). As duas decisões foram sobre prisões preventivas decretadas no curso do processo, ainda sem decisão condenatória. Nesse momento, compunham a segunda turma os Min. Ellen Gracie, Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

O primeiro, HC 93972 (2008), julgado em 20 de maio de 2008, foi um caso de roubo de veículo com emprego de arma de fogo. Um dos réus, temendo ser reconhecido pelas vítimas, tê-las-ia enforcado até a morte. O decreto de prisão preventiva buscou fundamentos cautelares. Descreveu a gravidade do delito, perpetrado mediante violência e grave ameaça às vítimas. Destacou a confissão dos réus. Afirmou tratar-se de “providência acautelatória, que objetiva a segurança do meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e da repercussão. Eis a ordem pública”. Atestou que, permanecendo os acusados em liberdade, “certamente perturbarão a colheita de provas, de forma que a conveniência da instrução criminal estará prejudicada”. Deveria ser assegurada “a aplicação da lei penal consubstanciada na finalidade do processo, que é aplicar a sanção devida a quem realmente é considerado autor da infração penal”.

O STJ indeferiu os pedidos de *habeas corpus*, concluindo que “a prisão preventiva possui fundamentos concretos, diretamente ligados aos fatos criminosos, que a garantem, nos termos do artigo 312”. A decisão do STJ ressaltou que teria ocorrido “fato semelhante ao noticiado na denúncia meses antes pelo mesmo grupo de indivíduos”. Para desenvolvimento posterior de conclusão, interpreta-se o trecho da seguinte forma: fato semelhante ocorrido e noticiado meses antes da denúncia.

No STF, recebido o HC 93972 (2008), a relatora, Min. Ellen Gracie decidiu que “havendo elementos concretos que evidenciem aspectos relevantes, tais como a gravidade dos fatos objetivamente considerados, o interesse público no possível êxito do processo, o receio

fundado de repetição de fatos graves, há de se recomendar o decreto da prisão preventiva”. A ministra considerou que o *modus operandi* noticiado nos autos se assemelharia a outro evento delituoso atribuído ao mesmo grupo.

Para a ministra, a prisão preventiva seria uma espécie do gênero prisão provisória e, como tal, “instrumento para a realização do processo ou garantia da utilidade da resolução do litígio”. À hipótese da garantia da ordem pública, relacionar-se-iam “todas as finalidades da prisão processual que constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social. Seria legítimo utilizá-la para atender à necessidade de se evitarem novos crimes, como se verificou no caso em questão. Ellen Gracie concluiu da seguinte forma: “A ordem pública se revela atingida quando a conduta do acusado acarreta elevado impacto negativo na sociedade, ofendendo significativamente os valores sociais e culturais existentes, representando ‘vilania de comportamento’”. E reiterou o núcleo do decreto original de prisão: “a conduta [...] apresenta caráter anti-social e traz intranquilidade e repugnância à sociedade, porquanto, além de se tratar de um delito contra a vida e ao patrimônio, foi praticado mediante grave violência”.

A Min. Ellen Gracie foi uma firme defensora do precedente original do STF ao longo do período. Essa decisão é bem representativa do ajuste pelo qual passou grande parte do sistema processual penal brasileiro, como resultado da hegemonia da tese da exclusividade cautelar estrita. O mesmo aconteceu também com vários outros ministros do STF, inclusive aqueles considerados como referência na matéria. Como se viu, o próprio Min. Celso de Mello julgou, a maior parte de sua história no STF, a partir da tese da exclusividade cautelar ampla. Nesse julgamento, Celso de Mello estava justificadamente ausente. Os Min. Cezar Peluso, Eros Grau e Joaquim Barbosa estavam presentes. Todos votaram acompanhando a relatora.

O segundo, HC 93315 (2008), julgado em 27 de maio de 2008, foi relatado pelo Min. Cezar Peluso. Foi um caso de homicídio a mando da esposa da vítima, que teria sido cometido pelo impetrante e mais dois co-réus. A prisão preventiva foi decretada, em 15 de dezembro de 2006, com base nos indícios de autoria e materialidade. O depoimento de um dos réus indicava a participação dos demais e “a forma macabra com que agiram”. A decisão fundamentou expressamente o *periculum in mora* por identificar “atentado à ordem pública, possível prejuízo à instrução processual, além do risco de se furtarem da aplicação da lei penal”. Enquadrou nas três hipóteses correspondentes do art. 312. A gravidade dos crimes cometidos, que estariam se tornando frequentes na comarca de Teixeira de Freitas, causaria temor no meio social, descrédito na justiça e consagração da impunidade. Haveria clamor da

sociedade por justiça. O juiz atestou que não se trataria de meras abstrações e conjecturas, mas de vivência pessoal.

A sentença de pronúncia foi proferida em 7 de agosto de 2007. Negou-se aos réus o direito de aguardarem o julgamento em liberdade. A defesa impetrou HHCC contra essa decisão. O tribunal denegou a ordem. O STJ também. Identificou real periculosidade do réu, evidência de *modus operandi* e tentativa de deturpar investigações, atribuindo autoria do crime a outras pessoas. Fundamentou-se a decisão no entendimento de que o decreto estaria justificado “no resguardo da ordem pública visa prevenir a reprodução de fatos criminosos e acautelar a segurança social, retirando do convívio da comunidade aquele que, diante do *modus operandi* ou da habitualidade de sua conduta, demonstra ser dotado de periculosidade”. Inclui-se na ementa também que “o período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo peremptório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso”.

Recebido o HC 93315 (2008), pelo STF, o relator, Min. Cezar Peluso, entendeu que era suficiente a fundamentação da autoria e da materialidade. Não seria suficiente, porém, “a demonstração da instrumentalidade e da necessidade da medida”. Segundo sua leitura, a fundamentação cautelar foi feita com base nos seguintes itens:

- (i) garantia da ordem pública, entendida como resposta à sensação de impunidade provocada pela gravidade do delito;
- (ii) na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, diante do “*risco de se furtarem à aplicação da lei penal*”; e
- (iii) conveniência da instrução criminal.

A fundamentação cautelar careceria de instrumentalidade. Não seria suficiente a identificação da gravidade do cometimento do próprio crime que está sendo julgado. Não se poderia presumir a lesão criminosa antes de julgada a causa. Faltaria um elemento concreto que corroborasse as alegações. Inclusive quanto à garantia da aplicação da lei penal, é indispensável que haja base factual, não bastaria o apelo retórico. Participaram do julgamento todos os ministros da segunda turma, inclusive Celso de Mello e Ellen Gracie. Decidiram por unanimidade.

Parece haver um considerável grau de identidade entre as fundamentações cautelares constantes dos dois casos julgados pela segunda turma. No primeiro, a Min. Ellen Gracie entendeu que a hipótese de garantia da ordem pública comportaria a fundamentação no “impacto negativo na sociedade” e na ofensa aos “valores sociais e culturais existentes”. Foi

acompanhada por todos os ministros, exceto o Min. Celso de Mello, que não estava presente. No segundo, porém, o Min. Cezar Peluso entendeu que a gravidade do crime cometido, o clamor público, o sentimento de impunidade e a credibilidade da justiça não eram relevantes.

O ponto aqui é: julgasse o STF o primeiro caso pela régua do segundo, o primeiro HC também teria sido deferido. Sem dúvida parece ter havido uma diferença de qualidade na fundamentação feita pelos juízes entre o primeiro e o segundo caso. Entretanto, se a diferença é de qualidade argumentativa e não de substância dos fatos, trata-se precisamente de “apelo retórico”, ao contrário do que atesta o Min. Cezar Peluso, com ampla referência jurisprudencial. Os defensores da tese da exclusividade cautelar estrita poderiam dizer que, no primeiro caso, houve mais de um incidente atribuído ao mesmo grupo de réus. Entretanto, esse incidente foi anterior à denúncia. E além do mais, tratava-se, até o momento, de mera acusação. Sob o mesmo racional com que se julgou o segundo caso, não se pode presumir a culpa até o trânsito em julgado. Há de ser instrumental a prisão cautelar, sob pena de se converter em cumprimento de pena. Para isso precisaria subsistir, no presente, razão para a manutenção da prisão. Caso a necessidade cesse no presente e se limite ao passado, deve cessar também a prisão.

Essa exata interpretação orientou o julgamento do HC 94476 (2008), também na segunda turma. O processo foi relatado pelo Min Celso de Mello, que assim ementou o acórdão: “A prisão decretada com fundamento em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) somente se justificará, se, **motivada por fato posterior**, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312” (grifos nossos). Essa é a resposta final da teoria da exclusividade cautelar estrita. Esse é o ponto o Min. Celso de Mello alcançou ao final do processo de amadurecimento de seu entendimento da cautelaridade da prisão antes do trânsito em julgado. Essa é a tese defendida pela maior parte da doutrina processual penal hoje, como se demonstrará adiante.

Conclui-se a partir disso, que a tese da exclusividade cautelar estrita também contém subdivisões. Conceituou-se essa teoria como aquela que exige, para qualquer prisão antes do trânsito em julgado, fundamentação cautelar e concreta. Entretanto, em sua versão mais rígida, exige-se também fundamentação em fato superveniente. A gravidade do delito original não configuraria “fato posterior”.

Mesmo outros fatos identificados ao longo do inquérito, da instrução ou do processo, ainda que atendessem ao requisito da concretude, não necessariamente atenderiam ao critério da superveniência. Tomem-se como exemplo os fatos anteriores à denúncia do HC 93972 (2008): “fato semelhante ao noticiado na denúncia meses antes pelo mesmo grupo de

indivíduos”. Sendo anteriores à denúncia, muito provavelmente faltar-lhes-ia contemporaneidade, logo, também não satisfariam o critério.

Ainda que esses fatos fossem verificados logo antes do decreto de prisão preventiva, ainda assim, não necessariamente, seriam suficientes para fundamentar a prisão. Nessa situação hipotética, o mais provável é que se concluísse pela anulação da prisão preventiva. Isso porque os fatos foram meramente narrados pela imprensa e, o que é pior, de forma genérica, limitando-se a alegações de que o *modus operandi* seria similar ao do caso em espécie. Tudo isso proveniente de juízo externo ao processo. Ainda que houvesse qualquer fundamento nas alegações, não seria possível considerá-los até que transitasse em julgado a condenação dos réus pelos crimes adicionais. Seria inevitável concluir que fundamentar a prisão preventiva com base nesse tipo de fato supervenientes também configuraria presunção de culpa dos réus.

Só se pode concluir que a decisão unânime da segunda turma, no HC 93972 (2008), relatado pela Min. Ellen Gracie foi fruto de uma das duas alternativas: (a) desvio do entendimento da turma ou (b) subjetividade casuística inerente a um sistema processual penal tomado pela exclusividade cautelar estrita. Ainda que, nesse caso, fosse a primeira, isso não anularia a plausibilidade da segunda. É uma hipótese ainda a ser confirmada a partir do universo de decisões do judiciário brasileiro desde que se aboliu o papel do legislador ponderar razões abstratas e de definir hipóteses de prisão automática.

1.9. Superposição do art. 594 no debate jurisprudencial

O levantamento comprovou a proeminência do art. 594 no debate do STF, no período. Na origem, o art. 594 abriu, na jurisprudência, uma importante porta de entrada para a teoria da exclusividade cautelar estrita. Nisso, talvez, resida o maior impacto da Lei Fleury no processo penal brasileiro.

A partir da aplicação do art. 594, ao longo do tempo, é possível ilustrar a evolução da aplicação das normas processuais penais quanto ao grau de exigência de fundamentação do decreto de prisão. Originalmente, a regra do art. 594 simplesmente impunha a prisão para apelar como decorrência da sentença condenatória. Em 1973, com a Lei Fleury, ela passou a conter hipótese de exceção para réus primários com bons antecedentes. Nos primeiros anos,

entendeu-se que seria mera discricionariedade do juiz aplicar a exceção, e não um direito subjetivo do réu.

Com o tempo, em especial a partir do início da década de 1980, os advogados e a doutrina passaram a pressionar o juiz por fundamentação. À época, isso ganhou aplicabilidade apenas nos casos dos réus que faziam jus ao benefício de apelar em liberdade. A partir desse momento, encontraram-se as primeiras decisões impondo que o juiz, nos casos de réus primários com bons antecedentes, fundamentasse a prisão. Nesses casos, a prisão passou a ser a exceção. A liberdade, a regra.

Com o advento da LEP de 1984 e da Constituição de 1988, o art. 594 passou a ser questionado por representar uma grave contradição aos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, contidos no inciso LVII. Apesar do debate pela superação do precedente pré-constitucional, prevaleceu o entendimento de que o art. 594 e o inciso I art. 393 foram recepcionados pela Constituição – HC 72366 (1995). Decidiu-se, porém, que o inciso II art. 393, não fora recepcionado – HC 69696 (1992). Disso decorre a interpretação de que o inciso LVII vedaria o lançamento do nome do réu no rol dos culpados até o trânsito em julgado. Ao mesmo tempo, o inciso LVII não vedaria a prisão imediata decorrente de decisões condenatórias e nem a prisão como condição para apelar.

Esse entendimento só começou a ser superado, no âmbito da primeira turma do STF, em 2004. No âmbito da segunda, em 2006. No pleno, em 2009. Ainda que a matéria tenha sido afetada desde 2003, só foi superado oficialmente o precedente em HC 84078 (2009). A ementa do acórdão do HC 89175 (2007), de 2007, é um dos muitos registros disso: “Tema pendente de apreciação do Plenário do STF, que ainda não se pronunciou definitivamente sobre a obrigatoriedade de recolher-se à prisão para apelar” (Apêndice B).

Demonstrou-se, porém, que o entendimento do STF, mesmo antes da superação do precedente, foi se transformando aos poucos. Desde o começo da década de 1990, o precedente original começou a se ajustar terminologicamente para sobreviver às críticas doutrinárias e jurisprudenciais. A maioria se adaptou frente à dissidência. A dissidência parcial se adaptou frente à dissidência total. Todos se conformaram, gradativamente, em direção à tese da exclusividade cautelar estrita.

A mudança nas formas de aplicação do art. 594 fizeram parte das concessões feitas pela maioria, ao longo das décadas de 1990 e 2000. Dois dos principais âmbitos em que isso aconteceu foram: (i) os casos de sentença que preestabelecia vinculação da prisão ao trânsito em julgado; e (ii) os casos de fundamentação da prisão para apelar na fuga do réu.

O Min. Sepúlveda Pertence sintetizou bem a evolução do entendimento do STF quanto aos (i) casos de vinculação da prisão ao trânsito em julgado desde a sentença. Houve decisões do STF, durante a década de 1990, em que se entendeu que a ausência de recurso do MP quanto à vinculação implicaria em preclusão da matéria. Nesses casos, a determinação do juiz de primeira instância prevaleceria, inclusive sobre acórdãos de primeira e segunda instância. O réu só poderia ser preso com trânsito em julgado.

Entretanto, no HC 76181 (1998), vencidos o próprio Sepúlveda e o Min. Ilmar Galvão, determinou-se que a determinação da sentença não prevaleceria nos casos de prisão decorrente de acórdão condenatório, com base no art. 637. A segunda turma que, em sucessivas decisões, adotara a tese da preclusão, também mudou de orientação. Foi no julgamento do HC 76200 (1998), relatado pelo Ministro Néri da Silveira. A partir deste momento, o entendimento predominante mudou. O próprio Min. Sepúlveda Pertence, sempre com ressalva da opinião pessoal em contrário, passou a aplicar a jurisprudência. Foi o caso, por exemplo, do HC 77501 (1998).

No HC 83128 (2003), julgado pela primeira turma, em 25 de novembro de 2003, o Min. Marco Aurélio reabriu o debate. À época, tinha sido afetado ao pleno o julgamento da Rcl 2391. Desde então, voltou a prevalecer o entendimento anterior (Apêndice B). Durante o período que foi de 2003 a 2009, como se viu, consolidou-se nas turmas o entendimento de que as prisões deveriam ser fundamentadas em fundamentação cautelar.

O Min. Maurício Corrêa atestou a pacificação do entendimento do STF quanto aos (ii) casos de fundamentação da prisão para apelar com base na fuga do réu. O julgamento do HC 76878 (1998), foi relatado pelo Min. Marco Aurélio, que ficou vencido. Maurício Corrêa o substituiu na redação da ementa, indicando que a jurisprudência da corte havia se firmado “no sentido de declarar-se deserta a apelação quando o réu foge após sua interposição, independentemente de sua captura dar-se antes do julgamento desse recurso”. Esse entendimento foi confirmado pelo levantamento (Apêndice B).

A partir de 2004, porém, o entendimento virou. Também estes casos começaram a ser sobrestados os julgamentos sobre a matéria, com o objetivo de aguardar o julgamento do pleno sobre a matéria. Exatamente nesse sentido, o HC 84975 (2004), relatado pelo Min. Marco Aurélio:

A Turma sobrestou o julgamento deste "habeas corpus" para aguardar decisão do Tribunal Pleno no RHC 83.810 (julgado em março de 2009) e concedeu, liminarmente, o pedido para que tenha andamento a apelação, independentemente da prisão do paciente, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Seguindo a leitura geral feita supra, em 2007 e 2008, o STF passou a aplicar, nas duas turmas, o novo entendimento, mesmo antes da superação do precedente no pleno (Apêndice B). A fuga deixou de ser razão suficiente para concluir pela deserção da apelação. Decidiu-se que o art. 595 CPP não era mais compatível com a Constituição. As decisões nesse sentido fundamentaram-se também nos princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. O que faz todo sentido, uma vez que o art. 594 estabelecia, em essência, uma restrição ao direito de apelar.

Da perspectiva histórica, os princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição talvez tenham sido até mais eficazes do que o princípio da presunção de inocência para orientar a mudança jurisprudencial da corte em relação ao art. 594 do CPP. Eles eram, afinal, mais compatíveis com a visão dos ministros que se posicionavam pela maioria ou pela dissidência parcial. Os quais, em 1995, eram nove dos onze.

A resistência dessas duas correntes, maioria e dissidência parcial, ao argumento construído a partir da presunção de inocência adviria do fato de que, interpretado no extremo, vedaria todas as formas de prisão decorrente de decisão condenatória. O que incluiria as prisões imediatas após condenação em segundo grau. O que lhes parecia uma distorção inaceitável do art. 637 do CPP. “Extremada” foi o adjetivo exato empregado pelo Min. Maurício Corrêa, em 1995, para descrever a dissidência total dos Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Independente disso, todas as análises fragmentadas corroboram a conclusão que se chegou sobre a divisão dos períodos. O marco da mudança foi a afetação da matéria ao pleno pelo Min. Marco Aurélio na Rcl 2391, em 2003. Confirmada pelas decisões da primeira turma, a partir de 2004, e da segunda turma, a partir de 2006. O que esse momento significou foi a inversão da regra de fundamentação das prisões. Até ali, a regra para os réus condenados era a prisão, a liberdade é que precisava ser fundamentada. A exceção dessa regra eram os beneficiados pelas hipóteses expressas do CPP. Depois disso, toda prisão decorrente de condenação começou a precisar ser justificada. A regra passou a ser a liberdade. A fundamentação exigida era cautelar.

Ainda persistiu, porém, mesmo depois de 2004, o debate sobre a possibilidade de fundamentação em abstrato. Esse debate perpassava, em especial, hipóteses legisladas de prisão processual, gravidade abstrata dos crimes, crimes hediondos, inafiançabilidade, ordem pública e garantia da aplicação da lei penal (Apêndice B). Entre 2004 e 2007, o Min. Celso de Mello ainda aplicava a versão da tese da exclusividade cautelar ampla, que permitia a fundamentação em abstrato nos casos expressamente previstos em lei.

Foi só a partir de 2007 que passou a preponderar, nos julgamentos do STF, a tese da exclusividade cautelar estrita. Passaram a valer só elementos concretos como justificativa para as prisões. Toda prisão passou a ter que ser fundamentada em hipótese prevista no art. 312. A tese rapidamente incluiu também a exigência de contemporaneidade dos elementos justificadores da prisão. Eliminou-se qualquer possibilidade de fundamentação na gravidade do delito pelo cometimento do qual o réu ainda seria mero suspeito, acusado ou mesmo condenado por decisão recorrível. Passou a prevalecer a tese da exclusividade cautelar estrita, com exigência de fato superveniente. Adequou-se a ela o sistema processual brasileiro.

A mudança na interpretação e na aplicação do art. 594 foi consequência desse processo, mas foi também uma causa desse processo. A concessão de que todas as prisões decorrentes de decisão condenatória deveriam ser fundamentadas cautelarmente em fato concreto reproduziu o processo idêntico pelo qual havia passado a aplicação do art. 594 desde 1973.

O art. 594 mais do que prenunciou a mudança, ele foi o primeiro terreno de aceitação da tese da exclusividade cautelar. Ele foi o elemento mais persuasivo de conversão de ministros da maioria à dissidência parcial e da dissidência parcial à total. Afinal, no caso do art. 594, por se tratar de condição para apelar, não estaria afetado apenas o princípio da presunção de inocência, mas também gravemente afetados os princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. O art. 594 foi a maior causa de dissenso jurisprudencial entre os ministros do STF ao longo das décadas de 1990 e 2000. Ele foi a porta de entrada para a redação de inúmeras ementas que registraram a exigência da fundamentação cautelar para o decreto de prisão do réu para apelar, quando dotado de bons antecedentes e primariedade.

Além de tudo isso, em várias das decisões sobre o art. 594, foi incluído também o inciso I art. 393. A princípio, ele foi utilizado como legitimador da interpretação do art. 594, pela maioria. Como se viu, o Min. Néri da Silveira interpretou as duas regras combinadas da seguinte forma: o inciso I art. 393 determina que a prisão é efeito natural da sentença condenatória, o art. 594 traz uma garantia de que isso aconteça e cria hipótese de exceção. Essa vinculação saiu pela culatra. Quando caiu o art. 594, caiu junto com ele o inciso I art. 393. Por conseguinte, caíram também os art. 597 e 669, I.

A dissidência total algumas vezes fez questão de tranquilizar a dissidência parcial de que se tratava de questões diferentes. Em 1995 e em 2003, os Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio dissociaram os debates, para que a defesa mais enfática do art. 637 não comprometesse as chances de superação do precedente quanto ao art. 594. A história, pelo

contrário, demonstrou que a superação do entendimento do segundo levou imediatamente à superação do entendimento quanto ao primeiro.

Na primeira turma, julgaram-se no mesmo dia o HC 82802 (2004) e o HC 84587 (2004), ambos de relatoria do Min. Marco Aurélio. Decidiu-se em sequência, na mesma sessão, que os art. 594 e 637 não haviam sido recepcionados pela Constituição. Na segunda turma, também não houve distinção. Assim que se passou a adotar a tese da exclusividade cautelar estrita, em 2006, e a exigir, da sentença, fundamentação concreta, o mesmo passou a valer para os acórdãos condenatórios. Parou de importar a ausência de efeito suspensivo dos recursos para os tribunais superiores (Apêndice B).

No âmbito do pleno, a primeira turma havia afetado a matéria da Rcl 2391 em 9 de setembro de 2003. Esse processo por si só tratou das duas questões. Tratou de prisão provisória substituída por sentença condenatória. Mas depois teve também a ordem de prisão decorrente do acórdão condenatório impedida pela decisão monocrática do Min. Marco Aurélio. Foi por causa da Rcl 2391 que o Min. Joaquim Barbosa remeteu ao pleno, em dezembro de 2003, a questão do art. 594, suscitada no RHC 83810 (2009). Foi também em razão dela que o Min. Ayres Britto remeteu ao pleno, em 24 de novembro de 2004, a questão do art. 637, suscitada no HC 84078 (2009).

Por todas essas razões, conclui-se que a proeminência do art. 594 no debate jurisprudencial foi uma causa determinante da superação do precedente como um todo. Isso inclui a vedação à prisão em segunda instância, fundamentada em acórdão condenatório, ainda que pendentes apenas recursos sem efeito suspensivo.

Foi nesse contexto histórico jurisprudencial que veio a lei a Lei 11.719 de 2008. O legislador revogou o art. 594, antes que ele sua constitucionalidade tivesse sido oficialmente rejeitada pelo pleno do STF. A reforma não revogou as demais normas relevantes do CPP, como o inciso I art. 393, o art. 597, o art. 637 ou o art. 669, I (Apêndice A). Apesar disso, em 2009, no HC 84078, o STF decidiu que qualquer forma de execução da pena antes do trânsito em julgado seria inconstitucional.

1.10. Evolução terminológica

Durante o estudo, um dado que saltou aos olhos foi a multiplicidade de sentidos empregados aos termos definidores das formas de prisão antes do trânsito em julgado.

Identificaram-se redundâncias e contradições na aplicação dos conceitos. Às vezes no mesmo momento por ministros diferentes e às vezes pelos mesmos ministros em momentos diferentes.

Na década de 1970 e na maior parte da década de 1980, a prisão para apelar do art. 594 foi descrita, nas decisões do STF, simplesmente como prisão decorrente de sentença condenatória. Como se demonstrou, a partir de 1988 e no começo da década de 1990, a mesma prisão para apelar do art. 594 foi descrita como forma de prisão provisória, de execução provisória, de prisão processual e até mesmo de prisão cautelar. A doutrina fornece conceitos adequados e atualizados para cada uma dessas hipóteses processuais penais. Entretanto, para esta tese, interessa verificar os usos terminológicos do STF no passado e sua evolução ao longo do tempo.

O estudo dos julgados revelou um domínio quase absoluto, até 2004, de decisões que mantiveram a prisão decorrente de decisão condenatória, seja ela de primeira ou de segunda instância (Apêndice B). Essa preponderância foi confirmada em todas as chaves de busca utilizadas. É desse contexto que se parte para fazer a análise terminológica.

A impressão deixada pelos julgados do STF foi a de que os ministros tentaram formas variadas de ajustar o velho entendimento jurisprudencial ao novo regime constitucional. O STF foi confrontado, ao longo de todo o período, por uma crescente pressão doutrinária que exigia a readequação do entendimento tradicional às novas interpretações dos incisos LVII e LXI. À teoria que produziu essas novas interpretações, denominou-se teoria da exclusividade cautelar.

A teoria de exclusividade cautelar foi sendo fortalecida ao longo das reformas liberalizantes das décadas anteriores. Essas mudanças passaram a influenciar cada vez mais a interpretação e a aplicação do direito processual penal. A partir da combinação da LEP, de 1984, com a Constituição de 1988, tornou-se cada vez mais comum e cada vez mais forte a interpretação segundo a qual qualquer execução de pena só poderia ser iniciada depois do trânsito em julgado.

Acuado, o entendimento dominante foi forçado a se adaptar para responder à doutrina e às dissidências. Na liderança da dissidência, como se viu, estavam os Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Demonstrou-se como as concessões terminológicas feitas pelo entendimento dominante foram imprescindíveis para a superação do precedente original. Os defensores do entendimento pré-constitucional tatearam palavras e conceitos em busca de expressões jurídicas que, na nova conjuntura, permitissem que o velho precedente sobrevivesse. Nos primeiros anos, a maior parte dos ministros se refugiou no conceito de

“prisão processual”. Outros, como o Min. Celso de Mello, rapidamente se ajustaram ao conceito de “prisão cautelar”, mantendo-o compatível com a aplicação dos comandos legislativos contidos no CPP. Ao longo do tempo, foi sendo imposto, em especial pela dissidência, o conceito de “execução provisória”. A distinção entre esses conceitos pareceu se perder muitas vezes ao longo das ementas e da íntegra dos acórdãos.

Para viabilizar a checagem da terminologia utilizada pelos ministros, deu-se uma ênfase maior à chave de busca principal (“CF-1988 ART-5 INC-57”). Principalmente a partir dessa chave, buscaram-se as decisões da época que confirmaram a execução imediata de pena privativa de liberdade. Esse recorte é importante: focaram-se as decisões nas quais o STF decidiu casos de execução de decisões condenatórias recorríveis, incluindo a prisão para apelar do art. 594 CPP. Fora desse escopo, naturalmente, o uso de termos como “prisão provisória” e “prisão cautelar” se referiam quase sempre aos sentidos tradicionais desses conceitos.

Dentro do escopo proposto, analisou-se detalhadamente cada uma das decisões, classificando-as segundo a terminologia que empregaram. O resultado pode ser encontrado no “Apêndice B – Inciso LVII art. 5º CF – Inciso LVII – não veda a prisão imediata após condenação” e nos subtópicos específicos referentes aos termos utilizados.

1.10.1. Prisão cautelar

Podem ser encontrados no Apêndice B, sob a rubrica “Exclusividade Cautelar”, os julgados que expressamente consideraram “prisão cautelar” todas as formas de prisão antes do trânsito em julgado. A evolução da tese da exclusividade cautelar já foi apresentada ao longo deste capítulo. Em especial no tópico “Evolução das dissidências”.

Como se viu, no sistema original do CPP de 1941, a prisão preventiva tinha duas formas de aplicação. A primeira delas era a do art. 312 CPP, e era automática, sempre que houvesse indícios suficientes de autoria e prova da existência de crime a que fosse cominada pena de reclusão igual ou superior a dez anos. Essa modalidade não requeria fundamentação cautelar concreta adicionada pelo juiz. A segunda forma de preventiva estava contida no art. 313 e requeria fundamentação cautelar com base em uma das seguintes hipóteses: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou assecuramento da aplicação da lei penal.

Até 1967, portanto, a única forma de prisão cautelar concreta era a prisão preventiva do art. 313. Como o Min. Gilmar Mendes destacou (voto do Min. Gilmar Mendes, BRASIL, 2019, p.302), essa não era nem mesmo a forma mais aplicada de prisão preventiva. A mais aplicada era a modalidade de prisão cautelar obrigatória, abstrata.

Em 1967, a lei 5.349 passou a requerer fundamentação cautelar em todas as hipóteses de prisão preventiva. Passou a ser requerida a fundamentação concreta, mas ainda prevaleciam as previsões legais abstratas que definiam quais elementos seriam suficientes. Bastava, por exemplo, que o juiz fundamentasse a prisão na fuga do réu, na inafiançabilidade ou na gravidade abstrata do crime cometido. A partir de então, pode-se considerar que todas as formas de prisão preventiva eram prisões cautelares concretas. Ainda não era imprescindível fato superveniente.

Em 1977, a Lei 6.416 incluiu o parágrafo único do art. 310 CPP, que trata das prisões em flagrante. Essa alteração estendeu o procedimento de concessão de liberdade provisória aos réus presos em flagrante a todos os casos em que não houvesse hipótese de prisão preventiva que autorizassem a prisão. A partir de então, grande parte da doutrina considera que também as prisões em flagrante passaram a exigir fundamentação cautelar. A jurisprudência do STF, porém, indica que, em regra, mantinha-se a prisão na prisão em flagrante em todos os casos em que não existia razão a justificar a liberdade provisória. Apesar de muitos julgados interpretarem a prisão em flagrante como provisória ao longo do período, a prisão como regra só mudou para valer a partir de 2008, como se verá adiante.

Em 1989, criou-se a prisão temporária por meio da Lei 7.960. A prisão temporária passou a compor, juntamente com a prisão preventiva, o que a jurisprudência considerava tradicionalmente as duas modalidades de prisão cautelar em sentido estrito.

A doutrina processual penal brasileira, responsável por orientar as reformas liberalizantes que tinham sido realizadas de 1967 a 1984, combinou a interpretação da LEP com a interpretação dos incisos LVII e LXI art. 5º CF. TOURINHO FILHO, MAGALHÃES GOMES FILHO e GRINOVER exerceram grande influência no período. Essa influência foi percebida e apresentada na posição das dissidências em 1995. Luiz Flávio Gomes sintetizou bem a disputa doutrinária do período, que perpassou a definição conceitual das modalidades de prisão antes do trânsito em julgado (GOMES, 1994, p.21 a 33). Como resultado, dissidência cobrou, na tentativa de superação do precedente, o reconhecimento de que toda prisão antes do trânsito em julgado deveria ser fundamentada de forma cautelar e em concreto. Caso contrário, tratar-se-ia de cumprimento antecipado da pena.

Como se viu, o Min. Celso de Mello, que compunha a maioria, deu razão à interpretação constitucional da dissidência. Adotou a tese da exclusividade cautelar, mas continuou votando pela manutenção do precedente original. Casou a exigência de fundamentação cautelar com o respeito à previsão específica de hipóteses de aprisionamento pelo legislador, em abstrato. Reconheceu, portanto, a imprescindibilidade da cautelaridade para prender antes do trânsito em julgado, mas entendeu que esse requisito estaria atendido nos casos em que o legislador atribuía necessidade abstrata à prisão. Bastaria, como fundamentação em concreto, os critérios que a própria norma processual penal estabelecia para cada modalidade de prisão.

Esse entendimento do Min. Celso de Mello também parece ter vindo da doutrina. Até mesmo os doutrinadores que defendiam o precedente original fizeram concessões parciais à tese da exclusividade cautelar. Weber Martins BATISTA (1990) justificou as modalidades de prisão obrigatória na atribuição prévia de razões cautelares aos casos de crimes mais graves, como os hediondos e os inafiançáveis. Da mesma forma JESUS, Damásio de (1994), citado por vários dos ministros que compuseram a maioria. O autor entendia que o legislador ordinário teria definido a necessidade abstrata do réu se recolher à prisão depois de decisão condenatória.

Esse meio termo, entretanto, era inaceitável para a dissidência total, para a qual era imprescindível que fosse eliminada do sistema qualquer forma de prisão obrigatória ou automática. Isso incluía as definições de necessidade feitas previamente pelo legislador. Só seria válida, antes do trânsito em julgada, aquela prisão que tivesse por fundamento a comprovação “real, efetiva e concreta” do perigo decorrente da permanência do réu em liberdade. Seria fardo argumentativo do juiz demonstrar a necessidade da prisão a partir de fatos presentes, não bastando para isso fazer deduções a partir do crime cometido na origem. A tese da dissidência total foi representada pelos Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio.

Com base nas decisões do STF, por tema, é possível definir as hipóteses de aprisionamento em que a dissidência conseguiu obter mais concessões dos demais ministros. Isso é, com base nos acórdãos do STF das quais expressamente constou se tratar de prisão cautelar, é possível extrair um mapa de calor da força do argumento da dissidência.

O grau de persuasão pareceu ser máximo quanto à cautelaridade das prisões preventiva e temporária. A persuasão foi grande, mas não unânime, quanto às duas outras modalidades clássicas de prisão provisória: flagrante e pronúncia. Como se viu no tópico anterior, a conversão dos ministros da maioria ganhava força rapidamente quanto à prisão para apelar decorrente do art. 594, o que acabava incluindo indiretamente a prisão decorrente de

condenação em primeiro grau do art. 393, I e do art. 669, I. O ponto de menor convicção era a prisão em segundo grau. Esse terreno não foi disputado tão abertamente pela dissidência nos primeiros anos da Constituição. Apesar disso, assim que caiu a resistência da maioria quanto à prisão imediata em primeira instância, caiu também a da prisão em segunda instância.

A partir de 1995, especialmente a partir da decisão do HC 72366 pela constitucionalidade da prisão para apelar do art. 594 CPP, o Min. Sepúlveda Pertence e os ministros que compuseram a dissidência parcial recuaram, ao menos parcialmente, em seu entendimento. Durante o período, de 1988 a 2004, a maioria fundamentou suas decisões dando ênfase ao efeito executivo decorrente de decisão condenatória. Em geral, não era exigida fundamentação cautelar para as prisões antes do trânsito em julgado, excetuadas as prisões preventivas e temporárias. Bastava que a lei assim previsse para que a prisão fosse automática. Aplicavam-se as regras do CPP, ainda que cada vez menos à risca. O Min. Celso de Mello era o único que dava maior destaque à natureza cautelar das prisões, mas também para manter as prisões automáticas.

A partir de 2004, a tese da exclusividade cautelar estrita passou a prevalecer na primeira turma. A partir de 2006, na segunda. O Min. Celso de Mello passou a adotá-la em 2007. Durante esse período, a tese ganhou um contorno ainda mais severo e passou a ser exigida fundamentação cautelar concreta em fato superveniente ao crime e contemporâneo ao decreto de prisão. Em 2009, esse passou a ser o novo precedente do pleno do STF.

1.10.2. Prisão processual

Prisão processual, segundo entendimento do STF, no período imediatamente posterior à Constituição, era toda modalidade de prisão cuja finalidade é garantir o cumprimento da lei processual ou da aplicação da lei penal. A ideia seria a de que a prisão antes do trânsito em julgado, ainda que não pudesse se justificar como cumprimento de pena, justificar-se-ia por imposição expressa da lei processual penal.

Esse conceito foi utilizado com bastante frequência nos primeiros anos da Constituição. Pautou, inclusive, o primeiro julgado do tribunal pleno do STF sobre a questão da prisão antes do trânsito em julgado: HC 68726 (1991). Esse foi o ponto em que ficou mais evidente a dúvida do STF sobre como lidar com o problema. Os julgados desse período inicial, que vai de 1988 a 1995, são os que deixam mais nítido o tatear cuidadoso das

palavras. O experimentar de versões decisórias. O STF pareceu consciente de que o resultado de sua escolha poderia mudar drasticamente o sistema processual penal.

O que estava em disputa era quais modalidades de prisão antes do trânsito em julgado seriam permitidas sob a nova Constituição. Um dos terrenos em que esse debate foi travado foi a extensão do conceito “prisão processual”. Na versão restrita, as modalidades de prisão processual seriam apenas as que tivessem natureza cautelar. Essa foi a visão defendida, por exemplo, pelos Min. Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

O Min. Celso de Mello adotava a tese da exclusividade cautelar ampla. Um caso bem ilustrativo disso é voto do ministro no HC 72009 (1994):

O postulado constitucional da não-culpabilidade do réu, inscrito no art. 5º, LVII, da Lei Fundamental, não se qualifica como obstáculo jurídico à decretação da **privação cautelar** da liberdade do acusado. A efetivação da **prisão processual** decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir o princípio constitucional da não-culpabilidade do réu, eis que, em tal hipótese, a privação da liberdade do sentenciado - por revestir-se de cautelaridade - não importa em execução definitiva da "sanctio juris". (grifos nossos)

Tratou-se de uma prisão decretada a partir de sentença condenatória. O ministro definiu esse tipo de prisão como “prisão processual”. Nesse caso, a prisão seria processual porque definida pelo legislador em abstrato para fazer cumprir as finalidades inerentes ao sistema processual penal. O resultado do entendimento do Min. Celso de Mello é uma identidade completa entre o escopo dos conceitos “prisão cautelar” e “prisão processual”, ao menos em seus sentidos amplos. Os conceitos ainda se referiam a aspectos distintos, mas passaram a incluir exatamente as mesmas modalidades de aprisionamento. As cautelares em sentido estrito eram a prisão preventiva e a prisão temporária, mas todas as prisões antes do trânsito em julgado passaram a ser consideradas cautelares em sentido amplo. As prisões processuais eram aquelas que protegeriam a efetivação do processo penal, esse sentido necessariamente incluía as hipóteses de preventiva e temporária. Essa identidade de escopos conceituais também se estendia ao conceito da LEP de “prisão provisória”: toda prisão antes do trânsito em julgado seria provisória. As prisões provisórias tradicionais (flagrante, preventiva, pronúncia e, a partir de 1989, temporárias) e as prisões decorrentes de decisão condenatória. Esse foi o fator que mais contribuiu para a confusão no estudo direto dos julgados do período.

Sob a posição da dissidência total, representada pelos Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, também houve uma identidade do escopo dos conceitos “prisão cautelar”, “prisão processual” e “prisão provisória”. A diferença é que eles davam ênfase ao aspecto cautelar como legitimador das prisões antes do trânsito em julgado. Sob a tese da exclusividade cautelar estrita, o aspecto cautelar exigia fundamentação “real, efetiva e concreta”.

Percebeu-se que, excluídas as ementas que justificaram a prisão automática como cautelar (majoritariamente relatadas pelo Min. Celso de Mello), em apenas três ementas fez-se referência ao conceito de prisão processual para se referir à execução imediata da pena. São eles: HC 67841 (1990), HC 68499 (1991), HC 68726 (1991).

No primeiro julgado, HC 67841 (1990), relatado pelo Min. Aldir Passarinho, decidiu-se da seguinte forma: “O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o disposto no item LVII [...] não revogou os dispositivos do Código de Processo Penal que preveem a prisão processual”. Tratou-se de um caso de prisão para apelar do art. 594, definida como prisão processual.

No segundo julgado, HC 68499 (1991), o STF decidiu um caso de sentença de impronúncia reformada pelo tribunal. A íntegra do acórdão trouxe um firme voto dissidente do Min. Marco Aurélio. O ministro fundamentou a dissidência na cada vez mais forte vertente liberalizante da doutrina processual penal¹⁵. Apesar disso, o STF decidiu manter a prisão decorrente do acórdão que pronunciou o réu. Ficou bem descrito o entendimento da corte sobre a natureza processual da prisão decorrente de pronúncia, que seria decretada “para garantir o julgamento e a aplicação da lei penal”.

O terceiro julgado, HC 68726 (1991), foi importante porque, como mencionado acima, foi a primeira decisão do tribunal pleno do STF sobre a questão da prisão antes do trânsito em julgado. Nele, o relator, Min. Néri da Silveira, concluiu seu voto de forma emblemática:

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, **concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta**, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, qual na espécie sucedeu. (HC 68726/DF. Relator(a):

¹⁵ Fernandes Tourinho filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Romeu Pires de Campos Barros, Frederico Marques, Ada Pelegrino Grinover e outros.

Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 28/06/1991. Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (grifos nossos)

A decisão cuidou de caso de condenação em segunda instância. A ementa replicou fielmente o núcleo da íntegra do voto do relator. Extrai-se da fundamentação que a natureza processual incluiria a finalidade de “execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado”. Essa decisão confirma a forma de uso do termo pela maioria de então. A prisão processual incluía a prisão decorrente condenação, que teria efeito executivo.

A partir do baixo número de ementas mencionando expressamente os conceitos de prisão processual, é possível perceber como os ministros que compunham a maioria evitavam dar ênfase ao termo. Favoreciam, nas ementas e na fundamentação dos votos, a relação direta entre a prisão e a existência de decisão condenatória.

Luiz Flávio GOMES (1994), denominou a doutrina que defendia a recepção constitucional do art. 594 de “corrente preservacionista”. À doutrina contrária, denominou “não-preservacionistas”. Grande parte do esforço argumentativo do próprio autor e da doutrina que ele representava, era comprovar que (i) se tratava de cumprimento antecipado da pena e (ii) cumprimento antecipado de pena seria incompatível com o inciso LVII. Essa foi a guerra argumentativa que o Min. Sepúlveda Pertence comprou, ao lado do Min. Marco Aurélio. Uma guerra de muitas batalhas que só começaram a ser efetivamente vencidas em 2004.

Até 2004, entretanto, o uso das palavras constante das decisões do STF indica que não havia concordância com essa leitura. O uso dos conceitos “prisão cautelar” e “prisão processual” era defensivo. Na prática, prendia-se imediatamente por pronúncia ou por condenação do réu. Ainda que titubeante, o precedente pré-constitucional se manteve.

1.10.3. Prisão decorrente de decisão condenatória

Pelo menos 26 dos 41 julgados do STF no período fizeram referência à prisão imediata do réu como decorrência natural de decisão condenatória, sentença ou acórdão¹⁶. Foram

¹⁶ HC 68521 (1991), HC 68841 (1991), HC 69667 (1992), HC 70363 (1993), HC 71100 (1994), HC 70351 (1994), HC 71443 (1994), HC 72102 (1995), HC 72168 (1995), HC 72061 (1995), HC 71918 (1995), HC 72741

excluídas dessa contagem as decisões ementadas com base na teoria da exclusividade cautelar ampla do Min. Celso de Mello. Esse número sobe para 28 de 41 se forem considerados, nesse mesmo grupo, as duas decisões que basearam a manutenção da prisão na mera ausência de hipótese de liberdade provisória que beneficiasse o réu. Em praticamente todas as ementas dessas decisões, não foi feita qualquer menção ao fato de se tratar de prisão processual ou de execução provisória. Ilustra-se com o exemplo abaixo:

“HABEAS CORPUS”. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 5º, ITEM LXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O dispositivo no item LVII, do art. 5º da Carta Política de 1988, ao declarar que "ninguém será considerado culpado até o réu o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" não significa que o réu condenado não possa ser recolhido à prisão, antes daquela fase, salvo nos casos em que a legislação ordinária expressamente lhe assegura a liberdade provisória, o que decorre do disposto em outros preceitos da Carta Magna, tais como itens LIV, LXI e LXVI, do mesmo artigo 5º. (HC 68037/RJ. Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO. Julgamento: 10/05/1990. Órgão Julgador: Segunda Turma)

A ementa desse acórdão, HC 68037 (1990), relatado pelo Min. Aldir Passarinho, traz os termos “réu condenado” e “liberdade provisória”. A fórmula que fundamentou a decisão parece ter sido: (a) a prisão decorre da condenação do réu; (b) exceto os casos em que existe previsão de liberdade provisória; e (c) esse entendimento não é incompatível com o inciso LVII. Esse foi um caso em que o réu foi condenado em primeira instância e recorreu em liberdade após pagamento da fiança. Condenado novamente em segundo grau, decretou-se sua prisão imediata. Os advogados argumentaram que a prisão antes do trânsito em julgado não seria compatível com a nova Constituição. A segunda Turma do STF decidiu que a prisão decorre da decisão condenatória, a menos que haja hipótese expressa de liberdade provisória a que o réu faça jus. Segundo voto do relator, o inciso LVII deveria ser interpretado sistematicamente, em harmonia com as demais normas da Constituição, em especial o inciso LXI.

Esse é o modelo que prevaleceu até 2004. Pouquíssimas decisões trouxeram como elemento central da fundamentação o termo “execução”. A referência ao termo quase sempre servia como refutação às teses da defesa, derivadas da LEP ou do inciso LVII. Algumas vezes, a construção argumentativa se referiu ao “efeito executivo” da sentença condenatória,

(1995), HC 72678 (1995), HC 72610 (1995), HC 73151 (1995), HC 75233 (1997), HC 75648 (1997), Pet 1324 (1998), HC 75077 (1998), RHC 75917 (1998), HC 77945 (1999), HC 72441 (1999), HC 80548 (2001), RHC 81741 (2002), HC 80939 (2002), RHC 84846 (2004).

mas essa construção indica que a execução decorre da condenação. O principal seria a existência de decisão condenatória. O caráter executivo seria derivado.

Essa preponderância terminológica do aspecto condenatório sobre o aspecto executivo da decisão é um dado importante para entender a evolução jurisprudencial. Esse dado indica uma preponderância, nos julgados do STF, da interpretação do CPP sobre a LEP e dos incisos LXI e LXVI sobre o inciso LVII.

Dar ênfase ao aspecto executivo seria argumentar no campo da LEP e não mais no campo do CPP. Seria adotar como perspectiva principal o trânsito em julgado (inciso LVII) e não mais a comprovação da culpa em decisão fundamentada de autoridade judiciária (inciso LXI). Ao fazê-lo, conceder-se-ia o campo de batalha argumentativo. Foi o que parece ter acontecido a partir de 2004.

O dado pode ser interpretado como fuga inconsciente da nova realidade constitucional, como acusam os adeptos da tese da exclusividade cautelar (GOMES, 1994), ou como defesa consciente do entendimento histórico.

1.10.4. Execução provisória

Em apenas 8 das 41 decisões foi feito, na ementa, uso do termo “execução provisória”. Dessas, quatro são anteriores a 2004: HC 70351 (1994), Pet 1079 AgR (1996), HC 74852 (1997), HC 80904 (2002). Foram excluídas dessa contagem as decisões ementadas com base na teoria da exclusividade cautelar ampla do Min. Celso de Mello.

A primeira delas, HC 70351 (1994), fez uso de ambas as expressões: decisão condenatória e execução provisória:

EMENTA: "HABEAS-CORPUS". **Acórdão que confirma sentença condenatória.** Mandado de prisão. Relação processual ainda não definida, passível que e de atingir as instancias extraordinárias. Ordem de captura que afronta decisão do STF. "Habeas-corpus" anterior concedido para assegurar ao paciente aguardar o julgamento em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença penal, que somente se operaria após denegação de recursos especial e extraordinário. Artigo 675, CPP, e artigo 5., inciso LVII, CF. **Esgotadas as vias impugnativas ordinárias, o decreto de condenação transita em julgado, eis que os recursos eventualmente cabíveis somente podem ser recebidos, por serem extraordinários, no efeito devolutivo.** Anterior ordem de "habeas-corpus", que beneficiara o paciente, fundada em vício

formal da prisão em flagrante, não alcança a mandado de captura que decorre de decisão final. **Cabe execução provisória de decisão condenatória**, ratificada na instância ordinária recursal, ainda que passível de reexame extraordinário. Não obsta a expedição de mandado de prisão o cabimento de recursos sem efeito suspensivo. Precedentes desta Corte: HC 69.039, RHC 64.749, RHC 55.652, HC 55.492, HC 58.032 e HC 68.726. Pedido de "habeas-corpus" conhecido, mas indeferido. (HC 70351/RJ. Relator(a): Min. PAULO BROSSARD. Julgamento: 22/03/1994. Órgão Julgador: Segunda Turma)

Essa decisão também se baseou no entendimento de que seria possível declarar transitada em julgado a sentença condenatória desde o momento em que estivessem esgotadas as instâncias ordinárias e cabíveis apenas recursos sem efeito suspensivo. Destaca-se como o uso dos conceitos de execução provisória e de trânsito em julgado parece refutativo, reativo, defensivo. É uma evidência que confirma que o entendimento dominante estava se adaptando para sobreviver frente a críticas que vinham daquela direção.

Duas das decisões, Pet 1079 AgR (1996) e HC 80904 (2002), foram relatadas pelo Min. Sepúlveda Pertence, que cedia à jurisprudência colegiada do STF, mas que pessoalmente acreditava que a execução provisória deveria ser inconstitucional. O julgamento da Pet 1079 AgR (1996), por exemplo, trata de um caso de pena de multa e não de pena privativa de liberdade. O ministro ressaltou, inclusive na ementa, a contradição entre se exigir o trânsito em julgado para executar uma pena de multa, mas não para executar provisoriamente penas privativas de liberdade.

A última das quatro decisões, HC 74852 (1997), teve como relator original o Min. Marco Aurélio, que sempre foi o mais enfático dos dissidentes e sempre se recusou a sacrificar sua posição pessoal em favor do entendimento colegiado. O Min. Marco Aurélio foi substituído na relatoria final pelo Min. Maurício Correa, que compôs a dissidência parcial em 1995. A ementa se referiu expressamente à prisão após condenação em segundo grau como execução provisória: “recursos extraordinários não têm o condão de sustar a execução provisória do ato condenatório, porque não possuem o efeito suspensivo”.

Identificaram-se outros casos, além desses quatro, em que houve referência à executoriedade ou ao efeito suspensivo das decisões condenatórias, mas feita sempre de forma implícita, subordinada, atenuada ou indireta. Um exemplo disso é o HC 72102 (1995), relatado pelo ministro Celso de Mello. A ementa deste acórdão não menciona o termo “execução”. Seu núcleo é o seguinte: “Condenação penal sujeita a recurso de índole

extraordinária ainda pendente de apreciação – Possibilidade de efetivação da prisão do condenado”. Reconhece-se o sentido de execução implícito no termo efetivação.

Essas evidências corroboram a tese de adaptação terminológica gradativa do entendimento majoritário. A maioria se abstinha de empregar o termo execução e, quando o fazia, era de maneira refutativa, subordinada ou até disfarçada. As ementas relatadas pelo Min. Sepúlveda Pertence, trazendo o termo “execução provisória” para o primeiro plano, representam uma redefinição do debate pela dissidência, ainda durante o período em que prevalecia o entendimento original do STF. A adoção aberta dessa terminologia pela maioria passou a ocorrer no período seguinte, que começa em 2004.

A partir de 2004, tornou-se mais frequente nas ementas o uso do termo execução provisória, inclusive pelos ministros que defendiam a manutenção da execução antes do trânsito em julgado. As quatro decisões restantes são: RHC 84846 (2004), HC 85886 (2005), AI 539291 AgR (2005), HC 90861 (2007). Elas foram relatadas pelos Min. Ellen Gracie, Carlos Velloso e Carmen Lúcia, todos eles favoráveis à manutenção da prisão imediata. Destaca-se que as três primeiras dessas decisões foram da segunda turma, entre 2004 e 2005. Justamente o período em que a primeira turma estava começando a decidir pela inconstitucionalidade da execução provisória. A quarta, por sua vez, é uma das duas decisões em que a primeira turma, em 2007, brevemente retrocedeu ao entendimento anterior – em parte como resultado das gradativas alterações na composição do STF e das duas turmas.

Como se demonstrou, 2004 foi o ano em que o precedente começou a ser superado no âmbito da primeira turma. Entre 2004 e 2006, verificou-se que a segunda turma resistiu, mantendo o precedente original. A adoção do termo execução provisória pela Min. Ellen Gracie, uma das mais emblemáticas e perseverantes defensoras do entendimento tradicional, coincide com essa transição. Comparam-se três ementas de acórdãos relatados pela Min. Ellen Gracie.

A primeira, HC 80939 (2002), não traz nem uma vez os termos execução ou execução provisória. Fala exclusivamente em “condenação à pena de reclusão em sede de apelação criminal”. A íntegra do voto de uma página e meia da Min. Ellen Gracie contém apenas uma fundamentação de dois parágrafos ressaltando que o entendimento há muito firmado pelo STF era o de que “o recolhimento à prisão do réu condenado pelo Tribunal estadual não configura constrangimento ilegal”. Não foi mencionado o termo “execução” nem ao menos uma vez na íntegra do acórdão.

Na segunda, RHC 84846 (2004), consta da ementa o seguinte: “O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da

pena de prisão”. Da terceira, HC 85886 (2005), consta: “A sentença condenatória, mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo”.

Esses julgados indicam como, a partir de 2004, a Min. Ellen Gracie, mudou a forma de relatar e de emendar os acórdãos. Ganhou destaque, o termo “execução provisória da pena”. É delicada, mas perceptível a diferença. O termo “execução provisória” ganhou solidez. Ganhou voz. Ganhou destaque. A provisoriedade da execução passou a ser o fundamento principal das decisões, deixou de ser mero elemento argumentativo complementar ou refutativo. O cabimento ou não de execução provisória passou a ser o centro do debate.

A construção da ementa do HC 85886 (2005) é especialmente eloquente: a sentença condenatória “sujeita-se” à execução provisória. A sentença condenatória passa a ser sujeito passivo na construção. Nesse modelo, é do caráter provisório da execução que se extrai a possibilidade de prisão. A prisão deixa de ser automaticamente decorrente da condenação. A prisão decorrente de decisão condenatória passa a ter que ser justificada sob o olhar das modalidades de execução disponíveis. Passa a ser fardo de quem a condena justificar o cabimento da execução.

Isso marca a mudança de perspectiva do debate, que agora passa a se dar em função da chave interpretativa da LEP e do inciso LVII e em detrimento do CPP e do inciso LXVI. Na interpretação do inciso LXI passou a prevalecer a tese da exclusividade cautelar estrita sobre a tese da exclusividade cautelar ampla. A perspectiva a partir da qual se olhava para o problema passa a ser o momento do trânsito em julgado, ao invés da perspectiva original que partia da decisão condenatória.

1.10.5. Prisão provisória

O termo “prisão provisória” para se referir à prisão para apelar do art. 594 constava da Súmula 9 do STJ, de 1990. Apesar disso, em nenhuma das ementas das decisões levantadas esteve expresso o termo “prisão provisória” para se referir à prisão imediata por decisão condenatória. Foram excluídas dessa análise as decisões ementadas com base na teoria da exclusividade cautelar ampla do Min. Celso de Mello.

Historicamente, como se viu, o termo “prisão provisória” era utilizado, nas decisões do STF, para se referir apenas às prisões anteriores à decisão condenatória: flagrante, pronúncia ou preventiva. A partir de 1984, passou a haver uma pressão interpretativa imposta pela LEP, que diferenciou presos provisórios de condenados com base no trânsito em julgado.

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

O art. 82 até dá a impressão de confirmar a leitura tradicional do art. 300 do CPP, que atribuía definitividade às sentenças condenatórias e dividia condenados e presos provisórios a partir dessa ideia. O art. 84, entretanto, especificou que a condenação à que a LEP se refere é apenas aquela confirmada por trânsito em julgado. A partir da LEP, então, dever-se-ia concluir que também seriam modalidades de prisão provisória as prisões decorrentes de condenação em primeira e em segunda instância (art. 393, I, art. 594, art. 637 e art. 669, I, CPP). É esse problema interpretativo que o Súmula 9 do STJ parece ter tentado resolver.

Entretanto, a abstenção do uso do termo “prisão provisória” pelo STF indica uma tensão entre o que a jurisprudência definia historicamente como prisão provisória e o que a LEP delineou como preso provisório. A esquiva dos ministros do STF em darem maior destaque ao conceito “execução provisória” revelou uma ênfase ao elemento condenatório das decisões. Se o elemento condenatório era o fator primordial na decretação da prisão, então prevalecia, no STF, a lógica do CPP (art. 393, I, art. 597 e art. 669, I) sobre a lógica da LEP. Ou seja: era da condenação que se extraía o efeito executivo da decisão, não era do trânsito em julgado que se extraía a condenação do réu.

A partir do momento em que os ministros inverteram essa preferência, o debate passou a ser travado de outra perspectiva. A partir do momento em que até mesmo os defensores da execução imediata da pena concederam, implicitamente, que a regra seria a vedação à execução da pena antes do trânsito em julgado, isso jogou sobre o judiciário um fardo argumentativo adicional. Parou de bastar a fundamentação com base na lei e no juízo condenatório constante das decisões dos juízes e do júri. Todas as formas de prisão passaram a requerer fundamento cautelar concreto. O resultado foi uma brusca perda de terreno no debate. Antes, prendia-se imediatamente após condenação em primeira instância. A partir de então, não se podia prender nem com condenação em segunda instância.

Quando se entende isso, deixa de ser surpreendente a posição da Min. Ellen Gracie, em 2009, ao adotar o termo “prisão provisória” e afastar qualquer aspecto de “antecipação da pena”. Tal como o Min. Menezes Direito, a ministra se viu em uma sinuca. Ela reparou que o terreno terminológico a que o debate tinha chegado, com a participação dela, tornava inevitável a conclusão da tese da exclusividade cautelar estrita. A própria expressão “antecipação da pena” seria um emblema do reconhecimento do trânsito em julgado como marco legitimador da condenação. Em uma tentativa tardia de retroceder na concessão terminológica, ela tentou recuperar o sentido perdido de prisão provisória que antes fora utilizado pela Súmula 9 do STJ.

Essa transformação é muito delicada. Para ilustrá-la, retoma-se o voto da Min. Ellen Gracie, em 2009, no HC 84.078. Em seu voto, ela distinguiu expressamente a prisão decorrente de acórdão condenatório como sendo uma forma de “prisão provisória” e não “antecipação da pena”:

Ressalto, ainda, que 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**, dado que os recursos especiais ou extraordinários não se prestam ao reexame da prova, nem dos fatos. (Ellen Gracie, BRASIL, 2009, p.128 e 129) (grifos nossos)

Esse conceito de “prisão provisória” é o que foi inaugurado pela LEP, em 1984. Nele já estava implícito que não se poderia antecipar a pena: só é condenação aquela que transita em julgado, tudo mais é prisão provisória. O que mantinha essa interpretação em xeque era a manutenção jurisprudencial de um sentido histórico das palavras, que preservava o efeito das normas do CPP, em especial o art. 393, I e o art. 669, I. Quando até mesmo os defensores da execução imediata da pena passaram a falar a língua da exclusividade cautelar, caíram em desuso as regras do CPP. Desde 2004, a Min. Ellen Gracie, em conjunto com o restante da maioria de então, já havia concedido o principal: o sentido das palavras.

Na verdade, a posição da ministra, no julgamento de 2009, era ainda mais frágil do que a dos demais integrantes da minoria. Ela foi a única integrante da minoria a ressaltar expressamente a categorização da prisão decorrente de acórdão condenatório como “prisão provisória”. Também foi um dos dois integrantes do grupo a excluir expressamente desse tipo

de prisão a função de “antecipação da pena”¹⁷. Ao mesmo tempo, foi a única que não fez uso, em nenhum momento em seu voto, dos termos “execução” ou “execução provisória” para se referir às prisões decorrentes de decisão condenatória. O único uso que ela fez do termo “execução” consta da p. 128 (BRASIL, 2009) e integra uma refutação à analogia entre execuções cíveis e execuções penais.

Desse silenciamento, extrai-se uma tensão confessional. Se a prisão decorrente de decisão condenatória não é antecipação da pena, o que está sendo executado então? A decisão constante da sentença ou do acórdão é uma “condenação ao cumprimento de pena privativa de liberdade”. É inerente à execução dessa condenação o núcleo “cumprimento de pena”. Ao fazer a concessão de que não se trata de “antecipação da pena”, a Min. Ellen Gracie parece ter concordado com a tese oposta, segundo a qual não faz sentido falar em execução provisória. Tanto é que ela mesma abandona essa terminologia, de forma consciente ou não. A lógica indica que, se a prisão é provisória, mas não é execução de pena, então não pode ser prisão decorrente de condenação. Logo, há de ser justificada por outras razões como, por exemplo, as hipóteses de prisão preventiva.

Fechou-se sobre Ellen Gracie um círculo lógico-conceitual anunciado por GOMES (1994), que levava das novas interpretações constitucionais à inevitabilidade da conclusão pela vedação à execução imediata da pena. O que o entendimento dominante pode ter enxergado como concessões parciais, meramente terminológicas, levou à concessão total da tese oposta.

Os componentes originais da maioria que manteve o precedente pré-constitucional, em 1995, foram confrontados diretamente com o caso argumentativo de GOMES (1994), por meio da competente defesa do Min. Sepúlveda Pertence. Uma das saídas que davam, à época, era a atribuição de natureza processual às prisões decorrentes de decisões condenatórias.

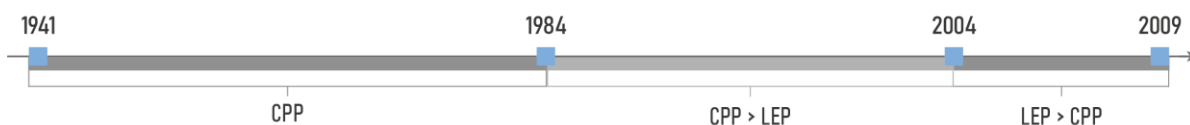
¹⁷ Como se verá infra, o Min. Menezes Direito faz uma diferenciação que se aproxima dessa em alguma medida. Ele concede que não pode haver definição de culpa antes do trânsito em julgado. A partir disso, concede também que o elemento retributivo da sanção estaria excluído, mas ressalta que é possível fundamentar o cabimento da execução provisória apenas com base no elemento preventivo da pena.

1.11. Consolidação imagética da evolução conceitual

A evolução dos conceitos relacionados à prisão antes do trânsito em julgado ocorreu por vários fatores. Um deles, foi a promulgação da LEP. A aplicação de suas regras e conceitos nos casos de execução da pena antes do trânsito em julgado, porém, ficou represada pela jurisprudência, que continuou favorecendo as regras do CPP.

Com a conversão da jurisprudência constitucional à tese da exclusividade cautelar estrita, isso mudou. A prevalência da interpretação sistemática do CPP a partir da LEP foi uma construção argumentativa chave para viabilizar a superação do precedente original. Pode-se dividir os períodos jurisprudenciais, a partir da prevalência do CPP ou da LEP, da seguinte forma:

Figura 1 - Linha do tempo: Interpretação CPP x LEP



Também é possível representar visualmente a evolução dos conceitos processuais penais. Para isso, elaboraram-se três quadros comparativos que ilustram a evolução terminológica.

As Figuras 2 a 4, abaixo, representam, respectivamente: (i) os sentidos originais, conforme aplicados antes da ascensão da tese da exclusividade cautelar estrita; (ii) os sentidos superpostos, na complexa fase de readequação conceitual do entendimento majoritário, que durou até 2009; e (iii) os sentidos resultantes, obtidos após conquista da hegemonia pela tese da exclusividade cautelar estrita.

Nas figuras, as colunas representam as modalidades de prisão previstas. As linhas, a natureza atribuída a cada uma delas. As diferenças de tonalidade de azul são apenas estéticas, para diferenciação das linhas e não tem significado conceitual.

Note-se como a natureza atribuída a cada tipo de prisão mudou do modelo original, para o modelo de transição, até chegar no modelo final. A superposição de sentidos no modelo de transição representa visualmente o tatear dos conceitos pelo precedente dominante. O modelo final representa a vitória da tese da exclusividade cautelar estrita na disputa pelo território conceitual.

Figura 2 - Sentidos Originais

NATUREZA	TIPO DE PRISÃO						
	TEMPORÁRIA	PREVENTIVA	FLAGRANTE	PRONÚNCIA	SENTENÇA (ART. 393, I)	PRISÃO P/ APELAR (ART. 594)	ACÓRDÃO (ART. 637)
CAUTELAR (SENTIDO ESTRITO)							
CAUTELAR (SENTIDO AMPLO)							
PROCESSUAL							
PROVISÓRIA							
DECORRENTE DE DECISÃO CONDENATÓRIA							
EXECUÇÃO							
VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL							

Figura 3 - Sentidos Superpostos: Fase de Transição

NATUREZA \ TIPO DE PRISÃO	TIPO DE PRISÃO						
	TEMPORÁRIA	PREVENTIVA	FLAGRANTE	PRONÚNCIA	SENTENÇA (ART. 393, I)	PRISÃO P/ APELAR (ART. 594)	ACÓRDÃO (ART. 637)
CAUTELAR (SENTIDO ESTRITO)							
CAUTELAR (SENTIDO AMPLO)							
PROCESSUAL							
PROVISÓRIA							
DECORRENTE DE DECISÃO CONDENATÓRIA							
EXECUÇÃO							
VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL							

Figura 4 - Sentidos Resultantes: Tese da Exclusividade Cautelar Estrita

NATUREZA \ TIPO DE PRISÃO	TIPO DE PRISÃO				SENTENÇA (ART. 393, I)	PRISÃO P/ APELAR (ART. 594)	ACÓRDÃO (ART. 637)
	TEMPORÁRIA	PREVENTIVA	FLAGRANTE	PRONÚNCIA			
CAUTELAR (SENTIDO ESTRITO)							
CAUTELAR (SENTIDO AMPLO)							
PROCESSUAL							
PROVISÓRIA							
DECORRENTE DE DECISÃO CONDENATÓRIA							
EXECUÇÃO							
VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL							

1.12. Lei 12.403 de 2011

Aproveita-se o encerramento deste capítulo para antecipar as informações referentes à Lei 12.403/11. Apesar de ter sido promulgada depois da decisão do HC 84078 (2009), ela ficaria perdida no próximo capítulo. Foi por meio desta lei que finalmente se revogou o art. 393. Com isso, a exceção do art. 597 ficou sem referência. O art. 637 continuou vigente. Foi isso que ensejou a retomada do debate jurisprudencial, entre 2016 e 2019.

A origem da lei remonta ao ano de 1999. Naquele ano, o Ministro da Justiça, José Carlos Dias, encomendou ao Instituto Brasileiro de Direito Processual propostas de reforma do Código de Processo Penal. Foi constituída uma comissão de juristas por meio da Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000. A comissão foi encabeçada por Ada Pellegrini Grinover (presidente) e integrada por Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

A Comissão apresentou, ao final, sete anteprojetos sobre os seguintes temas: investigação criminal; procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; provas; interrogatório do acusado e defesa efetiva; prisão, medidas cautelares e liberdade; júri; e recursos e ações de impugnação¹⁸.

A proposta referente à prisão, medidas cautelares e liberdade chegou à Câmara dos Deputados em março de 2001, sob a forma do Projeto de Lei 4.208. Dela constava a alteração do art. 283 e a revogação do art. 393 (Apêndice A). O projeto foi examinado e discutido por quatro legislaturas. Ele só foi promulgado na gestão da Presidente Dilma Rousseff. Denominou-se Lei Federal 12.403, de 04 de maio de 2011.

¹⁸ Os sete foram encaminhados ao Congresso Nacional com a seguinte identificação:

PL 4.203, de 2001 – foi transformado na Lei nº 11.689, de 2008, que trata de dispositivos relativos ao Tribunal do Júri. PL 4.204, de 2001 – que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos ao interrogatório do acusado e da defesa efetiva. PL 4.205, de 2001 – foi transformado na Lei nº 11.690, de 2008, que cuida de dispositivos à produção de provas por meios ilícitos; PL 4.206, de 2001 – que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos aos recursos e ações de impugnação, e dá outras providências. PL 4.207, de 2001 – transformado na Lei nº 11.719, de 2008, que trata de dispositivos relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. O projeto foi vetado parcialmente. PL 4.208, de 2001 – que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências. PL 4.209, de 2001 – que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências. PL 4.210, de 2001 – foi transformado na Lei nº 10.258, de 2001, que trata da prisão especial.

Como se verá no próximo capítulo, no julgamento do HC 125.292/SP, de 2016, não foi grande a ênfase argumentativa ao art. 283. A ausência de resposta satisfatória foi, inclusive, uma das razões arguidas nas ADC 43, 44 e 54. Em 2016, nem mesmo os ministros que aderiam à tese da exclusividade cautelar estrita deram muita importância ao art. 283.

Além disso, um olhar atento revela que o teor semântico da nova redação do art. 283 CPP é uma transcrição restritiva do inciso LXI art. 5º CF. Apõem-se os dispositivos para contraste:

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;

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

No julgamento de 2016, a vírgula chegou a confundir o Min. Luiz Fux na interpretação do texto da norma. A Min. Rosa Weber esclareceu a interpretação gramaticalmente mandatória. A vírgula é restritiva. A redação, porém, é ambígua.

Para satisfazer a própria angústia sobre a vontade do legislador posta na norma, entrevistou-se o ex-Senador Demóstenes Torres, que foi o relator do parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, em 17 de dezembro de 2008.

A entrevista foi feita no dia 15 de junho de 2021. O Senador foi muito solícito e esclareceu que não havia dúvida no legislativo sobre a interpretação do texto normativo. O objetivo era vedar qualquer forma de execução da pena antes do trânsito em julgado. Segundo sua impressão pessoal dos debates e trâmites legislativos que presenciou, a intenção do era clara.

Para o Senador, era claro que existia uma unanimidade quanto à finalidade do art. 283. Havia um consenso geral de adesão às premissas do que esta tese denominou: exclusividade cautelar estrita. Historicamente o que sempre se quis foi uma exclusividade cautelar. Um sistema que fosse compatível com a nova constituição.

Destaca-se: o parecer do relator foi emitido antes da decisão do STF em 2009. Como se viu, o STF já tinha formado entendimento majoritário no mesmo sentido. Antes mesmo da decisão do pleno de 2009, Brasília já tinha aderido à tese da exclusividade cautelar estrita.

Perguntou-se ao Senador o porquê de não se ter revogado expressamente o art. 637. O Senador explicou que a aprovação da reforma foi feita de forma fragmentada. O que se pode confirmar pela divisão em vários projetos de lei. Deixou-se por último a alteração das normas referentes aos recursos processuais penais e ela acabou não ocorrendo. Segundo o Senador, foi por essa razão que não se chegou a revogar o art. 637, o que resolveria a questão das prisões em segunda instância.

Registra-se que o Senador foi um dos que indicou a obra de Romeu Pires de Campos Barros como referência sobre o debate anterior à Lei Fleury.

CAPÍTULO II

2. REVIRAVOLTAS JURISPRUDENCIAIS DE 2009 A 2019

O objeto deste capítulo é a argumentação dos ministros do STF nos julgamentos do pleno entre os anos de 2009 e 2019. Foram detalhadamente analisados os julgamentos do HC 84.078/MG (2009), do HC 126.292/SP (2016), e das ADC 43, 44 e 54 (2019). O HC 152.752/PR também foi trabalhado, mas com menor profundidade e da perspectiva dos ministros que mudaram de posição.

A partir do método de rastreamento, explicado a seguir, produziram-se Mapas dos Argumentos (Apêndices C, D, E e F). A principal função do mapa é diferenciar o tratamento dos leitores que buscam coisas diferentes no texto.

Os leitores experientes, que já leram os acórdãos originais ou que já conhecem o assunto, podem ficar apenas com os destaques úteis à tese, constantes do corpo do texto, e com a análise dos mapas. Caso sintam a necessidade, é possível que aprofundem a análise por meio dos apêndices. Além dos mapas, dois tipos de Apêndices foram disponibilizados. Os Bancos de Argumentos (Apêndices K, L e M) e a Análise Esquemática da Argumentação (Apêndice N).

Os Bancos de Argumentos revelam a argumentação em seu estado mais fragmentado. A argumentação foi dissecada. Os argumentos foram classificados. Os Bancos de Argumentos revelam esse estado de desmanche. Neles é possível verificar o estado mais cru da interpretação feita pela tese e validar a classificação argumentativa dos trechos originais dos votos dos ministros. Navegando a argumentação pelo sumário dos apêndices, é possível obter uma visão ampla de como a argumentação de cada ministro ficou distribuída. Foi a partir dos Bancos de Argumentos que foram produzidos os Mapas dos Argumentos. Uma análise atenta permite encontrar os erros de silêncio ou de ruído na tradução dos acórdãos originais. É por isso que o método é verificável.

A Análise Esquemática é o resultado de uma experiência de remontagem das argumentações dissecadas. A diferença entre elas e os acórdãos originais é que elas já filtraram os argumentos jurídicos mais importantes para esta tese. Narrou-se a argumentação reunindo os ministros em maioria e minoria. Os achados mais relevantes foram destacados. É

possível que o leitor se guie pelos tópicos específicos do sumário para encontrar eventuais pontos desta tese que eventualmente queira esclarecer.

Consultando a Análise Esquemática, os leitores menos experientes, que nunca leram a íntegra dos acórdãos, vão encontrar uma alternativa razoável para a leitura da íntegra dos acórdãos. O trabalho foi feito de uma forma que muito pouco se perdeu. Filtrou-se grande parte dos argumentos pragmáticos, que não eram do interesse desta tese. Filtraram-se também os argumentos repetitivos entre um julgamento e outro. Quando a explicação detalhada desses faltar, basta consultar nos tópicos específicos do julgamento anterior.

Os sumários dos apêndices contêm tópicos específicos. O objetivo é facilitar o leitor a consultar a Análise Esquemática, caso necessário, e propiciar uma análise comparativa por paralelismo. Por meio dela, o leitor pode comparar, pelo sumário, o amadurecimento da argumentação entre os julgamentos, 2009, 2016 e 2019, e entre maioria e minoria de cada um deles.

Organiza-se o material disponibilizado ao leitor:

- Destaques Úteis à Tese, no corpo do texto do capítulo.
- Mapas dos Argumentos (Apêndices C, D, E e F): tabelas de registro e classificação dos argumentos utilizados por cada ministro.
- Bancos de Argumentos (Apêndices K, L e M): banco de dados contendo a argumentação original de cada ministro, desmembrada e classificada.
- Análise Esquemática (Apêndice N): estudo argumentativo feito pela tese a partir dos demais materiais.

Com isso, na interação com a argumentação, o leitor poderá ajustar a resolução, indo de uma resolução baixa a uma resolução altíssima.

2.1. Rastreamento de Argumentos

A íntegra do Acórdão do HC 84.078/MG (2009) possui 166 páginas. A do HC 126.292/SP (2016), 103 páginas. ADC 43, 44 e 54 (2019): 489 páginas. São centenas de páginas de discurso jurídico recheado de conteúdo relevante. É inevitável que isso aconteça quando algumas das mentes mais brilhantes do direito brasileiro se dedicam a resolver um problema tão importante. Há votos escritos e votos orais transcritos. Fora dos votos em si, são encontrados, com frequência, debates informativos e argumentativos entre os Ministros. É

natural que os argumentos jurídicos constantes de um Acórdão não venham pré-ordenados e nem pré-classificados. O resultado inevitável é um sistema de ideias – em grande medida entrelaçadas. Entrelaçadas como os cabos e dispositivos de uma rede com muitos computadores, servidores e conexões.

Para desenlace e organização das ideias desse sistema, a análise do discurso foi feita por rastreamento de argumentos. Rastreamento também é a palavra utilizada para o exercício de organizar uma rede cujas conexões não foram rotuladas. Desde a análise inicial, preocupou-se em identificar, registrar e classificar cada um dos argumentos empregados na decisão do STF.

O rastreamento desde a entrada (*input*) dos argumentos na análise teórica é o que permite a manutenção da rastreabilidade na saída (*output*) na apresentação do estudo em forma de síntese. Entre a entrada e a saída do material analisado, o resultado preliminar do rastreamento é, com frequência, uma análise classificatória ainda maior que o texto original. Apensar todas as análises classificatórias obtidas a partir das três decisões principais estudadas nesta tese (BRASIL, 2009; BRASIL, 2016; e BRASIL, 2019) significaria adicionar mais de mil páginas ao trabalho¹⁹. Serão apresentados, ao longo da tese, muitos exemplos de classificação argumentativa do texto original, referenciado por página.

O material das análises classificatórias é tratado para ser apresentável sinteticamente, preservando um alto grau de verificabilidade da representação do texto original. A essa forma sintética de representação verificável, denomina-se Mapa dos Argumentos – uma representação da realidade argumentativa que preserva elementos-chave para o direcionamento, localização e verificação.

Como resultado desse processo rastreável de análise e síntese, é possível obter um mapa extremamente útil para guiar o estudo empreendido, em suas idas e vindas. Uma vez concluído o estudo, o mapa continua útil como guia para apresentação dos achados e como referência para acompanhamento da leitura. Isso facilita enormemente comparações externas, entre votos e entre decisões ao longo da história.

Foi possível, ao longo de todo o trabalho, fazer conferências instantâneas e específicas entre os argumentos das decisões de 2009, 2016, 2018 e 2019. Isso permitiu mitigar significativamente o viés de confirmação de ter como opção apenas a própria interpretação inicial. Disponível a classificação por argumento, foi possível orientar cartograficamente o

¹⁹ O registro será mantido pelo autor e poderá ser disponibilizado digitalmente para consulta.

retorno ao texto original, aperfeiçoando intensamente as interpretações, as comparações e as conclusões dele extraídas.

O rastreamento também facilita comparações internas à decisão e aos votos de cada ministro, adicionando uma forma de encontrar identidade, complementaridade e contradição entre argumentos. A ferramenta ajudou muito na análise de vários elementos importantes do discurso jurídico: pilares argumentativos principais do voto de cada ministro, da maioria e da dissidência; delimitação da *ratio decidendi* nas decisões *seriatim* do STF, em que o acórdão final mantém os votos individuais; registro e estudo de *obiter dicta*; estudo de ponderações de princípios feitas por cada ministro; estudo dos tipos de argumentos utilizados; entre muitos outros.

2.2. O processo do HC 84.078/MG até o julgamento de 2009

Julgado por tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV, e 14, inciso II, do Código Penal), o réu foi condenado, por dois Tribunais do Júri na Comarca de Passos (MG). O primeiro Júri o condenou a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Provida apelação do Ministério Público, o segundo o condenou à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado. Condenado também em apelação da defesa, o regime foi corrigido para inicialmente fechado pelo TJ/MG.

Antes da admissão do Recurso Especial, o Ministério Público de Minas Gerais requereu prisão preventiva fundamentada nas demonstrações dadas pelo réu de sua intenção de se fazer furtar da aplicação da lei penal. Apresentou evidências de que o réu mobilizara seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão. Conhecido produtor de leite da região, colocara à venda, em leilão, todo seu rebanho holandês e suas máquinas agrícolas e equipamentos de leite (BRASIL, 2009, p. 4). O 1º Vice-Presidente do TJ-MG decretou a prisão preventiva.

O réu impetrou o HC 19.676/MG, no Superior Tribunal de Justiça. O STJ sustou o decreto de prisão do paciente, em decisão monocrática de pedido liminar, exarada pelo Min. Fontes de Alencar, em 5 de dezembro de 2001. O mérito foi decidido em 2 de março de 2004, pela Quinta Turma do STJ, relatado pelo Min. José Arnaldo da Fonseca (BRASIL, 2004a). O relator reconheceu as alegações do réu de que não havia base para prisão preventiva porque ele na verdade os vendia por estar mudando de atividade e não como preparação de fuga. Não obstante, entendeu que os recursos especial e extraordinário (art. 637, CPP) não têm efeito

suspensivo e que a sentença é passível de execução, ainda que admitidos os recursos. Veja-se a ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO, LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Precedentes do STF e do STJ.

Ordem denegada.

O Min. Relator destacou ainda que a prisão, seja ela decorrente de custódia prévia, de pronúncia, sentença ou de decisão de segundo grau, tem natureza processual, “destinada a assegurar a aplicação da lei penal ou a execução da pena imposta, observado o princípio do devido processo legal”.

O caso chegou à Primeira Turma do STF ainda em março de 2004, como *habeas corpus* substitutivo de Recurso Extraordinário, com pedido de liminar de suspensão da execução da pena. Em 26 de abril de 2004, o relator, Min. Nelson Jobim, indeferiu o pedido liminar. Antes que o réu fosse preso pela primeira vez no processo, foi apresentado pedido de reconsideração. Em 17 de maio de 2004, o relator acatou o pedido, afastou a fundamentação da prisão preventiva com base nas explicações dadas pelo réu e deferiu a liminar para manter o réu em liberdade até o fim do julgamento do HC.

Em 26 de outubro de 2004, o novo relator, Min. Eros Grau, votou no mérito em respeito à jurisprudência do STF. Seu voto, enquanto integrante da Primeira Turma, registrado nos extratos de ata, indeferia o pedido de *habeas corpus* e cassava o pedido liminar concedido (páginas 20 e 28). Seu voto, antecipado desde 2004, enquanto integrante do Tribunal Pleno, concedia a ordem para que o paciente aguardasse em liberdade o trânsito em julgado. O Ministro Relator destacou: “refletindo a propósito da matéria, estou inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto” (BRASIL, 2009, p. 7).

O Min. Carlos Ayres Britto pediu vista do processo. Em 24 de novembro de 2004, na Primeira Turma do STF, o Min. Carlos Ayres Britto saneou a questão e identificou

divergência jurisprudencial sobre a matéria da execução provisória da pena. Por essa razão, propôs que o caso fosse remetido ao pleno para solução definitiva da controvérsia (BRASIL, 2009, p. 21).

Em 2004, porém, o principal debate presente no Tribunal Pleno do STF não dizia respeito ainda à execução provisória imediatamente após condenação em segunda instância. O debate que se travava até então ainda era o debate sobre a execução provisória da pena após decisão de primeira instância. Nesse sentido é que os Min. Ayres Brito, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, destacaram que, à época, o debate travado no STF ainda era exclusivamente sobre a possibilidade de apelar em liberdade (BRASIL, 2009, p.25).

Em 5 de fevereiro de 2009, o tribunal pleno do STF decidiu, por 7 votos a 4, a partir deste caso concreto, que a execução provisória da pena privativa de liberdade seria inconstitucional. Votaram pela concessão do HC os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Votaram pela denegação do HC os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

A ementa do Acórdão destacou os principais argumentos que fundamentaram a decisão final do *Habeas Corpus* 84.078/MG:

- a. a interpretação inequívoca do princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII);
- b. a interpretação sistemática do sistema processual penal a partir da Lei de Execução Penal (art. 105 e 164);
- c. o princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, LV);
- d. a exclusividade da natureza cautelar da prisão antes do trânsito em julgado;
- e. crítica ao punitivismo excessivo;
- f. refutação do pragmatismo conveniente apenas à magistratura por detrás das alegações de inundação dos tribunais por recursos e de império da impunidade;
- g. a analogia entre a pena privativa de liberdade (mais gravosa) e a pena restritiva de direito (menos gravosa) antes do trânsito em julgado, vedada pelo STF no Recurso Extraordinário 482.006/MG, em 7 de novembro de 2007 (BRASIL, 2007b);
- h. Princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

2.2.1. Destaques úteis à tese

A maioria decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena e foi composta pelos Min. Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Reduzido o voto do Min. Marco Aurélio, em comparação com suas decisões anteriores e posteriores, mas em grande parte bem representado nos votos de outros Ministros. Ausente da íntegra do acórdão o voto do Min. Ricardo Lewandowski. A minoria foi composta pelos Min. Menezes Direito, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Ausente da íntegra do acórdão o voto da Min. Carmen Lúcia.

A argumentação que fundamenta essa decisão foi retratada no Mapa dos Argumentos (Apêndice C), estudada na Análise Esquemática (Apêndice N) e dissecada no Banco de Argumentos (Apêndice K).

2.2.1.1. Argumentação da maioria

A decisão se baseou na interpretação literal do inciso LVII. A essência da decisão foi a determinação constitucional de que toda execução provisória é inconstitucional. Ainda não tinham sido revogados os art. 393, I, 597, 637 e 669 do CPP. o Min. Eros Grau fundamentou explicitamente que haveria antinomia entre a LEP e o CPP. Prevaleceu a interpretação sistemática a partir da LEP. Todas as regras antinômicas do CPP ficaram tacitamente revogadas, sendo possível deduzir, da decisão, que não teriam sido recepcionadas pela Constituição de 1988.

O Min. Celso de Mello defendeu que o inciso LVII conteria mais do que uma simples presunção de inocência, em seu sentido comum. Ele conteria um “estado de inocência”.

O relator, Min. Eros Grau, explicitou que estava interpretando o inciso LVII como uma regra. Deduziu-se, a partir do contexto histórico, que os Min. Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski também a aplicaram assim. Foi menos clara a interpretação dos demais. Concluiu-se que, na prática, os Min. Ayres Britto e Cezar Peluso também aplicaram a norma como regra. Apenas na interpretação do Min. Gilmar Mendes parece ter ficado mais

predominante a natureza de princípio. Não é possível afirmar com certeza, mas o ministro resolveu o caso com base na máxima da necessidade, o que indica um princípio.

Foi dito que a presunção de inocência seria carregada de sentido coloquial e comumente interpretada da seguinte forma: “o homem é inocente até prova em contrário”. A Constituição teria instituído uma garantia mais forte que essa, segundo a qual o indivíduo não seria inocente somente até prova em contrário, mas, sim, até o trânsito em julgado. Do inciso LVII seria mandatória a conclusão de que ninguém pode ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado. Não seria lógico permitir que a pena seja executada ao longo do processo sem concluir que há tratamento do réu como culpado. O juízo de culpa inerente à condenação é tratamento do réu como culpado. Disso decorreria que a execução provisória é sempre prisão-pena (*carcer ad poenam*). Sob o inciso LVII, só seriam permitidas prisões fundamentadas cautelarmente (*carcer ad custodiam*).

A decisão consagrou explicitamente a tese da exclusividade cautelar estrita. Fundamentação cautelar significou fundamentação em fato concreto. Não bastariam juízos especulativos ou fundamentações genéricas, hipotéticas ou baseadas em presunções abstratas. Repeliu-se expressamente o automatismo das prisões cautelares *ex lege*. Vinculou-se essa interpretação ao inciso LXI.

Esteve presente a tensão remanescente do debate sobre as cautelares (supra 1.8.2.6). O Min. Gilmar Mendes deixou clara sua interpretação de que, quando necessário, o juiz poderia utilizar das hipóteses do art. 312, na sentença, para determinar a prisão do réu. O ministro entendeu que a medida cautelar seria uma alternativa menos gravosa de atingir os mesmos fins da execução provisória da pena.

Na espécie, já se demonstrou à saciedade, a partir dos votos vencidos acima referidos, que **os eventuais objetivos de semelhante medida podem ser integralmente alcançados com a adoção da prisão provisória.**

(...)

Assim, estou também em que o recolhimento à prisão quando ainda cabe recurso da sentença condenatória **há que embasar-se em decisão judicial devidamente fundamentada em quaisquer das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.** (Gilmar Mendes, BRASIL, 2009, p.153) (grifos nossos)

No trecho, o Min. Gilmar Mendes usou prisão provisória como sinônimo de prisão preventiva. É possível que tenha sido uma confusão. Ainda que seja, é uma confusão que retrata bem uma tendência de eliminação de qualquer sentido de prisão provisória que não

esteja contido no conceito de prisão cautelar. Esse foi um dos momentos que suscitou o esforço de desambiguação que acabou resultando na pesquisa histórico-jurídica do Capítulo I.

O Min. Eros Grau recuperou os ensinamentos do Min. Sepúlveda Pertence, já mencionados acima. Vale a reprise porque é uma marca forte do debate:

Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: "... quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: **ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena.** (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que se 'hurlent de se trouver ensemble' " (Eros Grau, BRASIL, 2009, p.14) (grifos nossos)

Segundo o argumento, qualquer forma de prisão provisória cuja natureza é punitiva está proibida. Antes do trânsito em julgado, a Constituição permitiria apenas as prisões cautelares.

Fez-se referência à decisão do RE 482.006 (2007) para complementar a fundamentação com a analogia entre as penas restritivas de direitos e as penas privativas de liberdade. Se o trânsito em julgado impede a execução das primeiras, feriria o princípio da isonomia se não se interpretasse da mesma forma em relação às segundas.

Invocou-se também o princípio da ampla defesa:

A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. **Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.** Por que não haveria de ser assim? **Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o 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.** (Eros Grau, BRASI, 2009, p.11)

O encaixe deste argumento pode parecer um pouco fora do lugar depois da revogação do art. 594. A razão para isso é o fato de que o Min. Eros Grau redigiu seu voto antes de 2008. Esse argumento não foi muito utilizado pelos demais ministros. Como se explicou anteriormente, em 2004, quando o julgamento do HC foi afetado ao Tribunal Pleno, o debate existente no STF ainda era sobre a prisão após decisão em primeira instância.

Registra-se que foram encontradas evidências de influência do debate processual penal italiano no voto do Min. Cezar Peluso. Também foram encontradas evidências da doutrina espanhola e do direito constitucional alemão no voto do Min. Gilmar Mendes, sob a forma de argumentos de direito comparado que dariam força à sua proposta de solução alternativa por meio da prisão cautelar. O Min. Celso de Mello fez referência expressa aos diplomas de direito internacional que consagrariam a tese da inconstitucionalidade da execução provisória da pena:

(Celso de Mello, p.70)

Não custa rememorar que essa prerrogativa básica - **a de que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado** - está consagrada não só nas Constituições democráticas de inúmeros países (como o Brasil), mas, também, em importantes declarações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Relembra-se que, durante toda a década de 1990, o Min. Celso de Mello utilizou esses mesmos diplomas de direito internacional para fundamentar a conclusão oposta. Durante anos, interpretou expressa e detalhadamente esses tratados internacionais, provando que todos eles contêm regras expressas que indicam que são compatíveis a presunção de inocência e a execução imediata de decisões condenatórias. A mudança de posição de Celso de Mello foi fortemente influenciada pela dissidência do STF. Que por sua vez foi fortemente influenciada por GOMES (1994). A tese não fará essa jornada ao direito internacional.

2.2.1.2. Argumentação da minoria

A minoria argumentou que a regra contida na Constituição e no CPP seria a execução provisória da pena privativa de liberdade. A exceção seria o efeito suspensivo dos recursos para os tribunais superiores. Não faria sentido inverter-se a regra para garantir a proteção de

eventuais casos de abuso de direito, quando são suficientes os mecanismos de solução oferecidos pelo ordenamento.

A norma contida no inciso LVII do art. 5º da CF não teria a extensão interpretativa que se tenta atribuir a ela. A norma invocada não serviria ao propósito de impedir a privação de liberdade, especialmente após exaurimento da análise das instâncias ordinárias. Interpretá-la dessa forma seria uma subversão da interpretação tradicional do princípio da presunção de inocência e uma subversão do sistema processual penal.

Dou à presunção de inocência ou, mais corretamente, à presunção de não-culpabilidade uma extensão diversa daquela sustentada pelo impetrante. Com efeito, entendo que a presunção posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal - e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 88, pois já figurava nas redações dos textos constitucionais anteriores - **é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.** (Ellen Gracie, BRASIL, 2009, p.122) (grifos nossos)

A Min. Ellen Gracie fez referência à liberdade provisória e à possibilidade de fiança como regras constitucionais importantes que implicam a aprisionabilidade imediata do réu, antes do trânsito em julgado. Esse fio argumentativo não recebeu maior atenção no julgamento de 2009.

Interpretaram que o princípio da presunção de inocência cederia espaço frente à efetiva comprovação da culpa do réu, respaldada por decisão condenatória de autoridade judicial competente. Retirar a possibilidade de executar antecipadamente a pena após condenação pelas instâncias ordinárias afetaria a efetividade do processo penal, principalmente considerando que somente as instâncias ordinárias poderiam julgar os fatos.

A argumentação se concentrou fortemente na ausência de efeito suspensivo dos recursos para os tribunais superiores, fundada no art. 637 e no art. 27 da Lei nº 8.038/90. Evitaram comprar o debate quanto aos art. 393, I, 597 e 669. Houve breves momentos em que os ministros, em especial o Min. Joaquim Barbosa, deram a entender que a possibilidade de execução provisória se estenderia à sentença de primeira instância. Nenhum deles teve coragem de comprar essa defesa abertamente.

O afunilamento do debate, reduzindo-o apenas à prisão em segunda instância, pareceu conectado à recente revogação do art. 594. A aplicabilidade do art. 393, I, parece ter sido afetada indiretamente. Por outro lado, os Min. Joaquim Barbosa e Ellen Gracie defenderam

que, caso ainda estivesse vigente, o art. 594 seria compatível com a Constituição. Isso porque não existiria direito ao duplo grau de jurisdição. Quanto mais ao terceiro e ao quarto graus de jurisdição, que resultariam da proposta da maioria.

Todos os ministros da minoria aplicaram a presunção de inocência como um princípio. Ressaltaram a afetação grave a outros princípios, com especial ênfase aos princípios da efetividade da jurisdição penal e da garantia geral à proteção. Este ponto é de especial importância para o Capítulo IV porque representa a forma indireta que o precedente original passou a usar para tentar justificar a execução provisória evitando dar a ela caráter explícito de punição. Ao argumentar desta forma, estavam concedendo, à tese da exclusividade cautelar estrita, que a prisão-pena estaria mesmo vedada pela Constituição. Estavam tentando salvar a execução provisória pela via da argumentação cautelar. Ainda que isso implicasse em contradições, como é o caso do “princípio da credibilidade da lei penal”.

Essa concessão ficou muito clara quando o Min. Menezes Direito tentou dissociar a execução provisória de seu efeito retributivo. Admitiu que a punição seria incompatível com o inciso LVII. Tentou salvar a possibilidade de execução provisória com base em seu caráter preventivo:

A sanção penal tem duplo caráter, especialmente na forma de privação da liberdade, A retribuição e a prevenção se conjugam na sua essência e disputam os seus efeitos. Se **o elemento retributivo** compreende uma compensação à sociedade pela violação de uma de suas regras mais caras e **não ganha sentido sem a definição da culpa, o elemento preventivo coaduna-se com a execução provisória da pena privativa de liberdade** na medida em que revela um componente essencial do sistema repressivo. **É esse componente que pode justificar a privação da liberdade do condenado mesmo antes do esgotamento das instâncias extraordinárias que por definição não suspendem o julgado proferido nas instâncias ordinárias.** (Menezes Direito, BRASIL, 2009, p.57 e 58)(grifos nossos)

O Min. Menezes Direito concedeu que é o elemento preventivo, e somente ele, que se coadunaria com a execução provisória da pena privativa de liberdade. Ele concedeu que a definição da culpa estaria vedada pelo inciso LVII. A minoria estava argumentando a partir das premissas da tese da exclusividade cautelar. Estava tentando salvar a tese da exclusividade cautelar ampla.

O Min. Joaquim Barbosa também tentou argumentar a partir da finalidade preventiva da pena:

Por fim, deve-se considerar que **os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão completamente perdidos se se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório.** Com efeito, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, **impede-se a real socialização do apenado e prejudica-se a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica.** (Joaquim Barbosa, BRASIL, 2009, p.102) (grifos nossos)

Como se viu supra (1.10.5), a Min. Ellen Gracie também tentou dissociar o que chamou de prisão provisória da ideia de antecipação da pena.

A ênfase que a minoria deu aos elementos preventivos da execução provisória são uma demonstração do seu desconforto com os elementos retributivos. Essa constatação será útil ao Capítulo IV e à Conclusão desta tese.

Encerra-se esta síntese com a citação do trecho do debate oral entre os Min. Eros Grau e Ellen Gracie. Ele será utilizado ao longo dos capítulos seguintes:

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhor Presidente, gostaria de fazer uma observação técnica, evidentemente, **com todo o respeito ao belíssimo voto do Ministro Menezes Direito, mas o seu voto declara *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do artigo 105 da Lei de Execuções Penais,** que diz:

"Art. 105 - Transitando em julgado a sentença que aplicar 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".

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - **A posição contrária declara a inconstitucionalidade do Código de Processo Penal.**

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Não, eu queria observar - perdoem-me - que, tecnicamente, é isto: **a questão da expedição da guia de recolhimento para a execução,** tema que o Ministro Celso de Mello observou absolutamente entrando em polêmica.

Apenas gostaria de apontar esse - vamos dizer assim - pormenor técnico.

(Explicação, BRASIL, 2009, p.79) (grifos nossos)

2.3. O processo do HC 126.292/SP até o julgamento de 2016

Em primeiro grau, o réu foi condenado por roubo, com base no art. 157, §2º, incisos I e II, do CP. Foram-lhe aplicadas as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e de 13 (treze) dias-multa. O juiz permitiu, em sentença, que o réu recorresse em liberdade.

Somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O Tribunal negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o réu. A defesa impetrou o HC 313.021/SP no STJ, opondo-se à ordem de prisão.

A defesa alegou, no HC, que a expedição do mandado de prisão constituiria execução da pena antes do trânsito em julgado, ausente qualquer fundamentação cautelar. O réu já estaria há mais de três anos em liberdade e nenhum fato novo que justificasse a prisão teria ocorrido. A defesa invocou o entendimento do STF de que, em respeito ao inciso LVII art. 5º da CF, não pode haver execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Requereu liminarmente sobrestamento do mandado de prisão expedido até o julgamento final do HC.

No dia 22 de dezembro de 2014, o Min. Presidente Francisco Falcão decidiu monocraticamente que estaria firmado entendimento majoritário da Quinta e da Sexta Turmas do STJ no sentido de que seria “inadequado o manejo de HC contra decisão do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial” (BRASIL, 2014). Não seriam mais cabíveis, portanto, *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal, salvo casos excepcionais de flagrante ilegalidade – o que não lhe pareceu ser o caso. Indeferiu o pedido liminar e solicitou informações pormenorizadas ao Tribunal de origem para posterior julgamento do mérito.

A defesa impetrou o HC 126.292/SP no STF, opondo-se à decisão do STJ que indeferiu o pedido liminar. No dia 5 de fevereiro de 2015, o Min. Teori Zavascki, relator do HC, deferiu o pedido de liminar, suspendendo a prisão.

Em 17 de fevereiro de 2016, o tribunal pleno do STF denegou o *habeas corpus*. Decidiu, a partir deste caso concreto, que a execução provisória da pena após decisão condenatória de segunda instância não ofenderia o princípio constitucional da presunção de inocência. A decisão foi tomada por 7 votos a 4 e inverteu o entendimento formado pelo STF em 2009, no HC 84.078/MG. Votaram pela denegação do HC os Min. Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e

Gilmar Mendes. Vencidos, votaram pela concessão do HC os Min. Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A ementa do Acórdão destacou conclusão central a que chegaram os Ministros ao final do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP:

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

2.3.1. Destaques úteis à tese

A maioria decidiu pela constitucionalidade da execução provisória da pena, após acórdão condenatório e enquanto pendentes apenas recursos extraordinário e especial. Compuseram-na os Min. Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ausente da íntegra do acórdão o voto do Min. Dias Toffoli. A minoria foi composta pelos Min. Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A argumentação que fundamenta essa decisão foi retratada no Mapa dos Argumentos (Apêndice D), estudada na Análise Esquemática (Apêndice N) e dissecada no Banco de Argumentos (Apêndice L).

2.3.1.1. Argumentação da maioria

A decisão foi tomada com base em argumentos muito similares aos argumentos apresentados pela minoria de 2009. O inciso LVII seria um princípio e não uma regra. Por isso comportaria sopesamento com outros princípios. A competência funcional dos juízos ordinários seria diversa dos juízos extraordinários. Os tribunais superiores não fariam juízo de fato, logo, a comprovação fática da culpa ficaria restrita às instâncias ordinárias. Os recursos especial e extraordinário não teriam efeito suspensivo. Isso seria ainda mais evidente no caso recurso extraordinário, para a admissão do qual se requer demonstração de repercussão geral.

O debate mostrou-se impactado pelo estudo de direito comparado trazido pelo Min. Teori Zavascki, que revelou que o sistema processual penal brasileiro é uma exceção no mundo.

Os Min. Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso construíram o argumento da compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e o tratamento progressivamente mais gravoso. A culpa não se consolidaria de uma vez no trânsito em julgado. A comprovação da culpa se sedimentaria progressivamente ao longo do processo. Essa ideia harmonizaria a norma contida no inciso LVII com a ideia de execução provisória. Seria constitucionalmente imperativo concluir que são imediatamente exequíveis acórdãos condenatórios, afinal, com o fim das instâncias ordinárias, esgotar-se-ia o questionamento da matéria de fato.

Da mesma forma que em 2009, a argumentação ficou concentrada na segunda instância. A diferença é que, em 2016, havia sido expressamente revogado o art. 393, I, pela Lei 12.403/11. A mesma lei que alterou a redação do art. 283. Apesar de expressamente considerado pelos Min. Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso, o art. 283 não recebeu grande atenção neste julgamento, nem da maioria e nem da minoria.

Construiu-se de forma mais completa o argumento da essência probatória da presunção de inocência. Interpretou-se que a vedação contida no inciso LVII diria respeito apenas ao “carimbo da culpa” e a suas consequências para além do direito penal (BRASIL, 2016, p.61). O sentido da norma seria “todos são considerados inocentes até prova em contrário”. A decisão do STF em 2009 teria sido uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade. Não faria sentido, da perspectiva do senso comum: um cidadão denunciado, condenado em primeiro grau, condenado em segundo grau e condenado no STJ, poder ingressar no STF livre e presumido inocente (ibid., p.58).

Os ministros referiram-se ao inciso LXI com mais ênfase do que em 2009, argumentando que ele é que estabeleceria as condições constitucionais de aprisionabilidade. Não o inciso LVII.

Foi possível identificar um retorno mais enfático da defesa das regras originais do CPP e até vislumbrar uma defesa da prisão-pena antes do trânsito em julgado. O Min. Teori Zavascki (ibid., p. 18) e a Min. Cármen Lúcia (ibid., p. 61 e 62) se referiram explicitamente à possibilidade de início do cumprimento da pena enquanto pendentes apenas recursos para os tribunais superiores.

Os outros ministros também fizeram usos da expressão “cumprimento da pena”, ainda que menos explícitos. O Min. Gilmar Mendes: “nesse estágio, é compatível com a presunção

de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos” (ibid., p.68). E o Min. Luis Roberto Barroso:

A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema. (ibid., p.52)

O problema é que essa posição continuou diluída em um discurso jurídico dominado por razões cautelares: “Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário” (Luis Roberto Barroso, ibid., p. 48).

Da mesma forma que em 2009, os ministros também continuaram a tentar justificar a execução provisória a partir de fundamentos cautelares. Destaca-se a fundamentação da ponderação de princípios do Min. Luis Roberto:

De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. **De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal.**

(...)

Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a **aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante**. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, **o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente**, entre outros.

Como se pode constatar dos mapas argumentativos, o princípio da efetividade da lei penal é um dos mais citados. Imaginava-se que dele adviria uma ideia firme de punição ou

retribuição. Mas não. Em todos os julgamentos, de 2009 a 2019, os ministros diluíram a ideia de punição em formas alternativas de construção de um argumento cautelar. Esconderam-se por detrás dos princípios e evitaram, assim, assumir frontalmente o fardo de defender o retorno da prisão-pena, antes do trânsito em julgado. A Min. Carmen Lúcia foi a mais clara exceção.

Os ministros fizeram referência à Lei da Ficha Limpa, declarada constitucional nas ADC 29 e 30, relatadas pelo Min. Luiz Fux e julgadas em 2021. Inverteram assim, a seu favor, a analogia da pena restritiva de direitos.

Antecipando um debate que ganhou corpo em 2019, o Min. Edson Fachin defendeu também a precedência do princípio da soberania do júri alínea c, inciso XXXVIII art. 5º CF.

2.3.1.2. Argumentação da minoria

A minoria de 2016 reprisou grande parte dos argumentos da maioria de 2009. Argumentaram que a Constituição não permitiria outra interpretação. A interpretação literal do inciso LVII exigia que se considerasse inconstitucional qualquer forma de execução provisória da pena. Corroboraria essa conclusão a interpretação sistemática da LEP em antinomia com o art. 637 do CPP.

O Min. Celso de Mello defendeu, uma vez mais, que o inciso LVII conteria mais do que uma simples presunção de inocência, em seu sentido comum. Ele conteria um “estado de inocência”.

O Min. Marco Aurélio reiterou que seria impossível retornar ao *status quo ante*, quando se trata de execução provisória de pena privativa de liberdade.

Os ministros acrescentaram, como argumentos, os princípios formais da segurança jurídica e da autonomia do legislador. Criticaram a mudança de um precedente tão cedo assim (2009 a 2016). Criticaram o argumento de mutação constitucional e o pragmatismo no qual se embasaram principalmente os Min. Luis Roberto Barroso e Luiz Fux.

Contaram a história do princípio da presunção de inocência. Ressaltaram as raízes fascistas do esvaziamento do princípio. Relembrou a construção histórica da tese da exclusividade cautelar estrita no Brasil e sua luta contra o punitivismo.

Enfatizaram a clareza da regra contida no inciso LVII e a sua natureza de cláusula pétrea. A norma teria definido o trânsito em julgado como um momento processual claro para

o fim do tratamento do réu como inocente. Não haveria como fugir a essa moldura interpretativa. Dessa ideia decorreria o conceito de estado de inocência, que seria ainda mais forte que uma mera presunção:

Insista-se, pois, na asserção de que o postulado do **estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha** – como o exige a Constituição do Brasil – **o trânsito em julgado da condenação penal**. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente. (Celso de Mello, BRASIL, 2016, p.92 e 93)

Esta passagem do Min. Celso de Mello é especialmente reveladora de vários dos elementos argumentativos que serão analisados no Capítulo LV:

Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer comportamento estatal transgressor do **dogma** segundo o qual **não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita** (RT 690/390 – RT 698/452-454).

(...)

Insista-se, pois, na asserção de que o postulado do estado de inocência **repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade** até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – **o trânsito em julgado da condenação penal**. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente. (Celso de Mello, BRASIL, 2016 p.92) (grifos)

Para o ministro, juízos antecipados equivaleriam à presunção de culpa da perspectiva do “dogma constitucional”. Faltar-lhes-ia o “elemento de certeza” ligado à “nota da definitividade” que o constituinte originário elegeu ser exclusivamente o trânsito em julgado. Extraíu disso que o inciso LVII veda qualquer juízo de culpa antes do trânsito em julgado, especialmente quando dele resulte a perda da liberdade do réu.

2.4. O processo das ADC 43, 44 e 54 até o julgamento de 2019

A ADC 43 foi proposta pelo Partido Ecológico Nacional²⁰, no dia 19 de maio de 2016, pouco tempo depois do julgamento do HC 126.292/SP pelo STF, que ocorreu em fevereiro daquele ano. O processo foi distribuído para relatoria do Min. Marco Aurélio. No dia seguinte, 20 de maio de 2016, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADC 44, que foi distribuída por prevenção ao mesmo Relator. Foram reunidos os processos para julgamento conjunto.

O objeto principal das duas ADC foi o pedido de confirmação da constitucionalidade do art. 283 do CPP, alterado pela Lei 12.403/11. A norma contida no art. 283 CPP condicionaria expressamente a execução da pena ao trânsito em julgado.

O principal fundamento da ação do PEN²¹, conforme reconhecido pelos ministros, seria que o art. 283 do CPP constituiria interpretação razoável do princípio constitucional presunção de inocência. A possibilidade dessa interpretação teria sido corroborada pelo próprio STF no julgamento do HC 84.078, em 2009. A alteração do entendimento, promovida no HC 126.292/SP, teria sido tomada sem que o STF tivesse examinado detidamente a constitucionalidade da regra contida no art. 283.

Destaca-se passagem da peça que delimita bem a postura argumentativa contida na inicial da ADC 43:

(Inicial ADC 43, p.28)

Na presente ação, **não se reitera a tese de que a interpretação fixada pelo STF no HC 84078, de 2009, seja a única interpretação possível do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.** O que ora se sustenta é que se trata, quando menos, de **uma das interpretações possíveis a que se abre o texto normativo. O mesmo se diga da redação atual do art. 283 do CPP, dada pela Lei nº 12.403/2011.** O texto veicula parâmetro para a conformação do princípio da presunção de inocência, especificamente no que toca à pena de prisão, que se situa, indubitavelmente, dentro da moldura normativa estabelecida pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. **Ainda que se sustente que não se trata da melhor interpretação, não é possível negar que se cuida de interpretação possível, válida e razoável do texto**

²⁰ O Partido Ecológico Nacional passou a se denominar Patriota a partir de 2018.

²¹ A inicial da ADC 43 foi assinada pelos advogados Antônio Carlos de Almeida Castro, Cláudio Pereira de Souza Neto, Ademar Borges de Sousa Filho, Beatriz Veríssimo de Sena e Guilherme Leite Chamum Aguiar.

constitucional. Trata-se de interpretação que se situa na esfera do constitucionalmente possível.

A nova redação do art. 283 do CPP foi elaborada pelos representantes eleitos pelo voto popular. A liberdade de conformação do Legislador, nos limites da moldura normativa fixada pela Carta Política, deve ser respeitada como um dos elementos centrais de uma democracia constitucional. **O legislador decidiu dentro dos limites constitucionais, conferindo ao princípio da presunção de inocência uma interpretação que não deixa sequer de ser estrita,** apoiada no critério do trânsito em julgado mencionado no texto constitucional. **Na hipótese, demanda-se do Judiciário deferência relativamente ao resultado do processo legislativo democrático.** (grifos nossos)

Por sua vez, o fundamento principal da ADC 44²², proposta pelo CFOAB teria sido a tese da constitucionalidade espelhada do art. 283 do CPP. O art. 283 não seria apenas compatível com a Constituição, ele replicaria o texto constitucional. Destaca-se trecho da inicial que ilustra essa ideia:

(Inicial ADC 44, p.12)

Entretanto, é possível deixar isso tudo ainda mais claro: **a norma contida no Código de Processo Penal reflete, de forma cristalina, repete o conteúdo material e formal do que está contido na Constituição da República.**

Na Verdade, a Lei nº 12.403/11 – que conferiu a atual redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal – buscou, precisamente harmonizar o direito processual penal ao ordenamento constitucional, espelhando – e reforçando – o princípio da presunção de inocência.

Nesse exato sentido, Guilherme Nucci – um dos autores atualmente mais citados na doutrina – explica que a norma contida no artigo 283 do Código de Processo Penal “reproduz” o disposto no artigo 5º, da Constituição. (grifos nossos)

Na ADC 43, foi requerida concessão de cautelar para que cessassem as execuções provisórias e fossem suspensas as que estivessem em curso, libertando-se todas as pessoas encarceradas até que concluído o julgamento. De forma similar, pleiteou-se, na ADC 44, “concessão de medida cautelar para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP”. Da perspectiva contida na inicial do CFOAB, todas as decisões que seguiram o entendimento do

²² A inicial da ADC 44 foi assinada pelos advogados Cláudio Lamachia, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade, Juliano Breda e Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior.

STF teriam ignorado “dispositivo legal – presumidamente válido – sem arguir o devido incidente de inconstitucionalidade” (ibid., p. 18).

Em 5 de outubro de 2016, o STF decidiu, por 6 votos a 5, pelo indeferimento da medida cautelar. A maioria foi composta pelos Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin. A minoria foi composta pelos Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

O Min. Dias Toffoli alterou seu posicionamento de 2016, diferenciando os Recursos Especiais dos Recursos Extraordinários, para fins de concessão da cautelar:

Com essas considerações, voto pela concessão , em parte, da medida cautelar, para o fim de i) se determinar a suspensão das execuções provisórias de decisões penais ordenadas na pendência de julgamento de recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp) que tenham por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido pelo Plenário do STF no HC nº 126.292/SP; e ii) se obstar que, na pendência de julgamento de recursos daquela natureza, sejam deflagradas novas execuções provisórias com base nas mesmas razões. (BRASIL, 2016b, p.177)

A argumentação utilizada pela maioria fez referência expressa ao entendimento estabelecido no julgamento do HC 126.292/SP, segundo o qual, conforme constou da ementa: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (ibid., p.2). Entenderam que inexistiria antinomia entre as regras que estabelecem inexistência de efeito suspensivo aos recursos para os tribunais superiores e a regra contida no art. 283 do CPP. A regra do CPP constituiria uma vedação geral restrita por atribuição legal expressa de eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais. O art. 283 permaneceria constitucional sem que disso decorresse contradição com o entendimento vigente.

Em 10 de novembro de 2016, mês seguinte à decisão cautelar das ADC 43 e 44, o STF confirmou mais uma vez esse entendimento, no ARE 964.246-RG/SP, relatado pelo Min. Teori Zavascki. O pleno do STF atribuiu repercussão geral a essa decisão, conforme ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII).

ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (BRASIL, 2016c)

Em 4 de abril de 2018, foi julgado, pelo pleno do STF, o HC 152.752/PR, impetrado pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Nessa ocasião, o Min. Gilmar Mendes mudou novamente de posição. Lembra-se que, em 2009, o ministro compôs a maioria que declarou a inconstitucionalidade da qualquer execução provisória da pena privativa de liberdade. Depois, em 2016, mudou seu entendimento e integrou a nova maioria, que reinstituíu a execução provisória enquanto pendentes recursos extraordinário e especial.

Em 2018, reunido novamente o pleno para decidir sobre o HC do ex-Presidente Lula, o Min. Gilmar Mendes voltou atrás novamente em seu entendimento. Não fosse o voto da Min. Rosa Weber, que também mudou de posição, o voto do Min. Gilmar Mendes teria propiciado a formação de nova maioria do STF e o retorno da proibição à execução provisória antes do trânsito em julgado. A Min. Rosa Weber votou, segundo ela, em respeito à jurisprudência da corte, que teria sido estabelecida pelo colegiado pleno, ao longo de 2016, inclusive com repercussão geral. A ministra ressaltou que seu entendimento pessoal seria em sentido contrário, mas que acreditava que deveria prevalecer o entendimento da instituição, firmado em precedente.

Ainda durante o julgamento do HC 152.752/PR, o Min. Marco Aurélio criticou a Min. Carmen Lúcia por ter pautado este julgamento antes do julgamento das ADC 43 e 44. Segundo ele, essa teria sido a principal causa do resultado. Tivesse pautado o julgamento das ADC primeiro, a Min. Rosa Weber não teria alterado seu voto.

São importantes as mudanças de entendimento dos Min. Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Rosa Weber, entre as decisões de 2016 e 2019. A evolução do entendimento desses três ministros será abordada separadamente, logo após o estudo completo da argumentação da decisão das ADC 43, 44 e 54.

No dia 18 de abril de 2018, o Partido Comunista do Brasil ajuizou a ADC 54²³, que foi reunida às ADC 43 e 44 por identidade de objeto. A ADC respaldou seu pedido na sinalização de que teria se formado uma nova maioria entre os integrantes do STF. A partir da mudança de entendimento do Min. Gilmar Medes, a maioria dos ministros do tribunal teria se tornado favorável ao retorno ao entendimento de 2009:

(Inicial PCdoB, BRASIL, 2019)

22. Com efeito, diante da mudança do voto do Ministro Gilmar Mendes e – aparente – manutenção do voto da Ministra Rosa Weber, formou-se maioria neste STF a respeito do entendimento de que o art. 283 do CPP é compatível com o art. 5º, LVII, da CF. Disso decorre que não é constitucional, segundo o entendimento desta Corte, a antecipação da pena a partir da condenação em segunda instância.

A posição argumentativa adotada pela inicial da ADC 54 parece se aproximar mais da posição adotada pela ADC 43, no sentido de que se fundamenta mais na tese da autonomia legislativa e não na tese do espelhamento constitucional. Segundo consta da inicial, o legislador teria maximizado a vontade constituinte por meio da lei 12.403, de 2011, e optado “por promover o avanço progressivo do Estado de Direito e dos direitos e garantias fundamentais, em prol do reforço à presunção de inocência”. Não obstante, a inicial é ambígua em alguns trechos, deixando margem para a interpretação de que haveria uma certa redundância entre as normas constitucional e infra:

(Inicial PCdoB, BRASIL, 2019)

33. Irretorquível a harmonia entre o texto constitucional e legal, sobretudo, quanto ao destacado conceito de trânsito em julgado. No que toca a essa expressão, não parece haver margem interpretativa que possa alterar seu real conteúdo, qual seja o de apenas haver trânsito em julgado com o édito de decisão irrecurável.

34. Torna-se incontestável que presente na Constituição norma que proíbe a presunção de culpa, disso decorre que nenhuma medida processual pode afetar a situação jurídica do acusado para torná-lo ou admiti-lo como culpado antes do marco do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A ADC 54 reiterava os pedidos cautelares de suspensão de todas as execuções provisórias da pena no país, fundamentando-se agora nos fatos novos apontados. Em 19 de

²³ Assinaram a inicial da ADC 54: Celso Antonio Bandeira de Mello, Weida Zancaner Bandeira de Mello, Geraldo Prado, Michel Saliba Oliveira, Gabriel de Carvalho Sampaio e Paulo Machado Guimarães.

abril de 2018, o relator das três ADC, o Min. Marco Aurélio, pediu que fosse designada a data de inclusão na pauta do Pleno para apreciação do pedido liminar. Em 19 de dezembro de 2018, diante da ausência de designação da data para julgamento da questão, o ministro deferiu o pedido liminar e determinou a interrupção imediata de toda execução penal cuja decisão condenatória ainda não houvesse transitado em julgado. Determinou também a soltura de todos os presos decorrentes de condenação em apelação, com recursos pendentes aos tribunais superiores, desde que não houvesse fundamentação cautelar que lhes justificassem o encarceramento.

Pouco mais de uma hora depois, no mesmo dia, após pedido da Procuradoria-Geral da República, o Min. Dias Toffoli, então presidente do STF, suspendeu a liminar concedida pelo Min. Marco Aurélio. Determinou que essa suspensão deveria prevalecer até que o pleno do tribunal apreciasse a matéria de forma definitiva, em data que já estava designada: 10 de abril de 2019. Em 04 de abril de 2019, o julgamento foi excluído do calendário pelo Presidente. Em 14 de outubro de 2019 o julgamento foi novamente incluído no calendário para 17 de outubro e assim ocorreu. O julgamento foi concluído em 7 de novembro de 2019.

2.4.1. Destaques úteis à tese

A maioria decidiu pela vedação de qualquer prisão antes do trânsito em julgado, excetuando-se aquelas com fundamento cautelar. Compuseram a maioria os Min. Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. A minoria foi composta pelos Min. Edson Fachin, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Luis Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

A argumentação que fundamenta essa decisão foi retratada no Mapa dos Argumentos (Apêndice E), estudada na Análise Esquemática (Apêndice N) e dissecada no Banco de Argumentos (Apêndice M).

2.4.1.1. Argumentação da maioria

O núcleo da argumentação, deste lado do debate, continuou basicamente o mesmo dos julgamentos anteriores. A primeira grande diferença foi a ênfase na interpretação do art. 283, respaldada pelo princípio da autonomia do legislador infraconstitucional. A segunda foi a tese da constitucionalidade espelhada entre o inciso LVII e o art. 283. Todos os ministros que compuseram a maioria, exceto o Min. Dias Toffoli, seguiram o relator dando respaldo à tese da constitucionalidade espelhada. Toffoli presidia o julgamento, desempatou a favor da constitucionalidade do art. 283, mas com ressalvas explícitas.

O Min. Dias Toffoli rechaçou expressamente a tese da constitucionalidade espelhada e delimitou a *ratio decidendi* do acórdão à fundamentação da decisão na autonomia do legislador infraconstitucional. Para ele, o art. 283 não se confundiria com as disposições constitucionais acerca da presunção de inocência. A presunção de inocência seria, sim, cláusula pétrea, mas não determinaria vedação à prisão antes do trânsito em julgado. O congresso nacional poderia dispor de forma diversa sobre o tema (Dias Toffoli, BRASIL, 2019, p.457 a 460).

Toffoli deixou expresso que a decisão declarava a constitucionalidade do art. 283 e não a inconstitucionalidade da execução provisória. O mesmo caminho usado para alterar o CPP, instituindo um regime de exclusividade cautelar antes do trânsito em julgado, poderia ser usado para revertê-lo. Disso se extrai que o fundamento central da decisão majoritária do STF pressupõe que basta lei ordinária para reinstaurar a execução das condenações recorríveis. Como se verá, a ementa foi redigida de forma ambígua para induzir ao erro. Para induzir à interpretação de que a decisão teria sido tomada com base na tese do espelhamento constitucional.

A nova redação do art. 283, dada pela Lei 12.403/11 foi obscura e antinômica. O texto da norma replicou a redação do inciso LXI, restringindo-a com uma vírgula que gerou confusão interpretativa. A Min. Rosa Weber ofereceu uma boa estrutura de interpretação do texto:

Assim, na dicção do art. 283 do CPP, em sua redação atual, a prisão somente pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

- (i) em flagrante delito;**
- (ii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; ou**

(iii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, no curso da investigação criminal ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Rosa Weber, BRASIL, 2019, p.159) (grifos nossos)

Essa estrutura semântica construída pela Min. Rosa Weber parece mais gramaticalmente acertada que a construção alternativa, apresentada pelo Min. Luiz Fux.

Como descrito supra (1.7.1.2), o Min. Celso de Mello também usou de obscuridade e ambiguidade para distorcer a história do HC 69696 (1992), relatado por ele mesmo, muito antes de se converter à tese da exclusividade cautelar estrita. Sem mentir ostensivamente, o ministro alimentou a narrativa de que o art. 393, I, não teria sido recepcionado pela Constituição. A Min. Rosa Weber narrou a mesma história de forma oposta, reconhecendo que, durante toda a década de 1990, o STF recepcionou o inciso I art. 393, ainda que não tivesse recepcionado o inciso II.

A Min. Rosa Weber respondeu ao argumento de que o inciso LXI conteria uma permissão expressa às execuções provisórias porque seriam decisões fundamentadas de autoridades judiciárias competentes. O raciocínio lógico que a ministra estruturou foi: (i) toda fundamentação não cautelar implicaria imputação de culpa; (ii) imputação de culpa antes do trânsito em julgado teria sido expressamente vedado pelo legislador constituinte; e (iii) contrariar a vedação expressa na constituição seria desprestigiar escolha política-civilizatória manifesta pelo Poder Constituinte. Essa estrutura será retomada no Capítulo IV e na Conclusão desta tese.

O ministro Gilmar Mendes retornou parcialmente à sua posição de 2009. Dessa vez, porém, interpretou a norma contida no inciso LVII como uma regra. Corrigiu o equívoco cometido em 2009, esclarecendo que a prisão preventiva do art. 312 não poderia mesmo ser utilizada como substituto à execução provisória. Retomou, ainda assim, a possibilidade de uso do art. 312, pelos juízes, nas decisões condenatórias. Ressaltou, porém, que deveria ser respeitada a jurisprudência da corte.

(Gilmar Mendes, p.326)

Ou seja, o transcorrer do procedimento penal e **as decisões proferidas pelos juízos de primeiro e segundo grau podem ser relevantes e fortalecer elementos para justificar legitimamente a imposição de uma prisão preventiva**, desde que a partir de fundamentos compatíveis com a presunção de inocência e a jurisprudência deste Tribunal. (grifos nossos)

A principal hipótese de prisão preventiva disponível seria a garantia da ordem pública. A jurisprudência da corte, no contexto, já exigia superveniência e contemporaneidade. A tensão remanescente no entendimento sob as cautelares se manteve, mas foi substancialmente reduzida.

O Min. Gilmar Mendes distorceu o sentido da ementa do HC 126.292/SP para justificar sua mudança de posição pela 4ª vez no debate jurisprudencial (BRASIL, 2019, p.291). Ele também argumentou que o que o inciso LVII veda é a execução provisória sem fundamentação. Propôs alguns cenários, inspirados no sistema italiano e alemão, em que seria possível fundamentar a antecipação da execução, mitigando os excessos causados pela interpretação literal absoluta da regra.

O Min. Dias Toffoli antecipou, como *obiter dictum*, seu entendimento de que, na colisão entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da soberania dos veredictos do júri, prevalece o segundo. O Min. Celso de Mello se posicionou em contrário. Para ele, o núcleo essencial do princípio seria a “impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa” (ibid., p.409).

2.4.1.2. Argumentação da minoria

Deste lado do debate, a construção argumentativa também manteve o núcleo do caso de 2016. A grande diferença foi que, com a morte do Min. Teori Zavascki e com a mudança de lado do Min. Gilmar Mendes, o argumento do tratamento progressivamente mais gravoso perdeu força e destaque. Ficou esquecido na parte técnica do caso do Min. Luis Roberto Barroso, desfocado pela eloquência da construção argumentativa pragmática.

O Min. Alexandre de Moraes, defendeu que a essência da presunção de inocência seria o condicionamento de “toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação” e a vedação taxativa a qualquer condenação sem provas (ibid., p.57). Fez referência ao conceito histórico de presunção de inocência previsto no art. 9º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado”. O princípio da presunção de inocência seria presunção *juris tantum*, que seria afastada na medida em que fosse obtido um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal. Por essas razões, a execução provisória da pena não desprezaria a presunção de inocência.

O Min. Luiz Fux fez uma construção parecida a partir da *ratio essendi* histórica da presunção de inocência. Extraiu o que considerou o núcleo essencial do princípio positivado no inciso LVII art. 5º CF. O princípio teria natureza processual penal e conferiria ao réu “o privilégio contra a autoincriminação [...], o direito de ser absolvido em caso de dúvida razoável quanto às provas (*in dubio pro reo*) e a atribuir o ônus da prova à acusação, sem possibilidade de sua inversão ou de obrigá-lo a colaborar com a acusação em qualquer fase do processo” (ibid., p.195). Concordaria com isso a jurisprudência do STF anterior a 2009 e posterior a 2016. A execução provisória da pena seria possível sem ferir a *ratio essendi* ou o núcleo essencial do princípio.

O Min. Luiz Fux desenvolveu uma versão mais completa do argumento sistemático constitucional. Justapôs o inciso LVII a outras normas constitucionais. Destacou que, “nos casos em que o Constituinte pretendeu conferir imunidade à prisão, ele o fez expressamente” (ibid., p.2010):

“Art. 53. §2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso **Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável**. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

“Art. 86. §3º **Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão**”. (grifos nossos)

A partir desse modelo de redação do constituinte originário, Min. Fux concluiu que “se a Constituição impedisse a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a norma [inciso LVII] deveria estatuí-lo expressamente” (ibid.).

O Min. Luiz Fux acrescentou que nenhum dispositivo da Constituição exigiria que a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da condenação estivesse fundamentada exclusivamente em requisitos cautelares. Essa interpretação seria uma distorção do inciso LXI.

Fazendo referência aos incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, o Min. Edson Fachin acrescentou que haveria mandados de criminalização na própria Constituição:

A Constituição, porém, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos fundamentais, havendo inúmeros dispositivos constitucionais que o invocam expressamente, sendo exemplos os seus arts. 5º, incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV (impondo expressamente punição à qualquer discriminação atentatória dos direitos e

liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos, ação de grupos armados), assim como o art. 7º, X (necessária tipificação da retenção dolosa do salário dos trabalhadores) e o art. 225, § 3º (tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente). (ibid., p.65)

O Min. Edson Fachin defendeu que se deveria interpretar o art. 283 à luz da Constituição e não a Constituição à luz do art. 283. O Min. Luis Roberto Barroso rechaçou a interpretação de que o art. 283 vedaria as execuções provisórias de acórdãos condenatórios porque o art. 637 teria precedência. Na mesma linha, o Min. Luis Fux complementou que, ainda que se interpretasse a norma do art. 283 CPP como propõe a maioria, tratar-se-ia de uma disposição geral que não poderia prevalecer sobre a disposição específica do art. 637, que teria expressamente determinado que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo.

O Min. Luiz Fux interpretou a redação do art. 283 de uma forma diversa da Min. Rosa Weber. Na interpretação do Min. Fux, a vírgula parece ter função aditiva. O resultado, nessa leitura, seria que a prisão poderia ocorrer nas seguintes hipóteses:

- (i) em flagrante delito;
- (ii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente;
- (iii) em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; ou
- (iv) no curso da investigação criminal ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (grifos nossos)

Esta tese se posiciona a favor da interpretação da maioria. A Min. Rosa Weber está gramaticalmente correta. Entretanto, a redação do art. 283 é muito estranha. O legislador, que manteve intocada a redação sugerida pela comissão de especialistas em processo penal, promulgou um texto normativo ambíguo e antinômico. A redação da norma é muito suspeita, especialmente quando contraposta ao inciso LXI.

A Min. Carmen Lúcia continuou defendendo abertamente o cumprimento da pena imediatamente ao se esgotarem as instâncias ordinárias. Deixou claro seu desconforto com o tratamento dado à divergência pela maioria.

O voto do Min. Edson Fachin demonstrou bem como os demais ministros da minoria ainda relutavam em defender abertamente o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. “Por isso, o **tratamento processual** do acusado **não se confunde** com a possibilidade de se realizar sua prisão, **cautelar ou para o cumprimento da pena**” (ibid., p.82) (grifos nossos). Em pleno 2019, válido o precedente de 2016, encabeçado pelo Min.

Teori Zavascki, a minoria continuava apegada ao conceito esquivo de prisão processual. A essa altura, já completamente esvaziado pela tese da exclusividade cautelar estrita, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Os Min. Luiz Fux e Luis Roberto Barroso construíram argumentos no sentido de que a jurisdição constitucional não deveria se manter impermeável aos sentimentos sociais. Também construíram casos pragmáticos. Esta tese não se aprofundará neles. No Capítulo III e IV, tecer-se-ão alguns comentários sobre como esses argumentos foram usados pela doutrina para tirar o foco da argumentação efetivamente jurídica da minoria.

2.5. Ministros que Mudaram de Posição

Três ministros mudaram de posição entre os julgamentos do HC 84.078/MG, em 2009, o julgamento do mérito das ADC 43, 44 e 54, em 2019: Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Oferece-se ao leitor um Mapa dos Argumentos dos três ministros em cada um dos julgamentos dos quais participaram (Apêndice F). Essas mudanças de posição são importantes porque, como se viu supra, as decisões do STF foram todas tomadas por uma pequena diferença de votos. Pode-se dizer que os votos desses três ministros foram o fiel da balança.

2.5.1. O voto da Min. Rosa Weber no julgamento HC 152.752, em 2018

Como se viu supra, a Min. Rosa Weber participou pela primeira vez dos julgamentos que o tribunal pleno do STF fez sobre a matéria em 2016. Naquele ano, o pleno do STF julgou três vezes a questão: (i) HC 126.292/SP, em fevereiro; (ii) cautelar das ADC 43 e 44, em outubro; (iii) ARE 964.246-RG/SP, em novembro. A ministra participou apenas dos dois primeiros, ausente no terceiro. Nos dois julgamentos de que participou, votou pela prevalência da jurisprudência firmada em 2009, segundo a qual a execução provisória seria inconstitucional. O princípio da segurança jurídica e o respeito aos precedentes pareceram ter papel central na fundamentação de seu voto. A ministra foi vencida em todos eles. A maioria estabeleceu que a execução provisória da pena seria possível a partir da condenação em segundo grau.

Em 2018, o STF julgou novamente a questão, no caso do HC 152.752/PR, impetrado pelo ex-Presidente Lula. A Min. Rosa Weber votou, segundo ela mesma destacou, contra sua convicção pessoal e em respeito ao novo entendimento majoritário da corte, estabelecido em 2016. A decisão foi tomada por seis votos a cinco pela manutenção do entendimento de 2016. Tivesse a ministra votado conforme sua convicção pessoal, nova maioria teria se formado no STF, proibindo novamente a execução provisória antes do trânsito em julgado.

Destaca-se que o Min. Marco Aurélio atribuiu esse fato à estratégia da então presidente do STF, Min. Carmen Lúcia, que teria pautado o julgamento do HC antes do julgamento das ADC 43 e 44. O fundamento para essa crítica seria o de que, estivesse-se em sede de controle concentrado, a Min. Rosa Weber teria adotado seu entendimento pessoal em detrimento do entendimento colegiado.

O voto proferido pela Min. Rosa Weber em 2019, por ocasião do julgamento do mérito nas ADC 43, 44 e 54 fundamenta detalhadamente as razões pelas quais favoreceu o entendimento colegiado em 2018. Não se trataria apenas de, no HC 126.292/SP, a corte ter retomado o entendimento constitucional anterior a 2009. O pleno teria confirmado esse entendimento em sede de controle concentrado, na decisão cautelar das ADC 43 e 44 e ainda atribuído repercussão geral a ele no ARE 964.246-RG/SP.

A ministra destacou que essa postura institucionalista a teria acompanhado por toda sua carreira. Nota-se (supra e Apêndice F) que de fato foi essa a orientação principal de seu primeiro voto sobre a questão, ainda no HC 126.292/SP. Naquela oportunidade, decidiu eminentemente com base em argumentos formais (segurança jurídica e força do precedente) e por meio de referência ao voto-relatório do Min. Eros Grau no HC 84.078/MG, de 2009.

2.5.2. Os votos do Min. Dias Toffoli entre 2016 e 2019

Em 2016, no julgamento do HC 126.292/SP, o Min. Dias Toffoli acompanhou o voto do relator, Min. Teori Zavascki, e compôs a maioria que decidiu pela constitucionalidade da execução provisória. Foi a primeira vez que o ministro participou de um julgamento do pleno sobre a questão. Entretanto, no julgamento seguinte do pleno, por ocasião da cautelar das ADC 43 e 44, o Min. Toffoli alterou seu posicionamento. O ministro passou a diferenciar o tratamento que deveria ser dado aos recursos especiais frente aos recursos extraordinários. As execuções provisórias deveriam ser suspensas enquanto pendentes recursos especiais ou

agravos em recursos especiais. Poderiam, no entanto, ocorrer no caso dos recursos extraordinários (BRASIL, 2016b, p.177).

A fundamentação utilizada pelo Min. Dias Toffoli partiu do tratamento conferido pela Constituição ao recurso extraordinário. O §3º art. 102 passou a exigir comprovação de repercussão geral da matéria como requisito de admissibilidade do recurso ao STF. Disso decorreria a pressuposição de que o objeto do juízo do STF sempre transcenderia os interesses subjetivos do caso concreto. Daí a conclusão do ministro: “Dessa feita, como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário” (BRASIL, 2016b, p.171).

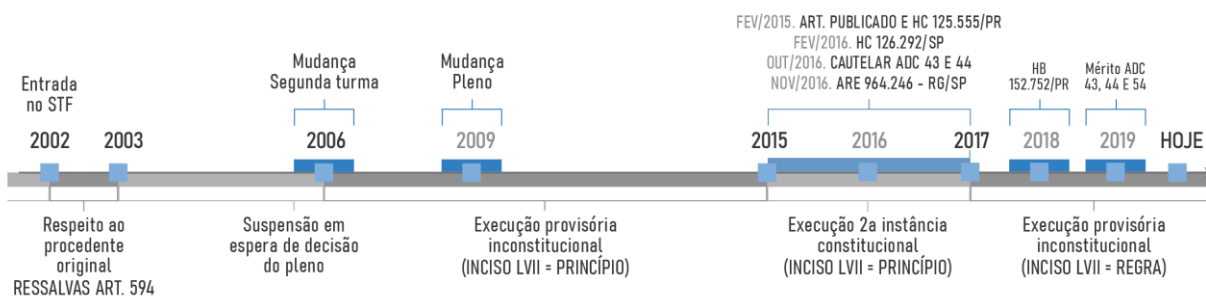
Para o ministro, os recursos especiais teriam uma essência distinta. Apesar de precipuamente voltados à tutela do direito federal, prestar-se-iam efetivamente à correção de ilegalidades de cunho individual (ibid.). Para o Min. Toffoli, a certeza na formação da culpa derivaria “de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente”. Esse juízo abarcaria o estabelecimento: “i) das penas aplicáveis dentre as cominadas; ii) da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; iii) do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e iv) da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível” (ibid., p.172). A enunciação final desses juízos de valor estaria reservada ao STJ. Se é de competência do STJ analisar aspectos da culpabilidade, somente seria possível atender à demanda por certeza após encerrada essa etapa processual.

O Min. Dias Toffoli votou dessa mesma forma no julgamento do ARE 964.246-RG/SP, ainda em 2016, e do HC 152.752/PR, em 2018.

Em 2019, por ocasião do julgamento final das ADC 43, 44 e 54, o Min. Dias Toffoli mudou mais uma vez de posição. Votou concordando com a constitucionalidade do art. 283, mas determinou expressamente que a Constituição não vedaria por si só a execução provisória da pena (Dias Toffoli, BRASIL, 2019, p.457 a 460). Essa teria sido uma opção do legislador ao alterar a sistemática processual penal. O voto do ministro desempatou o julgamento por 6 a 5. A posição de Toffoli foi área comum dos conjuntos das argumentações da maioria. Por isso, definiu os limites da *ratio decidendi* do acórdão. Sem o voto de Toffoli, não haveria maioria.

2.5.3. Os votos do Min. Gilmar Mendes

Figura 5 - Evolução Entendimento Min. Gilmar Mendes



2.5.3.1. 2009 – HC 84.078/MG

Como se viu supra, antes de 2009, o Min. Gilmar Mendes acompanhava a jurisprudência dominante no STF de que o inciso LVII art. 5º CF não era contraditório com o entendimento de que os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo.

No julgamento do HC 84.078/MG, o Min. Gilmar Mendes mudou de posição pela primeira vez e compôs a maioria que decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória. Analisou-se detalhadamente supra o voto do ministro, representado novamente no Mapa de Argumentos (Apêndice F), agora de forma comparativa com seus demais votos sobre a matéria.

Naquela ocasião, 2009, o ministro concluiu que, sob a norma contida no inciso LVII art. 5º CF, somente seriam permitidas prisões com fundamentação cautelar. Seria inconstitucional a prisão provisória da pena. Seria possível, entretanto, solucionar a ausência da execução provisória por meio da fundamentação da prisão na hipótese preventiva de garantia da ordem pública. Isso bastaria para resolver os casos mais graves.

2.5.3.2. 2016 – HC 126.292/SP e cautelar nas ADC 43 e 44

Em 2016, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, o Min. Gilmar Mendes mudou de posição pela segunda vez. Acompanhou a nova maioria que se formou para reinstaurar a execução provisória da pena privativa de liberdade, a partir de decisão condenatória de segundo grau, enquanto pendentes apenas recursos para os tribunais superiores. Destaca-se que o ministro fez mais do que apenas acompanhar a nova maioria, ele subsidiou doutrinariamente e incentivou judicialmente a mudança ao longo dos anos que a antecederam.

O subsídio doutrinário dado pelo Min. Gilmar Mendes à mudança jurisprudencial de 2016 veio por meio do artigo “A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio”, de fevereiro de 2015. O artigo foi amplamente citado pelos ministros favoráveis à execução provisória da pena nos julgamentos que se seguiram.

No que se refere à presunção de não culpabilidade, **seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação**. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, **a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença**. No entanto, **a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador**. Ou seja, **a norma** afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas **está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado**. O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a **progressiva demonstração de sua culpa**. Disso se defluiu que o espaço de conformação do legislador é lato. **A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui**. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). **Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável**. Como observado por Eduardo Espínola Filho, ‘a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa’. 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. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. (MENDES, 2016) (grifos nossos)

O incentivo judicial foi feito por meio de apertes do ministro durante julgamentos de matérias correlatas. O ministro instigou o pleno do STF a pautar novamente a questão para alterar o entendimento de 2009. Isso ocorreu, por exemplo, no debate com a Min. Carmen Lúcia, por ocasião do julgamento do HC 125.555/PR, em fevereiro de 2015. Considera-se importante trazer ao texto uma citação mais longa neste ponto, esperando-se que, ao longo da leitura, o leitor concorde com a decisão:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – (...) Também gostaria de fazer uma segunda observação, Presidente, que é a seguinte - e nós temos inclusive conversado um pouco sobre isso, mas não diz respeito a este processo no estágio em que ele se encontra: numa data tal, em algum momento, quando ainda integrava o Tribunal o Ministro Peluso, e com a adesão do meu voto, nós fixamos - acho que por uma ampla maioria, não sei se naquele momento, talvez até por unanimidade, agora não tenho condições de me referir - que a prisão somente poderia ocorrer depois do trânsito em julgado. O Ministro Peluso abriu uma...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Foi por uma apertada maioria. Foram quatro votos, ou cinco, eu votei em sentido contrário, Ministra Ellen, Ministro Joaquim e me parece que o Ministro Carlos Britto, naquele julgamento. Mas com certeza sei que foi quatro a sete, algo assim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ah, desculpe-me, então. Não foi tão... Mas ali era a discussão sobre a possibilidade de prisão depois da decisão de segundo grau.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De uma decisão, pelo menos, de mérito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É verdade. Bem, mas o Ministro Peluso fazia uma ressalva, que era a possibilidade de se decretar a prisão em casos de eventual prognóstico sobre continuidade delitiva, abrindo então exceção, e aí dizia: na sentença ou na decisão de segundo grau já se poderá fazer esse tipo de consideração.

Eu tenho a impressão de que o próprio prognóstico que se faz quanto a esse risco de fuga ganha densidade, plausibilidade, materialização a partir de juízos condenatórios. E eu tenho a impressão de que, em algum momento, **acho que nós temos encontro marcado com essa questão. Em algum momento nós vamos ter**

que submeter esse tema à revisão. Eu sei que no próprio Congresso Nacional há esforços nesse sentido de quebrantar a presunção de inocência, de fazer essa revisão. Ainda há pouco alguém narrava essa situação: o sujeito vai a júri, é condenado por um homicídio grave, mas, como estava livre quando do julgamento, vai ao júri, é condenado por unanimidade e depois sai solto porque tem que esperar o trânsito em julgado.

Recentemente nós tivemos no Plenário um caso também emblemático em que já se entrava com recurso extraordinário contra inadmissão do recurso especial ou algo assim, com o notório objetivo de, tanto quanto possível, retardar o inevitável trânsito em julgado. **É um tema que nós precisamos realmente revisitar.**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E acho até, Ministro, que, na verdade, neste caso, não tem a ver com a presunção de inocência, que seria realmente imodificável até por emenda constitucional, mas tem a ver com a interpretação que o Supremo Tribunal Federal haverá de fazer. **Fico pouco à vontade para debater, porque votei vencida, porque sempre considerei que a presunção é de não culpabilidade penal, pelo que esta presunção se rompe quando já se tem esgotadas as instâncias que instruíram e condenaram, porque aí o que se vai poder alterar já não é mais, em princípio, o juízo condenatório. Portanto, a presunção é de não culpabilidade penal, no momento em que se rompe essa presunção rompe-se a garantia.** Mas, fico muito contente em saber que o voto vencido de um dia pode ser...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - **Estou caminhando, então, na direção de Vossa Excelência, Ministra Cármen.**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Que bom. Vossa Excelência quando caminha, sempre caminha bem. Mas, enfim, acho que Vossa Excelência diz bem: não é este caso, porque aqui não há juízo, mesmo, mas essa elucubração é importante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas é que essa questão está no contexto do debate que se trava sobre a impunidade.

O Ministro Teori também ressaltou **que há um tipo de demanda**, tanto do ponto de vista judicial como também do ponto de vista de expectativa popular, **de que a prisão provisória ou a prisão preventiva supram os mecanismos de punição, tendo em vista, exatamente, a demora inevitável.**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - **Podem levar, mesmo, à impunidade.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - **É, que pode levar à impunidade, prescrição, em suma, todos os incidentes que marcam essa temática.**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - **Era o nosso argumento naquela ocasião.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, gostaria também de, na oportunidade, registrar essa reflexão.

Há pouco tempo eu discutia esse tema, no âmbito do meu gabinete, com a minha assessoria e dizia que, é claro, por necessidade até de afirmação de padrões civilizatórios mínimos, no que diz respeito à Justiça Criminal em sentido lato, o Tribunal tem tentado fixar parâmetros muitos rígidos, até porque ele quer fixar uma orientação para o sistema como um todo. Mas é evidente que, de quando em vez, em função dessa necessidade de ter normas muito claras a partir da jurisprudência, ele pode - e estou dizendo isso fazendo também um mea-culpa - resvalar por um certo romantismo judicial - vou me permitir a formulação - que não condiz com essa realidade.

Quando nós começamos a pesquisar os casos no Direito Comparado, nós passamos a ver que estamos na exceção dos países que exigem esse trânsito em julgado nessa dimensão, até porque em muitos países o trânsito julgado se dá com a decisão de segundo grau - como o modelo Alemão que o Doutor Odim conhece muito bem -, depois disso praticamente já quase não há recurso, a não ser, eventualmente, uma Verfassungsbeschwerde, um recurso constitucional, mas já supondo o trânsito em julgado.

Então, tenho a impressão de que nós teremos que rever isto, primeiro, para admitir a prisão depois da decisão de segundo grau, e até mesmo para admitir a prisão já com a sentença condenatória, ainda que com este viés de decisão de caráter provisório, mas protetivo da integridade do sistema. (grifos nossos)

O voto do Min. Gilmar Mendes no HC 126.292/SP, julgado em fevereiro de 2016, foi detalhadamente estudado supra e sua estrutura está representada no Apêndice F. O ministro apresentou justificativa expressa para sua mudança de entendimento entre 2009 e 2016. Segundo ele, a condição da decisão de 2009, do qual teria compartilhado o Min. Peluso, seria a de que a prisão preventiva poderia ser utilizada como razão para o aprisionamento dos réus condenados por crimes mais graves, com base na hipótese de garantia da ordem pública (BRASIL, 2016^a, p.63). O Min. Gilmar Mendes constatou, porém, que a interpretação dada por eles à possibilidade de fundamentação de prisão preventiva com base na hipótese da ordem pública teria sido um equívoco. Teriam interpretado a hipótese como mais abrangente do que de fato seria.

Mas eu quero registrar que estou fazendo uma revisão de orientação. E, à época, eu **imaginei que a própria ressalva que o ministro Peluso tinha trazido quanto à possibilidade de prisão depois da decisão de segundo grau, fosse mais abrangente do que poderia ser**, porque, de fato, em alguns casos, nós podemos chegar, após a decisão de segundo grau, à aplicação da prisão como garantia da

ordem pública. Mas **como fazê-lo, por exemplo, em casos graves de homicídio? Crimes que causam desassossego nas comunidades e que o réu responde solto? Vai a júri? Vai recorrer sucessivamente?** (BRASIL, 2016a, p.73) (grifos nossos)

O entendimento predominante sobre a prisão com base na garantia da ordem pública abrangeria casos específicos, como, por exemplo, a reincidência em delitos semelhantes. Não seria possível fundamentar a prisão preventiva como garantia da ordem pública exclusivamente em razão da gravidade do crime cometido pelo réu quando não houvesse repetição da prática delituosa. Especialmente absurda seria essa impossibilidade quando consideradas condenações do tribunal do júri em crimes contra a vida. O ministro destacou: “Acontece, no Brasil, prescrição de crime de júri, o que seria impensável” (ibid.).

O ministro observou que a imprensa internacional teria criticado o modelo instituído pela decisão de 2009 no Brasil. Seu efeito teria sido o agravar o cenário de abuso de prisões preventivas pelo judiciário e de excesso de condenações prescritas por demora do processo penal. Casos graves estariam ocorrendo que comprometeriam a efetividade da justiça.

Na decisão dos pedidos cautelares das ADC 43 e 44, em outubro daquele ano de 2016, o Min. Gilmar Mendes ofereceu justificativa muito similar para sua mudança de entendimento. Deu um pouco mais de ênfase ao contexto da decisão de 2009, ressaltando que a vedação à execução provisória não teria sido um problema caso tivesse sido aprovada a proposta do Min. Cezar Peluso de mudança do sistema recursal. Essa proposta (GRAU, 2019) teria resultado na antecipação do trânsito em julgado para o fim da segunda instância e atribuído efeito rescisório aos recursos para os tribunais superiores.

Uma vez que a reforma constitucional não passou no legislativo, o STF teria ficado em um beco sem saída. A vinculação da execução ao trânsito em julgado dependia da reforma, sob pena de condenar-se a efetividade do sistema processual penal. O modelo alemão funcionaria bem justamente porque a configuração do trânsito em julgado não aguardaria o fim dos recursos aos tribunais superiores.

A rigor, é uma situação interessante. Demos aquele passo, ao falarmos da presunção de inocência e conectarmos com o trânsito em julgado em sentido, e **depois vimos que estávamos num beco sem saída**, numa Sackgasse, como se diz em alemão. E o ministro Peluso então engendrou essa fórmula. Vamos fazer uma emenda constitucional em que se declara que o trânsito em julgado formal ocorre com a decisão do segundo grau. E os recursos extraordinários, todos eles, recursos especiais, recursos de revista, passam a ter caráter rescisório. Tratava-se de mudar todo o sistema. Demandava-se uma revolução de caráter cultural.

A partir daí, teríamos, no próprio plano cível, a execução já definitiva ainda pendente de recurso extraordinário. E tudo isso se fez para tentar atender às mazelas do processo penal, era para dar execução. Portanto, **isto gerou um quadro de grande insegurança jurídica, quer dizer, tentando resolver aquele problema que a nossa própria revisão da jurisprudência tinha criado, no RE 84.078, no fundo, estávamos a revisar agora, com a proposta de emenda constitucional, todo o sistema.**

Fazendo essa análise, de novo, reitero que, **em função da própria realidade, da extensão, da complexidade do Sistema e da busca de paradigmas no Direito Comparado, entendi que era importantíssimo proceder à revisão dessa jurisprudência.** Tanto é que na Turma passei a suscitar a necessidade de que submetêssemos, novamente, ao Plenário essa questão. Por quê? Porque tínhamos então duas situações e podemos ter até mais. **Havia aqueles que desde o início cumpriam uma pena antecipada - que é essa metade a que nos referimos -, praticamente presos provisórios que, absolvidos ou condenados, já estavam presos.** (BRASIL, 2016b, p.209 e 210) (grifos nossos)

O Min. Gilmar Mendes, após 7 anos ponderando sobre a questão, pareceu ter chegado a uma firme convicção sobre a matéria:

Então, Presidente, a mim, me parece que **não há nenhuma dúvida de que a realidade mostra que precisamos, sim, de levar em conta não só o aspecto normativo** que, a meu ver, legitima a compreensão da presunção de inocência nos limites aqui estabelecidos, a partir do voto do Relator e aqueles que o acompanharam, **como, também, levar em conta a própria realidade que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o Sistema num sistema de impunidade.** (ibid., p.217)

Ainda na decisão sobre as cautelares das ADC 43 e 44, o Min. Gilmar Mendes chegou a sugerir que o julgamento fosse convertido em julgamento do mérito das ações declaratórias de constitucionalidade:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, Presidente, com todas as vênias ao voto do ministro Marco Aurélio, do ministro Lewandowski e da ministra Rosa, eu acompanho na íntegra o pronunciamento do ministro Fachin, destacando que, talvez, se formada a maioria, devêssemos - na linha do que já fizemos em outro momento - também, **converter esse julgamento em julgamento de mérito**, até porque, **senão, vamos ter outro debate sobre a eficácia desse julgamento, uma vez que estaremos apenas indeferindo a liminar.** A mim, me parece que coloco essa questão como uma questão de ordem para que possamos definir. A mim, me

parece que, se estamos até tarde, hoje, é em razão de termos uma definição. **E é importante, então, que essa decisão tenha eficácia geral, efeito vinculante.** (ibid., p.218)

A Min. Carmen Lúcia insistiu no pedido de antecipação do julgamento do mérito das ADC. O Min. Marco Aurélio o ignorou com os seguintes dizeres:

QUESTÃO DE ORDEM

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – O ministro-relator é quem tem a condução do processo. Por isso, Ministro Marco Aurélio, eu faço a indagação que o Ministro Celso agora me põe, sobre a proposta do Ministro Gilmar Mendes de convalidação em julgamento definitivo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não o ouvi propor, Excelência. Deixou a proposta sob carta? Presidente, a execução, acaba de concluir a maioria, pode ser açodada, temporã, prematura. O julgamento definitivo não. (ibid., p.248)

Em novembro de 2016, o Min. Gilmar Mendes acompanhou novamente a maioria na consolidação do entendimento por ocasião do ARE 964.246-RG/SP, inclusive com atribuição de repercussão geral à decisão.

2.5.3.3. 2018 – HC 152.752/PR

Em abril de 2018, foi julgado, pelo pleno do STF, o HC 152.752/PR, impetrado pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Nessa ocasião, o Min. Gilmar Mendes mudou de posição pela terceira vez. Acompanhou o entendimento inaugurado pelo Min. Dias Toffoli (supra), votando pela vedação da execução provisória antes da conclusão do processo no âmbito do STJ:

Em conclusão, **penso que a regra da presunção de não culpabilidade, diante da formação progressiva da culpa, permite o início da execução da pena a partir do julgamento pelo STJ de REsp e AResp (fixando-se limite nos primeiros Embargos Declaratórios), marco de maior segurança jurídica,** quando então a reprimenda estaria estabilizada, com nenhuma ou reduzida possibilidade de mutação decorrente de análises fáticas ou de aspectos alusivos à quantidade e qualidade da pena. (BRASIL, 2018, p.124) (grifos nossos)

Não fosse o voto da Min. Rosa Weber, que também mudou de posição em respeito ao entendimento colegiado (supra), o voto do Min. Gilmar Mendes teria resultado na formação de nova maioria do STF e no retorno da proibição à execução provisória antes do trânsito em julgado.

O ministro ressaltou, naquela oportunidade, que sua nova mudança de entendimento já viria acontecendo desde maio de 2017 em outras decisões de sua relatoria, na segunda turma (BRASIL, 2018, p. 112). Destaca-se que, segundo o Min. Gilmar Mendes, ele teria alterado seu entendimento entre o julgamento do ARE 964.246-RG/SP, em novembro de 2016, e maio de 2017. Seis meses desde que o ministro compusera maioria que atribuía repercussão geral à possibilidade de execução provisória após condenação em segundo grau. Sete meses desde que o próprio Gilmar Mendes propusera a antecipação do julgamento do mérito nas ADC 43 e 44.

O Min. Gilmar Mendes justificou sua mudança de entendimento por meio da reinterpretção do núcleo da decisão do HC 126.292/SP, em 2016. Sua leitura partiu da ementa do acórdão do STF:

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

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

O Min. Gilmar Mendes extraiu dessa ementa a interpretação de que a jurisprudência firmada pelo STF em 2016 teria sido a de que a execução provisória da pena seria apenas possível, mas não automática.

Assinalo, pois, que a **execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, seria possível. Porém, essa possibilidade tem sido aplicada pelas instâncias inferiores automaticamente**, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida.

(...)

Lançando todas essas premissas naquele julgado, entendi que o início de cumprimento da pena não dependia do trânsito em julgado da condenação. Havia a possibilidade de imediata execução. Repita-se, **sempre dissemos que a prisão seria uma possibilidade jurídica, não uma obrigação.** (BRASIL, 2018, p.109 e 110)

Destaca-se, desde já, que o Min. Gilmar Mendes se limitou à interpretação da ementa do HC 126.292/SP e ignorou as ementas da decisão cautelar do STF nas ADC 43 e 44²⁴ e da decisão do ARE 964.246-RG/SP²⁵. Relembra-se que o ministro também compôs a maioria em

²⁴ EMENTA: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

7. Medida cautelar indeferida.

²⁵ EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso

ambas, sugeriu antecipação do julgamento do mérito na primeira e compartilhou da decisão que atribuiu repercussão geral à segunda. Nenhuma das duas parece, entretanto, ser compatível com a interpretação restritiva empregada pelo ministro, em 2018, sobre o termo “possibilidade”.

O Min. Gilmar Mendes confessou que deveria ter resolvido o problema de forma diferente nos julgamentos de 2016. Teria concluído isso a partir da verificação de que o novo entendimento firmado pelo STF teria resultado na execução provisória da pena de forma automática assim que confirmada a condenação em segunda instância.

Contudo, penso que a conclusão daquele julgamento no HC 126.292, na linha da argumentação que desenvolvi, poderia ter sido outra. Explico: analisadas diversas situações concretas resultantes daquele julgado, em que tribunais, automaticamente, passaram a determinar a antecipação da execução da pena, verifiquei, e acredito que todos os meus pares também, a ocorrência de encarceramentos precoces, indevidos, em razão de reforma posterior da condenação pelo STJ.

(...)

Observe-se que, em todos esses exemplos, os réus respondiam soltos aos respectivos processos. A expedição de mandado de prisão deu-se automaticamente, em razão da simples confirmação da condenação em 2ª instância a partir da leitura errônea que se deu ao entendimento sufragado por esta Corte. A possibilidade virou obrigação!

Em outros termos, diante das decisões do STJ, os réus cumpriram penas indevidamente e foram presos ilegalmente!!!

(...)

Por essa razão, essas prisões automáticas em segundo grau, que depois se mostraram indevidas, fizeram-me repensar aquela conclusão a que se chegou no HC 126.292. E, tudo poderia ter sido diferente se mudássemos tão somente o marco a partir do qual deveria ser iniciado o cumprimento da pena. (ibid., p.111 e 112)

O Min. Gilmar Mendes concluiu seu voto confirmando as bases de sua decisão anterior, segundo a qual o princípio contido no inciso LVII art. 5º CF não é absoluto e que cabe tratamento progressivamente mais gravoso, de acordo com o estágio do processo. Porém, readequou o momento que consideraria mais processualmente adequado para a execução provisória da pena, deslocando-o da condenação em segunda instância para o encerramento

especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

dos recursos no âmbito do STJ. Como resultado, aderiu à posição inaugurada pelo Min. Dias Toffoli, inclusive nos motivos pelos quais os recursos extraordinários seriam essencialmente diferentes dos recursos especiais: por possuírem natureza objetiva derivada da exigência de repercussão geral para sua admissibilidade.

2.5.3.4. 2019 – ADC 43, 44 e 54

Em 2019, por ocasião do julgamento final das ADC 43, 44 e 54, o Min. Gilmar Mendes mudou de entendimento pela quarta vez. Deixou claro, desta vez, que a norma contida no inciso LVII art. 5º CF seria uma regra, não um princípio. O texto constitucional seria unívoco no sentido de que, da vedação ao tratamento do réu como culpado, decorre a inconstitucionalidade da execução provisória da pena. O art. 283 CPP espelharia a norma extraída do inciso LVII. Somente fundamentações cautelares seriam legítimas para justificar o aprisionamento antes do trânsito em julgado. Reiterou a possibilidade de uso da hipótese da garantia da ordem pública como fundamento para o aprisionamento nas próprias decisões condenatórias, em primeira ou em segunda instância.

O ministro adicionou também a possibilidade de se interpretar como consolidado antecipadamente o trânsito em julgado em duas hipóteses: em (i) condenações não impugnadas pelo réu em via recursal; e (ii) em condenações cuja matéria recursal já tiver sido integralmente analisada e denegada em sede de *habeas corpus* anterior. Também seria possível decretar a configuração imediata do trânsito em julgado quando identificados recursos manifestamente protelatórios, entendimento que já viria sendo aplicado pelo STF.

A fundamentação deste voto já foi estudada detalhadamente supra.

2.6. Jurisprudência do STF por períodos

Consolida-se imagetivamente, por meio da linha do tempo abaixo, a história da superação dos precedentes do STF, conforme contada nos dois primeiros capítulos:

Figura 6 - Linha do Tempo: Jurisprudência Constitucional



CAPÍTULO III

3. JORNALISMO JURÍDICO DE 2019 A 2021

Um dia antes da conclusão do julgamento das ADC 43, 44 e 54, o site jurídico Justificando publicou o texto “Felipe Neto ‘dá aula’ sobre prisão em segunda instância e juristas assinam embaixo” (STRECK et al., 2019). O texto não tem pretensão de ser um artigo jurídico. É uma peça jornalística simples que visa a corrigir a impressão do público geral sobre o julgamento do STF.

O texto traz uma pergunta retórica em destaque: “Presunção da inocência proíbe prender? Mitos e lendas!”. Logo na sequência, uma citação de Felipe Neto: “Qualquer pessoa pode ser presa antes da última instância, basta preencher os requisitos para prisão preventiva. O que não existe é alguém ser forçado à prisão com o processo cabendo recurso e sem prisão preventiva. É isso que o STF está julgando. Por favor, se informem”.

Ao longo do artigo, advogados que atuavam no processo das ADC 43, 44 e 54, respaldaram juridicamente a opinião de Felipe Neto. Adicionaram críticas aos críticos do fim da prisão em segunda instância: “Mas, se é tão simples assim, por que há tanta desinformação? Vamos lá. Democracia implica a existência de uma esfera pública em que haja paridade de armas. Hoje, as redes sociais passaram a ser o espaço do engodo”.

Essa peça jornalística é emblemática do que se tornou o debate sob a hegemonia da tese da exclusividade cautelar estrita. De como, vencido o debate jurídico, passou-se a consolidar os novos sentidos das palavras no senso comum. É preciso adequar a linguagem comum à revolução jurídica.

Usa-se do pretexto de que prender antes do trânsito em julgado continua possível. É claro que continua. Mas não é a esse sentido de prisão a que o público se refere. Quando o público geral fala em prender, ele não quer dizer prisão preventiva. Ele quer dizer prisão-pena. Os sentidos não são os mesmos. E os juristas que escreveram o texto sabem disso. Sabem-no e manipulam o debate. Desinformam com método. E faz parte desse método acusar o outro lado da desinformação, da mentira e do engodo que praticam.

Reduz-se os interlocutores à ignorância. Fazem-nos acreditar que estão fazendo tempestade em copo d’água. Respondem-lhes que não há motivo para tanto. Asseguram-lhes que se continua podendo prender, preventivamente. Oculta-se a surpresa de que, na verdade,

não é bem assim. A mesma surpresa que o Min. Gilmar Mendes teve depois de 2009, quando descobriu que, na verdade, não se poderia usar a hipótese da garantia da ordem pública para decretar a prisão imediata de réus condenados por crimes gravíssimos. São esses, obviamente, os casos que o público geral gostaria de ver presos imediatamente na condenação. O rigor do estágio final da tese da exclusividade cautelar estrita não permite mais que ocorra esse tipo de prisão por meio das prisões preventivas. Mas, por estratégia, não é isso que os juristas que escreveram o artigo fizeram parecer.

No dia 22 de junho de 2020, no programa “O Grande Debate”, da CNN, Augusto Arruda Botelho e Caio Coppolla falavam sobre violência policial. O debate enveredou pela questão da prisão em segunda instância. BOTELHO tentou matar o debate dizendo: "Está na Constituição. Desse assunto eu entendo bem". Usou a carta do especialista. O argumento de autoridade. Encerrou a questão dizendo: a Constituição não deixa margem para esse debate. Já está decidido e não tem mais conversa. E isso em 2020, quando o precedente vigente do STF estava marcado pelo voto de desempate do Min. Dias Toffoli. Ou seja, vigia no STF o entendimento de que bastaria alterar o art. 283. Logo, ao contrário do que alegam os especialistas, a resposta não está na Constituição.

Essa postura de BOTELHO tornou-se lugar comum. O jurídico, tomado pela tese da exclusividade cautelar estrita, passou a impor seus sentidos ao senso comum. Mas isso não está ocorrendo organicamente. Está sendo promovido como estratégia. Essas narrativas são utilizadas conscientemente para sedimentar sentidos, apagando os rastros dos sentidos do passado. Soterrando a história das razões do passado.

Este ponto é importante demais para que se fizesse uma análise casuística baseada em artigos jornalísticos jurídicos pinçados por conta própria. Exemplos como esses servem para ilustrar um ponto, mas não servem para chegar a conclusões confiáveis. O problema de fazê-lo dessa forma é que sempre ficaria uma dúvida acerca da representatividade do conjunto amostral e a confiabilidade do método de busca.

Preocupou-se em obter um método que permitisse resolver o problema do viés de confirmação e do vício da amostragem. Foi principalmente por isso que se transferiu a função de levantamento dos dados para a pesquisadora Marcela Bulhões Alberto Dantas – bacharel em geografia pela UFRN e estudante do último período do curso de comunicação social (Jornalismo), também pela UFRN.

3.1. Método de levantamento jornalístico

O levantamento foi feito a partir dos seguintes sites jornalísticos jurídicos:

Agência Brasil, Âmbito Jurídico, Canal Ciências Criminais, Centro Universitário FAG, Consultor Jurídico, Conteúdo Jurídico, Correio Forense, Direito Net, EMERJ, Empório do Direito, Estadão, Faculdade Eduvale, Folha de São Paulo, G1, GEN Jurídico, IBCCRIM, IMED, JM Online, Jurídico Certo, Jus, Jusbrasil, Justificando, Migalhas, OAB-RJ, Portal de Periódicos da UFC, PUC-PR, Revista de Direito Brasileira (no portal Index Law Journals), UFRR, e UFSC.

Interessa à pesquisa avaliar também a difusão da tese da exclusividade cautelar estrita pelas camadas menos nobres da classe jurídica brasileira. Não foram filtrados artigos com base em sua qualidade. A pesquisadora já foi instruída a pré-classificar os artigos segundo sua inclinação por um lado ou outro do debate. O resultado constante dos Apêndices G e H já vem corrigido. Registra-se que o desencontro foi mínimo. Toda a análise restante foi feita sem ajuda da pesquisadora.

O período de 2019 e 2021, foi especialmente conturbado. Houve o julgamento e a decisão das ADC 43, 44 e 54, que trazia a questão da *ratio decidendi* e do voto do Min. Dias Toffoli. Tramitaram no congresso o Pacote Anticrime (PL nº 822/19) e as várias PEC visando a resolverem legislativamente a questão da prisão antes do trânsito em julgado. Focou-se neste período, até para que o período sirva como ponte entre a história argumentativa narrada acima e o momento atual.

Optou-se por dividir os artigos em dois grupos. No Apêndice G podem ser verificados os que tiveram as ADC 43, 44 e 54 como objeto principal. No Apêndice H, os que tiveram a Lei 13.964/19 como objeto principal.

Antes de adentrar a análise dos artigos, far-se-á uma breve introdução do contexto legislativo do período.

3.2. Propostas de mudança legislativa em 2019

O projeto de lei nº 882/19 ficou conhecido como Pacote “Anticrime” e foi apresentado ao Congresso Nacional em 19 de fevereiro de 2019. Surgiu como uma proposta do Min. da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro. Tinha como objetivos principais o combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção.

O projeto promovia a alteração de 14 leis, incluindo o Código Penal e o Código Processual Penal. A alteração que mais interessava ao objeto desta tese era a redação que o projeto dava ao art. 283, que passava a incluir expressamente a possibilidade de prisão “em virtude de condenação exarada por órgão colegiado”. Desde que foi apresentado, o projeto enfrentou uma grande resistência nas comunidades jornalística e jurídica. Depois foi submetido a um longo e desgastante processo legislativo.

Sobre a desidratação do projeto, o leitor pode conferir o artigo de SANTOS e NASCIMENTO (2021). A maior parte da deturpação do projeto ocorreu no grupo de trabalho criado pela Câmara dos Deputados. Foi nesse grupo de trabalho que se rejeitou a alteração do art. 283, por 7 votos a 6. A coordenadora do grupo de trabalho, Margarete Coelho, deputada federal pelo PP-PI, ressaltou que nem se chegou a discutir o mérito da proposta. Segundo a deputada, a matéria seria constitucional e já haveria PEC no mesmo sentido tramitando na CCJ da Câmara. Segundo ela, a proposta seria “um tempo perdido nós estarmos discutindo aqui em projeto de lei, porque isso fatalmente será declarado inconstitucional” (ARAÚJO, 2019).

A proposta de alteração do art. 283 visava ao retorno da execução da pena após condenação em segundo grau. O legislativo não apenas rejeitou a mudança proposta, como aprovou uma nova redação do art. 283. Clarearam a redação dada anteriormente pela Lei 12.43/11 (Apêndice A). Aproveitaram o ensejo para completar, também quanto às prisões preventivas, todos os requisitos que a jurisprudência já vinha entendendo como elementos essenciais da tese da exclusividade cautelar estrita. Toma-se, como exemplo dessa mudança, o novo §2º do art. 312: “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Na Câmara, foram excluídas ou alteradas cerca de 70% das disposições da proposta. No Senado, o projeto recebeu uma nova rodada de vetos, antes de ser aprovado e seguir para sanção presidencial. Ao final, um projeto que tinha como principal objetivo aumentar a

eficiência do processo penal, acabou sendo nitidamente marcado por “avanços garantistas”. Essa é a conclusão a que se pode chegar a partir dos artigos jurídicos sobre a Lei 13.964/19.

Prevaleceu uma única mudança original do Pacto Anticrime sobre a possibilidade de prisão antes do trânsito: a alínea e inciso I art. 492. A nova regra determina que sejam presos imediatamente os condenados pelo júri a penas de reclusão superiores a 15 anos. Como se verá adiante, os adeptos da hegemônica tese da exclusividade cautelar estrita agora buscam pressionar o STF pela declaração da inconstitucionalidade dessa regra. A questão será decidida em sede de repercussão geral, no RE 1.235.340, relatado pelo Min. Luis Roberto Barroso.

Além do Pacote Anticrime, três propostas de emenda à Constituição tramitavam no congresso em 2019. Eram elas: (a) a PEC 5/19, proposta em 14 de fevereiro de 2019, no Senado, que incluía a execução imediata de acórdãos condenatórios no inciso XVI art. 93 CF; (b) a PEC 410/18, proposta em 27 de março de 2018, na Câmara, que alterava a redação do inciso LVII; e (c) a PEC 199/2019, proposta em 19 de novembro de 2019, na Câmara, que alterava os art. 102 e 105 da Constituição para fazer com que o trânsito em julgado ocorresse antes dos recursos para os tribunais superiores. A terceira nada mais era que uma versão atualizada da proposta do Min. Cezar Peluso (GRAU, 2019).

3.3. Artigos sobre as ADC 43, 44 e 54

A partir do levantamento das publicações dos sites jurídicos, foi possível obter uma amostra da leitura feita pela comunidade jurídica sobre a decisão do STF. O levantamento reuniu 42 publicações jurídicas sobre as ADC 43, 44 e 54. Dessas, oito foram anteriores ao último dia de julgamento, 7 de novembro de 2019. Aconselha-se que o leitor confira o Apêndice G para acompanhar a análise abaixo.

Praticamente todas as publicações apresentaram um posicionamento contra ou a favor o objeto de julgamento. Apenas uma publicação se manteve neutra. Trinta e quatro foram enfaticamente contrárias à possibilidade de se executar a pena antes do trânsito em julgado. Apenas seis publicações se posicionaram a favor da prisão decorrente de acórdão condenatório, das quais duas foram anteriores ao fim do julgamento.

O principal objetivo do levantamento foi verificar quando esses juízos de valor foram combinados com erros de juízo de fato. Os juízos de fato dos quais se partiu para fazer essa

avaliação foram os juízos de fato sobre as decisões históricas do STF. Para avaliar os erros, comparou-se os juízos de fato apresentados pelos autores com os juízos de fato obtidos nesta tese. A decisão do STF nas ADC 43, 44 e 54 teve destaque, o que é natural dada a chave de busca das publicações no período de 2019 a 2021.

Para orientar o leitor na consulta à tabela, todos os desencontros entre a leitura histórica e jurisprudencial desta tese e um juízo de fato apresentado pelos autores foi marcada como “Erro STF História”. A partir disso, pode-se perceber a simultaneidade entre os juízos de valor que caracterizam a posição pessoal dos autores e o erro da leitura histórica realizada. As classificações dos juízos de valor dão ênfase à tese da exclusividade cautelar estrita. O grau de adesão a ela foi quase unânime.

Quase todos os textos que contêm erro de leitura histórica interpretaram a decisão das ADC 43, 44 e 54 como uma decisão pela inconstitucionalidade da execução provisória. Muitos deles também se equivocaram na leitura dos períodos históricos anteriores. Alguns erros foram mais leves, meras simplificações da complexidade do período anterior a 2009. Outros erros foram mais graves, criando uma ilusão de que a tese da exclusividade cautelar estrita é a jurisprudência original do STF. Ou ainda, que a adesão dos ministros ao entendimento de 2009 era unânime até 2016.

3.3.1. Inconstitucionalidade da execução provisória

Esta tese concluiu que, em 2019, o Min. Dias Toffoli compôs a maioria, mas divergiu quanto ao fundamento principal da decisão (Dias Toffoli, BRASIL, 2019, p.457 a 460). Para o ministro, o art. 283 não seria constitucional por espelhar a norma contida nos incisos LVII e LXI. O art. 283 seria constitucional em decorrência da autonomia do legislador para definir a questão. A Constituição comportaria ambas as soluções: permissão ou proibição à execução provisória. Como a maioria se firmou por 6 votos a 5, é imprescindível que se considere a distinção argumentativa do voto do Min. Dias Toffoli para extrair a *ratio decidendi* da decisão. Essa *ratio decidendi* é, necessariamente, que a Constituição permite a execução da pena antes do trânsito em julgado, mas o legislador ordinário optou por vedá-la. O ministro fez questão de concluir que basta uma nova lei ordinária para mudar isso.

Nenhuma publicação levantada interpretou a decisão dessa forma. A contundência dessa unanimidade levou à verificação da leitura feita por esta tese. Mais de uma vez. Em

todas as checagens, concluiu-se da mesma forma. O Min. Dias Toffoli rechaçou expressamente a tese do espelhamento entre o art. 283 e os incisos LVII e LXI. Não se tratou de *obiter dictum*. A premissa foi um pilar central das iniciais da ADC 44 e 54, dos votos do relator e de outros componentes da maioria e, inclusive, da interpretação que a doutrina unanimemente faz da decisão, visando a confirmar a tese da exclusividade cautelar estrita. O núcleo fundamental do voto do Min. Dias Toffoli expressamente excluiu o inciso LVII e restringiu à autonomia do legislador infraconstitucional. Ao fazê-lo, delineou a *ratio decidendi*.

Com isso, a maior parte dos ministros rechaçou a tese do espelhamento constitucional. A decisão foi tomada com base na autonomia do legislador infraconstitucional para ponderar os princípios constitucionais. Todas as publicações a respeito concluíram o contrário. Inclusive os autores favoráveis à execução da pena antes do trânsito em julgado. Inclusive os autores que transcreveram os trechos exatos em que o Min Dias Toffoli rechaçou a tese do espelhamento.

Os autores adotaram formas variadas de narrar o resultado do julgamento. OLIVEIRA (2020) baseou sua leitura na descrição oficial do site do STF e agrupou os votos da maioria como se as razões adotadas fossem homogêneas: “Os ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, votaram no mesmo sentido, segundo se extrai de notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal”.

MARIANO JÚNIOR (2019) intitulou seu artigo “Pelo respeito ao princípio da presunção de inocência: 6 x 5”. O raciocínio que desenvolveu ilustra bem a transformação que sai de uma leitura objetiva dos fatos e conduz o leitor até a confirmação do viés. O raciocínio se inicia em um juízo de fato neutro:

Na data de ontem, dia 07/11/2019, no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 43, 44 e 54), de Rel. do Min. Marco Aurélio, a maioria dos Ministros concluíram que o cumprimento da pena só pode ser iniciado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Até aí, perfeito. Foi o que de fato concluíram os ministros. Depois introduz a informação sobre o julgamento de 2016, com juízo de valor:

Tal decisão ocorreu após **3 anos de insegurança jurídica** desde que a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126292, de Relatoria do Min. Teori Zavascki entenderam pela possibilidade do início da execução da

pena mesmo que não tenha ocorrido o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (grifos nossos)

Este trecho ancora a compreensão do leitor na ideia de que a decisão de 2016 foi um evento desestabilizador. A estranheza do evento se liga à possibilidade de iniciar a execução da pena antes do trânsito em julgado. A partir daí, reintroduz o juízo de fato supostamente neutro: “As ações declaratórias de constitucionalidade que foram julgadas consistiram na apreciação do STF em declarar a compatibilidade do art. 283 do Código de Processo Penal com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988”. Agora a declaração da constitucionalidade do art. 283 pelo STF já está definida em oposição ao estranho evento de 2016. Logo, é natural que constitua um retorno ao *status quo ante*.

Verifica-se, portanto, que a previsão normativa prevista no art. 283 do CPP reproduz fielmente o enunciado do art. 5º, LVII, da Carta Magna, no qual o cidadão para ser preso em decorrência de uma sentença penal condenatória é exigido o trânsito em julgado, ou seja, o esgotamento de todos os recursos cabíveis.

Conduz-se o leitor à conclusão pela tese do espelhamento. Declarar a constitucionalidade do art. 283 seria concluir pela vedação constitucional à execução provisória contida no inciso LVII. Como o acórdão do STF não permite concluir isso, os autores que o sabem, para evitarem a mentira ostensiva, lançaram mão de formas criativas de intercalar a narrativa com eventos históricos ou opiniões doutrinárias.

MOREIRA e SCHMITT (2019) explicaram que, na decisão das ADC 43, 44 e 45, “restabeleceu-se, mesmo que por maioria apertada, a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente até que não seja mais possível reverter eventual decisório condenatório, deixando-se explicitado que o artigo 283 do CPP não viola o texto constitucional”. A ênfase primária dos autores foi ao reestabelecimento da garantia fundamental. A constitucionalidade do art. 283 é secundária. O termo “reestabelecer” contém a ideia de que o ponto fora da curva na história constitucional foi a decisão de 2016. O autor deixou isso tudo ainda mais claro na conclusão:

Assim, diante **da não declaração de inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP** pelo STF, **mantendo-se sadia sua origem constitucional, qualquer tentativa de se inserir na Carta Magna dispositivo que afronte o princípio da não culpabilidade**, por se tratar esta de cláusula inserida em direitos e garantias individuais, pode-se simplesmente se avultar uma **fraude à Constituição e que assim será declarada inconstitucional**. (grifos nossos)

A expressão “origem constitucional sadia” é especialmente eloquente e retroalimenta a narrativa de que o entendimento tradicional do STF é o de 2009.

FROTA, ARAÚJO e SOUSA (2021) relacionaram a mudança de entendimentos do STF a uma perseguição política às vésperas das eleições presidenciais de 2018. Depois de resolvidas as eleições, o STF teria julgado “a ação direta de constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que têm efeito vinculante, e decidiu que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois viola o princípio da presunção de inocência, que tem previsão constitucional e legal”.

REIS (2020) redigiu um texto muito completo sobre a questão. Analisou o voto de cada ministro. Fez uma leitura minuciosa da argumentação do Min. Dias Toffoli. E ainda assim concluiu na direção oposta desta tese. Nas palavras do autor:

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

Atento ao detalhe, REIS encontrou os mesmos elementos argumentativos que esta tese. Concordou com a interpretação que esta tese fez desses elementos. Concluiu que Toffoli realmente fundamentou seu voto com base na autonomia do legislador. Mas descreveu a decisão do STF da seguinte forma: “o STF firmou entendimento no sentido de que a execução antecipada de acórdão condenatório proferido em grau de apelação ofende o princípio da presunção de inocência, [...] declarando, por consequência, a constitucionalidade do art. 283”.

ROMANO (2019) criticou a Lei Anticrime e a possibilidade de o STF concluir que a Constituição permite prisão em primeira instância a partir de decisões condenatórias do júri. O autor recuperou o detalhe do voto do Min. Dias Toffoli sobre o princípio da soberania do júri: “Em novembro, Toffoli, que votou contra as prisões imediatas de condenados em segunda instância, fez em plenário uma ressalva sobre o tribunal do júri. Para ele, deve haver prisão imediata em casos de crimes contra a vida”. A partir dessa minúcia, concluiu que “no Supremo, a maioria considera claro o trecho da Constituição Federal que assegura ‘a

soberania dos veredictos' do júri. Essa frase, na visão dos ministros, torna fundamental a prisão imediata dos condenados”.

ROMANO percebeu que existe uma maioria no STF que defende que a soberania dos vereditos do júri prevalece sobre a presunção de inocência. Essa maioria sopesa os incisos XXXVIII e LVII e conclui que a Constituição permite que se prenda em primeira instância. ROMANO analisou detalhadamente o voto de Toffoli a ponto de perceber que o ministro pensava assim. Ou seja, discordava da interpretação dos demais quanto à interpretação e à aplicação do inciso LVII. Entretanto, ROMANO não concluiu que o Min. Toffoli rechaçou o entendimento que embasou os demais votos.

A classe jurídica aderiu à tese da exclusividade cautelar estrita de tal maneira que se tornou incapaz de ler a realidade diante dos seus próprios olhos. Não ousa vê-la nem mesmo para questionar, criticar ou refutar.

Aderiram à interpretação unânime até mesmo os pouquíssimos autores que defenderam a constitucionalidade da execução provisória da pena. Esses autores criticaram a decisão final das ADC 43, 44 e 54 sem perceber o que estava contido no acórdão. Como se ela realmente confirmasse a tese de que a exclusividade cautelar estrita é imposta pela Constituição. RAMOS (2019) interpretou a decisão do STF da seguinte forma:

Foi o STF consentâneo com a artilosa tese dos autores das ADCs 43, 44 e 54, que, segundo eles, está fundamentada no quanto estabelecido no art. 283 do Código de Processo Penal, que, por sua vez, está lastreado no quanto dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal.

Ao dizer isso, RAMOS concedeu a interpretação dos fatos aos adeptos da tese do espelhamento constitucional e concordou que foi isso que o STF decidiu. O artil não enganou os ministros do STF, que debateram no detalhe a questão ao longo das quase 500 páginas de acórdão e cuja maioria rechaçou a tese. Mas enganou o autor.

NIETO e OLIVEIRA (2019) fizeram a mesma concessão: “A alegação principal da corrente que derrubou a prisão em segunda instância foi a de constar na Constituição Federal um artigo que estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. O entendimento original do STF até subsiste quanto aos juízos normativos, mas morreu quanto à leitura da história jurisprudencial.

3.3.2. História jurisprudencial anterior a 2009

THEU (2019) apresentou uma boa síntese da história jurisprudencial desde 1988. Encontrou marcos decisórios similares aos que esta tese encontrou:

Inicialmente, o STF se posicionava favorável à possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. Nesse sentido: HC 68.726 (Pleno, j. 28.06.1991 – leading case), HC 69.964 (j. 18.12.1992), HC 72.366 (j. 13.09.1995), HC 73.968 (j. 14.05.1996), HC 74.983 (j. 30.06.1997) etc. E devido a essa solidez de entendimento majoritário jurídico que o STF editou as Súmulas 716 e 717.

O autor entendeu que a jurisprudência tradicional do STF teria sofrido alteração na decisão do HC 84078 (2009). THEU destacou que, com essa decisão, a partir de 2009, passou a prevalecer a interpretação de que o inciso LVII veda qualquer forma de prisão que não seja cautelar. A partir disso concluiu que:

Por fim, é bastante notável e deve ser ressaltado que, em mais de 30 anos da vigência de nossa Constituição Cidadã de 1998, o entendimento no sentido da admissão da execução provisória da pena vigorou por mais de 20 anos, i.e, mais de 2/3. Vide tabela abaixo, extraída da obra *Direito Constitucional Esquemático* de Pedro Lenza, 22ª edição.

Aponta-se o equívoco quanto aos fatos históricos: a mudança já havia ocorrido no âmbito das turmas em 2004 e em 2006 (supra). Esse erro poderia ser mitigado porque a leitura seria verdadeira se filtradas apenas as decisões do tribunal pleno do STF. Entretanto, não é isso que o autor parece querer dizer pela ênfase dada aos períodos de predomínio jurisprudencial. Registra-se este erro como indício de que, no contexto atual, todos os lados tendem a narrar os fatos distorcendo-os, em menor ou maior medida, para confirmar seu viés.

STRECK e BREDA (2019) criticaram os ministros do STF por fazerem justamente essa leitura. Os autores indicaram que o Min. Teori Zavascki, em 2016, teria descrito o período que foi de 1988 a 2009 como homogeneamente favorável à execução da pena antes do trânsito em julgado. Refutaram a leitura histórica, dizendo que “muito antes da “virada jurisprudencial” de 2009 [...], o STF, em sucessivos julgamentos, já proclamava a impossibilidade de execução antecipada das sanções restritivas de direitos”. Ressalva feita ao “muito antes”, essa leitura de STRECK e BREDA coincide com a desta tese.

3.3.3. Construções sutis

STRECK foi bem mais sutil nos juízos de fato que teceu ao longo do período. O autor foi um dos elaboradores da ADC 44, representando o CFOAB. A ação foi distribuída em 20 de maio de 2016. Como se viu, foi esta a peça em que ficou mais evidente a defesa da tese do espelhamento entre o art. 283 e os incisos LVII e LXI. Nas palavras do autor, “a norma contida no Código de Processo Penal reflete, de forma cristalina, repete o conteúdo material e formal do que está contido na Constituição da República”.

Em 13 de junho de 2019, antes do julgamento das ADC43, 44 e 54, STRECK e BREDA publicaram texto no qual defenderam a tese de que a decisão do STF deveria ser tomada com base na autonomia do legislador infraconstitucional. Os autores demonstraram que, mesmo antes da virada de 2009, até mesmo ministros que defendiam a possibilidade da execução antecipada da pena privativa de liberdade, decidiram pelo respeito ao art. 147 da LEP. O fundamento da decisão desses ministros teria sido o dever de respeitar disposição expressa de lei infraconstitucional.

Em 2009, todos os votos vencidos teriam acompanhado o entendimento do Min. Menezes Direito, segundo o qual “recursos extraordinário e especial não dispõem de efeito suspensivo, a execução provisória é consequência possível”. À época, nenhum deles teria se insurgido contra o art. 147 da LEP alegando a necessidade de interpretá-lo conforme a Constituição. Em 2019, deveriam fazer o mesmo em relação ao art. 283. Concluíram que:

Em síntese, as ADCs 43, 44 e 54 pedem simplesmente o respeito à Constituição de 1988, à lei e ao Congresso Nacional. E pedem que seja respeitada a opinião unânime dos ministros do STF, construída ao longo da década de 2000, no sentido da constitucionalidade de lei infraconstitucional que expressamente impeça a execução antecipada de pena.

O artigo indica que, apesar de ser o proponente da tese do espelhamento, o autor sentiu a necessidade de complementar de forma expressa sua argumentação com uma tese subsidiária. Ainda que os ministros não concordassem que existe constitucionalidade espelhada garantindo a validade do art. 283, deveriam ser coerentes com seus entendimentos anteriores e respeitar a autonomia do legislador infraconstitucional. STRECK tinha plena ciência da diferença substancial entre as razões para decidir da tese principal e da tese

subsidiária. Essa diferença foi a raiz de sua classificação do entendimento dos ministros do STF antes de 2009.

Depois que o STF julgou as ADC 43, 44 e 54, STRECK e CATTONI (2019), redigiram texto criticando as PEC que propunham reinstaurar a execução da pena antes do trânsito em julgado. Quanto aos juízos de fato, sua construção foi sutil. Não fizeram nenhum juízo objetivamente equivocado, mas alimentaram a impressão de que o STF teria decidido a favor da tese da constitucionalidade espelhada.

Note-se como os autores descrevem o *status quo* como se a interpretação do STF em vigor compartilhasse do entendimento de que a execução provisória é inconstitucional:

De tédio ninguém morre neste país. Mal terminou a longa batalha pela declaração espelhada da constitucionalidade do artigo 283 do CPP e lá vem confusão. Quem perdeu não aceitou o resultado de 6 a 5. **E quer mudar as regras do jogo.**

[...]

Se cada vez que for contrariado, o parlamento resolver se vingar (e isso está nítido pelo discurso ressentido que se ouve em relação à decisão do STF), estará instaurada a balbúrdia, porque o STF poderá declarar inconstitucional a alteração e assim criar um moto contínuo, prejudicial à democracia. (grifos nossos)

A premissa implícita é a de que a batalha foi vencida nas ADC 43, 44 e 54. Bom, quanto à constitucionalidade do art. 283, ela de fato foi. Agora, não quanto à interpretação do inciso LVII. Nos limites do voto do Min. Dias Toffoli, a mensagem que o STF passou foi que o legislador ordinário tem autonomia para reinstaurar a execução da pena antes do trânsito em julgado. Isso é o exato oposto do sentido transmitido pela contextualização feita pelos autores, segundo a qual o parlamento teria se sentido contrariado. As regras do jogo, segundo o STF, hoje, são: o parlamento manda e pode redefinir a questão até mesmo por meio de lei infraconstitucional. No artigo de junho, antes da decisão final do STF, STRECK demonstrou que sabia disso. O autor chegou a invocar como argumento a tendência histórica do STF em decidir assim. Depois da decisão, porém, STRECK e CATTONI defenderam que a mudança não poderia vir nem por emenda à constituição.

O entendimento vigente do STF é o contrário do que defendem STRECK e CATTONI. A *ratio decidendi* das ADC 43, 44 e 54 conflita com a tese da exclusividade cautelar estrita. Conflita com a tese da constitucionalidade espelhada do art. 283. Conflita com a tese de que a Constituição veda a execução da pena antes do trânsito em julgado. Entretanto, ao ler o texto dos autores, fica a impressão de que o STF concordou com seu entendimento e que o legislador está se insurgindo contra a decisão.

3.3.4. Mudança? Nem por PEC

RODAS (2019) publicou um artigo dois dias depois do julgamento das ADC 43, 44 e 54, com o título: “ALTERAÇÃO IMPOSSÍVEL: Prisão após 2º grau só poderia ser permitida com nova Constituição, dizem professores”. O texto informou que constitucionalistas foram “consultados pela ConJur”. Foram citados Lênio Streck e Ingo Sarlet. O texto descreveu a decisão do STF da seguinte forma: “a corte **resgatou o entendimento firmado em 2009** e declarou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, proibindo a execução provisória da pena” (grifos nossos). O autor concluiu que nem mesmo por PEC poder-se-ia reinstaurar a execução da pena antes do trânsito em julgado.

A citação direta a STRECK, descrito como colunista da ConJur, foi:

A regra do artigo 283 é constitucional; tão constitucional que o STF não teve coragem de dizer o contrário, por mais estranho que isso possa parecer. O artigo 283 é tão adequado à Constituição que o STF ficou numa sinuca de bico. Para negar a presunção da inocência ele deveria declarar o artigo inconstitucional. Por que não o fez? Porque é impossível. **Uma nova lei poderá, talvez, fragilizar a presunção, mas ainda assim ficará a discussão da comparação dessa nova lei com a Constituição.** (grifos nossos)

O “entendimento firmado em 2009”, como se viu, era o de que a execução provisória era inconstitucional. Isso foi decidido antes da alteração do art. 283, quando ainda estavam válidas todas as regras originais do CPP, exceto o art. 594. Em 2009, o STF decidiu que a interpretação constitucional do inciso LVII prevalecia sobre a autonomia do legislador. Em 2019 ele decidiu o exato oposto. STRECK não produziu um único falso juízo de fato. Sua citação ficou no final do texto. A ConJur se encarregou das conclusões, alimentando os falsos juízos de fato e destacando-os na manchete e no início do texto.

Como se viu, em texto próprio, STRECK e CATTONI chegaram à mesma conclusão: “Nem o Supremo e nem o Parlamento podem relativizar a presunção da inocência. Cláusula pétrea! Simples assim”. A diferença é que, naquele texto, eles nunca disseram expressamente que o STF decidiu assim. Eles apenas omitiram o fato de que o STF decidiu o contrário do que pensam. E deixaram a cargo do leitor descobrir que as impressões deixadas pelo texto não queriam dizer bem aquilo. O leitor que encontrasse, por conta própria, a divergência do Min. Toffoli no acórdão de quase 500 páginas.

3.3.5. Câmara de eco

Esse tipo de construção produzido pela ConJur ilustra um *modus operandi* recorrente nos textos levantados. Os textos buscaram validar e complementar suas próprias leituras na opinião dos outros autores, os especialistas. Vários deles ressaltaram que a melhor interpretação das leis está com os estudiosos do direito, não com o legislativo, nem com o STF e muito menos com o povo. É a esse tipo de recurso argumentativo que se identificou como Câmara de Eco no Apêndice G.

STRECK e CATTONI citaram Ives Gandra Martins:

Não sem razão, o constituinte tornou cláusula pétrea a presunção de inocência, **não se justificando que possa o Supremo Tribunal Federal arvorar-se em poder Constituinte originário — já que derivado não poderia ser, diante da cláusula pétrea do inciso LVII do artigo 5º** — e declarar que, onde escrito está “será considerado culpado após o trânsito em julgado” deve-se ler “será considerado culpado após decisão de segunda instância”, devendo sua pena ser aplicada desde então”.

O *pedigree* da referência é reforçado por se tratar de autor do outro lado do espectro ideológico. Isso complementou a leitura do contexto, fortalecendo a impressão de unanimidade. Supriu-se assim o déficit de contundência de não terem podido afirmar, com todas as letras, que o STF respaldou seu entendimento. Ausente um juízo de fato sobre o juízo de valor do STF que fosse conveniente, apresentaram juízo de fato sobre juízo de valor de um renomado jurista que, em regra, pensa de forma diversa.

STRECK e CATTONI defenderam também que é melhor que a interpretação da Constituição fique nas mãos dos juristas. De outra forma, correr-se-ia o risco constante de que a sede por justiça dos legisladores punitivistas distorcesse textos normativos claros contidos na Constituição. Como é o caso do inciso LVII:

Mais claro, impossível. Nem o Supremo e nem o Parlamento podem relativizar a presunção da inocência. Cláusula pétrea! Simples assim. E é bom que os protagonistas das PECs e os demais parlamentares deem um voto de confiança à ciência jurídica. **Ouçam a doutrina. Ouçam os constitucionalistas. Essa gente estuda isso a anos. Escrevem livros. Se esforçam. Eles não querem o mal do país. Só querem preservar o Estado Democrático de Direito. Não façam nada errado, consultem a Constituição e aos constitucionalistas.** (grifos nossos)

Não ousem confiar nos seus olhos sem antes consultar um constitucionalista. MARLAN (2019) defendeu esse esoterismo jurídico de uma forma mais crítica aos leigos: “Talvez as pessoas comuns da sociedade não entendam o porquê da discussão, seja por alienação cultural ou por ideologias políticas, e defendem pontos de vista equivocados diante da natureza puramente jurídica do assunto”. Discordar da tese da exclusividade cautelar estrita tende a ser alienação cultural ou cegueira ideológica.

ABBOUD (2019) descreveu a decisão do STF nas ADC 43, 44 e 54 da seguinte forma. Pede-se perdão ao leitor, o trecho é ilustrativo demais em suas próprias palavras para ser traduzido:

A primeira circunstância sobre a qual devemos meditar é precisamente essa: **ainda que as regras legais e constitucionais desenhem com precisão a presunção de inocência**, parcela vencida na votação privilegiou argumentos de vária natureza, em detrimento do texto constitucional. Ao final, como diria meu querido amigo Lenio Streck, **a ortodoxia venceu e, infelizmente, por um placar aflitivamente apertado.**

[...]

Num apanhado, o que se observa é que o argumento jurídico venceu. **Tanto o texto constitucional como o artigo 283 do CPP**, ambos produtos do Legislativo democraticamente instituído, foram privilegiados. O STF, perante pressões de toda ordem, conseguiu resistir aos **anônimos anseios do populacho momentaneamente organizado em torno de um projeto punitivista e inconstitucional**. Conforme ressaltou Lenio Streck, em sua brilhante sustentação oral, a função principal de uma corte constitucional é resistir ao “canto das sereias”. Lição que já deveríamos ter aprendido há tempos com Jon Elster.

A partir da simples referência a STRECK, o precedente do STF de 2009 passou a caracterizar ortodoxia. Essa ortodoxia, em 2019, voltou a vencer, mas por um placar apertado. A decisão não foi só sobre o art. 283, foi também sobre o texto constitucional. A vitória? Resistir aos anseios do populacho punitivista e inconstitucional. E o canto das sereias é o canto do populacho. A metáfora é conhecida. Interpretando-a à melhor luz, caberia à corte o papel de refrear os anseios passionais de momento, da política e das catarses sociais. Tudo bem. Em geral, concorda-se. Neste caso, porém, o próprio uso da metáfora revela um distanciamento completo entre o mundo da doutrina e o mundo da realidade.

Ao se cegar para o juízo de fato sobre a verdadeira decisão do STF, a doutrina está recusando enxergar o que está diante de seus olhos. Fechou-se em uma câmara de eco na qual ressoa, vejam, um canto só. E enquanto a classe jurídica se afoga, iludindo-se, continua

apontando que as sereias são o populacho momentaneamente organizado e os punitivistas do parlamento e do judiciário.

Ainda que os autores façam uso cuidadoso de suas palavras, evitando mentiras ostensivas, os sentidos implícitos reverberam. Foi o que aconteceu com STRECK, citado por todos os lados como referência para embasar a conclusão de que o STF decidiu, em 2019, pela inconstitucionalidade da execução provisória. Ainda que ele mesmo nunca tenha cometido esse erro crasso.

Os advogados brasileiros têm abusado excessivamente da zona cinzenta das palavras para persuadir a qualquer custo. A última fronteira deveria ser a indução ao erro quanto aos fatos. Ela também é constantemente desrespeitada. É uma prática nefasta que deveria ser combatida nos tribunais. Não é. É ainda pior quando juristas o fazem. Uma indução ao erro por ambiguidade e omissão tem consequências ainda mais graves quando passam pelo telefone sem fio das citações e livres traduções. Sentidos se perdem e sentidos se agregam. Sentidos implícitos se ampliam e induções ao erro se potencializam.

A maior parte das referências à doutrina ficou em um nível mais superficial. Recorrendo a textos recentes de constitucionalistas ou de penalistas para referendarem sua interpretação. Alguns autores, como REIS (2020), buscaram desenvolver uma análise histórica, buscando as raízes do entendimento. Vários deles retornaram a BECCARIA, segundo o qual, na tradução utilizada por REIS: “um homem não pode ser tido como culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, a não ser quando se tenha decidido que violou os pactos com os quais aquela lhe foi outorgada”.

REIS utilizou dessa citação a BECCARIA para confirmar a ideia de que “não pode haver qualquer atuação estatal configuradora de antecipação da pena”. Ao fazê-lo, relacionou o fim da inocência com a comprovação da culpa. Nesse ponto, chega a parecer que REIS estava concordando com a tese de que a presunção de inocência está ligada ao um juízo de culpa e que, comprovada a culpa em decisão condenatória, deixa de ser presumido inocente o réu.

O raciocínio se perdeu quando o autor diferenciou sistemas inquisitórios de sistemas acusatórios. A ideia de comprovação da culpa se perdeu na ideia de trânsito em julgado. A citação acabou por respaldar a ideia de que não se pode punir alguém até o último recurso e além, até prova formal de fim do processo. Sentença passou a significar sentença definitiva. Sentença definitiva passou a significar sentença com trânsito em julgado. Como resultado, REIS interpretou que o conceito de presunção de inocência de um autor como BECCARIA,

que defendia subsunção e prisão-pena, em instância única, sem direito a recurso, respalda a tese da exclusividade cautelar estrita.

Destaca-se como foi recorrente nos textos levantados essa construção comparativa entre sistemas inquisitivos e acusatórios como uma chave de solução de incompatibilidades históricas. O sistema brasileiro estaria evoluindo cada vez mais em direção a um sistema puramente acusatório. Sob essa luz, resolvem-se todas as antinomias e contradições. Interpretam-se leis antigas como o CPP ou ideias antigas como a de BECCARIA aplicando a chave de conversão inquisitivo-acusatório. Como interpretar o fato de que o CPP determinava a prisão imediata, já por ocasião da condenação em primeira instância? Lei de um contexto ditatorial, inspirada no fascismo italiano, típica de um modelo inquisitivo. Aplica-se a chave de conversão inquisitivo-acusatório e as normas inconvenientes do CPP são tacitamente revogadas em favor das normas da LEP. BECCARIA passa a ser interpretado à luz de Lênio Streck. O inciso LXI à luz do art. 283.

Esse é o filtro cognitivo que garante que não tem mais risco nenhum de um estudante de direito penal ler BECCARIA e entendê-lo. A doutrina salvou os estudantes da angústia de um passado que discordava do presente.

O que aconteceria se não houvesse o filtro anacrônico? O estudante de direito provavelmente estranharia a citação de REIS. Afinal, o trecho de BECCARIA estabelece a “sentença do juiz” como marco final da presunção de inocência. Isso, por si só, não basta. O aluno dono de seus olhos iria ao texto original. As frases imediatamente consecutivas ao trecho citado dizem o seguinte:

Qual é, portanto, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de infligir uma pena a um cidadão enquanto se duvida da sua culpa ou inocência? Não é novo esse dilema: um delito é provado ou improvado; se é provado, não lhe convém pena senão a estabelecida pelas leis, e são inúteis os tormentos, porque é inútil a confissão do réu; se é improvado, não se deve atormentar um inocente, porque tal é, segundo as leis, um homem cujos delitos não são provados.

O aluno de alma livre concluiria que o pensamento do autor se aproximava muito mais da tese da prova de culpa, enfaticamente rechaçada pelos teóricos da exclusividade cautelar estrita. O aluno doutrinado, angustiado pela contradição aparente, buscaria ajuda dos especialistas para conduzi-lo pela interpretação. Traduziria BECCARIA por meio da chave de conversão inquisitivo-acusatório e se iludiria de que, vivesse nos dias de hoje, o autor certamente defenderia que a prisão-pena exige trânsito em julgado.

É evidente que o direito penal não parou em BECCARIA. “Dos Delitos e Das Penas” é recheado de proposições que são incompatíveis com o sistema jurídico vigente. Não se espera decidir o debate com essa referência. Mas a doutrina jurídica hegemônica faz uso disso. O tempo inteiro. Alimenta a ilusão de que, desde o século XVIII, estavam presentes as raízes da tese da exclusividade cautelar estrita. Alimenta a ideia de que a presunção de inocência, desde sempre e em qualquer lugar, harmoniza-se com a vedação à prisão-pena ou com a repudia às prisões *ex lege*, antes do fim do processo.

O hábito das citações superficiais é um mal generalizado na doutrina brasileira. Entretanto, o fato de os autores analisados citarem trechos que contradizem o núcleo da tese por eles mesmos defendida é especialmente preocupante. A transformação dos sentidos se deu de uma forma que comporta um nível assustador de contradição interna. É uma forma sofisticada de duplipensar que sobrevive graças à transformação dos sentidos das palavras. Graças à novilingua criada pela tese da exclusividade cautelar estrita.

3.3.6. *Espantelho do caso da minoria*

No julgamento de 2019, Barroso e Fux compuseram a minoria. Foram dois enfáticos defensores de que a voz das ruas deveria ser ouvida pelo STF para decidir a questão. Analisaram-se os votos dos dois supra. Demonstrou-se que, apesar dos substanciais argumentos pragmáticos trazidos por eles, nenhum dos dois se limitou a esse tipo de argumentação. Pelo contrário. A argumentação jurídica de ambos pareceu ser dotada de alto grau de qualidade. Defenderam o precedente constitucional original do STF. Apresentaram interpretação constitucional sólida e realizaram algumas das melhores ponderações de princípios entre todos os ministros do STF.

Não obstante, os textos utilizaram dos argumentos pragmáticos trazidos para reduzir a eles a argumentação dos ministros e, metonimicamente, da minoria como um todo. A narrativa resultante foi a de que a tese da exclusividade cautelar estrita seria técnica-jurídica, enquanto a tese de seus opositores seria pragmática, populista, punitivista e toda sorte de adjetivos pejorativos relacionados a essa ideia.

ABBOUD (2019) caracterizou a posição favorável à execução provisória como “visão praxista-eficientista-populista”. Segundo a qual o juiz não se reportaria ao direito, mas aos resultados práticos da decisão. ROMANO (2020) admoestou que não se deveria ceder ao

“populismo penal, em nome de uma resposta à sociedade com relação a criminosa”, abdicando de princípios em nome do punitivismo. Da mesma forma, AJOUZ (2019): “Ainda que haja argumentos razoáveis práticos em sentido contrário, a vontade do constituinte originário é a que deve prevalecer, queiramos ou não aceitar isso. Discursos populistas e justiceiros, com as devidas vênias, não merecem prevalecer”. SOUSA (2019) interpretou a divergência como uma busca por “maior efetividade da resposta estatal”. Essa busca por efetividade, porém, jamais poderia “ser invocada em desacordo com garantias fundamentais estabelecidas em nossa Constituição”.

Esse foi o efeito prático da argumentação pragmática apresentada pelos Min. Fux e Barroso. O foco do debate foi desviado. Os argumentos jurídicos ficaram enterrados sob ênfases dos argumentos práticos. O precedente do STF, outrora reconhecido como precedente original, sempre foi criticado pela tese da exclusividade cautelar estrita como punitivista. Agora passou a ser rotulado de heterodoxo, populista e pragmatista. Dessa forma, enterrou-se a ideia de que um dia a posição dos ministros já foi a interpretação técnica da Constituição e do CPP e a de que a tese da exclusividade cautelar estrita já foi uma proposta de transformação.

TESSEROLI FILHO (2020), criticando especificamente o voto do Min. Luiz Fux, defendeu o seguinte: “É fato: ao magistrado é proibido romper com o legalismo e o papel constitucional preciso. A Corte Suprema (STF) não pode, de forma alguma, reescrever a Constituição ou ser mais dura que a legislação”. Durante todos os anos em que a tese prevalente no STF foi a de que se podia executar a pena a partir da condenação em primeira instância, a tese da doutrina era a de que a interpretação constitucional precisava evoluir com os tempos. A partir do dia em que se tornou hegemônica a tese da exclusividade cautelar estrita, passou a não ser mais possível reescrever a Constituição.

3.3.7. Silenciamento do Debate

Identificou-se, em vários dos textos, uma pressão intensa para que se encerre o debate sobre a questão. Muitos autores defenderam que não há sequer espaço na Constituição para se cogitar a possibilidade de retorno da execução da pena antes do trânsito em julgado. Os defensores da tese contrária foram chamados de golpistas, fraudadores, populistas,

punitivistas e de outros termos igualmente pejorativos. Registra-se, neste tópico, essa aversão da doutrina hoje hegemônica ao dissenso.

STRECK e CATTONI defenderam que recuar na interpretação das garantias da Constituição em direção a reinstituição da execução provisória seria uma violação fraudulenta de cláusula pétrea. Toda “boa doutrina constitucional” sustenta o princípio da vedação ao retrocesso proibiria a abolição de direitos fundamentais. Isso incluiria restrições. As tentativas do legislativo de alterarem a Constituição seriam fruto de ressentimento em relação à decisão do STF de 2019. Ato de vingança cujo resultado seria instaurar a balbúrdia.

TESSEROLI FILHO (2020) reagiu enfaticamente ao voto de Fux. O ministro ressaltou que “o direito não pode viver apartado da realidade”. Ao que TESSEROLI FILHO respondeu: “Ora, esquece-se o ilustre magistrado de que as decisões hodiernas também não podem ser flagrantemente apartadas da justiça, como as que permearam o **fascismo e o nazismo**” (grifos nossos).

Para COELHO (2019), “a falácia de que não se pode aguardar o julgamento de recursos às instâncias superiores para punir, sequer pode ser considerada”. Para o autor, existiria “previsão para prender aquele réu que, por razões legais concretas, deva ser mantido recolhido durante o desenrolar do processo, conforme artigo 312 do Código de Processo Penal”. O que demonstra com que facilidade a tese da exclusividade cautelar estrita dá um nó na cabeça dos estudiosos do direito, que confundem prisão-pena com prisão cautelar e, quando no judiciário, aplicam o art. 312 como se punição fosse.

LIMA (2019) asseverou que não é possível interpretar o inciso LVII de nenhuma outra forma que não a vedação à execução provisória. Para ele: “Isto não é opinião, é a lei, é o que significa o disposto na promulgada Constituição Cidadã. Não posso ver um lápis vermelho e dizer que na minha opinião ele é amarelo. Ele é vermelho!”.

A partir desses artigos, conclui-se que não há mais espaço para dúvida nem para debate sobre o inciso LVII. Existe apenas uma forma de interpretar e de aplicar o texto Constitucional: a tese da exclusividade cautelar estrita. Qualquer um que discorde disso é um leigo, ignorante, alienado, mal-intencionado, punitivista, heterodoxo e reacionário – combinação curiosa –, cego ideológico ou golpista constitucional.

3.4. Artigos sobre a Lei 13.964/19

Este tópico cuidará dos textos cujo objeto principal foi a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. O leitor pode acompanhar a análise por meio do Apêndice H.

O debate mudou imediatamente após a aprovação da Lei 13.964/19. Isso decorre principalmente do esvaziamento da proposta e da garantia de que não retornaria a prisão em segunda instância. Na Câmara dos Deputados, a tese da exclusividade cautelar estrita venceu a disputa pela redação do art. 283. Como resultado, alterou-se a redação para deixar mais claro o sentido que lhe fora atribuído em 2011 (Apêndice A).

O levantamento jornalístico encontrou um total de 47 artigos jornalísticos especializados publicados sobre a Lei Anticrime. Vinte e seis artigos contrários à medida e dezenove artigos favoráveis. Dentre os favoráveis, dez foram porque identificaram na lei um progresso em direção ao garantismo penal e a um processo mais acusatório. Todos esses artigos ressaltaram os benefícios de mudanças específicas da lei. Um dos principais foi a instituição do juiz de garantias, suspensa cautelarmente pelo STF em janeiro de 2020. Sobre isso, BRASILEIRO (2020, p. 104 e seg.). Outro ponto destacado foi o detalhamento normativo do procedimento relativo à cadeia de custódia.

Os artigos também elogiaram a evolução das condições necessárias para decretar as prisões preventivas. Entre as mudanças mais destacadas, estiveram as seguintes. Passou a constar expressamente do art. 312, e do §1º art. 315 os requisitos de fundamentação em “fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida adotada”. O art. 311 passou a exigir requerimento das partes para a decretação da preventiva, eliminando a possibilidade do decreto de ofício.

Além dos casos de artigos favoráveis à lei em pontos específicos, alguns outros foram favoráveis à lei limitando-se a uma descrição geral das alterações normativas. Esses casos foram marcados sob a rubrica “Descritivo”, no Apêndice H. Um exemplo desses casos é o artigo de PEREIRA (2020), que apresenta uma boa síntese das alterações promovidas pela lei.

Em relação ao objetivo principal do levantamento, constatou-se que todos os artigos partiram da narrativa segundo a qual a execução provisória no Brasil teria sido declarada inconstitucional pelo STF, no julgamento das ADC 43, 44 e 54. Inclusive os artigos favoráveis à lei. Nesse sentido, veja-se o texto de SOUZA (2020):

O Princípio da Presunção de Inocência e Não Culpabilidade até pouco tempo foi alvo de grande discussão no cenário nacional, sobre a questão da prisão em segunda instância, que atualmente está pacificada pelo Supremo Tribunal Federal que por 6 (seis) votos a 5 (cinco), os Ministros **decidiram que a execução provisória da pena após a segunda instância, fere o Princípio da Presunção de Inocência e Não Culpabilidade**. Este princípio também encontra amparo nos Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, **vedando o cerceamento do acusado sem antes comprovada a sua culpa**. (grifos nossos)

Destaca-se a leveza implícita nessa forma de narrar os fatos. Não parece restar dúvida sobre essa questão. Tornou-se um truísmo a vedação constitucional à execução provisória no Brasil. Esse truísmo carrega implicitamente a interpretação de que a *ratio decidendi* da decisão do STF, em 2019, teria sido uma declaração de inconstitucionalidade sob a luz do inciso LVII. Note-se ainda como o próprio sentido da expressão “comprovação da culpa” assimilou implicitamente a vinculação ao trânsito em julgado.

Esse juízo de fato sobre a jurisprudência do STF foi expresso de formas ainda mais enfáticas nos textos contrários à lei. Esses artigos foram representados no Apêndice H como “STF História”, “ADC 43 LVII>283”, “Espelhamento” e “LXI = Cautelar”. A principal causa dessas manifestações foi a crítica da alteração da alínea e inciso I art. 492 CPP. A alteração impôs a execução imediata das decisões do júri cujo resultado for a condenação do réu a pena de reclusão superior a 15 anos. Da análise dessa alteração se originaram os artigos que mais trataram da questão da prisão antes do trânsito em julgado. Não foi encontrado nenhum artigo defendendo de forma específica a execução imediata.

No boletim especial publicado pelo IBCCRIM sobre a lei, SILVA e FELIX (2020) ilustraram bem a compreensão dos estudiosos do processo penal a respeito da possibilidade de prisão decorrente de condenações do júri:

Com efeito, caracteriza-se como uma **blasfêmia democrática** sustentar a soberania dos veredictos como fundamento da execução instantânea da pena, pois desconsidera-se a soberania como garantia e violam-se outros princípios fundamentais de igual hierarquia, como o princípio da plenitude de defesa, o da presunção da inocência e do devido processo legal. (grifos nossos)

O uso da expressão “blasfêmia democrática” é uma ótima ilustração de como foi absorvida a tese da exclusividade cautelar estrita pela classe jurídica. Transformou-se dogmática em dogmatismo.

Identificou-se também uma grave inaptidão dos artigos especializados na interpretação e na aplicação da ponderação entre princípios. Isso foi notado, por exemplo, em SABOIA e FERREIRA (2020). No artigo, as autoras criticaram a argumentação do Min. Luís Roberto Barroso no HC 118.770 (2017), segundo a qual, da colisão entre os princípios da soberania dos veredictos do júri e da presunção de inocência, resultaria a seguinte conclusão: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”.

A crítica das autoras se limitou à reprodução da lição de CAPEZ (2018), segundo o qual o princípio da soberania dos veredictos não seria uma garantia absoluta. Como é da natureza dos princípios, seria relativo e comportaria limitações. Uma das limitações impostas a ele seria a recorribilidade das decisões. Concluem que seria um equívoco invocar a soberania dos veredictos “para soterrar outra garantia [...]: a presunção de inocência”. Segundo as autoras, isso seria transformar uma garantia em uma “verdadeira antigarantia, numa perigosa viragem discursiva”.

As autoras não defenderam que o inciso LVII contém uma regra. As autoras não sopesaram os dois princípios. As autoras não fizeram uma análise do núcleo dos princípios. Para que acreditassem que estava refutado o caso do Min. Barroso, bastou que dissessem:

A aplicação do cumprimento imediato da pena, após condenação, pelo tribunal do júri, gerou diversos entendimentos doutrinários e jurisprudências. Como os posicionamentos dos Ministros Joaquim Barbosa e Luís Roberto Barroso, nos quais ambos se posicionaram favoráveis à aplicação da execução provisória da pena, através de fundamentos, claramente equivocados, afirmando que tal aplicação não fere o princípio da presunção de inocência, e que pode ser relativizado, por se tratar de um princípio, e não regra. **Em contrapartida, o mesmo argumento não foi utilizado em relação ao princípio da soberania dos veredictos.** (grifos nossos)

Reserva-se essa construção argumentativa para análise do próximo capítulo.

3.5. Levantamento jornalístico de 2009 e 2016

O levantamento inicial incluía também os períodos que se seguiram imediatamente às decisões do STF, entre 2009 e 2016. Foram levantadas principalmente matérias de jornalismo leigo em 2009, e elas adotaram um tom mais neutro e descritivo. Depois, diante da profusão

de matérias de jornalismo especializado entre os anos de 2016 e 2019, optou-se por focar apenas nesse tipo de publicação.

Apesar de as matérias referentes ao ano de 2016 terem servido como referência para a elaboração do trabalho, concluiu-se que seria melhor dedicar esse capítulo apenas às publicações mais recentes. Foi por isso que a análise abordou apenas as publicações de 2019 a 2021. Entretanto, traz-se ao trabalho os levantamentos referentes a 2009 e 2016 para que o leitor possa consultá-los (Apêndices I e J).

CAPÍTULO IV

4. AVALIAÇÃO DAS RAZÕES JURÍDICAS

Tecida a trama da história argumentativa, permite-se deixar uma avaliação pessoal das razões estudadas ao longo do trabalho. Propõe-se fazer uma breve introdução contextualizando a história dos argumentos e introduzindo dois conceitos que serão úteis ao longo da avaliação das razões: vácuo argumentativo e soterramento.

Logo depois, será feita uma análise da argumentação em si, partindo dos conceitos de Robert Alexy e do uso da teoria que foi feito pelos próprios ministros ao longo dos julgamentos. A partir desse estudo, será feita uma tentativa de correção da banalização da ponderação de princípios.

À medida em que for sendo feito o estudo argumentativo, serão introduzidas as incompatibilidades da exclusividade cautelar estrita com a Constituição. Demonstrar-se-á que ela pode ser uma opção processual penal. É plausível a interpretação de que o legislador ordinário vedou qualquer forma de execução de condenação recorrível por meio da redação do art. 283, na Lei 12.403/11. Entretanto, essa interpretação não pode ser considerada um imperativo constitucional.

Serão retomados os conceitos de *carcer ad poenam* e de *carcer ad custodiam* para demonstrar que não é intrínseca a eles a vedação a qualquer juízo de culpa antes do trânsito em julgado. Essa vedação foi extraída da Constituição de 1988 pela doutrina e passou-se a interpretar os conceitos processuais penais à luz dela. Entretanto, ainda hoje, o direito aplicado no Brasil, impõe pelo menos um juízo preliminar de culpa a todas as prisões cautelares.

Isso significa que, na prática, mesmo quando se aplica o instituto do *carcer ad custodiam*, a fundamentação nunca é pura necessidade, puro *periculum libertatis*. É sempre também, em alguma medida, juízo de culpa. O que muda é a razão principal da prisão. A razão principal das cautelares é a necessidade. A razão principal das prisões-pena é a punição. Tampouco a figura do *carcer ad poenam* é aplicada de forma pura. Como o Min. Menezes Direito tentou demonstrar em 2009, toda prisão, inclusive a execução da pena, possui um caráter preventivo. Ainda que ele não seja primário. O que distingue os conceitos é o caráter primário.

Como se demonstrará, isso significa que a interpretação que a tese da exclusividade cautelar estrita faz do inciso LVII não pode ser literal. Fosse literal, nem mesmo os juízos preliminares de autoria e materialidade que embasam as prisões preventivas seriam permitidos. Ainda que secundário, o juízo de culpa preliminar é um requisito inafastável de qualquer prisão cautelar. Todo réu preso preventivamente é, em alguma medida, tratado como se culpado fosse. Disso decorre toda sorte de incongruências inerentes à tese da exclusividade cautelar.

Demonstrar-se-á como, apesar de suas contradições, a tese se tornou um dogma no mundo jurídico e agora busca converter o senso comum. A doutrina se apropriou do debate e se distanciou da realidade. Hoje, parte substancial de seus adeptos defende que sua ascensão é irreversível. A hegemonia da tese da exclusividade cautelar estrita seria eterna, enquanto vigesse o atual sistema constitucional.

Concluir-se-á apresentando as alternativas ao modelo vigente.

4.1. Vácuo Argumentativo

Em 20 de junho de 2008, a Lei 11.719 de 2008 alterou o CPP. A principal mudança foi a revogação da obrigatoriedade do réu de se recolher à prisão para apelar do art. 594. As demais regras que cuidavam da prisão decorrente de sentença condenatória, porém, ficaram inalteradas. Permaneceram vigentes e inalterados, por exemplo, os artigos 393, I, 597 e 637 (Apêndice A). Como se viu, ao contrário do que relatou parte da doutrina e da jurisprudência, o inciso I do art. 393 havia sido expressamente recepcionado pelo STF.

É emblemático que o precedente original do pleno quanto à execução provisória tenha sido superado em fevereiro de 2009, poucos meses depois da revogação do art. 594. O sentido dessa relação simbólica fica limitado à aparência, à rasura dos marcos formais. Na prática, como se viu, desde 2004 e 2006, as turmas do STF já tinham mudado de posição. Mas também na prática, essa mudança de posição veio encabeçada pela acentuada resistência dos ministros à prisão para apelar do art. 594. Também na realidade profunda das decisões judiciais, a decisão de que a Constituição não teria recepcionado o art. 594 trouxe consigo a conclusão de que nenhuma execução provisória de pena privativa de liberdade seria constitucional.

O princípio da ampla defesa teve um papel central na fundamentação do voto do Min. Eros Grau, no HC 84.078 (2009). O princípio ficou eternizado na ementa do acórdão como uma das principais razões atribuídas pelo relator para a superação do precedente. Os demais ministros não compartilharam com tanta ênfase desse argumento. Ele tampouco mereceu lugar de destaque nos julgamentos seguintes, entre 2016 e 2019. A razão é evidente.

Apesar de fazer muito sentido proteger a liberdade do réu para que possa produzir provas em sua defesa, esse sentido é bastante enfraquecido à medida em que as fases do processo avançam. Isso é especialmente verdadeiro depois da sentença de primeira instância e ainda mais depois do acórdão de segunda instância. O art. 594 feria fundo o princípio da ampla defesa, na medida em que cerceava o direito do réu ao recurso de apelação. Entretanto, revogado o art. 594, essa ferida acaba.

Não existe um dano tão substancial assim ao princípio da ampla defesa quando se recebe o recurso do réu, mas se executa, antes do trânsito em julgado, a pena privativa de liberdade nos casos de crimes inafiançáveis. O voto do Min. Eros Grau, em 2009, é uma prova de que permaneceu profunda a marca argumentativa do art. 594, mesmo depois de sua revogação. O hábito argumentativo continuou ressoando forte, mesmo depois que o inimigo já estava derrotado.

Como se viu, o voto do Min. Eros Grau estava pronto anos antes, pelo menos desde 2006, no julgamento do RHC 89550 (2007). A superação do precedente foi predefinida em um contexto em que o art. 594 existia e era a principal razão da conversão de ministros à tese da exclusividade cautelar estrita. Quando se revogou a norma, em 2008, já era tarde demais. O art. 594 marcou o debate do começo ao fim. Mesmo depois de revogado.

De um lado, o Min. Eros Grau repetiu, em 2009, a argumentação anterior à revogação do art. 594, como que por eco. Do outro lado, porém, os defensores do precedente original foram assolados por um vácuo. Um vazio conceitual. Uma mudez. A perda de palavras da Min. Ellen Gracie, tateando substitutos para o termo execução provisória, ilustra isso bem.

Conduzida pela inércia do hábito argumentativo dos tempos de maioria, a recém derrotada minoria de 2009 se viu sem chão. Acostumaram-se a engajar os argumentos em um sistema jurídico no qual vigia o art. 594. Durante muito tempo, pareceu-lhes fazer sentido justificar a prisão decorrente de sentença condenatória como processual e até mesmo como cautelar. Como a uma droga, agarraram-se ao pretexto de que a fundamentação da prisão para apelar do art. 594 era cautelar. E como a uma droga, viciaram-se. Argumentos viciam.

Quando o pretexto deixou de existir, eles não estavam mais habituados a argumentar com base no sistema processual penal original. Havia concedido que falar em prisão-pena,

antes do trânsito em julgado, era inaceitável. Mas os apoios a uma tese da exclusividade cautelar foram sendo retirados ao longo das décadas de 1990 e 2000, um a um. Já não era mais possível fundamentar com base na gravidade do crime, nem nas circunstâncias do delito. Não era mais possível fundamentar com base em nenhum dos elementos que tinham permitido que a prisão para apelar sobrevivesse até ali. A revogação do art. 594 foi o suporte final da execução provisória a cair. Sem base argumentativa, não sobreviveu nem mesmo a execução de acórdão condenatório.

O sistema penal ainda tinha vigentes os art. 393, I, 597, 637 e 669. Mas os ministros da nova minoria não tinham mais as ferramentas para operá-los. Faltava-lhes a premissa de que é possível emitir juízos de culpa antes do trânsito em julgado. A prisão-pena se tornou um tabu constitucional. Ficou fácil para os adeptos da tese da exclusividade cautelar estrita demonstrarem que qualquer forma de prisão automática, sem razões concretas, é execução de pena. E execução de pena antes do trânsito em julgado, como o Min. Sepúlveda Pertence ensinava, seria inaceitável.

No julgamento de 2009, os Min. Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Menezes Direito e Carmen Lúcia até tentaram preencher o vazio argumentativo. Fizeram um esforço tardio de refutação da tese da exclusividade cautelar estrita. A Min. Ellen Gracie declarou com todas as letras que, com aquela decisão, estariam revogando o Código de Processo Penal. Era tarde demais. O que talvez lhe faltasse, à época, fosse domínio dos eventos históricos. Ciência das transformações de sentido das palavras. Consciência da extensão das concessões que foram feitas antes dela, mas também por ela.

O voto do Min. Menezes Direito, no HC 84.078, é a maior prova de que os defensores da execução provisória estavam de mãos atadas. O ministro tentou resgatar a possibilidade de executar a pena isolando seu caráter preventivo de seu caráter retributivo. Com isso, ele confessava a tese central dos defensores da exclusividade cautelar estrita. Restou-lhe a estreita e carcomida linha argumentativa da tese da exclusividade cautelar ampla.

A tese da exclusividade cautelar se tornou um dogma. Sob esse dogma, o terreno da exclusividade cautelar ampla é o último refúgio dos que persistem na defesa do precedente original do STF. Esse é o caminho que foi trilhado pelo Min. Celso de Mello. Se a história jurisprudencial indica alguma coisa é que esse caminho parece fadado a sucumbir à tese da exclusividade cautelar estrita.

O argumento do tratamento progressivamente mais gravoso foi uma das últimas tentativas de resgatar o precedente original do STF. Ela foi bem-sucedida em 2016. Mas perdeu força em 2019. Isso ocorreu por três razões principais: a morte do Min. Teori

Zavascki, a mudança de entendimento do Min. Gilmar Mendes e a ênfase parcial a argumentos pragmáticos, escolhida como estratégia pelos defensores da execução da pena em segunda instância.

Como se viu no Capítulo III, os adeptos da tese da exclusividade cautelar estrita são maioria absoluta no meio jornalístico jurídico. Grande parte dos textos publicados sobre a decisão restringiram a leitura da argumentação de ministros como Barroso e Fux aos argumentos pragmáticos. A restrição é injusta. É um espantinho. Os ministros mantiveram a argumentação jurídica que prevalecera em 2016. O Min. Barroso, por exemplo, dedicou toda a primeira parte de seu voto à argumentação jurídica. O destaque aos argumentos pragmáticos, segundo ele mesmo, era colateral. Mas toda estratégia argumentativa tem seus custos e seus benefícios. O custo da argumentação pragmática, neste caso, foi claro: permitiu uma apropriação narrativa que alimentou a superposição da versão histórica da tese da exclusividade cautelar estrita aos fatos.

O julgamento foi narrado, pela maior parte das reportagens jurídicas, como se a posição dos Min. Barroso e Fux pudesse ser definida por um ativismo jurídico *contra legem*. A narrativa é, em parte, verdadeira. Com isso, alimentou-se a versão histórica de que a tese da exclusividade cautelar estrita representa a ortodoxia constitucional e processual penal. Esse tipo de estratégia é utilizado para desviar o foco, evitando que os argumentos jurídicos se propaguem. Disso decorre um efeito de vácuo. Também é utilizada para enterrar a história dos argumentos. Disso decorre um efeito de soterramento.

4.2. Soterramento

Constatou-se no Capítulo III, que, logo após a decisão do STF nas ADC 43, 44 e 54, reinou um silêncio quase absoluto sobre a posição final do Min. Dias Toffoli e como ela afeta a *ratio decidendi* da decisão. Quem viu e discordava de Toffoli, fingiu não ver. Quem viu e concordava, não acreditou nos próprios olhos. Muitos adeptos da tese da exclusividade cautelar estrita utilizaram da decisão para afirmar expressamente que o STF retomou o entendimento de 2009 ou que o STF declarou a inconstitucionalidade da execução provisória. Essa interpretação foi utilizada até mesmo para pressionar o legislador e interferir no processo legislativo.

O Min. Dias Toffoli delimitou expressamente o limite de sua concordância com a fundamentação do voto do relator, Min. Marco Aurélio. Ele rechaçou explicitamente a tese da constitucionalidade espelhada entre o art. 283 e o inciso LVII. Ele determinou que deveria prevalecer, na decisão, a autonomia do legislador para definir a vedação à execução provisória, por meio do art. 283. Mas também determinou que bastaria alterar o CPP de volta para que fosse reinstituída a execução provisória (BRASIL, 2019, p.457).

Apesar disso, o relator, Min. Marco Aurélio, redigiu a ementa desta forma:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, **considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para**, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação e assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, **nos termos do voto do relator e por maioria**, em sessão presidida pelo Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. (grifos nossos)

Esta ementa é uma obra-prima da manipulação de sentidos. A redação é ambígua na medida exata para que passe a ideia de que o STF decidiu favoravelmente à tese da constitucionalidade espelhada. Ao mesmo tempo, não compromete o redator com uma mentira ostensiva. Deixou-se despreziosamente entre vírgulas a oração: “considerado o alcance da garantia versada no [...] inciso LVII [...]”. Acrescentou-se uma expressão confusa que alimenta a ambiguidade: “no que direciona a apurar para”. E pronto. O leitor adepto da tese da exclusividade cautelar confirma facilmente seu viés. Todos os outros que não leram atentamente a íntegra acórdão são levados a acreditar que o inciso LVII foi a chave de solução do caso. Ao menos na aparência, o relator transformou a decisão colegiada na sua. Mas elas não são coincidentes.

Essa ementa fecha bem a história do Min. Marco Aurélio no caso. Como se viu (supra 1.7.2.2), o ministro manipulou o texto de ementas para avançar jurisprudencialmente a tese da exclusividade cautelar estrita. E o fez contra a *ratio decidendi* da decisão colegiada. Foi isso

que ocorreu em 2001, no HC 80745 (2001). Naquela ocasião, o Min. Nelson Jobim chamou a atenção do Min. Marco Aurélio.

A redação de uma ementa ambígua como essa serve ao fortalecimento da hegemonia da tese da exclusividade cautelar estrita. Uma coisa é a perda de sentido inerente a toda síntese e a toda tradução. Outra é a sobreposição de um texto a outro de forma a ocultar as razões subjacentes. A ementa foi redigida como capa de um processo de centenas de páginas. O teor decisivo do voto de desempate ficou diluído e perdido nesse ecossistema argumentativo. A *ratio decidendi* ficou soterrada.

Durante a ascensão da tese da exclusividade cautelar estrita, o soterramento das razões jurídicas ocorreu dessa e de muitas outras formas na história jurisprudencial. Ainda assim, demorou muitos anos para que superasse o precedente original do STF. É natural que o judiciário seja mais resistente à mudança. Ele exerce uma função mais estabilizadora que os demais poderes por causa da sua forte ligação com os precedentes. O que se demonstrou nessa tese é que, apesar de árduo e complexo, é possível recuperar os sentidos e as razões soterrados. Esta tese é, de certa forma, a tentativa de desenvolver um antídoto ao soterramento.

A tese da exclusividade cautelar estrita confirmou sua ascensão em 2009, quando superou o precedente original no julgamento do HC 84.078/MG. Em 2016, o STF voltou atrás nessa decisão e reestabeleceu a execução imediata dos acórdãos condenatórios. Em 2019, a tese da exclusividade cautelar estrita voltou a prevalecer, sustentando-se sobre a redação do art. 283.

Uma das prioridades dos teóricos da exclusividade cautelar estrita é fazer parecer que o precedente de 2009 foi integralmente reconquistado em 2019. Trata-se da manipulação de um juízo de fato sobre uma decisão do STF. Convenientemente, esse juízo de fato se confunde com o juízo normativo de que a interpretação constitucional não comporta outra interpretação do inciso LVII. A confusão faz parte da estratégia. Escondem-se as razões históricas do STF sob as razões pessoais dos doutrinadores.

O soterramento é narrativo. O doutrinador e o jornalista jurídico escolhem contar o que o STF de fato decidiu ou o que ele pensa a respeito de qual decisão o STF deveria ter tomado. Quando LIMA narra que ambos os incisos do art. 393 “sempre foram tidos pela doutrina como não recepcionados pela Constituição Federal, porquanto contrários à regra de tratamento decorrente do princípio da presunção de inocência”, ele filtra a história da norma. Ele elimina a história das razões jurisprudenciais e a substitui pela história das razões da doutrina.

As versões narrativas vão se sedimentando em camadas. Chega um ponto em que o próprio judiciário se perde quanto às razões jurisprudenciais. O próprio Celso de Mello, em 2019, alimentou uma narrativa falsa. Não bastou ao ministro mudar de posição e admitir o erro do passado. Ele reescreveu a história que ele mesmo havia escrito em 1992 e fez parecer que nunca tinha feito sentido vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados sem vedar a execução provisória da pena. O ministro precisou fazer parecer que a Constituição sempre foi interpretada assim. Que “essa orientação **sempre** teve o beneplácito de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal” (BRASIL, 2019, p.363) (grifos nossos).

Está tudo certo em mudar de ideia. Decidiu-se em 1992 que o inciso LVII vedava o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, mas não a execução provisória. Agora, percebeu-se que isso fere o princípio da isonomia. Essa é a história real da jurisprudência. Reconhecer o erro é lembrar dele, aprender com ele. Corrigi-lo retroativamente é soterrá-lo. E, como esta tese mostrou, é difícil recuperar a história real. Mas não é impossível, especialmente hoje em dia com os registros digitais dos processos.

A tese da exclusividade cautelar estrita influenciou muito o legislativo. Isso decorreu, em grande medida, da confiança depositada nos juristas. Comissões de especialistas em processo penal foram consultadas ao longo das décadas para orientarem as reformas legislativas. O que é, obviamente, desejável. Não há problema em mudar as leis pelo procedimento democrático instituído, quanto mais com respaldo técnico-jurídico.

O problema da atuação do legislativo foi a falta de clareza. O abuso de ambiguidades. O uso proposital de antinomias para reformar o sistema processual penal. A falta de honestidade para revogar expressamente o que se queria revogar. Foi assim na LEP e foi assim na Lei 12.403/11. A grande vantagem do processo legislativo como meio de mudança é que ele facilita muito o rastreamento das normas jurídicas anteriores. Basta abrir o Código de Processo Penal com alterações, disponível no site do planalto, e buscar o art. 312. É possível ver cada versão anterior da norma. Elas inclusive se dispõem em camadas. Camadas de sedimentação geológica que representam cada uma das eras de vigência do direito.

Seguindo nesse exercício, note-se o art. 300 do CPP. Destaca-se o detalhe da alteração promovida pela Lei 12.403/11 (Apêndice A). O texto era “Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”. Ele foi alterado para “As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal”.

A alteração do elemento final é que importa a esta tese: “nos termos da lei de execução penal”. Essa norma explicitou na lei um esforço que vinha sendo realizado ao longo de duas

décadas pela doutrina e pela jurisprudência. Ela firmou em lei que a interpretação da expressão “condenação definitiva” deveria ser feita segundo a LEP. A necessidade disso é o fato de que o sentido da expressão mudou. Como se viu no Capítulo I, o sentido original de “condenação definitiva” era “sentença condenatória de mérito”. A definitividade tinha um sentido contraposto ao do caráter preliminar das prisões provisórias. Representava a confirmação processual da culpa do réu fundamentada em provas, pelo júri ou pelo juiz. Considerava-se que a ampla defesa e o devido processo legal tinham sido respeitados com a conclusão da primeira instância.

Um dos principais efeitos da tese da exclusividade cautelar foi transformar o sentido dessas palavras. Para fazê-lo, sobrepôs doutrina nova sobre doutrina anterior. O estudante que leia a doutrina hoje, adquire a certeza de que “condenação definitiva” se refere ao trânsito em julgado. A história das palavras ficou soterrada. Até os defensores da execução provisória passaram a usar a expressão com esse sentido, como se viu no voto do Min. Menezes Direito, em 2009.

Mas se a doutrina tem uma influência grande no mundo do direito, das leis e das decisões judiciais, ela não tem a mesma influência no mundo do homem comum, do homem leigo. E é daí que se origina o conflito de narrativas entre o discurso jurídico e o senso comum. Foi para representar esse embate que se fez a análise do jornalismo jurídico constante do Capítulo III. O resultado encontrado foi a tentativa de impermeabilização do discurso jurídico à vontade popular, tachada de “punitivista”. Combinada com uma tentativa de converter o senso comum à tese da exclusividade cautelar estrita.

A hegemonia da tese da exclusividade cautelar foi obtida com sucesso na classe jurídica e no legislativo. Está em estágio avançado no judiciário. A última etapa é a conversão do senso comum. Para que a hegemonia se torne completa, é preciso que os novos sentidos jurídicos se difundam pela sociedade. É preciso persuadir as pessoas a adotarem os termos “prisão”, “condenação definitiva”, “inocente” e “culpado” de forma compatível com a tese. É preciso sedimentar esses novos sentidos das palavras no uso popular, soterrando os originais. Esta pesquisa é, em parte, um trabalho de redescoberta desses sentidos.

4.3. Ponderação de princípios

Hoje em dia, o leitor de textos jurídicos brasileiros estremece só de ver no sumário um tópico sobre ponderação de princípios. A maior parte dos textos que se propõem a isso o faz de uma forma superficial e burocrática, que apenas simula uma fundamentação argumentativa. Os especialistas fazem-no de forma hermética, quase ininteligível, blindando o argumento de qualquer chance de ser compreendido pelo senso comum. O autor desta tese se inclui como alvo dessa crítica, *mea culpa*. Espera-se, neste tópico, fazer uma crítica à banalização do uso dos métodos de ponderação de princípios. Infelizmente, acabar-se-á sujeitando o leitor ao seu pressagiado temor: muitas páginas de teoria dos princípios. Terá valido a pena se isso contribuir, em qualquer medida, para desonerar a argumentação jurídica do principiologismo que a assola.

Não é nova a crítica à qualidade da aplicação das teorias de ponderação de princípios, entre elas a de ALEXY. Há muito tempo que se critica a banalização do uso das regras de proporcionalidade como se fosse uma panaceia aplicada a qualquer dilema constitucional que apareça (SILVA, 2002 e GONÇALVES, 2011).

Um primeiro ponto importante a ser esclarecido é: a ponderação de princípios, a partir da teoria de ALEXY, não garante resultados concretos para dilemas constitucionais. Parte da doutrina e da jurisprudência age como se fosse o contrário. É curioso notar que NEVES (2019, p.141 e 142) critica a teoria de ALEXY porque levaria a resultados únicos em casos concretos. Ao mesmo tempo, GONÇALVES (2011) crítica a mesma teoria justamente por não conduzir a resultados únicos nos casos concretos. GONÇALVES está certo na leitura, mas não na crítica. Esse foi o teor de horas de valioso debate com o professor em banca de dissertação. Evita-se revivê-lo, por ora.

A resposta definitiva foi dada desde o começo pelo próprio ALEXY (2008, p.42 e 43). O objetivo inicial do autor era produzir uma teoria dos direitos fundamentais como teoria estrutural. Uma teoria **primariamente analítica**. Deixou claro que, apesar da precedência analítica, a teoria também tem aspectos empíricos e normativos. O caráter empírico-analítico decorre do material jurisprudencial do tribunal constitucional alemão, que serviu como fonte do desenvolvimento, delineamento e aplicação da teoria. O caráter normativo-analítico decorre do engajamento da obra com problemas concretos de casos reais. O autor se comprometeu a dar respostas firmes a problemas concretos à luz de sua teoria. Essas respostas podem servir como guias para decisões e parâmetros de correção e racionalidade.

Elementos empíricos e normativos tão fortes turvam a leitura da obra. É compreensível que tantos usem os inúmeros exemplos concretos de ALEXY como modelos de decisão. O autor não rechaçou essa possibilidade. Pelo contrário, reconheceu e desejou esse resultado. É da essência da teoria da argumentação que cada aplicação concreta gere aprendizado e sirva de parâmetro para o amadurecimento do intérprete e aperfeiçoamento de uma aplicação posterior.

Nada disso apaga a primazia analítica da obra de ALEXY. A maior preocupação do autor era com a possibilidade de controle do percurso argumentativo que leva das disposições de direitos fundamentais aos juízos de dever-ser. Esse percurso argumentativo é a fundamentação racional. O controle, para ser possível, depende de clareza. Uma clareza que o autor diagnosticou quase inexistente na jurisprudência e na literatura alemãs. O autor mencionou dezenas de expressões utilizadas de forma desconcertante, entre elas: “valores constitucionais”, “princípios básicos”, “dever de proteção”, “normas axiológicas fundamentais”. A análise das reportagens dos sites jurídicos indicou que o atual quadro brasileiro está de igual a pior.

Os conceitos principais da teoria de ALEXY não constituem uma ferramenta argumentativa meramente disponível ao aplicador do direito. Eles pretendem ser descritivos do raciocínio jurídico universal. Quando o autor descreve a diferença entre um princípio e uma regra, ele não está descrevendo uma alternativa hermenêutica que o leitor pode escolher usar. Não há um cardápio de opções: “neste caso Dworkin, naquele Alexy”. ALEXY se propõe a descrever a essência do que sempre ocorre na argumentação jurídica, em qualquer momento e em qualquer lugar.

Valores são intrinsecamente graduáveis. Valores são mandamentos de otimização. Valores são ponderáveis. Princípios são valores jurídicos. Toda regra jurídica é o resultado de uma ponderação de princípios. Princípios só podem ser ponderados em relação a uma realidade concreta. De toda ponderação de princípios resulta uma regra. Nada disso é uma escolha. Todo aplicador do direito opera princípios dessa forma. Ele pode saber disso ou não. Reconhecer isso ou não. Caso não saiba ou não reconheça, a chance de fundamentar mal é significativamente maior. A perda em clareza é quase certa. O leitor pode até discordar da teoria de ALEXY. Um dos dois estará errado. Uma teoria estrutural assume esse risco.

ALEXY se preocupou germanicamente em construir uma teoria completa, do básico. Esses detalhes, apesar de básicos, são importantes, inclusive porque, com frequência, tomam-se decisões que erram no básico. São muitos os casos em que os operadores do direito decidem por uma medida quando existe uma clara alternativa menos gravosa. Tomam uma

decisão que não leva ao fim que buscavam promover. Ou ainda, o que é muito pior, tomam decisões que violam o valor supostamente protegido. É essa, por exemplo, a crítica dos Min. Barroso e Fux à tese da exclusividade cautelar estrita, cujo resultado, para eles, seria o crescimento expressivo do número de presos, o aumento da arbitrariedade das prisões e a deterioração da presunção de inocência.

Isso não quer dizer que aplicar as máximas da proporcionalidade seja fundamentação suficiente. Nem identificar os princípios colidentes e definir o prevalente. Nem invocar o núcleo do princípio. Todos esses elementos poderiam até ficar ocultos na argumentação. Poderiam ficar implícitos. Só é necessário explicitá-los quando se tornam relevantes para a efetiva solução do caso concreto. Toda essa estrutura conceitual é a forma essencial da ação racional, da reflexão que antecede decisões que envolvem juízos normativos. Confundir a estrutura racional com a fundamentação equivale a confundir a forma certa de perguntar com a explicação da resposta. É essa explicação que é a fundamentação substancial. O conteúdo da fundamentação está nos porquês.

Dá-se um exemplo encontrado com frequência ao longo do estudo. “A execução provisória é inconstitucional porque a prisão-pena afeta o núcleo do princípio da presunção de inocência”. Trata-se de uma proposição normativa conclusiva respaldada por um único nível de fundamentação subjacente. Proposição-conclusão: a execução provisória é inconstitucional. Proposição-fundamentação: a prisão-pena afeta o núcleo do princípio da presunção de inocência. A ideia abstrata de um núcleo do princípio anseia por fundamentações adicionais. Fundamentações adicionais são respostas aos porquês adicionais. Por que afeta o núcleo do princípio? Qual o núcleo do princípio? O que está fora do núcleo do princípio? A qualidade da fundamentação é a qualidade das respostas a essas perguntas. É irrelevante citar ALEXY, recitar os conceitos de princípio e regra ou mencionar as máximas da proporcionalidade. A fundamentação está nas premissas das quais se extraem as conclusões. As conclusões são as proposições normativas que estão nos primeiros níveis da argumentação.

Até quando se deve ir nesse regresso aos níveis subjacentes de fundamentação? Essa é uma dúvida constante com a qual todo argumentador tem de viver. Segundo o Trilema de Münchhausen, toda argumentação eventualmente chega a um raciocínio circular, a uma premissa arbitrária ou ao regresso ao infinito. Em regra, desce-se até os pontos de consenso satisfatório, desde que o tempo e o espaço do debate permitam. Regras, em especial regras jurídicas, são a forma que a ética encontrou para tomar decisões prático-morais em tempo hábil. No caso do direito, o ponto de consenso satisfatório é, com frequência, uma premissa

arbitrária: uma regra legal. Na falta de uma regra legal, um precedente. Na falta de um precedente, a dogmática. Na falta da dogmática, argumentos prático-morais (ALEXY, 2008, p.548). Quando um precedente cai, reabre-se o debate jurídico sobre a questão. Busca-se uma nova premissa argumentativa satisfatoriamente consensual para estabilizar o sistema. Na dúvida, é satisfatório o consenso produzido conforme as regras procedimentais instituídas²⁶.

A ideia de vácuo argumentativo se encaixa nessa construção. O vácuo argumentativo identificado por esta tese não decorreu da mera superação dos precedentes originais do STF, entre 2004 e 2006, e da revogação do art. 594, em 2008. O vácuo argumentativo ocorreu quando os doutrinadores e os ministros abdicaram da defesa da maior parte das premissas originais que sustentavam o consenso anterior. Concederam a maior parte das premissas no novo consenso e aderiram, conscientemente ou não, à tese da exclusividade cautelar estrita. Ao fazê-lo, abriram mão dos sentidos originais das regras do CPP, que caíram em desuso.

4.3.1. Regra ou princípio?

“Toda norma é uma regra ou um princípio” (ALEXY, 2008, p. 90 e 91). Em respeito ao leitor experiente, evitar-se-á mais um longo preâmbulo teórico para demonstrar como as regras operam por uma lógica tudo ou nada e os princípios por graus variados de satisfação. Aos leitores que começam a se aventurar agora no mundo jurídico, a citação os conduzirá direto ao ponto.

O caráter primordialmente analítico da teoria estrutural de ALEXY abarca a divisão das normas entre regras e princípios. A teoria, nesse ponto, é descritiva. Revela uma realidade objetiva inerente às normas. Quanto mais universal uma teoria, menos capaz de decidir casos específicos. E vice-versa. Em razão disso, uma teoria estrutural é, por excelência, incapaz de predefinir as decisões práticas tomadas por cada sistema constitucional sobre a distribuição de funções normativas. Não existe escolha certa ou errada sobre a natureza que se deve atribuir à presunção de inocência. A teoria comporta perfeitamente as duas opções.

Um intérprete pode muito bem aplicar a teoria de ALEXY, como faz RIBEIRO (2019, p.242 e 243), e concluir, a partir do sopesamento entre os princípios em jogo, que existe um dever de se executar a pena depois de findas as instâncias ordinárias. O fundamento dessa

²⁶ A noção é obviamente habermasiana. Opta-se por não realizar essa jornada teórica aqui.

conclusão são as razões do próprio autor, extraídas do sopesamento em concreto feito por ele. A teoria oferece apenas uma estrutura clara de exposição dessas razões. A conclusão não decorre da teoria estrutural dos direitos fundamentais. O próprio ALEXY poderia, em face do caso concreto, alcançar outra conclusão. Isso tudo é óbvio, mas a incompreensão generalizada da teoria torna necessário o esclarecimento.

O Capítulo II ilustra como vários dos ministros do STF, ao longo dos anos, interpretaram a norma contida no inciso LVII como regra. Vários outros a aplicaram como princípio. A teoria comporta ambas as interpretações, e até mesmo uma terceira: um modelo em que o dispositivo constitucional contém, ao mesmo tempo, regra e princípio. O constituinte originário poderia ter optado por qualquer uma dessas formas. O judiciário pode interpretá-la de qualquer uma dessas formas. O que importa para a teoria é a clareza da fundamentação apresentada pelo judiciário ao interpretá-la e aplicá-la aos casos concretos. É dessa clareza que advém a possibilidade de controle e aperfeiçoamento das decisões.

O que a teoria permitiu verificar, no caso estudado, foram eventuais erros de forma. Vários dos ministros explicitaram a pretensão de aplicarem conceitos de regra e de princípio, inclusive a partir da teoria de ALEXY. Algumas vezes, esses conceitos ficaram confusos e contraditórios na fundamentação das decisões. Isso ocorreu, por exemplo, todas as vezes em que se descreveu a norma como princípio, mas foi aplicada como regra. Ou quando se descreveu a norma como regra, mas foi aplicada como princípio. Esse tipo de erro é uma contradição performativa. Dissociações entre fala e ato. Essa dissociação gera obscuridade e contradição na comunicação das razões de decidir. Disso decorre uma perda considerável de compreensão, verificação e refutabilidade. Uma perda de controle.

Demonstrou-se como o voto da Min. Rosa Weber ficou ambíguo. A ministra trabalhou simultaneamente com os conceitos de princípio e de regra. De novo: nenhum resultado é vedado de antemão pela teoria. Ver-se-á, logo a seguir, como é até mesmo provável que a presunção de inocência contida no inciso LVII seja, ao mesmo tempo, um princípio e uma regra. A concepção teórica da ministra tem grande valor. Entretanto, na prática, há indícios fortes de que a ministra aplicou a norma como se exclusivamente regra fosse. Acrescenta-se, além da análise já feita anteriormente, a citação que Rosa Weber fez a Rui Barbosa. A citação demonstra as raízes constitucionais brasileiras do mesmo problema que motivou ALEXY a desenvolver sua teoria estrutural na Alemanha:

Ao postular a imperatividade das normas constitucionais definidoras de direitos, Rui Barbosa já exprimia a compreensão de que "não há, numa Constituição, cláusulas a

que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos" (BARBOSA, 1933, p. 488-9.).

É possível superar a leitura anacrônica. À melhor luz, o trecho poderia querer dizer que todo princípio constitucional é norma jurídica. É valor revestido de juridicidade. É dever-ser que vincula decisões. Não pode ser arbitrariamente desconsiderado pelo operador do direito. Decisões que afetem um princípio requerem razões que justifiquem a afetação. Quanto maior o grau de afetação, maior o fardo de fundamentação.

O que isso não quer dizer é que todo princípio é uma regra. Quando o legislador decide por uma regra, ele diz mais do que quando decide por um princípio. As regras prevalecem sobre os princípios (ibid., p.140 e 141). Quando define uma regra, o legislador pondera as razões em abstrato e decide dar precedência a alguns princípios em detrimento de outros. Quando o faz, ele delimita o enquadramento fático que dá suporte à norma. Dentro do conjunto de fatos abarcado pela regra, não há distinção de grau de aplicação. A regra é sempre e uniformemente aplicada. Fora do conjunto de fatos abarcado pela regra, ela nunca é aplicada. Caso se decida por não aplicar a regra a um caso contido em seu suporte fático, isso significa que existe uma regra de exceção, explícita ou implícita.

A atuação dos Min. Marco Aurélio e Celso de Mello, ao longo das décadas, indica que aplicavam a presunção de inocência como uma regra. Não como um princípio. O Min. Marco Aurélio o fazia de forma mais clara:

HC 79750 (1999)

A prisão preventiva, porque conflita com a garantia constitucional da não-culpabilidade, exsurge como exceção, somente podendo ser implementada em situações extremas, atentando-se para os requisitos legais próprios - artigos 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e 312 e 313 do Código de Processo Penal.

O Min. Celso de Mello o fazia de forma menos clara. Retoma-se um julgado dos anos em que ele adotava a tese da exclusividade cautelar ampla e defendia a prisão automática decorrente das hipóteses pré-definidas pelo legislador:

HC 85538 (2005)

A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitanda, por isso mesmo, com a presunção constitucional

de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade.

Destaca-se uma nuance argumentativa: o Min. Celso de Mello interpretava que não havia conflito entre as prisões cautelaras e a presunção de inocência contida no inciso LVII porque se tratava de hipótese expressa de exceção contida no inciso LXI. Isso indica que a forma de aplicação do inciso LVII como regra, pelo Min. Celso de Mello, era ainda mais forte que a do Min. Marco Aurélio – que entendia que existia conflito. Essa interpretação continuou idêntica depois que o Min. Celso de Mello passou a adotar a teoria da exclusividade cautelar estrita.

Como se viu supra, houve momentos em que o Min. Celso de Mello emitiu sinais trocados. Um bom exemplo é o voto de 2019. O ministro mencionou que a presunção de inocência não se trataria de um “valor absoluto”. O que poderia indicar que interpreta a norma como um princípio. Toda regra é absoluta nos limites de seu suporte fático. O ministro mencionou também que se trataria de presunção *juris tantum*, mas a condicionou ao trânsito em julgado e não à prova de culpa. Presunção *juris tantum* sem relação com prova de fato não é relação *juris tantum*.

Parece razoável partir da premissa conceitual de que toda presunção *juris tantum* cede na exata medida em que o juízo se convence de que os fatos contrariam a presunção. Diante disso, interpretando-se a posição do ministro à melhor luz, parece possível extrair a seguinte construção argumentativa: (i) O fator fundamental de distinção entre um inocente e um culpado é o marco do trânsito em julgado da condenação. (ii) Antes do trânsito em julgado de condenação o réu é sempre inocente. (iii) depois do trânsito em julgado de condenação o réu é sempre culpado. Então não parece de fato haver presunção nenhuma na aplicação da norma proposta pelo Min. Celso de Mello, nem antes e nem depois do trânsito em julgado.

Apesar desses momentos de falta de clareza, a maior parte da fundamentação apresentada pelo Min. Celso de Mello, em 2019, indicou que a norma contida no inciso LVII tratar-se-ia mesmo de uma regra. A expressão “estado de inocência”²⁷ foi recorrentemente utilizada pelo ministro. O inciso LVII conteria a garantia de preservação de um estado de inocência até trânsito em julgado.

²⁷ Vélez Mariconde foi referenciado como autor da expressão “estado de inocência” por José Frederico Marques e Luiz Flávio Gomes.

Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento do estado de inocência) claramente fortaleceu o primado de um direito básico, comum a todas as pessoas, de que ninguém - absolutamente ninguém - pode ser presumido culpado em suas relações com o Estado, exceto se já existente sentença transitada em julgado. (Celso de Mello, BRASIL, 2009, p.73)

Aqui se traça uma linha divisória. A contradição argumentativa do Min. Celso de Mello, em 2019, é um resquício de seu entendimento original, anterior a sua conversão. Quando adotava a tese da exclusividade cautelar ampla, ele costumava aplicar o inciso LVII como uma regra e o inciso LXI como uma regra que definia exceções. Essas exceções incluíam as razões cautelares do legislador, postas em lei. O legislador, no CPP, definiu que o réu condenado à pena privativa de liberdade seria preso imediatamente após a sentença. Nesse caso, o sistema mantinha uma relação direta com a comprovação da culpa ao longo do processo. Naquele contexto, ainda fazia algum sentido manter as ideias de princípio e de presunção. O mesmo não acontece quando o Min. Celso de Mello passa a adotar a tese da exclusividade cautelar estrita, que se harmoniza com a ideia de estado de inocência. A expressão “estado de inocência” será utilizada, daqui em diante, como uma metonímia para a combinação da ideia de estado de inocência com a tese da exclusividade cautelar estrita.

Estado de inocência é uma ideia que repele a possibilidade de comprovação da culpa ao longo do processo. O legislador estaria proibido de definir hipóteses em que a culpa poderia ser considerada suficientemente provada para que uma decisão condenatória recorrível fosse exequível. Seja ela do júri, de primeira ou de segunda instâncias, do STJ ou do STF. Qualquer formação de convencimento da culpa do réu por parte dos jurados ou dos magistrados estaria proibida de gerar, por si mesma, decreto de prisão. O trânsito em julgado de decisão condenatória seria a única condição do fim do estado de inocência.

A ideia de estado de inocência é contraditória com a ideia de presunção *juris tantum*. Presunções *juris tantum* são, por excelência, fardos de prova. A presunção *juris tantum* vale “até prova em contrário”. Esse é, inclusive, o sentido tradicional da presunção de inocência. Ao vincular o estado de inocência ao trânsito em julgado, perde-se qualquer relação direta com a prova da culpa do réu. A relação passa a ser com uma ficção jurídica. Passa a ser irrelevante que consecutivas instâncias formem convencimento sobre a culpa do réu. A única coisa que extingue o estado de inocência é um marco jurídico fictício: o trânsito em julgado. Isso indica que se instituiu uma presunção absoluta, que não admite prova em contrário. O estado de inocência é absolutamente existente antes do trânsito em julgado e absolutamente inexistente depois dele.

Não se está dizendo que o inciso LVII não comporta a interpretação do Min. Celso de Mello. Pelo contrário. Verdade seja dita, o texto da norma não fala em presunção. Ele diz que “ninguém será considerado culpado”. Essa redação dá margem a uma interpretação absoluta. É assim que o Min. Marco Aurélio sempre o interpretou. É possível concluir que o inciso LVII constitui a ideia de um estado de inocência. É possível concluir que se trata de uma norma absoluta até o trânsito em julgado. Uma norma absoluta, dentro de limites pré-estabelecidos, é uma regra.

O que é inaceitável é que se mantenha a ilusão de que ainda se está a falar em princípio. De que não se está a falar de um “valor absoluto”. Ou pior, de que ainda se está a falar em princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade. Ao adotar a ideia de estado de inocência, cortou-se por completo qualquer laço de sentido com a ideia de princípio e com a ideia de presunção. E presunção *juris tantum*, de um lado, com vedação a juízo de culpa, de outro, são coisas, data vênia, que se *hurlent de se trouver ensemble*.

É por essas razões que a conclusão a que chegou o Min. Celso de Mello é intrinsecamente contraditória:

(2) **o estado de inocência**, que sempre se presume, cessa com a superveniência do efetivo e real trânsito em julgado da condenação criminal, **não se admitindo**, por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê, **a antecipação ficta do momento formativo da coisa julgada penal**; (3) a presunção de inocência não se reveste de caráter absoluto, em razão de constituir **presunção “juris tantum”**, de índole meramente relativa; (4) a presunção de inocência **não se esvazia progressivamente**, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, pois só deixa de subsistir quando resultar configurado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2019, p.415 e segs.)

Não é a antecipação da condenação que é ficta. A postergação da condenação é que é ficta. A ficção jurídica é a vinculação da culpa ao trânsito em julgado. A realidade é que o júri e cada magistrado formam seu convencimento da culpa ou da inocência antes da decisão final de cada instância ordinária. O convencimento da culpa precede a decisão condenatória e é o núcleo da fundamentação da sentença.

A resposta que o Min. Celso de Mello apresentou a esse ponto foi a ideia de que antecipar a execução da pena seria presumir a culpa do réu. À pior luz, trata-se de uma falácia dos extremos chamar de presunção de culpa a condenação do réu em processo acusatório, de forma comprovada e fundamentada, inclusive com respaldo de júri e confirmação em segunda instância. À melhor luz, o raciocínio do ministro seria o de que, enquanto não houver trânsito

em julgado, há chance de revisão das condenações. À melhor luz, a ideia é a de que: enquanto houver dúvida processual sobre a condenação, não se pode afirmar a culpa.

Mesmo à melhor luz, esse argumento só faria sentido se a vinculação contida no inciso LVII fosse ao fim das possibilidades recursais, como acontece no sistema processual penal italiano. Note-se que o modelo italiano é a hipótese mais ampla e favorável ao argumento do ministro. Nele, qualquer chance concreta de recurso mantém protegida a presunção de inocência. Mas a ideia de trânsito em julgado se dissocia mesmo dessa concepção.

Os defensores da tese da exclusividade cautelar estrita até tentam conectar as ideias de irrecorribilidade e trânsito em julgado. Em todas as tentativas, porém, percebe-se um salto lógico. A interpretação literal do inciso LVII, tão enfatizada por eles, não permite a leitura de que o juízo de culpa no Brasil está vinculado à configuração da irrecorribilidade no curso do processo. O constituinte originário, segundo dizem, optou por ser mais garantista que qualquer outro do mundo. Amarraram-se a uma interpretação literal absoluta. Agora, sob a redação do inciso LVII, estão fadados a viver com um marco jurídico fictício e desconectado da realidade da comprovação da culpa no processo.

A decisão do HC 88174 (2006) mostra claramente qual é a ficção jurídica e qual é a realidade. O caso foi relatado pelo Min. Joaquim Barbosa. Quando o STF julgou aquele HC, o recurso extraordinário do réu já não fora admitido. O agravo de instrumento interposto também não. Os embargos de declaração também não. O relator demonstrou que não havia mais nenhum recurso cabível a ser impetrado em nenhum tribunal. O autor era culpado no mérito e não havia nenhum magistrado que cuidou do processo que pensasse o contrário. O trânsito em julgado poderia ser publicado a qualquer momento. Ainda assim, o réu foi libertado. Cezar Peluso concluiu que bastaria um dia até que o trânsito em julgado fosse publicado para que o STF estivesse obrigado a decidir pela liberdade. Apesar de infrequente, esse caso não é um desvio da regra. Ele é uma aplicação correta e replicável da regra do estado de inocência. Nele, fica clara a perda de relação direta entre a ideia de trânsito em julgado e a realidade da comprovação da culpa no curso do processo.

Não resolve o problema ser possível antecipar o trânsito em julgado em caso de recursos manifestamente protelatórios. A mera possibilidade já indica uma dissociação conceitual. Ainda que isso ocorresse com frequência, o que não é o caso, não resolveria. O problema não é só pragmático, ele é também hermenêutico e conceitual. O judiciário não é capaz de, na prática, antecipar o julgamento de todos os trânsitos em julgado para o momento em que a irrecorribilidade se configura. Ainda que o fosse, a ideia de trânsito em julgado, eternizada na Constituição, continuaria, em essência, desconexa da ideia de encerramento dos

prazos recursais. Na Itália, desde a sentença condenatória de primeira instância, o ministério público já tem autonomia para provocar o início da execução da pena quando os prazos recursais acabam. No Brasil, ainda que houvesse uma declaração oficial de fim dos prazos recursais, em última instância, pelo STF, haveria de se esperar pelo trânsito em julgado. Mesmo que a tecnologia eventualmente permita superar esse problema, a ficção jurídica, por definição, será sempre o trânsito em julgado. A realidade será sempre a consolidação da culpa ao longo do processo. Sabe disso bem cada jurado e cada magistrado que condena alguém.

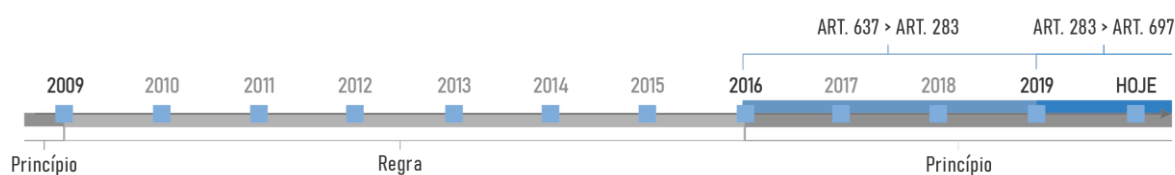
Conclui-se que é logicamente possível defender a vedação total da prisão-pena antes do trânsito em julgado. A teoria comporta a interpretação da norma do inciso LVII como regra. Mas é logicamente impossível querer manter, ao mesmo tempo, a ilusão de que ainda se está a falar em um princípio da presunção de inocência. A expressão que melhor descreve o resultado da tese da exclusividade cautelar estrita é “estado de inocência”. Isso vale para todos os seus defensores, ainda que não compartilhem expressamente do termo.

Defender que o constituinte originário brasileiro foi tão rigoroso assim, ao ponto de vincular qualquer juízo de culpa ao trânsito em julgado, é necessariamente abdicar do princípio da presunção de inocência em favor da regra do estado de inocência. Quem o defende abre mão de qualquer vínculo lógico com os autores, ordenamentos jurídicos e tratados internacionais que falam em princípio, em presunção de inocência ou em presunção *juris tantum*.

4.3.2. Aplicação da norma pelo STF por períodos

A partir do estudo da história jurisprudencial do STF e da análise detalhada dos julgamentos de 2009, 2016 e 2019, foi possível extrair a seguinte conclusão quanto ao entendimento que predominou no STF, em cada período:

Figura 7 - Linha do Tempo - Inciso LVII: Regra ou Princípio



A decisão de 2009 foi pela inconstitucionalidade da prisão decorrente de decisão condenatória mesmo que o CPP da época ainda contivesse regras legais que determinavam a prisão imediata do réu após condenação em primeira instância. Ainda não tinha sido alterado o art. 283. Apesar de ter interpretado sistematicamente o CPP a partir da LEP, essa fundamentação teve uma função subsidiária. A fundamentação principal da decisão, que teria bastado por si mesma, foi a interpretação de que o inciso LVII veda qualquer forma de *carcer ad poenam* antes do trânsito em julgado. Essa conclusão indica que a forma resultante de aplicação da norma foi, necessariamente, uma regra.

O Min. Gilmar Mendes decidiu a questão por outras razões, sem parecer ter adotado a interpretação de que o inciso LVII conteria uma regra. Ele só o fez expressamente em 2019. Ainda assim, a decisão de 2009 foi tomada por 7 votos a 4. Mesmo sem o voto de Mendes, é possível concluir que os outros seis estavam plenamente alinhados com uma interpretação literal do inciso LVII que vedava qualquer juízo de culpa antes do trânsito em julgado. Conscientemente ou não, aplicaram a norma como se regra fosse.

A decisão de 2019, por outro lado, partiu da interpretação da norma como princípio, e não como regra. Apesar de o resultado do julgamento ter sido a alteração do entendimento de 2016 e o retorno da vedação à execução provisória da pena, isso foi feito com base na regra contida no art. 283. Quanto à interpretação do inciso LVII, o voto de desempate do Min. Dias Toffoli definiu os limites da *ratio decidendi* do acórdão. Como se viu, o ministro se opôs expressamente à ideia de constitucionalidade espelhada entre o inciso LVII e o art. 283. Por essa razão, formou-se uma maioria a favor da constitucionalidade do art. 283 com fundamentação exclusiva na autonomia do legislador ordinário. Toffoli deixou claro que o legislador ordinário pode recuperar a regra legal anterior e reinstaurar a execução provisória da pena. Logo, sob o entendimento atual do STF, o inciso LVII não é regra. É princípio. E o retorno da execução provisória por meio de lei ordinária não violaria o núcleo essencial do princípio.

Essa divisão, porém, é uma simplificação. Restringiu-se às penas privativas de liberdade o escopo de aplicação do inciso LVII para que fosse possível obter esse modelo puro de interpretação como regra ou como princípio, dividido por período. Analisar-se-á, a seguir um modelo mais completo de interpretação da norma.

4.3.3. Regra e princípio

Como se viu supra, o tribunal pleno do STF decidiu o HC 69696 (1992), relatado pelo Min. Celso de Mello, pela vedação do lançamento do nome do réu no rol dos culpados até o trânsito em julgado. Esse é só um âmbito a mais de aplicação do inciso LVII, mas já é suficiente para demonstrar como podem coexistir, simultaneamente, uma dimensão de regra e uma de princípio a partir de um mesmo texto normativo.

O debate sobre o lançamento do nome do réu no rol dos culpados precedeu a Constituição de 1988. Segundo o Min. Edson Fachin (BRASIL, 2019, p.77 e 78) o constituinte originário teria se preocupado em redigir dessa forma o inciso LVII para resolver essa questão dos impactos da condenação ainda não transitada em julgado para o tratamento do réu em outros processos. Até a virada jurisprudencial da primeira turma, em 2004, foi assim que o STF votou. Como se viu, em 1992, foi esse o exato teor da decisão do Min. Celso de Mello.

Conclui-se que, segundo a jurisprudência do STF, o inciso LVII comporta uma interpretação híbrida de regra e princípio. Nos períodos em que o STF o interpretou como princípio, para fins de aplicação da pena privativa de liberdade, o mais correto é concluir que o dispositivo contém uma faceta de regra e uma de princípio. Pelo menos desde 1992. Caso se adicionasse outros âmbitos, como a aplicação do inciso LVII no caso das penas restritivas de direito, ficaria ainda mais complexa a análise.

Essa leitura demonstra como a teoria estrutural serve à prática. Ela limita a prática apenas quanto a contradições e obscuridades. Os mandamentos racionais de coerência e clareza libertam a prática para decisões melhores. Cabe à prática legislativa e jurisprudencial definir a história real dos princípios de um sistema. Inclusive testando soluções novas e mudando de ideia ao longo do tempo.

Na constituição alemã, o texto que contém o princípio da dignidade humana foi redigido de uma forma que dava azo à interpretação de que seria absoluto: “A dignidade

humana é inviolável” (art. 1º, §1º, 1). O princípio, como se sabe, está no topo da hierarquia de valores constitucionais alemães. A expressão “inviolável” suscitou os mesmos tipos de problemas que no Brasil se enfrentou quanto à expressão “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado”.

ALEXY (2008, p. 111 a 114) respondeu à questão dizendo que a norma da dignidade humana era de fato aplicada em parte como regra e em parte como princípio. A impressão de que se trataria de uma norma com caráter absoluto decorreria da existência de um amplo espectro de possibilidades em que a dignidade humana prevalecia definitivamente. Seriam os casos em que o princípio da dignidade humana estaria substancial, direta e claramente envolvido. Em todos esses casos, ter-se-ia um altíssimo grau de certeza da precedência da dignidade humana sobre qualquer outro princípio. A corte constitucional alemã chegou a classificar esse âmbito de prevalência da dignidade humana como “esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluto”.

ALEXY demonstrou que, apesar da imprecisa impressão de que se trataria de uma esfera nuclear do princípio, o que o tribunal constitucional alemão fazia, na prática, era aplicar a dignidade humana como uma regra. Dentro daquele âmbito predefinido de situações, o tribunal se limitava a verificar se a norma foi violada ou não. Não se questionava a prevalência da norma sobre outras normas colidentes. Questionava-se o enquadramento do caso concreto no suporte fático da norma. Logo, regra e não princípio.

Por causa da abertura da norma, porém, havia casos fora do âmbito de aplicação direta que suscitavam a invocação da dignidade humana, mas sem uma garantia do resultado. ALEXY citou o caso da decisão do tribunal constitucional sobre interceptações telefônicas. Nesses casos, questionava-se a existência de tratamento degradante do indivíduo. Em muitos casos, concluía-se que não havia violação da dignidade humana. Decidia-se que era suficiente a fundamentação na necessidade da medida para proteger a ordem democrática e a existência do Estado. Prevaleciam princípios de proteção da ordem pública sobre garantias individuais. Disso decorria a dupla função da norma da dignidade humana: aplicada por meio da lógica de precedência quando princípio, e por meio da lógica de violação quando regra.

ALEXY deu um último exemplo da aplicação da dignidade humana como um princípio pelo tribunal constitucional alemão: a decisão sobre prisão perpétua. O tribunal decidiu que a dignidade humana não seria “violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por essa razão, for vedada a graça”. Por essas razões e sob essas condições, a proteção da “comunidade estatal” teria precedência sobre o princípio da dignidade humana.

Esse exemplo calça como uma luva o caso da presunção de inocência no Brasil. O princípio da dignidade humana foi posto no topo da hierarquia constitucional, em um sistema que reconhecia a hierarquia entre normas constitucionais. A literalidade da norma contém uma garantia absoluta na expressão “inviolável”. Apesar disso, o tribunal constitucional alemão interpretava a norma dissociando-a de seu texto. Concluiu que a dignidade humana poderia ser violada. E poderia ser violada nos casos em que a proteção à “ordem pública” o exige. Esses casos poderiam ser definidos em abstrato pelo legislador. Casos muito mais graves que a mera prisão de criminosos já comprovados culpados no Brasil. Casos de prisão perpétua.

A partir dessa ilustração, releia-se a caracterização normativa feita pelo Min. Cezar Peluso (BRASIL, 2009, p.118):

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. Um processo que permita execução provisória de pena, sem juízo definitivo de condenação e, o que releva, sem reconhecimento definitivo de culpa, decididamente pode ser legal, mas justo não é, e, não sendo justo, não é processo que atenda ao princípio constitucional.

Diante de tudo isso, Senhor Presidente, pergunto-me: e a questão da falta de efeito suspensivo do recurso? Ela, evidentemente, não pode ter nenhuma força contra o princípio constitucional. É de todo em todo inaplicável, não tem eficácia, não incide nesta matéria, sob pena de ofensa à garantia constitucional.

Outra inteligência, com o devido respeito, esvaziaria essa garantia constitucional ou a rebaixaria a provisão de ordem absolutamente secundária, senão inútil, que bem poderia corresponder a absoluta inseqüência do ponto de vista prático. Por quê? Porque passaria a ser enunciado de caráter só moral da Constituição, que consideraria o réu no processo como se fora inocente, mas para nenhum efeito!

E, mais do que isso - como já havia antecipado, por conta de pequena nota aqui -, não posso, sem grave contradição, depois de ter participado do julgamento plenário do RE nº 482.006, tomar outra atitude neste julgamento, senão reafirmando todo o alcance do princípio, agora para proteger um dos mais importantes bens jurídicos que caracterizam a dignidade da pessoa humana, que é a sua liberdade física, e que, nos termos do velho Beccaria, a sociedade não pode furtar-se a proteger, enquanto juízo, em caráter definitivo, não lhe reconheça culpabilidade.

Trata-se da mesma ideia de Rui Barbosa transcrita supra, mas à pior luz. Impor-se-ia a aplicação do inciso LVII como regra, sob pena de deixar de valer como direito. Ou a presunção de inocência vale por completo, até o trânsito em julgado, ou não vale nada.

Confunde-se regra com princípio. Essa interpretação, respaldada pela peculiaridade da expressão trânsito em julgado, transformou a ideia de presunção de inocência na ideia de estado de inocência. Transformou princípio em regra. Transformou sentença condenatória em trânsito em julgado. Transformou Beccaria em defensor da exclusividade cautelar estrita.

Reitera-se: não há resposta certa predefinida a partir da base analítica da teoria estrutural. Os modelos construídos por ALEXY, em face de casos concretos, não são vinculantes. Cabe ao sistema constitucional brasileiro decidir por conta própria. Pode fazê-lo, inclusive, de forma oposta, sem que contradiga nenhum dos pressupostos teóricos. A teoria comporta a solução do inciso LVII como se regra fosse. Isso não muda o fato de que o exemplo alemão narrado por ALEXY é poeticamente eloquente. Ilustra a jabuticaba constitucional e indica de que lado realmente está a confusão entre texto e norma.

4.3.4. Principiologismo

Um dos maiores problemas identificados durante a tese foram os excessos no uso da teoria dos princípios. Isso fica particularmente claro quando se nota que, em contextos variados, os mesmos ministros e doutrinadores usam de fundamentações opostas para justificar a mesma conclusão. A fundamentação muda conforme a necessidade, a conclusão permanece a mesma. Isso é o maior dos indícios de que as teorias constitucional e processual penal brasileira foram tomadas por um generalizado viés de confirmação em favor da tese da exclusividade cautelar estrita.

Isso aconteceu com especial intensidade no uso dos princípios formais (ALEXY, 2014b, p. 13), como é o caso da autonomia do legislador e da segurança jurídica. Os defensores da tese da exclusividade estrita defenderam a prevalência judicial de princípios materiais sempre que queriam mudar a lei ou superar o precedente. Depois, quando a lei e o precedente lhes convinham, defenderam sua imutabilidade, alegando a importância dos princípios formais. Ressalta-se a exceção, que são os casos dos Min. Rosa Weber e Sepúlveda Pertence. Eles representam uma parcela da doutrina e da jurisprudência que se manteve fiel e coerente desde o início do debate.

É esse o pano de fundo do voto do Min. Marco Aurélio, em 2016, quando defende que “há de vingar o princípio da autocontenção” (p.77). Nesse contexto, o ministro defendia a manutenção do precedente de 2009. Quando a mudança não convém, as ressalvas são todas

contra o ativismo judicial: “quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa”. Ainda bem que se tem registro farto dos quase 20 anos através dos quais o ministro travou uma corajosa batalha pela superação dos precedentes instituídos e pela revogação judicial do sistema processual penal vigente.

Em 2016, criticou-se de todas as formas disponíveis a revisão do precedente de 2009. Inclusive por meio da alegação de que o controle difuso em sede de *habeas corpus* não seria um meio processual capaz de gerar efeitos *erga omnes*. O precedente de 2009 fora constituído exatamente assim. Sem repercussão geral.

Entre 2006 e 2009, as duas turmas do STF já decidiam que o art. 594 era inconstitucional. As decisões do STF vieram antes da revogação legislativa pela Lei 11.719/08. Em 2009, o tribunal pleno do STF decidiu que toda execução de pena privativa de liberdade era inconstitucional. Declararam inconstitucionais todas as disposições sobre prisão decorrente de decisão condenatória do CPP (Apêndice A). Também foi declarada a inconstitucionalidade do art. 497²⁸ da Lei 8.038/90. Tudo isso foi antes da promulgação da Lei 12.403/11, que revogou o art. 393, I, e alterou o art. 283, inserindo uma redação propositalmente confusa e antinômica no CPP. Nunca foi revogado nem alterado o art. 497 da Lei 8.038/90. Nunca foram revogados nem alterados os art. 637, 669 ou 683 do CPP. A vontade do legislador, quando contrária à tese da exclusividade cautelar estrita, não importa.

O Min. Eros Grau também embasou sua decisão de 2009 na interpretação sistemática entre LEP e CPP. Eros Grau compartilhou a posição dos doutrinadores que, à época, defendiam a tese da exclusividade cautelar. TOURINHO FILHO casava os argumentos constitucionais (inciso LVII) com os infraconstitucionais (LEP). Parta-se do pressuposto que esse argumento faz sentido e que as normas da LEP devessem mesmo prevalecer no processo penal sobre as do CPP e sobre o art. 497 da Lei 8.038/90. A pergunta é: seria possível concluir que, para os defensores da tese, ainda que não houvesse antinomia entre a LEP e o CPP, bastaria a interpretação do inciso LVII? E para a doutrina? É impossível dizer com certeza. Mas a argumentação dos defensores da tese indica que sim. A tese do espelhamento constitucional indica que sim. A baixa frequência e o caráter residual da utilização do argumento da interpretação sistemática com base na LEP indicam que sim (supra e Apêndices A, B e C).

²⁸ Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

Digamos que se respondesse que não, que a antinomia entre LEP e CPP é um fundamento indispensável para a tese da exclusividade cautelar estrita. A partir dessa ideia, ainda seria possível concluir que, para que a tese prevaleça, basta meia palavra do legislador. Basta uma vírgula. Basta uma antinomia. É assim que os doutrinadores têm conduzido o judiciário a interpretar a legislação processual penal. É assim que os doutrinadores têm conduzido o legislador a alterar o código de processo penal. Foi assim na redação da LEP em 1984. Foi assim na redação da Lei 12.403/11. Foi assim na redação da Lei 13.964/19. Todas elas foram fortemente influenciadas pela atuação de especialistas em processo penal.

O princípio do *in dubio pro reo* garante a vitória da tese da exclusividade cautelar estrita em caso de impasse interpretativo. Isso passou a integrar a estratégia dos doutrinadores na orientação ao legislador. Deixou de ser necessário assumir o desgaste de reformas que revogam expressamente as regras existentes, como é o caso do art. 637. Basta uma antinomia e tudo se resolve no STF. Deixou de ser necessária a clareza na redação do art. 283. Uma redação obscura sofre menos resistência dos setores punitivistas da imprensa, e, por conseguinte, da população inculta.

Foi a existência do art. 283 que, em 2019, permitiu a reversão do entendimento firmado pelo STF em 2016. O art. 283, que nem foi arguido pelos ministros que compuseram a minoria em 2016 (Apêndice D). O art. 283, que foi apenas colateralmente rechaçado pelo Min. Fux como norma geral cautelar que não prevaleceria sobre a disposição específica do art. 637. Imediatamente após a decisão do STF, o art. 283 serviu como argumento central da ADC 43. Foi com base nele que se superou novamente o precedente do STF em 2019.

Depois de escancarada a interpretação do art. 283, o legislador aperfeiçoou sua redação, por meio da Lei 13.964/19. A leitura parou de depender da vírgula aditiva e deixou claro o que se queria dizer. A obscuridade e a antinomia já tinham servido ao seu propósito. O legislador, orientado pelos teóricos da tese da exclusividade cautelar, reforma a lei deixando antinomias propositais. Cavalos de Troia argumentativos. Parasitas do sistema processual penal.

Caso o legislativo decida mudar de ideia e contrariar a tese da exclusividade cautelar estrita, esse direito lhe é vedado antes mesmo de ser votado no congresso. Sob fortes críticas doutrinárias ao Pacto Anticrime, a alteração do art. 283 foi barrada no grupo de trabalho da Câmara dos Deputados. O grupo de trabalho decidiu que alterar o art. 283 seria inconstitucional. Ao fazê-lo, os legisladores concederam que não têm discricionariedade para redefinir a regra que eles mesmos criaram em 2011. O mesmo legislador que editou o art. 283,

que embasou a decisão do STF em 2019, não pode alterá-lo de volta à redação anterior. O grupo de trabalho decidiu que a mudança só poderia vir por PEC.

Mas para a maior parte dos especialistas, nem por PEC pode ser alterada a situação. Nem por PEC pode ser reinstituída a execução imediata das decisões condenatórias. Não sob a interpretação hegemônica do inciso LVII. Trata-se de cláusula pétrea e do princípio da vedação ao retrocesso. Depois de conquistado o progresso, não tem mais volta. Doa a quem doar.

Um ponto precisa ficar muito claro. A principal crítica à decisão do STF, em 2016, foi a falta de resposta contundente à interpretação da vontade do legislador, posta no art. 283. O STF decidiu que, no nível dos princípios constitucionais, prevalecia a interpretação de que o inciso LVII contém um princípio que não é absoluto. O princípio da presunção de inocência é ligado à prova de culpa e comporta um tratamento progressivamente mais gravoso. Em 2019, o STF decidiu novamente a questão e concordou que o legislador, ao redigir o art. 283, teria usado de sua discricionariedade infraconstitucional para acabar com a execução da pena antes do trânsito em julgado. Como é que se extrai desse contexto que é indispensável uma PEC para alterar a conclusão a que se chegou por meio do art. 283 do CPP? Ou pior, como é que se extrai desse contexto que nem por PEC pode ser alterada a questão?

Só existe uma resposta: a conclusão da tese da exclusividade cautelar estrita é soberana, não importa o que aconteça. Já está certa a interpretação correta das normas Constitucionais. Não existe espaço para debate. Qualquer interpretação divergente está equivocada e deve ser combatida. Isso mostra, com perfeição, que as esporádicas demonstrações de respeito pela autonomia do legislador não passam de uma fachada conveniente, quando o momento permite. Uma concessão casuística que mantém a ilusão de harmonia institucional e de equilíbrio na separação dos poderes.

Sob a hegemonia da tese da exclusividade cautelar estrita, decide-se assim: Quando o legislador concorda com a tese, prevalece a autonomia do legislador. Quando o legislador discorda da tese, prevalecem os princípios constitucionais. De qualquer forma, a tese da exclusividade cautelar prevalece. Quando o legislador sucumbe a ela, simula-se respeito às regras legais. O legislador tem autonomia, desde que adira à teoria.

A maior consequência da tese da exclusividade cautelar é o esvaziamento das funções legislativas em matéria processual penal. O legislador perdeu toda a autonomia que detinha para ponderar em abstrato entre os princípios da proteção da ordem pública e da presunção de inocência. O legislador perdeu a autonomia de predefinir hipóteses de prisão automática fundamentada em juízo de culpa. Não importa a gravidade do delito, toda prisão, antes do

trânsito em julgado, só pode ser decorrente de razão cautelar fundamentada, pelo juiz, em razão concreta, superveniente e contemporânea. E o pior de tudo é que o legislador perdeu o poder de mudar essa realidade de volta ao que sempre foi. Sob a tese da exclusividade cautelar exclusiva, ele não pode retomar a competência, nem por PEC.

Esse é o caso mais nítido de principiologismo que o autor da tese já viu em toda sua vida. Não importam as leis, não importam as outras normas constitucionais, não importa a história jurisprudencial e não importam os sentidos originais das palavras. A partir de uma única interpretação da norma contida no inciso LVII, o jogo já está decidido. E não tem volta. E não deveria nem ter debate segundo os luminares da tese.

Principiologismo²⁹ é o excesso na utilização de princípios para decidir casos concretos, em especial quando já há regras postas que resolvem o caso. ALEXY deixa muito claro que as regras têm primazia sobre os princípios (2008, p.140 e 141). O legislador define regras como resultado de ponderações prévias entre princípios. Mesmo uma regra infraconstitucional deveria prevalecer sobre princípios constitucionais. As regras deveriam ser levadas a sério. A doutrina e o judiciário, porém, têm retomado a ponderação do zero, como se todo o processo racional de escolha do legislador precisasse ser validado.

Foi isso que ocorreu entre 2004 e 2009. Até então, o sistema processual penal tinha regras bem definidas. Executavam-se as penas privativas de liberdade desde a condenação em primeira instância. Havia hipóteses legais que beneficiavam o réu, permitindo que recorresse em liberdade. Era o caso dos réus primários e com bons antecedentes nos crimes afiançáveis. O que o STF fez, em 2009, no pleno, foi um *reset* constitucional. Revogaram-se judicialmente muitas regras do CPP e da Constituição.

A doutrina construiu por anos a narrativa de que as regras do CPP não deveriam valer porque herdadas de um período ditatorial. Muitos processualistas penais minaram essas regras em todas as oportunidades que tiveram, inclusive quando orientaram a redação da LEP. A doutrina já defendia a tese da exclusividade cautelar estrita desde os anos 1960. Incapaz de alterar o CPP pelo legislativo, alterou-o pelo judiciário. A fundamentação central foi principiológica, decorrente de interpretação literal do inciso LVII. Interpretou-se o inciso LXI à luz do LVII. Ainda não existia art. 283 para adicionar a vírgula restritiva ao texto do inciso LXI. Normas colaterais da LEP prevaleceram sobre normas específicas do CPP. Prevaleceram as ponderações abstratas do judiciário sobre as ponderações abstratas do legislador. Usurpou-

²⁹ STRECK usa um termo similar para uma crítica parecida: pan-principiologismo.

se do legislativo uma das decisões políticas mais importantes de qualquer civilização: quando se deve prender alguém que se provou culpado.

E isso ainda foi feito com base em um erro grave, do qual se aproveitaram conscientemente os teóricos da exclusividade cautelar estrita. Muitos se iludiram de que seria possível aplicar as hipóteses do art. 312 para suprir a falta de prisões automáticas decorrentes de decisões condenatórias. Os teóricos da exclusividade cautelar estrita nunca defenderam isso, mas o engano veio a calhar. Qualquer vitória parcial já era um progresso em direção à vitória total.

Muitos se iludiram que a hipótese da garantia da ordem pública serviria para aprisionar, em sentença ou em acórdão, os criminosos que cometessem os crimes mais graves e repulsivos. Os crimes que o sistema processual penal classificava como inafiançáveis ou hediondos. Os exatos crimes que não permitiam que o réu permanecesse em liberdade. Os crimes que o legislador havia ponderado em abstrato que requeriam aprisionamento, desde que houvesse prova da culpa do réu.

Em 2016, o próprio Min. Gilmar Mendes reconheceu como se enganara a esse respeito. Essa é a principal razão pela qual mudou de lado entre 2009 e 2016 e passou a defender a possibilidade da execução da pena privativa de liberdade. Retoma-se o voto do ministro em 2009. Ainda que fruto de um engano, ele é um bom exemplo do principiologismo que assola o direito constitucional do tempo em que vivemos.

Em 2009, o Min. Gilmar Mendes resolveu a questão utilizando-se de uma das máximas da proporcionalidade de ALEXY: a necessidade. Para o ministro, haveria uma alternativa jurídica igualmente eficaz e menos gravosa à prisão-pena. Essa alternativa seriam as prisões cautelares fundamentadas com base em uma das hipóteses do art. 312. Segundo ele, a prisão decorrente de decisão condenatória, antes do trânsito em julgado, afrontaria os princípios da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade. As hipóteses de prisão preventiva, não.

O ministro se mostrou expressa e sinceramente preocupado com reformulação de uma jurisprudência amplamente consolidada no STF e no judiciário brasileiro. Essa ressalva explícita diz muito sobre a cultura judicial brasileira. O ministro não hesitou tanto assim em declarar a revogação de todo o sistema de execução da pena previsto no CPP. Ele hesitou mesmo foi em face da superação do precedente consolidado do STF.

Aplicar a máxima da necessidade, da forma como o ministro fez, significa dizer que a prisão cautelar resolve o mesmo problema tão bem quanto a prisão-pena. Esse pensamento, além de equivocado quanto às possibilidades oferecidas pela tese da exclusividade cautelar

estrita, desconsidera também um largo arcabouço de razões legislativas sobre o processo penal. Por algum motivo, eliminaram-se todas as finalidades tradicionais que costumavam ser atribuídas ao *carcer ad poenam*. As razões específicas que sustentavam a prisão-pena desapareceram do debate.

Esse é, em parte, um efeito causado pelo vácuo argumentativo deixado pelas concessões do entendimento original. Mas outra parte desse efeito foi causada pela permissão que o judiciário se deu para simplesmente desconsiderar as razões que embasam as regras legisladas, quando lhe convém. O mau uso da ideia de mutação constitucional permite que transformações de sistemas inteiros sejam operadas passando ao largo das regras instituídas em lei e das razões que as fundamentam. Permite que a casta jurídica decida quais são os valores do povo, sem consultá-lo.

Nesse caso específico, jogaram-se no lixo da história as razões que o legislador tinha para criar prisões *ex lege*. Para isso, bastou que vendessem, durante algumas décadas, a ideia de que as razões do legislador, positivadas no CPP, estavam maculadas pelo punitivismo e pelo autoritarismo. Ao ponto de, quando foi decidir a questão, um dos ministros mais técnicos da história do STF, como o Min. Gilmar Mendes, não tenha sentido a necessidade argumentativa de considerar as razões distintivas da prisão-pena. Se o ministro reconhecesse qualquer finalidade válida que distinguísse a prisão-pena da prisão cautelar, o ministro certamente teria prosseguido no raciocínio. Não bastaria aplicar a máxima da necessidade. Seria indispensável realizar o sopesamento em sentido estrito.

Não foi considerado importante o caráter retributivo da pena, reduzido ao punitivismo. Não foi considerada relevante a justiça inerente à punição rápida, reduzida à vingança. Não foi considerada válida a contemporaneidade pedagógica da punição, substituída pela contemporaneidade da razão cautelar concreta. Não foi considerada válida a prevenção geral e abstrata inerente à prisão-pena, passou a ser válida apenas a prevenção específica e concreta comprovada nos autos pelo MP.

O legislador não foi consultado sobre a eliminação dessas razões e sobre a revogação das regras que vigiam a partir delas. Bastou que o judiciário interpretasse literalmente o inciso LVII para que, na aplicação das normas processuais penais brasileiras, as ideias da LEP passassem a prevalecer sobre as regras do CPP.

4.4. Núcleo essencial de um princípio

A existência de um núcleo inviolável é intrínseca à ideia de valor e, portanto, à ideia de princípio. Por definição, um valor é progressivamente mais resistente à medida em que aumenta o grau de afetação a ele. Um princípio é um valor revestido de juridicidade. O grau de afetação é o prejuízo aos fins que o princípio abarca, é o dano aos bens que ele protege. A teoria de ALEXY não predefine núcleos para cada princípio. Ela apenas revela a forma como as pessoas de fato os operam. O que varia é a linha que cada um traça separando o núcleo que consideram inviolável.

O núcleo é o coração do valor. Aquilo que, em regra, não permite ponderação. Diferentemente dos vários níveis de manto, mais resistentes, e da crosta, menos resistente, que são sempre ponderáveis. Quando o núcleo é delimitado por um precedente, sua forma de aplicação a casos posteriores se assemelha à aplicação de uma regra. Isso é devido ao fato de que toda ponderação de princípios, em face de casos concretos, gera uma regra como resultado. Quando se delimita o núcleo de um princípio em face de casos concretos, essa delimitação é de fato feita por meio de uma regra. Quando vinculante, essa regra passa a ser aplicada de forma tudo ou nada a casos análogos. A *ratio decidendi* da decisão tem um suporte fático próprio. Os casos análogos são aqueles que se enquadram nesse suporte fático.

Em situações normais, somente o espectro de possibilidades exterior ao núcleo é sacrificável em face de outros valores. É a essa sacrificabilidade, essa violabilidade, que se denomina ponderação. Em situações excepcionais, até mesmo o núcleo essencial pode vir a ser ponderado. É o caso de uma decisão entre duas alternativas, onde cada uma delas afeta o núcleo essencial de um princípio diferente. Aperfeiçoar o delineamento dos núcleos e das ponderações é um desafio que a teoria deixa à prática. Cabe a cada sistema jurídico desenvolver respostas ao longo do tempo, aperfeiçoando-as com o aprendizado das decisões anteriores. Quanto mais universal uma teoria, menos capaz de decidir casos específicos. E vice-versa.

O delineamento do núcleo de um princípio afeta as decisões futuras de duas formas principais: (i) ele gera um parâmetro material em relação ao limite inviolável daquele princípio em questão; (ii) ele gera um parâmetro formal do grau de afetação médio que um determinado sistema considera o núcleo de um princípio. Isso quer dizer que a definição do núcleo inviolável do princípio da presunção de inocência afeta as decisões futuras sobre esse princípio. Qualquer decisão que afete o princípio além do limite definido, estará proibida. E

quer dizer também que a definição do núcleo inviolável da presunção de inocência serve como modelo para o delineamento do núcleo de outros princípios, por meio das noções intuitivas de graus de gravidade da afetação. Nesta tese, limitar-se-á à análise de (i), que parte de uma noção de isonomia direta. Como se trata de graus de afetação de um mesmo princípio, comparam-se bananas com bananas e maçãs com maçãs.

A ideia parece abstrata, mas ela sempre se ajusta a elementos concretos e intuitivos. Pense-se no princípio da inviolabilidade da privacidade ponderado no caso concreto de câmeras no ambiente de trabalho. É intuitiva a diferença de grau de afetação entre câmeras instaladas (a) na entrada da empresa, (b) nos corredores, (c) nas salas dos funcionários e (d) no box do banheiro. De (a) a (d) existe uma progressão gradativa da afetação menos gravosa para a mais gravosa. Não é a teoria que conduz o intérprete a delinear o núcleo em algum lugar entre (b) e (c) ou entre (c) e (d). É a realidade intrínseca à ponderação de princípios. É a intuitividade do valor, que é sempre parte da vida real. É a maturidade ética desenvolvida pelos indivíduos e pelos grupos, cujos valores morais positivados constituem o sistema jurídico. A teoria apenas ajuda a trazer à tona esses elementos e a ressaltar contradições.

A teoria estrutural de ALEXY comporta soluções diversas de delineamento do núcleo. A teoria ajuda a esclarecer a estrutura por meio da qual graus de gravidade de afetação podem ser comunicados entre operadores do direito. Essa clareza amplia a garantia de isonomia. Isso ocorre imediatamente, na solução do caso concreto, e posteriormente, na verificação de ajustes a serem feitos em decisões posteriores.

Isso quer dizer que, em tese, seria possível a interpretação de que o constituinte originário teria predefinido o núcleo do princípio da presunção de inocência no inciso LVII, estendendo-o até o trânsito em julgado. Essa seria, inclusive, a melhor resposta à aparência de aplicação do princípio como se regra fosse. Entretanto, um núcleo tão amplo assim tende a criar muitos problemas. Alguns desses problemas apareceram ao longo da história jurisprudencial estudada. Na solução dada a todos eles, os defensores da tese da exclusividade cautelar estrita agiram como se estivessem aplicando uma regra, e não o núcleo de um princípio. Demonstrar-se-á também que a extensão do núcleo do princípio até o trânsito em julgado é logicamente incompatível com a tese da exclusividade cautelar estrita.

4.4.1. Modelos de delimitação do núcleo essencial

O estudo argumentativo do Capítulo II demonstrou que os ministros que votaram pela inconstitucionalidade da execução provisória não deram muita ênfase à norma do inciso LVII como definidora do núcleo essencial de um princípio. Essa interpretação ficou subjacente, aparecendo de relance quando diziam que não se tratava de um princípio absoluto. Acabou servindo como um argumento subsidiário.

Foram principalmente os ministros que defendiam a constitucionalidade da execução provisória fizeram essa construção argumentativa como forma de refutação. Seu objetivo era demonstrar que o núcleo do princípio comportava a prisão-pena antes do trânsito em julgado.

Isso é um indício de que a interpretação da norma do inciso LVII como um princípio, tende a favorecer os defensores da execução provisória. Faz-se uma análise tão extensa desse argumento porque ele é utilizado como saída pela tese da exclusividade cautelar estrita sempre que a definição da norma do inciso LVII como regra se torna problemática. Afinal, regras comportam exceções. Núcleo essencial, não.

No julgamento de 2016, verificou-se uma incidência maior do argumento do núcleo essencial da presunção de inocência. O que faz sentido. Naquela decisão, todos os ministros que compuseram a maioria compartilharam do entendimento de que a presunção de inocência seria uma presunção *juris tantum*, vinculada à comprovação fática da culpa do réu. A maior parte deles adicionou a ideia de que a norma contida no inciso LVII comporta um tratamento progressivamente mais gravoso.

O Min. Teori Zavascki relacionou o núcleo do princípio às instâncias ordinárias, extraíndo-o da aplicação das regras probatórias e do modelo acusatório (BRASIL, 2016, p.11). O Min. Edson Fachin criticou o excesso da interpretação literal que extrai do inciso LVII um super princípio ou um princípio absoluto (ibid., p.21 e 23 a 25).

O Min. Gilmar Mendes demonstrou que o sistema processual penal já se comporta como se o inciso LVII contivesse uma pluralidade de sentidos da expressão “culpado” (ibid., p. 66 a 68). Existiria um espaço amplo de conformação do legislador. Em essência, a norma constitucional exigiria razões tão fortes quanto a gravidade da medida que se decide impor ao réu. Nas palavras do ministro, “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 indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável”. Delimitada ao caso específico das prisões-pena, a existência de prova além

de dúvida razoável seria o núcleo da norma. E isso se configuraria ao fim das instâncias ordinárias. Não no trânsito em julgado.

Quando se propôs a descrever o núcleo do princípio, o Min. Luis Roberto Barroso cometeu um pequeno deslize técnico: “No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida” (ibid., p.40). Essa, na verdade, é a descrição do próprio conceito de princípio. Mas há de se tomar muito cuidado com citações apartadas de seu contexto. Essa foi uma das grandes preocupações que conduziu esta tese a adotar um método de rastreamento tão detalhado. A fundamentação de Barroso, naquele voto, foi uma das mais técnicas ponderações de princípios realizadas pelos ministros nos julgamentos estudados. Infelizmente, como se viu supra, os votos de Barroso foram com frequência erroneamente reduzidos ao pragmatismo jurídico.

O correto núcleo essencial do princípio, para Barroso, pode ser extraído da sua demonstração de como a norma comportaria um tratamento progressivamente mais gravoso (ibid., p.41). Para o ministro, o princípio perderia força gradativamente, à “medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem”. Essa régua do avançar do processo é uma ideia interessante. Ela harmoniza bem a ideia de amadurecimento do juízo probatório com as ideias de ampla defesa e devido processo legal. Barroso deu exemplos de como essa régua funcionaria:

Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas (ibid.).

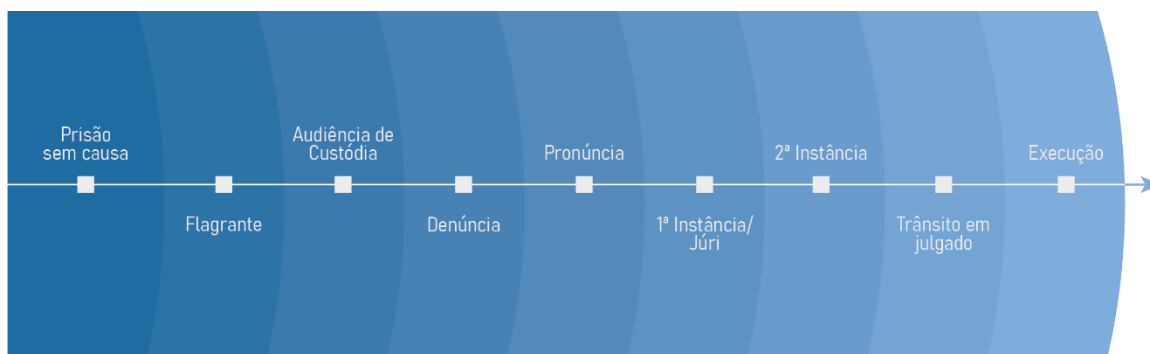
Note-se como o ministro fala em um peso máximo do princípio da presunção de inocência na fase pré-processual. Poder-se-ia dizer que Barroso traçaria o limite do núcleo do princípio nesse ponto. Ao mesmo tempo, poder-se-ia considerar que o ministro também não vê essa camada como parte do núcleo essencial, na medida em que reconhece a possibilidade de ponderação com outros princípios. Se esse fosse o caso, o núcleo inviolável do princípio estaria aquém da fase pré-processual, ou seja, aquém do inquérito. O núcleo do princípio seria

a ausência completa de provas. O que faz sentido. É isso historicamente se denominava presunção de culpa. Não há como dizer ao certo qual a posição de Barroso. O que importa é a reflexão que essas perguntas suscitam.

Aproveita-se essa ideia de régua de mensuração do grau de afetação do princípio da presunção de inocência. A partir dela é possível demonstrar o que é o núcleo essencial de um princípio e como ele é aplicado. Pode-se fazê-lo de formas variadas. Pensou-se em duas mais compatíveis com a história o caso estudado. Ambas se baseiam no amadurecimento do juízo de culpa ao longo das fases processuais.

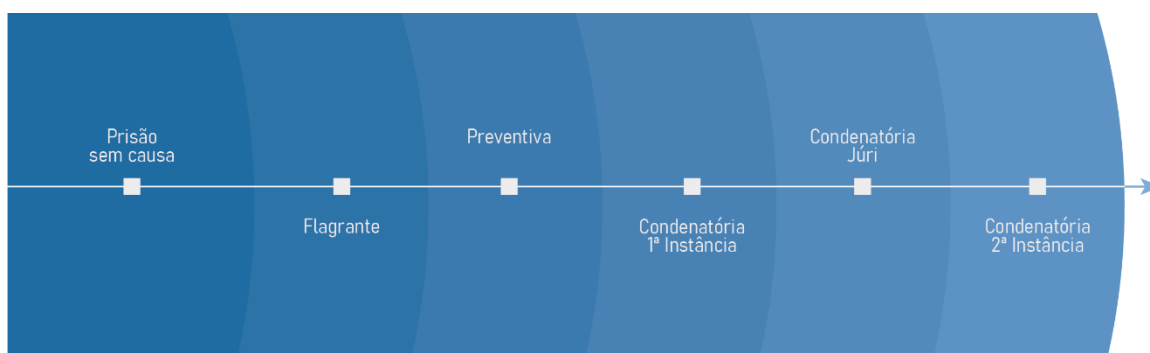
O primeiro modelo ilustra a régua de afetação do princípio a partir do grau de maturidade processual da ordem de prisão fundamentada em um juízo fático de culpa:

Figura 8 - Núcleo do Princípio: Fases Processuais



A segunda ilustra a régua de afetação do princípio a partir do grau de qualidade da fundamentação do juízo fático de culpa que embasou a ordem de prisão:

Figura 9 - Núcleo do Princípio: Juízo de Culpa



No primeiro modelo, foram pré-definidas camadas de acordo com o momento processual. Nos segundo, foram pré-definidas camadas de acordo com a qualidade probatória do juízo de culpa do réu. Atende-se assim aos principais requisitos constantes dos incisos

LVII e LXI. Excetuados os casos de flagrante, não basta que se comprove a culpa do réu, é preciso também que essa culpa seja fundamentada na decisão de uma autoridade judiciária competente. O primeiro modelo de camadas visa justamente a demonstrar como amadurece, ao longo do processo, a fundamentação decisória da necessidade de aprisionamento do réu.

O decreto de prisão em cada uma das faixas tem um grau diferente de fundamentação do juízo de culpa. Ainda que se concedesse que não é possível executar a pena antes do trânsito em julgado, a diferença de grau de fundamentação do juízo de culpa pode ser confirmada nos decretos de prisões preventivas, em cada uma dessas fases.

Os teóricos da exclusividade cautelar estrita reconhecem que o juízo preliminar de culpa é imprescindível para que se decrete uma prisão preventiva. São indispensáveis indício de autoria e prova de materialidade. Quando se tem a condenação do réu, em primeira instância, deixa de ser necessário que o juiz fundamente a preventiva com *fumus boni juris*. A condenação de mérito passa a suprir o requisito juízo de culpa preliminar da prisão cautelar. Passa a bastar que se demonstre a necessidade da medida por meio do *periculum libertatis* e do enquadramento de uma das hipóteses normativas do art. 312.

Outro ponto de concessão inevitável dos teóricos da exclusividade cautelar é a prisão em flagrante. Confessam que a prisão em flagrante tem fundamento constitucional próprio. Ressaltam que, com as alterações do art. 310 (Apêndice A), a **manutenção** do flagrante passou a depender de enquadramento em hipótese cautelar. Isso significa que, pelo menos na janela de 24h até que se realize a audiência de custódia, a prisão em flagrante não tem fundamento cautelar concreto. Não existe razão constitucional sem fundamento. Um princípio meramente formal³⁰ não poderia prevalecer sobre o núcleo dos princípios da liberdade e da presunção de inocência. O fundamento é cautelar abstrato somado à forte evidência de culpa do réu. É isso que o flagrante representa. Reconhecer a base constitucional da prisão em flagrante é reconhecer, no mínimo, uma exceção à tese da exclusividade cautelar estrita.

Com isso, até mesmo os teóricos da exclusividade cautelar estrita concedem que existe, na prática, a confirmação de juízos de culpa ao longo do processo. O que os modelo

³⁰ Emprega-se o conceito “princípios formais” (ALEXY, 2014b, p. 13). Princípios formais são mandamentos de otimização que tomam como objeto decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. “Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada” – ou seja, referem-se à dimensão real ou fática do direito (Ibid., p. 13-14). São exemplos de princípios formais: segurança jurídica e autonomia do legislador. Princípios formais não prevalecem por si mesmos quando sopesados contra princípios materiais. É imprescindível que haja pelo menos um princípio material complementando o princípio formal. Em regra, há. Quando cria uma regra, o legislador o faz por uma razão. Caso não haja nenhum princípio material subjacente ao formal, decidir a favor dele seria dizer que uma garantia fundamental poderia ser ofendida simplesmente porque o direito assim o determinou. Seria responder, “porque sim”.

acima fazem é extrapolar em ambas as direções essa noção de amadurecimento do juízo de culpa, segundo uma estimativa geral da qualidade da fundamentação. Partiu-se de noções gerais das fases processuais e pré-processuais e a tendência que cada uma delas tem de ter consolidado um certo nível de prova. Evidente que esses modelos não são perfeitos. Mas servem como uma representação geral do que tende a acontecer nos processos penais.

Existe uma diferença de grau e até de qualidade entre as várias condições de comprovação da culpa exigidas para cada hipótese prisional (Figura 8 supra). Entretanto, não existe uma diferença de natureza entre os tipos de tratamento dados em cada uma dessas hipóteses. Em todas elas o réu é tratado como culpado. Em algumas exige-se mais e melhores evidências, em outras menos, referendadas judicialmente segundo competência, hipóteses legais e fundamentos específicos estabelecidos pelo legislador. Entretanto, em todas elas há algum grau de tratamento como se culpado fosse, inclusive no caso das cautelares. O fato de exigirem um menor grau de evidência não muda esse fato. É condição para as prisões preventivas haver indício de culpabilidade. Esse entendimento se harmoniza com as várias decisões do STF de que “a prisão preventiva conflita com a garantia constitucional da não-culpabilidade”, justamente por isso deve ser excepcional.

O resgate da jurisprudência original do STF permite concluir que o sistema processual penal original e a Constituição de 1988 costumavam ser compatíveis com esses modelos. Eles apontavam para a conclusão de que, na verdade, vedada seria qualquer prisão **sem juízo de culpa**. Essa conclusão se harmoniza com o sentido tradicional de “presunção de inocência”.

A tese da exclusividade cautelar conduziu o sistema processual penal à conclusão oposta. Passou a ser vedada, ao menos em teoria, qualquer prisão **fundada em juízo de culpa**, antes do trânsito em julgado. A contradição entre teoria e prática fica evidente no fato de que as prisões preventivas requerem juízo preliminar de culpa para serem decretadas. A resposta dos teóricos da exclusividade cautelar estrita é a seguinte: a fundamentação **principal** das prisões preventivas é a necessidade cautelar. Tudo bem. Isso faz sentido. Mas não muda o fato de que, ainda que secundário, o juízo de culpa continua sendo um requisito indispensável de qualquer prisão, mesmo das prisões cautelares.

Disso decorre uma conclusão que costumava ser óbvia para o processo penal original: o único elemento comum a todas as hipóteses de prisão é o juízo de culpa. Não existe prisão exclusivamente cautelar. A maior das atrocidades seria um sistema penal que permitisse um aprisionamento sem prova de culpa alguma. A definição disso seria **presunção de culpa**. É por isso que toda modalidade de prisão do sistema processual penal brasileiro está condicionada à comprovação da culpa, ainda que preliminar. Antes da tese da exclusividade

cautelar estrita, a maior parte delas não costumava estar condicionada à comprovação da necessidade cautelar. Depois dela, passou-se a interpretar que prender o réu havendo recurso para os tribunais superiores, mesmo depois de comprovada a culpa em duas instâncias, configura presunção de culpa.

Como resultado da hegemonia da tese da exclusividade cautelar estrita, o sistema processual penal inteiro se adequou a uma hipocrisia. Finge-se que o inciso LVII veda o tratamento do réu como culpado, antes do trânsito em julgado, mas se continua expressamente fundamentando toda prisão preventiva em juízo de culpa preliminar. Todos os operadores de direito do Brasil tornaram-se obrigados a operarem um sistema inteiro utilizando o termo central “presunção de inocência” como se ele tivesse o sentido diametralmente oposto ao original. Onde se lia “imprescindível juízo fundamentado de culpa” agora se lê “vedado juízo fundamentado de culpa”. Essa é a história de um dogma.

4.4.2. O núcleo vai até o trânsito em julgado

Destaca-se como se tem interpretado o marco temporal “até o trânsito em julgado” do inciso LVII. Sua extensão cobre todas as fases acima apontadas, até o trânsito em julgado, e exclui a fase executória. A primeira impropriedade desse entendimento é a ideia de que a aplicabilidade do princípio cessaria depois do trânsito em julgado. Obviamente, um princípio basilar como o da presunção de inocência não deixa de valer depois do trânsito em julgado. Esse argumento foi usado pelo Min. Edson Fachin, em 2019 (BRASIL, 2019, p.76).

Também o juiz da execução e a administração carcerária devem se orientar pela presunção de inocência do réu, inclusive em relação ao crime original pelo qual o preso foi condenado. Ainda que plenamente superada a presunção de inocência com a comprovação da culpa, a disposição de alma do juiz, inclusive na fase de execução, deve ser sempre a de encontrar a prova que inocenta o réu. Diante de qualquer evidência que inocente o réu, ainda que posterior ao trânsito em julgado, os aplicadores do direito têm o dever de facilitar a revisão criminal para seja restaurada a liberdade.

Se não faz sentido falar em prazo máximo do princípio, quer dizer que a linha arbitrária “trânsito em julgado” não é tão rigorosa quanto fazem parecer as interpretações “literais” em profusão por aí. Mas esse é um detalhe praticamente insignificante na prática. Grave mesmo é chamar de núcleo a extensão de um princípio que vai do juízo de culpa menos

fundamentado ao juízo de culpa mais fundamentado. Esse é o espectro de gradação da vedação estabelecida pelo princípio segunda a ideia de que o núcleo vai até o trânsito em julgado.

Na base, tem-se o juízo de culpa da prisão em flagrante, sem fundamentação judicial nenhuma, no primeiro momento. Ainda assim, garantido pela constituição. Até a sentença condenatória, há um ganho substancial entre uma fase e outra, pois há, em regra, aperfeiçoamento das provas no processo. A partir da sentença, porém, entre a primeira instância e as demais, em regra não há modificação do material probatório produzido nos autos. Ainda que a segunda instância possa reformar juízo sobre os fatos, costuma fazê-lo a partir das mesmas provas que a primeira instância. Ao desenhar dessa forma cada uma das fases do amadurecimento do juízo de culpa, fica evidente que é inerente ao princípio a tensão entre culpa e prova.

Alegar que o núcleo inviolável do princípio se estende até o trânsito em julgado, é dizer que não importa a tensão entre culpa e prova. Importa apenas o momento formal abstrato do trânsito em julgado. A tensão culpa-prova deixa por completo de operar por uma lógica de gradação, que é inerente aos princípios. Princípio é mandamento de otimização.

A tese hoje prevalente, cobriu, com a definição do núcleo, praticamente todo o espectro de suporte fático do princípio, da prisão em flagrante ao trânsito em julgado. Como excluem a fase executória, na visão dos defensores da tese, esse é, na verdade, exatamente o espectro integral de suporte fático do princípio.

Se o núcleo do princípio corresponde à extensão completa ou quase completa das possibilidades de aplicação desse princípio, das duas uma: não é núcleo ou não é princípio. A norma que opera dessa forma se chama regra. Poder-se-ia dizer, de forma imprópria, que as regras têm como “núcleo rígido” toda a extensão do seu suporte fático. É isso que significa dizer que as regras operam por uma lógica tudo ou nada, e não por gradação. Todo o âmbito de aplicação de uma regra é submetido a ela sem ressalvas. Os casos excepcionais requerem uma regra de exceção.

Quando os defensores da tese de proteção do núcleo do princípio da não-culpabilidade estendem o núcleo sobre todo o espectro de possibilidades de aplicação da norma, isso indica que, na verdade, estão chamando de princípio, uma regra. Estão chamando de núcleo, todo o âmbito de aplicação tudo ou nada dessa regra. E estão chamando as prisões cautelares de prova de que o princípio não é absoluto, quando, na verdade, trata-se da exceção à regra. Tanto é assim, que todas as fundamentações que demonstram que as prisões cautelares se harmonizam com o princípio partem da exceção contida no inciso LXI.

4.5. Juízo de culpa nas prisões cautelares

A tese da exclusividade cautelar estrita parte do pressuposto que as prisões preventivas têm que demonstrar existência de *periculum libertatis*. É sua finalidade precipuamente cautelar que as diferencia e as torna compatíveis com o inciso LVII. É esse elemento que FRANCO (1994, p. 193) denominava “necessariedade” que diferencia *carcer ad custodiam* de *carcer ad poenam*.

Entretanto, as leis e a prática processual penal do pressuposto que as prisões cautelares têm dupla fundamentação. Além do *periculum libertatis*, é indispensável que haja *fumus boni iuris*, que são os indícios de autoria e provas de materialidade. A maior parte dos autores admite que, por essa razão, existe uma tensão também entre o inciso LVII e as prisões cautelares. Essa tensão é resolvida pela finalidade precípua das cautelares, que não é a sanção, mas a necessidade. Necessidade de proteger os bens elencados pelo legislador, como é o caso das hipóteses de preventiva.

Destaca-se, porém, como é dispensável a fundamentação do *fumus boni iuris* quando já há sentença de primeiro grau. Está implícita nesse fato a ideia de que *fumus boni iuris* é juízo de culpa. É precário, preliminar, fundado em evidências incompletas, mas é juízo de culpa. Uma modalidade de prisão que não se fundamentasse em algum juízo de culpa, ainda que precário, e apenas em razões cautelares seria a mais odiosa forma de cárcere. Seria o sacrifício do indivíduo ao interesse de outros, sem nenhuma culpa.

Toda preventiva se fundamenta, portanto, também em um juízo de culpa. Disso decorre, necessariamente, que não é compatível com o sistema processual penal, como hoje legislado e aplicado no Brasil, a interpretação literal de que o inciso LVII veda todo e qualquer tratamento do réu como culpado. Isso não é verdade. As próprias prisões cautelares têm como requisito o tratamento do réu como culpado. Ainda que não seja sua finalidade precípua, é tratamento de culpa, posto em decisão judicial e que encarreta a perda da liberdade do réu.

A única saída lógica seria argumentar que não existe nenhuma tensão entre o inciso LVII e as prisões cautelares. Existiria harmonia plena. Isso não será verdade enquanto as prisões cautelares também foram fundamentadas, em qualquer medida, ainda que mínima, sobre juízo de culpa. Pode-se até se imaginar um sistema que se prende sem nenhum juízo de culpa, mas esse certamente não é o sistema brasileiro, nem na teoria, nem na prática. E ainda bem.

Não importa que a punição não seja a finalidade precípua das cautelares. Para que esse raciocínio seja válido, basta que o juízo de culpa seja um requisito colateral. Não é necessário nem mesmo que seja considerado uma finalidade secundária. Não é preciso que o juízo de culpa integre a essência do *carcer ad custodiam*. Basta que se reconheça a sua inevitável presença.

Os juízos de culpa secundários das decisões cautelares e os juízos de culpa primários das decisões condenatórias são exatamente os mesmos em natureza. A diferença entre eles é de grau, é de extensão probatória. O termo qualidade pode até ser utilizado em sentido amplo para dizer que o juízo de condenação no mérito é mais qualificado que o juízo preliminar suficiente para decretar uma preventiva. Mas no sentido estrito de qualidade enquanto essência, o juízo é o mesmo. É juízo de culpabilidade.

A comparação entre a qualidade do juízo preliminar e a qualidade do juízo de mérito foi feita por muitos ministros ao longo dos julgamentos estudados. É evidente que o juízo de culpa das preventivas é muito menos qualificado do que o juízo de culpa das decisões condenatórias. O ponto defendido pelos ministros era o ponto da isonomia do tratamento. Se o juízo de culpa menos qualificado é permitido, por óbvio que o mais qualificado também deve ser. A resposta da tese da exclusividade cautelar a esse argumento sempre foi mais ou menos a seguinte: “isso não importa, pois o que justifica o *carcer ad custodiam* são suas razões primordialmente cautelares”.

Entretanto, não é verdade que isso não importa. Não se a tese da exclusividade cautelar estrita chegou a um nível de rigor interpretativo tal que **nenhum** tratamento do réu como culpado pode ser permitido antes do trânsito em julgado. Não se pode, portanto, extrair do texto do inciso LVII que, antes do trânsito em julgado, todo juízo de culpa que acarreta a perda da liberdade está banido. Ou a interpretação é literal e irrelativizável, ou não é.

Com isso, acaba a relação lógica entre a impossibilidade do tratamento do réu como culpado e a vedação à prisão-pena. Do inciso LVII, não se pode concluir que todos os juízos de culpa que resultam na prisão do réu estão vedados.

Sem a interpretação literal, só há duas respostas lógicas:

(i) juízo de culpa preliminar é permitido, mas juízo de mérito é vedado. Isso inverteria o sentido da presunção de inocência. Permitido prender com preliminares evidências de materialidade e indícios de autoria. Proibido prender com provas amplas, inquérito, instrução, processo, defesa e sentença de mérito; ou

(ii) a perda da liberdade é o núcleo do princípio da presunção de inocência. Logo, as razões cautelares são preponderantes como fundamento da prisão. De outra forma, estar-se-ia

afetando o núcleo do princípio da presunção de inocência sem razão suficiente para isso. A fundamentação cautelar supre justamente essa demanda. É a tese do núcleo essencial do princípio até o trânsito em julgado, já mencionada acima.

4.5.1. Incompatibilidade com a ideia de núcleo essencial

Tampouco a ideia de núcleo fundamental do princípio da presunção de inocência é compatível com a tese da exclusividade cautelar estrita. Não podem coexistir logicamente as ideias de que: (a) antes do trânsito em julgado só são possíveis prisões cautelares; (b) o inciso LVII contém um princípio e a razão dessa vedação decorre da proteção de seu núcleo; e (c) as prisões cautelares se fundamentam em juízo de culpa preliminar.

Demonstra-se. Decisões cautelares fundam-se em um juízo de culpa precário, mínimo, preliminar. Decisões condenatórias fundam-se em um juízo de culpa com pretensão de definitividade, máximo, meritório. O juízo de culpa das cautelares é, em essência, muito mais gravoso que o juízo de culpa das condenatórias. É isso que as Figuras 7 e 8 representam. A progressividade do grau de afetação ao princípio da presunção de inocência.

Isso só não acontece quando as prisões cautelares se aproveitam do uso do juízo de culpa definitivo das decisões de mérito já existentes no processo. Por exemplo: quando a prisão preventiva é decretada depois de sentença ou de acórdão condenatório.

Ora, se o juízo de culpa das cautelares é muito mais gravoso que o juízo de culpa das condenatórias, então não é logicamente possível, ao mesmo tempo, alegar que o juízo de culpa das condenatórias está contido no núcleo do inciso LVII e o juízo de culpa das cautelares não (Figura 8 supra).

É um imperativo lógico concluir: sempre que se disser que o núcleo do princípio da presunção de inocência veda decisões condenatórias, então ele também veda as decisões cautelares. O que veda a forma mais grave, veda a forma menos grave. Aqui, a isonomia é direta. É a mesma substância. A natureza dos juízos de culpa é o mesmo.

A resposta automática dos defensores da exclusividade cautelar será: “Ah, mas é caso de ponderação! As razões cautelares seriam ponderadas com o juízo de culpa!”. Tudo bem, mas então não é caso de proteção ao núcleo do princípio. Por excelência, delinear o núcleo essencial de um princípio significa excluí-lo de toda e qualquer ponderação possível. Qualquer ponderação dentro do campo do núcleo afeta o coração inviolável do valor

constitucional. A afetação do núcleo é tão gravosa, que é imponderável. Se é ponderável, não é núcleo. Alegar ponderabilidade das razões cautelares é necessariamente conceder que o inciso LVII não veda juízos de culpa antes do trânsito em julgado.

Na Figura 8 isso fica muito claro. Se as camadas ponderáveis do princípio chegam até as prisões preventivas fundamentadas em juízos preliminares, então a zona de ponderabilidade do núcleo permite que se ponderem outros valores em casos de decisões condenatórias de mérito. Ou seja: a partir da interpretação do inciso LVII, é imprescindível que sejam aceitas prisões decorrentes de condenações recorríveis antes que sejam aceitas prisões preventivas.

Se o leitor cogita ponderar razões cautelares com o princípio da presunção de inocência, isso é um estrondoso indício de que não se trata da parte inviolável de um valor constitucional. Se não é inviolável, não se trata de núcleo. Logo, a vedação à execução da pena não pode ser decorrente da proteção do núcleo essencial do princípio.

Destaca-se também que este não é um caso de violação da isonomia por analogia. Análogo seria, por exemplo, o argumento do Min. Eros Grau, que compara execuções cíveis com penas. O argumento do ministro não deixa de ser válido por isso, mas a natureza dos objetos é diferente, os bens jurídicos tutelados são diferentes. O argumento continua válido e impactante, claro, mas não é puramente lógico. Ele compara maçãs com bananas.

O caso da comparação entre o juízo de culpa cautelar e definitivo é diferente. Comparam-se maçãs com maçãs. É a mesma natureza. O juízo de culpa da cautelar, *fumus boni iuris*, deixa de ser necessário com a sentença condenatória. O juízo preliminar é absorvido pelo juízo de mérito porque têm a mesma essência. A diferença é de grau, não de natureza. Partindo dessa premissa de fato, que é amplamente respaldada na prática processual penal, o raciocínio é puramente lógico e inviolável. É um teorema, não um juízo.

Só existem duas saídas para esse teorema. A primeira é abandonar uma das premissas. Ou se abre mão da tese da proteção do núcleo do princípio, abdicando da interpretação literal do inciso LVII. Ou se abre mão de que é possível aplicar as modalidades de prisão cautelar existentes, abdicando das prisões cautelares e condenando o sistema processual penal ao fim das prisões antes do trânsito em julgado. Ou se sacrifica o juízo de culpabilidade como requisito para as prisões cautelares. As três premissas ao mesmo tempo, não tem jeito.

A única outra saída para o teorema é a seguinte: princípios com núcleos colidentes.

4.5.1.1. Princípios com núcleos colidentes

A única outra saída para o teorema é a seguinte: princípios com núcleos colidentes. Os defensores da tese da exclusividade cautelar poderiam concordar que o núcleo é, por excelência, o campo de imponderabilidade do princípio. Entretanto, um caso concreto poderia colocar o aplicador do direito diante de um impasse entre dois núcleos essenciais. Para decidir o caso concreto, não haveria nenhuma outra saída que afetar o núcleo de um princípio ou de outro. Seria o caso, por exemplo, de um pai reiteradamente condenado por estupro de vulnerável e violência doméstica. A afetação ao núcleo do princípio da presunção de inocência há de ser sopesada com a proteção ao núcleo do direito à segurança das vítimas.

Esse tipo de construção argumentativa, entretanto, excluiria a quase totalidade das prisões preventivas hoje existentes. Só em casos muito excepcionais é que a liberdade do réu afetaria o núcleo de um outro princípio. Além disso, seria preciso produzir provas que demonstrem não apenas a necessidade da medida, mas a afetação ao coração do valor a ser protegido. Esse é um fardo probatório extremamente difícil de ser atendido.

Princípios são sempre ponderados em concreto. Nesse caso, existe um desequilíbrio essencial na ponderação. O núcleo do princípio da inocência seria sempre sopesado com força total, porque é uma presunção abstrata. Enquanto isso, o núcleo do princípio do direito à segurança das vítimas seria sempre mitigado pelo coeficiente epistêmico inerente à dificuldade de se provar a necessidade da medida em concreto. Outras presunções legais teriam que ser criadas para compensar essa dificuldade de provar o risco à vítima. Essas presunções já são criadas pela lei e pela jurisprudência. Mas isso, data vênica, já se trata de fundamentação em abstrato. Deixar-se-á esse desvio para outra oportunidade.

Por essas razões, apesar de possível, essa solução de princípios com núcleos colidentes é inviável na prática. É inviável porque não é compatível com a realidade do sistema processual penal e nem com as teses de nenhum dos lados do debate. Nada na tese dos defensores da exclusividade cautelar, hoje, indica que acreditem que as prisões cautelares deveriam estar restritas a esses casos limítrofes. Nada indica que desejem abolir todas as formas de prisão preventiva que não possam ser fundamentadas com a afetação ao núcleo de um outro princípio. Isso eliminaria a quase totalidade das hipóteses do art. 312. Na prática, réus poderiam destruir provas, planejar fugas e colocar em risco a ordem pública das mais diversas formas, sem que isso afetasse um núcleo sequer de qualquer princípio constitucional.

Adequar delimitação que hoje se tem dos núcleos dos princípios, estendendo-os, seria ainda pior. Engessaria o sistema, tornando-o, em enorme medida, insopesável. Além de dar ao judiciário poderes legislativos maiores que os do legislador, podendo escolher princípios coringas e invalidar sistemas inteiros, ao seu bel prazer, com o simples reinterpretar de um núcleo principiológico. O que os adeptos da tese fizeram, em 2009, estendendo o núcleo da presunção de não-culpabilidade para incluir qualquer decisão condenatória, foi exatamente isso. Como diria a ministra Ellen Gracie, declararam o CPP inconstitucional.

4.6. Raciocínio Circular

É possível interpretar a norma contida no inciso LVII como regra, como princípio ou como ambos simultaneamente, como se viu. Alguns adeptos da tese da exclusividade cautelar estrita interpretam como regra, outros como princípio. Interpretando-a como princípio, entendem que qualquer juízo de culpa antes do trânsito em julgado afetaria seu núcleo essencial. Viu-se que essa interpretação é incompatível com a tese da exclusividade cautelar estrita. Agora, demonstrar-se-á que a interpretação do inciso LVII, como uma regra, desemboca em um raciocínio circular.

Se a norma contida no inciso LVII é uma regra, isso significa que se aplica de forma idêntica e em mesmo grau sobre todos os casos concretos que se enquadram no escopo do suporte fático definido na norma. Sua aplicação não é feita em menor ou maior grau. É isso que significa ser aplicada de forma tudo ou nada. Uma regra é aplicada por inteiro ou não é aplicada em nenhuma medida. As hipóteses em que a regra não é aplicada em nenhuma medida são exceções. As exceções são definidas por outras regras do ordenamento, em geral de forma explícita.

Como neste caso se trata de uma regra constitucional contida no art. 5º, é compreensível a exigência de que as exceções decorram de normas de mesmo grau hierárquico. No caso, as exceções estão contidas no próprio art. 5º. Os defensores da tese da exclusividade cautelar estrita desde o princípio reconheceram isso: o inciso LXI contém exceções à regra do inciso LVII. Reduzamos o problema às duas exceções principais contidas no LXI: prisão em flagrante e prisão decorrente de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Até aí, perfeitamente lógico o raciocínio.

O problema começa quando se interpreta a segunda hipótese de exceção. Diz-se que “ordem fundamentada” é apenas aquela fundamentada cautelarmente, em concreto e com base em fato superveniente. Nenhum desses sentidos está contido no inciso LXI, lido isoladamente. Para extraí-los, retorna-se à regra geral do inciso LVII, e se interpreta que ela veda qualquer juízo de culpa. Logo, as fundamentações válidas para embasaram a exceção do inciso LXI só podem ser cautelares.

O problema é que, nesse raciocínio, a regra de exceção está sendo restrita pela própria regra que ela busca restringir. A circularidade é evidente.

Um raciocínio retilíneo extrai uma regra geral do inciso LVII e as exceções do LXI:

Regra geral: inciso LVII veda juízo de culpa antes do trânsito em julgado.

Regra de exceção: prisões decorrentes de ordens judiciais fundamentadas estão permitidas.

O raciocínio circular adiciona o sentido oposto para extrair, ao mesmo tempo, uma regra geral de fundamentação do inciso LXI e a vedação do inciso LVII:

Regra geral: prisões decorrentes de ordens judiciais fundamentadas estão permitidas.

Regra de exceção: inciso LVII veda juízo de culpa antes do trânsito em julgado.

Dessa subtração recíproca, conclui-se que restam permitidas apenas as fundamentações cautelares, que não configuram juízo de culpa. O raciocínio circular mostra que o ponto de partida é o mesmo que o de chegada: estão vedadas as prisões decorrentes de decisões condenatórias (*carcer ad poenam*) e estão permitidas as prisões decorrentes de decisões cautelares (*carcer ad custodiam*).

Esse raciocínio parte da interpretação à melhor luz da teoria. Parte-se do pressuposto que não há problema algum em extrair, do inciso LVII, uma regra de vedação total a qualquer juízo de culpa antes do trânsito em julgado. Além disso, ignora-se a norma implícita de permissão à prisão contida no inciso LXVI.

Mesmo à melhor luz, o raciocínio é circular. O raciocínio deixa de ser circular caso se interprete o inciso LVII como um princípio ou, simultaneamente, como uma regra e um princípio. Mas daí seria preciso demonstrar que a execução da pena fere o núcleo do princípio. Fora isso, ficaria aberto para que o legislador pudesse ponderar.

4.7. Premissas arbitrárias

Ainda que não houvesse um raciocínio circular na interpretação dos incisos LVII e LXI; ainda que se interpretasse o inciso LVII como um princípio; ainda que se desconsiderassem todas as outras incongruências da tese da exclusividade cautelar estrita; demonstrar-se-á que foram sobrepostas premissas arbitrárias às normas constitucionais.

A tese da exclusividade cautelar estrita extrai as seguintes conclusões das normas constitucionais:

(i) O inciso LVII veda o tratamento de qualquer pessoa como culpada, antes do trânsito em julgado. Disso se extrai que está banida qualquer forma de execução da condenação recorrível: *carcer ad poenam*. Ou seja: as ideias de condenação e pena pressupõem uma conclusão pela culpa do réu. É por isso que só são permitidas prisões cautelares: *carcer ad custodiam*; e

(ii) O inciso LXI restringe as hipóteses de prisão à prisão em flagrante e às decisões fundamentadas de autoridade judiciária competente. Disso se extrai o requisito de fundamentação da decisão da qual decore a prisão.

Como se viu no Capítulo I, foram várias as tentativas de solução do precedente original do STF a esse dilema posto pela tese da exclusividade cautelar estrita. Replicam-se as principais respostas dadas às exigências extraídas de cada um dos incisos, justificando a execução das condenações penais recorríveis:

(a) Está atendido o mandamento do inciso LXI porque a decisão foi fundamentada em concreto na condenação.

A isso os adeptos da tese da exclusividade cautelar estrita responderiam: não vale fundamentação em condenação antes do trânsito em julgado, inciso LVII.

(b) Está atendido o mandamento do inciso LVII porque a prisão é fundamentada cautelarmente em abstrato. O legislador já teria ponderado e decidido que, dos casos de condenação por crimes mais graves, decorre a prisão imediata.

A isso os adeptos da tese da exclusividade cautelar estrita responderiam: não vale fundamentação em abstrato nem prisão automática, inciso LXI.

Foram sobrepostas, às normas constitucionais, premissas arbitrárias. As interpretações dos incisos LVII e LXI, que levam às conclusões da tese da exclusividade cautelar, não foram extraídas diretamente da Constituição. O que a tese da exclusividade cautelar chama de Constituição é uma projeção dela mesma superposta à Constituição, reduzindo o espectro real

de possibilidades do texto original. Essa redução é contraditória com o texto constitucional original.

Não teria problema o mero fato dessas premissas serem arbitrárias. Como se viu acima, toda fundamentação está fadada a terminar em uma premissa arbitrária, em um raciocínio circular ou no regresso ao infinito. O direito é um sistema de premissas arbitrárias cujo pedigree é a legitimidade, que decorre do processo legislativo. O problema é a sobreposição de premissas arbitrárias doutrinárias às normas constitucionais como se fossem interpretações mandatórias. O problema é quando a doutrina e a jurisprudência criam premissas arbitrárias e se apropriam do debate chamando-as de Constituição. O problema é a mentira de que a Constituição sempre foi assim.

4.7.1. Inciso LVII

A premissa arbitrária que foi sobreposta ao inciso LVII é a seguinte:

(i) A fundamentação da prisão em juízo de culpa fica condicionada ao trânsito em julgado.

Essa conclusão se assenta sobre uma premissa: juízos de culpa estão banidos até o trânsito em julgado. Essa premissa é arbitrária na medida em que pressupõe que a Constituição eliminou todo e qualquer efeito decorrente de formação de juízo de culpa do sistema jurídico. Ao dizer que “ninguém será considerado culpado”, o inciso LVII estaria estabelecendo uma vedação absoluta aos juízos de culpa. Ou, pelo menos, aos juízos de culpa que levem à perda da liberdade do réu.

Isso não parece ser verdade. Não é assim que se comportam os operadores do sistema processual penal. O que é ainda mais contraditório é que não é nem mesmo assim que são aplicadas as modalidades de prisão cautelar. Nem mesmo sob a mais rigorosa versão da tese da exclusividade cautelar estrita. Toda prisão cautelar existente no sistema processual penal brasileiro pressupõe juízo de culpa, ainda que preliminar.

Como se demonstrou, a ideia de vedação a qualquer juízo de culpa é contraditória com a própria aplicação das cautelares em sentido estrito. O art. 312, ao exigir, como requisito para a prisão preventiva, “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, está impondo ao juiz que fundamente o decreto de prisão em um juízo de culpa. Ainda que precário. Ainda que preliminar. Ainda que cautelar. Uma teoria que veda o juízo de culpa

mais fundamentado não pode vedar o juízo de culpa menos fundamentado. A menos que reconheça que o princípio da presunção de inocência é passível de ponderação com outros princípios, antes mesmo da sentença de primeira instância.

Não parece desejável, nem mesmo para a teoria da exclusividade cautelar, que sejam revogados os requisitos probatórios mínimos de autoria e materialidade para que se decretem as prisões preventivas. Isso quer dizer que razões cautelares, por si sós, nunca bastam. Um sistema no qual elas bastassem seria o mais perverso dos sistemas. Toda prisão tem como base algum juízo concreto de culpa, nem toda prisão tem como base juízos concretos de necessidade. Esse é o sistema criminal ainda hoje vigente. O mais precário de todos os juízos de culpa é o que fundamenta a prisão em flagrante, reconhecido expressamente como cláusula pétrea, exatamente no inciso LXI.

4.7.2. Inciso LXI

A premissa arbitrária que foi sobreposta ao inciso LXI é a seguinte:

(ii) A Constituição veda prisões automáticas justificadas apenas por hipóteses abstratas definidas pelo legislador.

Interpretando fielmente o inciso LXI, porém, não parece que o texto normativo impõe fundamentação concreta em fato novos supervenientes. Essa interpretação da doutrina excluiu arbitrariamente a fundamentação cautelar abstrata feita pelo legislador. Demonstrou-se no Capítulo I que, por outro lado, a tradição jurisprudencial sempre foi a de que era possível fundamentação cautelar abstrata. Essa, inclusive, era a regra jurisprudencial quando foi promulgada a Constituição. Não fosse assim, não seria necessário que a Lei 12.403/11 tivesse redigido o art. 283 de forma idêntica ao inciso LXI adicionando-lhe sentido restritivo explícito.

Desde a batalha contra as prisões preventivas compulsórias, a doutrina penal criou uma resistência ancestral à fundamentação abstrata dos decretos de prisão. Para complementar a interpretação, a doutrina cita a ideia de fundamentação contida no inciso IX art. 93 CF. Alega que mera menção a dispositivo legal não constitui motivação suficiente de uma decisão. Entretanto, não é este o caso. O que é vedado pelo inciso IX art. 93 é a menção de dispositivo legal sem demonstração do enquadramento do caso concreto no suporte fático da regra legal. Isso não acontece nas prisões fundamentadas em juízo de culpa.

O legislador ponderou em abstrato as razões que dão suporte abstrato à hipótese de prisão. O juiz sempre precisa demonstrar em concreto o enquadramento dos fatos na norma. Essa demonstração é feita com indícios de autoria e materialidade, nos casos de juízos preliminares, ou com fundamentação da condenação, com base nos juízos de mérito. Essa fundamentação é concreta e satisfaz a regra de motivação do inciso IX art. 93.

O inciso LXI também não fala em fundamentação concreta em fatos novos e supervenientes nem determina que subsista contemporaneidade para fundamentar a prisão. Isso até faz algum sentido nas prisões preventivas. Mas não faz no caso de fundamentação da prisão na culpa do réu. Filtraram-se arbitrariamente da interpretação constitucional o poder do legislador de definir hipóteses de prisão com base nas circunstâncias e na gravidade do crime cometido. Passaram a dizer que esse tipo de elemento probatório não é idôneo, ainda que fundamentado em concreto. Esse acréscimo foi doutrinário e jurisprudencial. Foi só em 2019 que o CPP passou a contar com o sentido expresso adicionado pela Lei 13.964 ao §2º art. 312³¹. Mas todos os acréscimos infraconstitucionais só confirmam que não basta o texto do inciso LXI para concluir pela interpretação dada pela tese da exclusividade cautelar.

Relembra-se aqui a tensão remanescente da tese da exclusividade cautelar estrita (ponto 1.8.2.6 supra). Especificamente o caso do HC 93972 (2008), relatado pela Min. Ellen Gracie. Tratou-se de “um caso de roubo de veículo com emprego de arma de fogo. Um dos réus, temendo ser reconhecido pelas vítimas, tê-las-ia enforcado até a morte”. Nesse caso, teria sido dada notícia de “fato semelhante ao noticiado na denúncia meses antes pelo mesmo grupo de indivíduos”. Sob a tese da exclusividade cautelar estrita, com o rigor da exigência de fatos supervenientes e contemporâneos, uma prisão com base nesses fundamentos não seria possível. A fundamentação seria considerada presunção de culpa, mesmo depois da condenação dos réus em duas instâncias. Na prática, em casos assim, os magistrados usam da subjetividade para alargarem o sentido das hipóteses de prisão preventiva. Compensam a desconexão da realidade com arbitrariedade judicial.

O próprio inciso LXI também determina que o flagrante delito é suficiente, por si só, para justificar a prisão. Se utilizado o mesmo grau de literalidade que foi utilizado para interpretar o art. 283 CPP, é inevitável concluir que o Constituinte originário expressamente isentou as prisões em flagrante da necessidade de fundamentação prévia. O que é óbvio por se tratar de flagrante.

³¹ § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

O CPP pode até condicionar a manutenção da prisão em flagrante à confirmação de hipóteses preventivas na audiência de custódia, mas o CPP também poderia dizer o contrário. A Constituição não o vedaria. E mesmo sob a vigência do art. 310, o flagrante subsiste por até 24 horas sem nenhuma justificativa cautelar concreta. O fundamento implícito da prisão em flagrante só pode ser: a forte evidência probatória da culpa do réu, inerente à ideia de flagrante; e/ou a cautelaridade abstrata impressa como cláusula pétrea na Constituição. Ainda que se opte por apenas um desses fundamentos implícitos, cai pelo menos uma das premissas da tese da exclusividade cautelar concreta.

O inciso LXVI eternizou, sob o marco constitucional vigente, o conceito de liberdade provisória: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Do conceito de liberdade provisória decorre necessariamente a ideia de prisão como regra legislada, liberdade como exceção fundamentada. Essa é exatamente a razão pela qual Eugênio Pacelli e tantos outros processualistas penais criticaram a redação dada pelo constituinte originário ao inciso LXVI.

Diante dessa redação, das duas uma, ou se declara a inconstitucionalidade da norma ou se interpreta a Constituição também à luz dela. A doutrina penal parece ter declarado tacitamente a inconstitucionalidade da norma. O que é impossível por duas razões, uma legal e uma jurisprudencial: a norma é cláusula pétrea e, ainda que não fosse, a jurisprudência da corte não admite hierarquia entre normas constitucionais.

A menos que se faça a tão criticada interpretação em tiras, é indispensável que se considere o inciso LXVI na interpretação do marco constitucional sistema processual penal vigente. E a essência da regra contida nesse inciso, como admitem os próprios teóricos da exclusividade cautelar estrita, é que existem hipóteses de prisão fundamentada em abstrato. Ou seja, existem hipóteses na própria Constituição em que o legislador determina a prisão automática do réu, antes do trânsito em julgado.

É inerente à ideia da liberdade provisória que seja fardo da defesa e do juiz justificarem o cabimento de hipótese de libertação do réu. Novamente, essas hipóteses legais abstratas podem ter dois fundamentos: o juízo de culpa, fundado em provas concretas que demonstrem a autoria e a materialidade; e/ou a cautelaridade abstrata definida pelo legislador quando criou a modalidade de prisão. Ainda que se opte por apenas um desses fundamentos implícitos, cai pelo menos uma das premissas da tese da exclusividade cautelar estrita.

O que a Constituição, o CPP e a prática processual penal mostram, é que é logicamente impossível a interpretação hoje hegemônica. Enquanto existirem os incisos LXI e LXVI, é impossível concluir que as prisões processuais só podem decorrer de razões

cautelares concretas. Os dois incisos pressupõem prisões *ex lege*, prisões automáticas decorrentes de hipóteses legais pré-definidas.

Além disso, ainda que fosse logicamente possível banir todo e qualquer tratamento do réu como culpado, isso seria inviável e indesejável porque significaria que o Estado poderia prender alguém com a mera demonstração de necessidade, sem culpa.

O sistema processual penal ainda hoje aplicado no Brasil determina que o juízo de culpa do réu é requisito inclusive das prisões preventivas. É o primeiro fundamento requerido do juiz para determinar a prisão preventiva de alguém. É evidente que essa é uma forma branda e preliminar do juízo condenatório, mas isso não muda o fato de que é, em essência, juízo de culpa. É requerido do juiz que fundamente o decreto de prisão preventiva com os elementos de autoria e de materialidade que indicam a culpa do acusado. O único requisito comum a todas as formas de aprisionamento é o juízo de culpa. Esse fato torna impossível a interpretação literal do inciso LVII, na forma defendida pelo Min. Marco Aurélio.

4.7.3. Sedimentação de premissas arbitrárias sobre o direito

Identificaram-se duas premissas arbitrárias: (i) o inciso LXI só admite fundamentação em concreto a partir de fato superveniente; e (ii) o inciso LVII só admite prisão decorrente de decisão condenatória com trânsito em julgado. Como se viu, essas premissas foram artificialmente impostas pela doutrina. As normas constitucionais não impõem essa interpretação. A sobreposição de normas constitucionais por premissas arbitrárias é um dos processos de sedimentação que a tese se propôs a identificar. O resultado, no longo prazo da história dos argumentos, é o soterramento do direito original e o monopólio da interpretação sobreposta.

A sobreposição do direito constitucional por premissas arbitrárias configura uma restrição das interpretações possíveis do texto normativo. É uma interpretação conforme, que elimina possibilidades normativas discrepantes. A diferença é que, nesse caso, não se interpretou o sistema processual penal conforme a Constituição. Interpretou-se a Constituição conforme a tese da exclusividade cautelar estrita. Sequestrou-se a Constituição.

Apropriou-se da interpretação constitucional para realizar um projeto totalizante de simplificação do sistema processual penal às prisões cautelares, antes do trânsito em julgado.

Esse tipo de simplificação artificial de uma realidade complexa é típico de pensamentos ideológicos. O resultado de simplificações assim é, com frequência, *backlash*, banalização, ineficiência e abuso. Este é o ponto que tentaram comprovar, por meio de argumentos práticos, os Min. Luiz Fux e Luis Roberto Barroso.

A pretensão hipotética de que se resolvam por meio de reformas os problemas de falta de eficiência do judiciário brasileiro são uma prova cabal do descolamento entre teoria e realidade. Dois dos maiores problemas do judiciário brasileiro são a letargia processual e a inexequibilidade das decisões. Dois problemas que a tese da exclusividade cautelar estrita só agravou.

Em casos assim, excessos exsurtem sem controle em meio ao abuso da única ferramenta eficaz que restou: as prisões preventivas. A diferença é que agora não há nada que o homem comum possa fazer a respeito para se proteger, nem indiretamente. A questão, a depender da tese da exclusividade cautelar estrita, não é mais matéria de deliberação legislativa. O debate sobre a matéria ficou reservado às lentes jurídicas, aos especialistas em processo penal. Nem que o legislador queira, ele pode determinar hipóteses de aprisionamento predefinidas em abstrato, a partir da gravidade dos crimes cometidos.

A ponte legislativa que leva do homem comum ao direito é uma ponte entre realidade e direito. Expectativas reais, vontades reais, problemas reais. Encastelado em sua superioridade dogmática, é muito fácil que o jurista se perca dessa realidade. Quanto mais isolado, maior o risco de confirmação dos próprios vieses. É um processo exponencial de distanciamento da verdade. As conclusões são confirmadas pelos pares especializados, que pensam igual. Todos partem das mesmas premissas. Nesse caso, premissas arbitrárias que soterraram há muito a história real do direito. Essa é a descrição de uma câmara de eco.

Um sistema de pensamento transformado em câmara de eco apresenta muitos sintomas. Um deles é a dissociação entre o sentido jurídico e o sentido comum das palavras. A desconfiança em relação ao homem comum. A verdade é acessível apenas aos iniciados. Aqueles que não entendem os conceitos teóricos deixam de ter voz. Os cartazes em profusão nas ruas pedindo por “prisão em segunda instância” são tolices inconstitucionais, rompantes autoritários de uma massa inculta. A verdade é filtrada pela doutrina. A realidade que se ajuste a ela. O doutrinador para de confiar nos próprios olhos.

Outro deles é a presença de graves contradições sistemáticas decorrentes da implementação da proposta teórica. O problema de uma simplificação de sistemas complexos é que muitas pontas ficam soltas e fios se atam em nós por todos os lados. Essas contradições estão ilustradas ao longo de todo este capítulo.

4.8. Escombros do sistema processual penal

Citaram-se várias contradições inerentes à tese da exclusividade cautelar estrita ao longo deste capítulo. Foram distorcidos os conceitos de *carcer ad poenam* e *carcer ad custodiam*. Desprezou-se que toda prisão decorre de algum juízo de culpa. Ignorou-se a essência da fundamentação constitucional da prisão em flagrante. Tudo isso, porém, tem aspectos primordialmente teóricos. Eles não mudam o fato de que o legislador ordinário pode optar por um sistema só com prisões primariamente cautelares, com juízo de culpa secundário. O legislador pode muito bem banir as prisões-pena até o trânsito em julgado. A única coisa que se demonstrou até agora foi que essa interpretação não decorre da Constituição.

Duas outras consequências, entretanto, têm efeitos práticos muito reais. As regras de fiança tiveram seu sentido invertido e passaram a prejudicar os crimes afiançáveis e a beneficiar os crimes inafiançáveis. A regra de interrupção da prescrição passou a beneficiar os réus condenados em primeira e em segunda instância e a prejudicar os réus condenados apenas em segunda instância.

4.8.1. Inversão do sentido constitucional de “crimes inafiançáveis”

O instituto da fiança no sistema processual penal foi atualizado pela Lei 12.403/11 (NUCCI, 2021, p.387). Entretanto, o art. 323 (Apêndice A) teve que continuar porque, este sim, apenas replicava o texto constitucional (inciso XLIII art. 5º CF). Isso quer dizer que, como efeito direto da reinterpretação constitucional promovida pela tese da exclusividade cautelar estrita, os crimes inafiançáveis passaram a ser tratados de forma idêntica aos crimes afiançáveis. Só podem conduzir à prisão quando aplicada uma das hipóteses de prisão preventiva. Mas, e não tem como ressaltar isto o suficiente, os crimes afiançáveis requerem o pagamento de fiança para a concessão da liberdade provisória. Os crimes inafiançáveis, não.

Ilustra-se com um exemplo: Prende-se alguém em flagrante. Realiza-se a audiência de custódia no prazo de 24h. Defere-se o pedido de liberdade provisória. Se o crime praticado for afiançável, é exigido o pagamento da fiança. Se for inafiançável, nada se altera, exceto que não se exige do réu que pague fiança alguma. O instituto da fiança passou a ser interpretado

ao avesso. Onde se lia: não pode ser libertado nem com fiança. Agora se lê: tem que ser libertado e a fiança está proibida. Em qualquer caso, só é possível manter preso por meio de fundamentação em hipótese preventiva.

A quais crimes isso é aplicado dessa forma? Aos crimes mais graves do ordenamento jurídico: racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e hediondos, grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

O pior de tudo é a resposta que a doutrina dá a isso:

Note-se, no entanto, não ser culpa do legislador ordinário. A demagogia foi realizada em 1988, quando da feitura da Constituição Federal, impedindo-se fiança para os delitos considerados graves, mas não vedando a liberdade provisória, sem a fixação de fiança. Está feito o mal. Resta remediar. (NUCCI, 2021. 388)

A reescrita da história chegou a esse ponto. A história se adequa ao dogma. A culpa não é do legislador ordinário. Não é da doutrina. Não é do judiciário. A culpa é do constituinte originário demagogo, que teria escrito a Constituição de forma a vedar a fiança a alguns crimes, mas não a liberdade provisória.

Retoma-se Alberto Silva Franco, falando sobre a interpretação do inciso XLIII, em 1994:

O dispositivo traduz-se numa restrição, no plano constitucional, a um direito fundamental consagrado no inciso LXVI [...], o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança. É óbvio que o legislador constituinte, na regra restritiva, criou uma limitação ao direito de liberdade do cidadão que o legislador ordinário não poderia furtar-se de confirmar (FRANCO, 1994, p.77).

O duplipensar doutrinário chegou ao ponto de chamar a arma do crime de prova da inocência. A exata regra constitucional que veda a liberdade provisória para alguns crimes passou a ser utilizada para provar que, nesses mesmos crimes, não existe a possibilidade de prisão *ex lege* e nem de fiança.

Os pensadores da tese da exclusividade cautelar, levando-a às últimas consequências, chegaram a uma encruzilhada. Diante deles estava uma prova irretorquível de que uma das duas não fazia sentido: a teoria ou a Constituição. Decidiram abolir o sentido da Constituição. Preferiram concluir que a definição constitucional dos crimes inafiançáveis é uma prerrogativa, um privilégio, um benefício, uma garantia, um direito. Os perpetradores dos crimes mais graves da ordem jurídica passaram a ter um direito a mais.

4.8.2. Interrupção da prescrição da condenação em 2º grau

Muitas camadas de gravidade abaixo da distorção citada acima, está o fato de que a regra de interrupção da prescrição, no curso do processo penal, é vinculada apenas à primeira condenação. Quando foi abolida a execução provisória, como resultado da ascensão da tese da exclusividade cautelar estrita, isso gerou um efeito rebote. Os condenados que haviam sido condenados em primeiro grau, não têm a prescrição interrompida na confirmação da condenação pelo tribunal. Já os condenados que haviam sido inocentados em primeiro grau, têm a prescrição interrompida na condenação em segundo grau.

É a essa inversão de sentido que faz referência o Min. Luis Roberto Barroso no julgamento das ADC 43, 44 e 54. Ele extrai a confissão do Min. Celso de Mello de que existe essa distorção (BRASIL, 2019, p.420 e segs.). Ao que o Min. Celso de Mello apenas respondeu:

[...] insisto no fato de que a exigência de trânsito em julgado da condenação criminal, que atua como limite inultrapassável à subsistência da presunção de inocência, não traduz singularidade do constitucionalismo brasileiro, pois foi também adotada pelas vigentes Constituições democráticas da República Italiana de 1947 e da República Portuguesa de 1976.

Esse é justamente o problema. Grande parte dos doutrinadores e magistrados brasileiros parece ter sonhado que vigia no Brasil o sistema processual italiano e não o brasileiro. O sistema italiano foi pensado e as devidas precauções foram tomadas. O vínculo não é ao trânsito em julgado, mas à irrecorribilidade. O código de processo penal deles tem todo tipo de regras de segurança que garantem que a execução possa ser feita imediatamente após findo o prazo recursal, ainda em primeira instância. O ministério público tem competência para provocar o início da execução da pena, antes mesmo que o tribunal encaminhe a preclusão dos prazos.

No Brasil, retalharam o sistema a partir da doutrina e da jurisprudência. Não tiveram nenhum cuidado com as consequências que isso teria na prática do processo penal. Fizeram-no sem passar adequadamente pelo legislativo. Mesmo quando eventualmente passou, fizeram-no aos trancos e barrancos e por meio de antinomias propositais. Reformaram o sistema por parasitismo. Usaram e abusaram de cavalos de troia argumentativos. O objetivo era abolir a prisão-pena a qualquer custo. Nunca foi conferir harmonia ao sistema ou garantir

a segurança pública. Simplesmente desconsideraram as normas constitucionais que eram inconvenientes à sua visão. Acabaram provocando todo o tipo de efeitos colaterais.

4.9. Processo penal: perspectivas interna e externa

Como se viu, a tese da exclusividade cautelar estrita parte do pressuposto de que as prisões cautelares se harmonizam com o inciso LVII porque têm como essência a comprovação da necessidade da prisão em razões outras que a culpa do réu. Tudo bem, até aí é verdade. Mas para que esse modelo fosse condizente com o banimento de todo tratamento do réu como culpado, seria indispensável que se banissem também os juízos parciais de culpabilidade. O que inclui os indícios de autoria e a prova de materialidade.

Um sistema assim seria completamente odioso. Implicaria que o Estado poderia decretar a prisão de alguém apenas com base em razões cautelares, sem qualquer evidência concreta da existência do crime ou de culpa do acusado. A evidência é concreta, mas o juízo é de culpa. É inevitável concluir que, hoje, no Brasil, trata-se o réu como culpado, antes do trânsito em julgado, sempre que se decreta uma prisão preventiva com fundamentação idônea. Logo, a interpretação literal do inciso LVII não prevalece.

Levada ao extremo a aplicação do inciso LVII exigiria que se readequasse todo o processo penal. Seria proibido que os juízes e promotores expressassem condenação do réu, de forma oral ou escrita, mesmo depois de conhecedores de todos os fatos do processo e convictos da culpa. O que a posição hoje hegemônica desconsidera por completo, é a diferença entre duas perspectivas em relação ao processo: a interna e a externa.

Esta tese demonstrou muito bem como os sentidos se perdem nas sínteses e traduções. É natural que haja silêncios e ruídos na transmissão dos conteúdos de um contexto para o outro. Isso ocorre quando se extraem informações de um processo. Quando o jornalismo busca noticiá-lo. Quando a doutrina busca interpretá-lo. Até mesmo quando um outro juízo busca conhecê-lo para aplicar o direito em casos análogos. Às vezes contra os mesmos réus. Inclusive porque grande parte das informações podem ser sigilosas.

Há uma diferença substancial entre a perspectiva interna de quem assume responsabilidade pelo processo. O promotor e o juiz vivem o processo. Preservar essa proximidade e essa identidade é uma das finalidades principais do princípio do juiz natural. Quando um outro juiz busca saber sobre os andamentos do processo, sem tê-lo acompanhado

desde o começo e sem ter acesso aos contornos do caso, é natural que ele obtenha uma visão consideravelmente distorcida. O mesmo vale para o jornalista. O doutrinador. O público em geral.

A perspectiva externa ao processo é sempre significativamente deteriorada em relação à perspectiva interna do processo. Um dos sentidos inerentes à interpretação original do inciso LVII é esse. Vedava-se as externalidades do tratamento do réu como culpado para livrá-lo da visão distorcida inerente à perspectiva interna do processo. O uso de uma informação restrita da condenação como fundamento para a formação de juízo de culpa ou de juízo cautelar em outros processos. O uso de uma informação distorcida pela imprensa para noticiar um fato e voltar a opinião pública contra o réu. A informação obtida da perspectiva externa vem sempre em retalhos e amplia desproporcionalmente a punição do réu.

A culpa é substancialmente comprovada apenas da perspectiva interna do processo. O juiz ou o júri formam convicção sobre os fatos analisando-os o mais detalhadamente possível. A condenação se funda no convencimento da culpa com base nas minúcias fáticas do caso concreto. O júri só dá seu veredito depois de percorrido todo o rito do tribunal. O juiz e os jurados presenciam o processo. Vivem-no. Experimentam-no por inteiro.

A imprensa e outros processos não são capazes de avaliar o caso concreto na minúcia que se fez da perspectiva interna do processo. A condenação tem circunstâncias, ressalvas, atenuantes, todas as quais se perdem facilmente. A condenação pode ser revertida parcial ou totalmente, apesar da culpa comprovada. Daí a proteção contra o tratamento externo como se culpado fosse. Tanto para fins de outros processos quanto para fins do dano social.

E o dano social é cada vez mais relevante no contexto atual. É cada vez maior o impacto dos linchamentos coletivos em redes sociais. E ainda que não fosse, não se trata de uma alternativa mutuamente excludente. O dano do lançamento do nome do réu no rol dos culpados e o dano do tratamento do réu como culpado pela imprensa é sempre adicional aos danos decorrentes de decisões internas do processo. Eles se somariam às eventuais prisões decorrentes de condenação.

Caso se considere a norma contida no inciso LVII como um princípio, a ponderação nos dois casos é distinta. No caso da vedação ao lançamento do nome do réu no rol dos culpados, não existe uma proteção substancial a nenhum outro princípio. No caso da imposição da pena privativa de liberdade, há. Além do mais, esse é um caso em que se comparam maçãs com bananas. Não existe uma identidade de natureza entre a externalidade do tratamento do réu como culpado e a perda da liberdade.

Conclui-se: É possível interpretar que o inciso LVII veda o tratamento do réu como culpado antes do trânsito em julgado sem que vede a prisão? A resposta é que, sim. Não somente é possível, como era a regra jurisprudencial do STF.

4.10. Incompatibilidade do sistema com a tese da exclusividade cautelar estrita

Ao longo do estudo jurisprudencial, percebeu-se como o processo penal mudou com a ascensão da tese da exclusividade cautelar estrita. Isso foi particularmente perceptível por volta do estudo do caso do HC 93972 (2008), relatado pela Min. Ellen Gracie (ponto 1.8.2.6 supra). Naquele ponto, as instâncias ordinárias já tinham se adequado aos novos entendimentos das turmas do STF. O processo penal já estava marcado por uma nova dinâmica, por uma nova linguagem.

Antes, o processo parecia ir direto ao objetivo principal: produção de provas e formação de juízo sobre a culpa dos réus. A partir da ascensão da tese da exclusividade cautelar estrita, isso claramente mudou. A prioridade enfatizada em todos os atos processuais passou a ser a demonstração da existência de razão cautelar para aprisionar o réu. É claro que a tese trabalhou exclusivamente com os casos em que as instâncias ordinárias decretaram a prisão do réu. Trabalhou-se apenas com *habeas corpus* que chegaram ao STF. Ainda assim, a ilustração é importante.

Toda escolha de prioridade é, em alguma medida, mutuamente excludente. A prioridade escolhida dá o tom à dança dos processos institucionalizados. Distribuem-se, conforme a prioridade: atenção, tempo, esforços, treinamentos, pessoas, linguagem e muitos outros fatores. A impressão que se teve, a partir da pesquisa, é que todos esses fatores, no sistema processual penal, foram deslocados da prioridade anterior – comprovação da culpa do réu –, para a nova prioridade – fundamentação cautelar.

Essa hipótese faz sentido, considerando que o sistema processual penal visa a promover a segurança pública, ainda que salvaguardando as garantias individuais. É natural que o sistema se ajuste de forma a manter-se capaz de promover a segurança pública com as ferramentas que estão disponíveis. Sob a tese da exclusividade cautelar estrita, a ferramenta que restou, até o trânsito em julgado, foi a prisão preventiva. Todo o sistema parece ter se adequado, voltando-se para a prisão preventiva. Esse é o ponto do Min. Luis Roberto Barroso.

As estatísticas referenciadas pelos ministros nos autos da ADC 43, 44 e 54 são evidência disso.

A questão que se coloca aqui, mais como uma provocação, é a seguinte: o sistema processual penal é compatível com essa virada cautelar? Não se pretende responder a essa pergunta. Ressaltam-se apenas alguns pontos que deram azo à pergunta. Os procedimentos de inquérito não parecem adequados à produção do tipo de prova que a fundamentação cautelar em concreto requer. Os métodos de investigação, amadurecidos ao longo da história, parecem ter sido desenvolvidos para responderem às perguntas sobre autoria e materialidade.

O processo penal como um todo, partindo do inquérito, passando pelo ministério público e chegando ao juiz ou ao tribunal do júri, parece ter sido pensado com o objetivo primário de formar um juízo sobre a culpabilidade do réu. Qual o impacto de uma mudança tão profunda na orientação do sistema quanto a tese da exclusividade cautelar estrita? Essa pergunta é o alvo de muitos trabalhos de especialistas na área. Como se disse na introdução, esta tese não se voltou para o problema das prisões cautelares em si. Espera-se ter contribuído de alguma forma para o debate.

4.11. Concessão parcial à tese da exclusividade cautelar estrita

A tese da exclusividade cautelar estrita faz sentido, desde que restrita à prisão preventiva. A tese dá segurança ao indivíduo enquanto a culpa não foi ainda comprovada e o juízo de culpabilidade ainda não foi respaldado em decisão de mérito. Antes da decisão condenatória, faz sentido exigir fundamentação em fato concreto superveniente, pois ainda não há evidências fortes o suficiente da culpa pelo crime. Há apenas indícios. Indícios suficientes apenas para fundamentar um juízo subliminar, *fumus boni iuris*.

Não se está dizendo que essa interpretação é constitucionalmente imperativa, apenas que faz sentido enquanto política legislativa penal. Sob a Constituição, o legislador ordinário poderia, como fez no passado, estabelecer hipóteses de prisão preventiva automática para os crimes gravíssimos (hediondos). Existe aí um sopesamento entre grau de certeza probatório e necessidade cautelar da medida. O legislador tem autonomia para dosar o meio termo.

O que certamente não faz sentido, a ponto de ser uma injustiça crassa, é a vedação absoluta de qualquer prisão *ex lege*. Não importa qual o momento arbitrário definido: trânsito em julgado, decisão do STJ, decisão em segunda instância. É absurdo um sistema que retira

por completo a competência do legislador para definir, em abstrato, as hipóteses mais graves que requerem prisão imediata, após condenação.

No sistema atual, em que isso foi retirado do legislador, são inúmeras as situações em que fica um hiato por falta de fato superveniente que justifique a prisão cautelar. Na prática, encontraram-se formas de suprir essa deficiência teórica. É o caso da regra jurisprudencial que permitia decretar a prisão preventiva em casos de reincidência. Esse tipo de uso jurisprudencial leva a outro tipo de abuso muito menos visível e muito mais difícil de controlar. Abusa-se, por exemplo, da hipótese da ordem pública. Mas como não é um problema do direito legislado, não se tem como deliberar politicamente a respeito.

A hegemonia da tese da exclusividade cautelar potencializou a banalização do uso indevido das prisões preventivas. Esse é o paraíso dos advogados criminais. Os réus passam a sempre depender do advogado para argumentar com base nas nuances fáticas das fundamentações cautelares concretas. Quanto maior a subjetividade da norma aplicável, mais depende da leitura do juiz. Isso torna o sistema ideal para os criminalistas que têm trânsito liberado nos tribunais, portas abertas nos gabinetes e acesso privilegiado aos magistrados. O sistema da exclusividade cautelar é a garantia de fortuna dos grandes advogados. Hipóteses legais automáticas não lhes renderia tanto, por carecerem de abertura textual para o casuísmo e para a arbitrariedade.

Se a teoria da exclusividade cautelar estrita fosse aplicada fielmente, não haveria exceções razoáveis como as hipóteses de reincidência do réu. Não haveria a opção de banalizar o conceito nos casos de maior repercussão. Não seria possível utilizar o sistema para controle judicial da segurança pública. O judiciário tomou o lugar da política criminal, passou a facilitar ou a dificultar as prisões cautelares na medida do termômetro social.

Levada e ferro e fogo a tese da exclusividade cautelar estrita, um caso de crime gravíssimo cujo perpetrador não desse razão cautelar concreta e superveniente, não poderia resultar idoneamente em prisão. Esse é o ponto que o Min. Gilmar Mendes ressaltou quando mudou de posição pela segunda vez, em 2016. Tome-se como exemplo o cometimento de um crime bárbaro com requintes de crueldade. Quem comete um crime assim pode ser, por si só, uma ameaça muito maior à ordem pública do que qualquer coisa que se costuma ver em termos de fundamentação de preventiva concreta. Mas a gravidade e as circunstâncias do delito pelo qual o acusado é processado nunca bastariam como fundamento idôneo para a prisão. Não sem que houvesse algum elemento novo e contemporâneo.

Um sistema assim é uma monstruosidade em termos de justiça. Ainda mais se for imutável. É um sistema descolado da realidade e apegado à ideia fixa de uma ficção jurídica.

É um sistema que brinca com vidas. É um sistema que banuiu a população de opinar sobre sua própria segurança. Sobre seus próprios valores. Sobre seu próprio futuro. Quem o decide são os juristas, em seu nome.

4.12. Dogma e tabu

Os ministros deram fortes indícios de que houve uma forte rejeição social posterior à superação do precedente, em 2009. A justificativa dada pelo Min. Gilmar Mendes para mudar de entendimento, em 2015 (supra), é evidência disso. Não cabe a esta pesquisa essa investigação das reivindicações populares, como por exemplo os cartazes nas ruas nas manifestações de 2013. Deixam-se os sinais encontrados na superfície do estudo jurisprudencial como referência para pesquisas futuras.

De qualquer forma, esses sinais se coadunam com a percepção de uma dissonância entre o sentido comum das palavras e o sentido transformado pela teoria da exclusividade cautelar estrita. Dissonância entre senso comum e direito. É uma evidência de que existe uma reação popular à tentativa de imposição dos sentidos da tese da exclusividade cautelar estrita.

É essa reação que os teóricos da tese da exclusividade cautelar hoje combatem. Como se viu no Capítulo III, há muitos exemplos da forma como a doutrina lidou com a reação popular, nos artigos escritos sobre a decisão das ADC 43, 44 e 54 e, principalmente, nos escritos sobre o Pacote Anticrime.

SANTOS e NASCIMENTO (2021) criticaram a “incessante busca por justiça” do povo e de seus representantes, que teria sido reacendida pela eleição do Presidente Jair Bolsonaro. Esse anseio por justiça ocultaria um punitivismo que faria das mudanças mais desejadas pela população, no Pacote Anticrime, incompatíveis com os princípios que regem o processo penal brasileiro. O direito não deveria ceder a essas “ideias que partem do ‘homem médio’ e que fazem da vontade das massas uma necessidade proeminente”.

ABBOUD (2019) interpretou que, no julgamento das ADC 43, 44 e 54, o STF teria privilegiado ao mesmo tempo o texto constitucional e o art. 283. Com isso, apesar de submetido a “pressões de toda ordem”, o STF teria bravamente conseguido resistir aos “anônimos anseios do **populacho** momentaneamente organizado em torno de um projeto **punitivista** e inconstitucional” (grifos).

MARLAN (2019), refletindo sobre as origens da ignorância popular, concluiu que “talvez as pessoas comuns da sociedade não entendam o porquê da discussão, seja por alienação cultural ou por ideologias políticas, e defendem pontos de vista equivocados diante da natureza puramente jurídica do assunto”.

PEREIRA e FELIX chamaram a tese de que a soberania dos veredictos do júri prevaleceria sobre o princípio da presunção de inocência de “blasfêmia democrática”

Esse é o atual contexto do debate jurídico brasileiro sobre o tema da execução das decisões condenatórias recorríveis. A tese da exclusividade cautelar estrita se tornou tão hegemônica, que o discurso jurídico se tornou averso a qualquer tentativa de questionamento ou de mudança. As conclusões da tese se tornaram intocáveis. Isso se reflete, em especial, na interpretação constitucional do inciso LVII. O estado de inocência se tornou um dogma. A prisão-pena antes do trânsito em julgado, um tabu. Quando os fatos discordam da teoria, a verdade é quem cede.

4.13. Lobo em pele de cordeiro

Apesar de toda essa truculência retórica para manter a hegemonia da tese da exclusividade cautelar estrita, quando o contexto requeria moderação, seus adeptos sempre souberam usar dela para conquistar seus objetivos. A ascensão da teoria só foi conquistada porque seus defensores souberam lutar uma batalha por vez. Como a Alemanha tomando os Sudetos por meio do Acordo de Munique, a cada nova conquista, a promessa implícita, e às vezes até explícita, era a de que pararia ali. Ponderados como Neville Chamberlain, os defensores do precedente originário foram cedendo.

Simpatiza-se com os defensores do precedente originário. Encabeçando o debate estavam algumas das mentes mais lúcidas e honestas da história do direito brasileiro. Luiz Flávio Gomes, Sepúlveda Pertence e Eros Grau são alguns dos muitos exemplos que se mantiveram sinceros, abertos e coerentes ao longo de todo o debate. Isso não os impediu de servirem como pele de cordeiro para os lobos que se apropriaram da condução da tese da exclusividade cautelar estrita.

Em 1994, GOMES (1994, p. 34) enquadrou o debate da seguinte forma. Após a promulgação da Constituição, sob a luz do inciso LVII, houve até quem sustentasse “a impossibilidade de qualquer prisão cautelar”, o que, para ele, seria um exagero. O Min.

Sepúlveda Pertence levou esse argumento ao julgamento do HC 72366 (1995). Desde a origem, ficou a impressão de que a tese da exclusividade cautelar estrita seria uma alternativa ponderada. Um meio termo. O extremo seria a impossibilidade de qualquer prisão.

Esse mesmo enquadramento é a causa de grande parte da confusão ao longo de todo o debate. É por causa dele, em parte, que tantos autores respondem enfaticamente que é um erro dizer que não se pode prender. Ainda é possível prender preventivamente. O problema é que até os próprios defensores da tese se perdem nessa confusão. Veja-se este exemplo:

A falácia de que não se pode aguardar o julgamento de recursos às instâncias superiores para punir, sequer pode ser considerada. Existe previsão para prender aquele réu que, por razões legais concretas, deva ser mantido recolhido durante o desenrolar do processo, conforme artigo 312 do Código de Processo Penal. (COELHO, 2019) (grifos)

Pode ter sido um deslize, claro. Mas é um deslize eloquente. Ao tentar dizer que não é preciso esperar pelo trânsito em julgado para prender, o autor acabou falando “punir”. Segundo a tese hoje hegemônica, esse é um erro grave. É inconcebível punir sem definitividade absoluta segundo o dogma vigente. Não se trata de uma picuinha, ministros do STF já se perderam nessa mesma confusão de palavras.

As conquistas da tese da exclusividade cautelar estrita foram todas assim. Primeiro conseguiram fazer com que todos concordassem com a aplicação de uma exclusividade cautelar ampla, branda. O art. 594, que tinha a prisão como regra, passou a requerer fundamentação cautelar, ainda que abstrata. Fazia sentido. Depois, passou-se a exigir que essa fundamentação cautelar fosse concreta, não bastava mais invocar elementos genéricos. Tudo bem. A partir de um certo momento, pararam de bastar elementos concretos envolvendo o crime em si, passaram a ser indispensáveis fatos novos e contemporâneos. Salvo esses casos, a fundamentação deixava de ser idônea.

A resistência veio, mas tarde demais e falando a língua da cautelaridade. Quando os adeptos do precedente original pararam para perceber, era cautelar só aquilo que fosse fundamentado pelo judiciário, em concreto e dotado de contemporaneidade. Foram extintas todas as formas de prisão *ex lege* antes do trânsito em julgado, fossem elas chamadas de cautelares, processuais ou provisórias. Não importava mais. Já era tarde demais para trazer a prisão-pena de volta. Olhando em retrospectiva, quando se concedeu o fim da prisão-pena, o sistema cautelar ainda concebia a prisão *ex lege*. A fundamentação cautelar abstrata ainda era, de fato, uma alternativa viável. Concluída a ascensão da tese da exclusividade cautelar estrita,

deixou de ser. Essa é a causa de grande parte da confusão da história jurisprudencial sobre a questão.

O mesmo ocorreu com a própria discricionariedade do legislador. Originalmente, a tese da cautelaridade estrita buscava alterar por meio de lei ordinária o sistema, conformando-o à sua visão. Fizeram com que a LEP prevalecesse por interpretação sistemática sobre o CPP. Depois que isso ocorreu, alteraram o CPP e deram ao art. 283 uma redação que restringia *ipsis literis* o conteúdo do inciso LXI. Depois que o STF validou essa interpretação, os adeptos da tese, agora hegemônica, passaram a defender que nem por PEC se poderia alterar mais a questão.

Não se gostaria de generalizar a crítica. Acredita-se que uma maioria avassaladora dos adeptos da tese da exclusividade cautelar estrita o sejam por convicção e com a melhor das intenções. Acredita-se que tenham agido honestamente por todas as décadas de batalha doutrinária, jurisprudencial e legislativa.

Deixa-se a ressalva expressa no exemplo de Luiz Flávio Gomes, que redigiu um artigo em 2018 defendendo a possibilidade de alterar o inciso LVII por PEC: “O mundo todo prende após decisão de 2º grau, daí a pertinência de se ajustar nossa Constituição, sem violar a cláusula pétrea da coisa julgada. Uma cláusula pétrea jamais pode ser extinta, mas pode ser modulada” (GOMES, 2018). O autor preservou a coerência de seu pensamento até o final. Registra-se também o exemplo de Eros Grau, que em 2019 anunciou que havia mudado sua posição (GRAU, 2019). Nesse artigo ele contextualiza a ideia da PEC sugerida pelo Min. Cezar Peluso, à época da decisão de 2009.

Com a mesma sinceridade pareceram atuar grande parte dos autores e ministros que foram criticados ao longo desta tese. A questão é que se erra, especialmente quando se acredita estar protegendo um ideal nobre ameaçado pelo retrocesso, pela ignorância e pela tirania. Compadece-se da posição. Esta tese é uma crítica aos erros, à obscuridade e à eventual falta de sinceridade – muitas vezes inconsciente.

4.14. Presunção de inocência e *carcer ad custodiam*

Por todo o exposto, conclui-se que os conceitos de *carcer ad poenam* e *carcer ad custodiam* foram apropriados por uma teoria constitucional distorcida. Nem o *carcer ad poenam* contém somente elementos punitivos, nem o *carcer ad custodiam* contém somente

elementos preventivos. O que define cada um desses conceitos é sua primazia. É sua finalidade principal.

Indo mais a fundo nos conceitos, todo *carcer ad poenam* acaba por ter algum aspecto preventivo. Isso é inerente à própria perda da liberdade. O réu sempre deixa de oferecer algum risco ao mundo. Mesmo no caso da mais justa das prisões e do mais inofensivo dos réus. O risco futuro é indeterminado.

O mesmo não ocorre com o *carcer ad custodiam*. Seria possível, em teoria, uma prisão exclusivamente cautelar. Ela foi possível na prática, durante grande parte da história do direito penal. Toda prisão arbitrária é *carcer ad custodiam* puro. Quando falta comprovação da culpa, a única razão da prisão é a vontade do juiz. A vontade do governante. A vontade do Estado. A vontade da coletividade.

A presunção de inocência nasceu para combater esse tipo de prisão. A essência da presunção de inocência é o banimento de qualquer forma de *carcer ad custodiam* puro. O mais cruel dos regimes processuais penais é aquele que justifica as prisões com base na necessidade e ignora a culpa. A prisão de alguém sem prova de culpa é a definição exata de presunção de culpa. A prisão de alguém sem nem precisar alegar a culpa é algo que ficou esquecido na história dos regimes tirânicos e as gerações atuais ficaram mal-acostumadas demais para lembrar. Chamar prisão decorrente de condenação em segunda instância de presunção de culpa é mais do que ignorância, é ingratidão. O tipo de ingratidão arrogante que manipula as palavras, como se seu significado original não importasse. Que banaliza o perigo que as palavras encerram e que acaba trazendo de volta os males enterrados no passado.

A epifania da presunção de inocência na história das civilizações exsurgiu da angústia de milênios sem saber o porquê da própria punição. É isso que hoje sente cada preso brasileiro quando pergunta ao seu advogado a razão da sua prisão e ele responde: “o juiz fundamentou na ordem pública”³². No Brasil, não se prende por culpa provada. Prende-se por ordem pública. Prende-se por necessidade. Por culpa? Só no trânsito em julgado. E pouco importa se o trânsito em julgado é real ou fictício. Se o trânsito em julgado chega ou não. Isso é problema para a realidade, não para a teoria.

É na realidade que a rotina de todos os criminalistas brasileiros foi tomada por prisões preventivas e *habeas corpus* fundamentados em prazo excessivo. Todas as partes do debate, sem exceção, reconhecem o problema da banalização do uso das prisões preventivas e do mau uso das hipóteses do art. 312, em especial da garantia da ordem pública. A diferença é que os

³² Referência inspirada no amigo, Vinícius Papa, advogado criminalista.

convertidos pelo dogma continuam demonizando o fantasma do punitivismo e alimentando o problema com a causa.

O maior perigo para o indivíduo são as cautelares. O modelo de ênfase cautelar faz do indivíduo instrumento de fins coletivos. Com requintes de subjetividade. A cautela é coletiva. A culpa é individual. Um sistema garantidor de direitos individuais deveria estar indo no sentido contrário. Deveria estar investindo toda sua atenção e todos os seus recursos no aperfeiçoamento das instituições para serem mais capazes de prender por culpa provada. Cada vez mais bem provada. O *carcer ad custodiam* vem de uma era em que pessoas fugiam e sumiam no mundo. A detenção do réu era indispensável para garantir sua posterior punição, em caso de condenação. Na era da informação, essa finalidade nuclear perdeu o sentido. Isso indica uma rota de extinção das prisões cautelares. O Brasil foi no caminho oposto.

A história que esta tese conta é a história de como as melhores intenções podem levar a atrocidades civilizatórias. É a história de como uma causa aparentemente boa e inofensiva – acabar com as prisões preventivas compulsórias – pode dar início a um efeito argumentativo em cadeia. Como a câmara de eco da doutrina brasileira potencializa isso. E como seu descolamento da realidade a cega.

O resultado final é que, hoje, chama-se de presunção de inocência o seu exato oposto. Não é à toa que, por ato falho revestido de erudição doutrinária, acabam por substituí-la pela expressão estado de inocência. Nisso fazem bem. Está na hora de parar de fingir que são sinônimos.

4.15. Caminhos abertos

A civilização brasileira tem, diante de si, uma escolha. Os caminhos disponíveis são:

(i) A tese da exclusividade cautelar estrita. Segundo a qual toda prisão antes do trânsito em julgado é cautelar e deve ser fundamentada em concreto. Nesse modelo, são vedadas prisões *ex lege*. Comporta maior ou menor rigor, conforme dosada a necessidade de fatos contemporâneos que justifiquem a prisão.

Hoje, este modelo é hegemônico. inclusive na alteração feita pela Lei 13.964/19. Sua base legal, conforme a decisão do STF nas ADC 43, 44 e 54, é o art. 283 do CPP. Segundo a *ratio decidendi* definida pelo voto de desempate do Min. Dias Toffoli. Isso pode ser alterado pelo legislador infraconstitucional.

A exceção pendente é a execução imediata das condenações do júri nos casos de condenação à pena superior a 15 anos. A compatibilidade dessa previsão com a Constituição será decidida RE 1.235.340, relatado pelo Min. Luis Roberto Barroso.

(ii) A tese da exclusividade cautelar ampla. Segundo a qual toda prisão antes do trânsito em julgado é cautelar, mas pode ser fundamentada em abstrato. Este modelo comporta prisões *ex lege*, desde que justificadas pela necessidade.

(iii) O sistema processual penal original. Segundo o qual é possível e desejável a prisão-pena. Todos os réus podem recorrer em liberdade de suas condenações, desde que não tenham sido condenados por crimes graves demais. A definição do que são crimes graves demais é feita pelo legislador, segundo a utilização de modelos de representação de realidade: crimes inafiançáveis, crimes hediondos ou condenações superiores a tantos anos.

Esse modelo comporta dosagens mais ou menos rigorosas. Pode-se definir a prisão-pena na primeira ou na segunda instância. O que importa, da perspectiva da presunção de inocência, é a comprovação da culpa do réu. A fundamentação exclusiva na necessidade é seu exato oposto.

O coração do problema, foi a tentativa reiterada de defender o *carcer ad poenam* por meio da sua cautelaridade. Por meio de seu aspecto secundário. Mesmo no auge da vitória de 2016, argumentando pela tese do tratamento progressivamente mais gravoso, os ministros buscaram apenas razões cautelares para a execução provisória. Não ousaram tocar no tabu que banuiu a prisão-pena antes do trânsito em julgado no Brasil. Faltou-lhes defender o retorno da prisão-pena.

É por isso que nunca se recuperaram do baque de 2009. Continuam persistindo em variantes da exclusividade cautelar ampla. Mas o CPP já não comporta mais resolver o problema dessa forma. Não desde que foram banidas também a prisões *ex lege*. Estão há 12 anos tentando derrotar a tese da exclusividade cautelar estrita do campo da cautelaridade. Estão tentando derrubar um dogma, mas receiam libertar-se dele.

Contou-se a história da ascensão da tese da exclusividade cautelar estrita. Contou-se a história da sua hegemonia. Demonstrou-se que ela é, hoje, a escolha processual penal vigente. E provou-se que, sob a Constituição de 1988, ela jamais poderá ser um imperativo constitucional. Isso quer dizer que a prisão-pena sempre foi compatível com a Constituição, ainda que, no momento, não seja compatível com o CPP. Para reinstituí-la, basta que o legislador ordinário reforme o CPP.

CONCLUSÃO

Essa tese partiu de uma história argumentativa. Em meio a ela, descobriu-se uma ideia fixa. Uma ideia fixa fragmentada e difundida. Uma ideia fixa fugidia e moldável. Uma ideia fixa importante, que mudou a história do processo penal brasileiro. Ousou-se chamá-la de tese da exclusividade cautelar estrita.

Contou-se sua história a partir do estudo da jurisprudência do STF. Apresentaram-se indícios de que essa ideia surgiu nas décadas que se seguiram ao Código de Processo Penal de 1941. Originou-se em uma resistência ancestral à prisão preventiva compulsória do art. 312. A tese ganhou adeptos entre as mentes mais nobres do processo penal brasileiro e vicejou nas décadas das reformas liberalizantes, de 1960 a 1980.

As reformas liberalizantes sofreram um retrocesso nos primeiros anos de democracia. Apesar disso, a tese da exclusividade cautelar estrita ascendeu na esteira da promulgação da LEP e da Constituição de 1988. A partir da redação do inciso LVII, a tese ganhou força na defesa de que qualquer forma de prisão-pena seria inconstitucional. A doutrina forneceu os argumentos para que essa tese fosse construída a partir da Constituição e dos conceitos de processo penal.

A primeira tentativa de superação do precedente foi encabeçada pelos Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, entre os anos de 1991 e 1995. No HC 72366 (1995), dividiram-se três trincheiras que definiram o debate da década de 1990: dissidência total, dissidência parcial e maioria. Defensores, respectivamente: (i) do fim de qualquer execução antes do trânsito em julgado (inciso LVII); (ii) da execução apenas de acórdãos condenatórios, ainda que recorríveis (art. 637); e (iii) da manutenção do precedente original, em respeito as regras originais do CPP (art. 393, I, 594, 597, 637 e 669).

Em meio à aparente derrota jurisprudencial de 1995, percebeu-se que a tese da exclusividade cautelar estrita tinha ganhado em outro campo: o campo do sentido das palavras. O próprio precedente originário já havia se adequado para responder às interpretações feitas com base na LEP e nos incisos LVII e LXI da Constituição. Foi mudando cada vez mais profundamente a forma de aplicar a regra de prisão para apelar do art. 594. Foi se transformando paulatinamente a forma de aplicar as prisões cautelares. Foi sendo impresso um rigor cada vez maior às exigências de fundamentação cautelar em fatos concretos, supervenientes e contemporâneos.

Apesar de derrotada, a tese da exclusividade cautelar estrita só ganhou força na jurisprudência do STF. Se tivesse sido superado o precedente em 1995, ter-se-ia firmado uma divisão clara entre a inconstitucionalidade do art. 594 e a constitucionalidade do art. 637. Ter-se-iam mantido as prisões decorrentes de acórdãos condenatórios recorríveis. Mas a história não é feita de conjecturas.

Os conceitos originais do processo penal foram sendo substituídos por novos conceitos. Novos sentidos foram sendo sobrepostos aos velhos. Restaram apenas aqueles compatíveis com a tese da exclusividade cautelar estrita. O marco legal deixou de ser o CPP e passou a ser a LEP. O ponto de referência da prisão deixou de ser a sentença condenatória e passou a ser o trânsito em julgado. A prisão decorrente de decisão condenatória passou a ser chamada de execução provisória. Todas as antigas modalidades de prisões provisórias passaram a ser cautelares.

Em meio aos argumentos, descobriu-se a real história da superação do precedente. Destrinchar o complexo período jurisprudencial anterior a 2009 foi a chave. A Rcl 2391 teve um papel central. Foi a partir dela que se afetou a matéria ao pleno, em 2003. Reabriu-se o debate. Retornou ao fronte o Min. Sepúlveda Pertence. Reabriram-se os esforços de superação do precedente original. Converteram-se alguns dos novos ministros. Foram marcados com clareza os anos em que se deu a superação do precedente no âmbito de cada turma. Em 2004, a primeira turma passou a decidir pela inconstitucionalidade da execução provisória antes do trânsito em julgado. Em 2006, a segunda turma fez o mesmo. Salvo um breve retrocesso da primeira turma, em 2007, a decisão do pleno de 2009 já estava prenunciada.

Desde 1995, o debate havia ficado represado pelo art. 594. Quando a represa rompeu, em 2009, superou-se sem ressalvas o precedente original. Declarou-se inconstitucional qualquer forma de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. O art. 637 caiu junto. A tese da exclusividade cautelar estrita passou a ser vinculante. O inciso LVII passou a ser interpretado literalmente, como se estivesse vedado o tratamento de qualquer pessoa como culpada antes do trânsito em julgado.

O legislativo, em geral, estava mais alinhado com a tese da exclusividade cautelar estrita do que o judiciário. A doutrina influenciou fortemente as reformas processuais penais. Isso já havia sido assim em reformas anteriores, como é o caso da LEP. Em 2008, as duas turmas do STF já decidiam pela inconstitucionalidade da execução provisória. Foi nesse contexto que a Lei 11.719/08 foi promulgada. Ela revogou o art. 594, mas manteve a vigência dos art. 393, I, 597, 637 e 669, I. Essa minúcia não fez a menor diferença. A decisão final do

STF foi tomada a partir da Constituição. As normas do CPP caíram em desuso. Passou-se a interpretar o processo penal a partir da LEP.

Em 2011, sob esse novo entendimento, o legislador promulgou a Lei 12.403. A reforma foi resultado dos trabalhos de uma comissão de grandes nomes do processo penal brasileiro. A comissão reuniu, no começo dos anos 2000, ainda no governo FHC, vários dos principais expoentes da tese da exclusividade cautelar estrita. Tramitaram no congresso propostas fragmentadas. A redação do art. 283 mudou – passou a espelhar a redação do inciso LXI, adicionando-lhe um elemento restritivo que confirmava a tese da exclusividade cautelar estrita. Revogou-se o art. 393, fazendo com que a ressalva do art. 597 perdesse o sentido. Nunca foram revogados os art. 637 e 669.

Sob a influência da doutrina, o legislativo promulgou normas propositalmente obscuras e antinômicas. Essas antinomias foram essenciais para as decisões de 2009 (LEP) e 2019 (art. 283).

A revogação do art. 594 e a superação do precedente original do STF revelaram um vácuo argumentativo que já estava lá há anos. O predomínio jurisprudencial das décadas anteriores havia deixado os defensores do precedente original mal-acostumados e descuidados. Ao longo dos anos 90, os adeptos do precedente original cederam de muitas formas. Cederam no modo de aplicação das prisões cautelares. Cederam quanto à prisão para apelar do art. 594. Cederam no entendimento de que as prisões decorrentes de condenações recorríveis tinham natureza processual. Depois concederam que tinha natureza cautelar. Quando perceberam, tinham se prendido a uma rede inescapável de premissas e conceitos que levava à conclusão necessária de que toda execução provisória é inconstitucional.

Sacrificaram a defesa da prisão-pena logo nos primeiros anos de Constituição, contando com a alternativa, então disponível, das prisões *ex lege*, fossem elas processuais ou cautelares. Não se importaram com a construção, na ponta das cautelares em sentido estrito (preventivas e temporárias), de uma base teórica que extinguiria todas as prisões *ex lege*. Trocaram um embate frontal contra a tese da exclusividade cautelar por um meio termo ponderado, a exclusividade cautelar ampla. Esse meio termo foi representado pelo Min. Celso de Mello de 1989 a 2006.

Os teóricos da exclusividade cautelar estrita não se contentaram só com isso. Continuaram transformando o sistema processual penal até que ele se tornasse incompatível com qualquer forma de exclusividade cautelar ampla. Nunca bastou banir a prisão-pena. Esse não era nem o objetivo original. O inimigo ancestral sempre foram as prisões cautelares *ex lege*. Toda forma de prisão cautelar *ex lege*.

É difícil recobrar o momento exato em que se entregou o ouro ao bandido. Esta tese aponta vários deles. Um deles foi a concessão de que a prisão-pena seria incompatível com a Constituição, trocando-a pela solução da fundamentação cautelar abstrata. Outro deles foi a concessão de que qualquer forma de prisão *ex lege* seria incompatível com a Constituição, sob a ilusão a fundamentação concreta continuaria incluindo elementos como a gravidade do delito. Agora, os últimos defensores da execução provisória se veem perdidos em meio a malabarismos argumentativos. Restou-lhes a carcomida linha argumentativa da tese da exclusividade cautelar ampla. Tentam recuperar fios de compatibilização da execução provisória com a natureza cautelar das prisões, em abstrato. Evitam, em suas fundamentações, mencionar qualquer conceito relacionado à prisão-pena. A repulsa à mera ideia de prisão-pena é o temor de um tabu.

O precedente original subestimou a tese da exclusividade cautelar estrita. Nunca se preocuparam muito com o debate sobre a prisão em segunda instância. Acreditavam que os argumentos, nesse ponto, eram sólidos demais. Sempre bastou como argumentação citar o art. 637 e a Lei 8.038/90 e mencionar a ausência de efeito suspensivo dos recursos para os tribunais superiores.

Quando caiu o precedente original no pleno, em 2009, seus defensores não tinham nem mais o domínio das palavras. Utilizaram a construção doutrinária da tese da exclusividade cautelar ampla durante anos. Quando perderam essa opção, não sabiam mais argumentar sem ela. O vácuo argumentativo deixou indefeso o sistema processual penal original do CPP.

O precedente chegou a ser parcialmente retomado entre 2016 e 2019. Durante esses três anos, o STF impôs a constitucionalidade da execução de acórdãos condenatórios recorríveis. Mas mesmo nesse julgamento, os ministros evitaram ao máximo tocar no tabu. Buscaram formas alternativas de fundamentarem a execução provisória evitando ao máximo parecer que defendiam a prisão-pena. Desenvolveram formas criativas de harmonizar o tratamento progressivamente mais gravoso ao princípio da presunção de inocência com a ideia de cautelaridade abstrata. Chegaram a dizer que o princípio teria essência probatória, mas não tiveram a coragem de dizer com todas as letras é cumprimento de pena mesmo.

O sopesamento de princípios feito pela maioria em 2016 ilustra muito bem esse ponto. Os ministros se contorcem para tentar demonstrar que existe razão cautelar na execução provisória. Buscaram os mais variados princípios: garantias individuais das vítimas, garantia da ordem pública, direito de defesa da sociedade, credibilidade da justiça e até mesmo a efetividade da função jurisdicional penal. Preferiram dar voltas argumentativas longuíssimas a

pegar o atalho direto e dizer: é prisão-pena, sim. E daí? A fuga a qualquer custo desse tabu revela o flagelar das almas, só de pensarem em cometer essa impiedade.

A sutileza mais genial dessa teia argumentativa de exclusividade cautelar é um blefe silencioso. Quase oculto. Como uma piada interna. Um blefe que se sente por um triz, mas não se ouve, nem se vê e nem se toca. Os defensores da execução provisória se sentem ameaçados com a excomunhão caso defendam a prisão-pena. Dão de barato a conclusão de que a prisão-pena está banida do sistema constitucional. Baixam a cabeça para as insinuações constantes de que só ignóbeis incultos ousam falar em prisão-pena sob a Constituição de 1988. Preservam uma peça aristocrática na qual todos sabem a regra do jogo. A regra do jogo é um silêncio. Quem a descumpre é ostracizado. Essa é a descrição de um tabu.

A única prova de que a prisão-pena está banida é a própria concessão feita por seus antecessores, nos primeiros anos de Constituição. Não existe razão constitucional que vede a prisão-pena. Existe a LEP. Existe o art. 283. A Constituição, não. A Constituição, livre das premissas arbitrárias que apuseram a ela, diz o exato oposto. O silêncio de seus protetores permitiu que ela fosse virada do avesso. Os defensores da execução provisória têm a chave da sua própria prisão, mas, cegos pelo dogma, não a veem.

Razões soterradas foram reveladas. Argumentos perdidos sob camadas de sentidos e de narrativas. A jurisprudência os esqueceu. Em alguns casos, os próprios ministros reescreveram seu próprio passado. Ementas serviram para acobertar *rationes decidendi*.

Em 2019, o STF decidiu que o art. 283 é constitucional. A decisão, tomada por 6 votos a 5, foi desempatada pelo Min. Dias Toffoli. Ele delimitou a *ratio decidendi* do acórdão: rejeitou a tese da constitucionalidade espelhada entre o inciso LVII e o art. 283. Firmou, como fundamento da decisão, a autonomia do legislador. Vinculou esse entendimento explicitamente à possibilidade de que o legislador reforme a previsão do art. 283 por lei ordinária. A mesma fórmula de entrada da regra no ordenamento, há de ser a fórmula de saída da regra do ordenamento.

Mas a ementa do acórdão foi redigida de forma ambígua, dando a entender que a decisão foi tomada com base na tese da constitucionalidade espelhada. Muitos a interpretaram assim. A arqueologia e o rastreamento de razões jurisprudenciais revelaram-se tarefas árduas e complexas.

A doutrina contribuiu para soterrar a história argumentativa. A doutrina sedimentou conceitos, interpretações e razões sobre os debates do passado. A cada geração de autores, a tese da exclusividade cautelar estrita se tornou mais rigorosa. A teoria dos primeiros anos da década de 90 comportava meios-terminos. A teoria de hoje não comporta mais. Passou a ser

tudo ou nada. Ou a Constituição veda todo e qualquer tratamento do réu como culpado, antes do trânsito em julgado, ou se trata de violação a cláusula pétrea.

O soterramento passou a ser utilizado como estratégia da doutrina na guerra contra o senso comum. Tornou-se instrumento de manipulação narrativa e de doutrinação do leigo. Sob a nova interpretação constitucional, não existe alternativa à tese da exclusividade cautelar estrita. A teoria hegemônica se apropriou do debate e silenciou o dissenso. A discordância virou blasfêmia democrática. A busca por justiça virou anseio punitivista. O povo virou um populacho alienado e ideologizado. A dogmática se converteu em dogmatismo. A doutrina se descolou da realidade, encastelada em uma câmara de eco.

A doutrina se revelou ainda mais difícil de escavar e de rastrear do que o judiciário. Foi por essa razão principal que este trabalho não se aprofundou nela. Foi-se à doutrina apenas na medida em que a jurisprudência do STF a desvelava. Dedicou-se o Capítulo III a um recorte representativo de um contexto específico. Foi o suficiente para as elocubrações tecidas aqui, mas insuficiente para conclusões mais abrangentes. Tocou-se apenas na ponta do iceberg.

Fica a provocação para que se aprofunde o estudo doutrinário. Seria excepcional que este trabalho fosse complementado por uma investigação profunda que permitisse encontrar o momento em que o fio da ponderação se perdeu na doutrina. Presume-se que ele possa ser encontrado em algum lugar entre os doutrinadores que influenciaram o Min. Sepúlveda Pertence, em 1995, e os doutrinadores que hoje interpretam a ADC 43, 44 e 54. Esta tese deixou todas as pistas que encontrou registradas, organizadas, catalogadas e mapeadas.

O legislativo, por suas próprias e inúmeras razões, boas ou más, aderiu, há muito tempo e em grande medida, à tese da exclusividade cautelar estrita. Isso não é um problema. Da perspectiva de uma história argumentativa, o legislativo confirmou com louvor sua vocação de poder reformador. O resultado das mudanças das leis é facilmente rastreável. As camadas de razões normativas do passado se acumulam organizadamente em faixas, delineando com clareza o passar geológico das eras legais. A arqueologia e o rastreamento das razões legislativas é, de longe, o mais fácil de ser feito.

Concluiu-se que faz sentido interpretar que o legislador fez uso de sua autonomia para reformar o sistema processual penal em direção à tese da exclusividade cautelar estrita. O uso proposital de obscuridades e antinomias é questionável, mas esse é outro debate. Há razões sólidas para concluir que o legislador ordinário optou por vedar a execução provisória da pena. A base dessa interpretação é, principalmente, a combinação da LEP com o art. 283. Essa mesma base argumentativa permite concluir que o legislador pode optar pelo contrário.

Como fez, inclusive, na Lei 13.964/19, ao determinar a execução imediata das condenações do tribunal do júri a penas de reclusão superiores a 15 anos.

Demonstrou-se que a tese da exclusividade cautelar estrita não tem embasamento constitucional. Revelou-se que a prisão-pena não está banida constitucionalmente. Pelo contrário. A declaração de inconstitucionalidade da prisão-pena contradiz várias normas constitucionais, entre as quais os incisos LXI, LXVI, e XLIII do art. 5º.

A ideia de uma fase executiva que só começa com o trânsito em julgado pode mesmo ser extraída da LEP. Mas isso põe a LEP em antinomia direta com as normas constitucionais que eternizam as ideias de liberdade provisória e de crimes inafiançáveis. Esta tese defende que o legislador ordinário pode restringir normas constitucionais, então tudo bem que se interprete que a LEP e o art. 283 constituem escolhas legislativas. Mas chamar isso de hermenêutica constitucional é sequestrar a Constituição.

A compatibilidade da tese da exclusividade cautelar estrita com a declaração de inconstitucionalidade da prisão-pena dependeria da redução unidimensional dos conceitos de *carcer ad poenam* e *carcer ad custodiam*. Entretanto, apesar de terem aspectos primários e secundários, esses conceitos não são unidimensionais. O menos garantista dos sistemas processuais seria aquele em que não se exige forma alguma de juízo de culpa como requisito das prisões cautelares.

No malabarismo hermenêutico promovido pela tese da exclusividade cautelar estrita, o conceito de presunção de inocência não só se perdeu de sua origem, ele foi virado do avesso. O único elemento comum a todos os tipos de prisão é o juízo de culpa, ainda que preliminar. Essa é a principal exigência do princípio da presunção de inocência. A teoria hegemônica no Brasil, hoje, transformou-o no oposto disso. Transformou-o em uma vedação ao juízo de culpa.

Da longa jornada de uma ideia fixa que se transformou em dogma, extrai-se um ensinamento principal. O direito é importante demais para ser confiado aos juristas.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA GERAL

ALEXY, Robert. As dimensões real e ideal do Direito. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et al* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 129-138, 2014a.

_____. Balancing, Constitutional review and representation. **International Journal of Constitutional Law**. Nova Iorque: Oxford University Press and New York School of Law, V. 3, p. 572-581, 2005a.

_____. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, 1 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes *et al* (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 3-36, 2014b.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hudson, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais** Trad. Virgílio Afonso da Silva, 5 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAÚJO, Newton. Grupo de trabalho exclui prisão em segunda instância do pacote anticrime **Agência Câmara de Notícias**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/562007-grupo-de-trabalho-exclui-prisao-em-segunda-instancia-do-pacote-anticrime/>>. Acesso em 18 jun. 2021. Publicado em: 09/07/2019.

ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Moderna, 1999.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 11.ed, São Paulo: Saraiva, 1933.

BATISTA, Weber Martins. O princípio constitucional de inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu. **RJDTACRIM**, n. 6, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Matheus Coutinho Figuiha. Rio de Janeiro: Vozes de Bolso, 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O retorno da execução provisória da pena**: os porretes de Eros Grau. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acesso em: 08 jun. 2021. Publicado em: 23 fev. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 mai. 2021. Ano referência: 1941.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 mai. 2021. Ano referência: 1940.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 mai. 2021. Ano referência: 1988.

_____. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 18 mai. 2021. Ano referência: 1984.

_____. **Lei Federal nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 18 mai. 2021. Ano referência: 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 19.676/MG**. Relator Min. José Arnaldo da Fonseca. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1130275&num_registro=200101877097&data=20040329&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 mai. 2021. Julgamento: 2 mar. 2004a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 313.021/SP**. Relator Min. Gurgel de Faria. Órgão Julgador: Presidente Min. Francisco Falcão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=43422493&tipo_documento=documento&num_registro=201403439093&data=20150202&formato=PDF>. Acesso em: 25 mai. 2021. Decisão liminar: 22 dez. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 41.980/PR**. Relator Min. Felix Fischer. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=591188&num_registro=200500272416&data=20051219&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 10 jun. 2021. Julgamento: 3 nov. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342&prcID=4986065>>. Acesso em: 18 mai. 2021. Julgamento: 07 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342&prcID=4986065>>. Acesso em: 18 mai. 2021. Julgamento: 07 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54**. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342&prcID=4986065>>. Acesso em: 18 mai. 2021. Julgamento: 07 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 964.246-RG/SP**. Relator Min. Teori Zavascki. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=12095503>>. Acesso em: 05 jun. 2021. Julgamento: 10 nov. 2016c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator Min. Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 18 mai. 2021. Julgamento: 05 mai. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.232/PE**. Relator Min. Eros Grau. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499428>>. Acesso em: 18 mai. 2021. Julgamento: 06 nov. 2007a.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.333/MG**. Relator Min. Eros Grau. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502980>>. Acesso em: 18 mai. 2021. Julgamento: 09 out. 2007b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Min. Teori Zavascki. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2021. Julgamento: 17 fev. 2016a.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 04 jun. 2021. Julgamento: 05 out. 2016b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 482.006/MG**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=500990>>. Acesso em: 18 mai. 2021. Julgamento: 7 nov. 2007c.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 25ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BAHIA, Alexandre; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; SILVA, Diogo e; PEDRON, Flávio. Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. **Empório do Direito**. Publicado em: 24 fev. 2016.

BARROS, Romeu Pires de Campos. O processo penal cautelar. **Revista de Processo**, vol. 2. Publicado em: abr./jun. 1976.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**: direito e vida social; aplicação do direito; direito e política. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DOSTOEVSKY, Fyodor. **The Brothers Karamazov**. Trad. Richard Pevear e Larissa Volokhonsky. Nova Iorque: Farrar, Straus e Giroux. Edição do Kindle.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 4, n. 2. Porto Alegre: 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional - 3ª Ed. Revista, ampliada e atualizada até a EC nº 67/ 2010 e em consonância com a Jurisprudência do STF. Edição do Kindle. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: notas sobre a Lei 8.072/90. 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GARCIA, Basileu, **Comentários ao Código de Processo Penal**, vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antonio M [et al.]. In: FERNANDES, Og. (Coord.). **Medidas cautelares no processo penal**: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade** (Conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Prisão após 2º grau: da anomia à anarquia**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67918/prisao-apos-2-grau-da-anomia-a-anarquia>>. Acesso em: 10 jul. 2021. Publicado em: jul. 2018.

GRAU, Eros Roberto. Ainda a prisão em segunda instância. **Estadão**. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,ainda-a-prisao-em-segunda-instancia,70003115348>>. Acesso em: 01 jun. 2021. Publicação: 06 dez. 2019.

_____. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, nº 16, maio-junho-julho-agosto, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini (2000) Anteprojetos de lei de reforma do código de processo penal: entregues ao Ministro da Justiça em 6 de dezembro de 2000.

GUSTIN, Miacy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; e NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.

JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Manual de processo penal**. 8ª edição rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LINS, Evandro. **O salão dos passos perdidos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MARQUES, José Frederico. O Processo Penal na Atualidade, em **Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica/Amagis, 1993.

_____. **Pareceres**. São Paulo: Aasp, 1993.

MEMORIAL DA DEMOCRACIA. **Nova lei penal salva o delegado Fleury: avanço na legislação é aprovado a tempo de livrar torturador da cadeia**. Disponível em <<http://memorialdademocracia.com.br/card/nova-lei-penal-salva-o-delegado-fleury>>. Acesso em: 15 jun. 2021. Publicado em: 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>>. Acesso em 5 jun. 2021. Publicado em: 17 fev. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2019.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

ORWELL, George. **Nineteen Eighty-Four**. Pandora's Box. Edição do Kindle.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

POST, R.; SIEGEL, R. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>. Acesso em: 16 jun. 2021. Publicado em: 4 jun. 2007.

QUIRINO, Tainara. **Presunção de Inocência no Supremo Tribunal Federal: Mudanças de paradigmas**. Edição do Kindle. Andradina: Meraki, 2019.

RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O Princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional**. Natal: Motres, 2019.

ROCHA, Ricardo de Lima. **Direito de Apelar em Liberdade: regra ou exceção?** Monografia em Curso de Especialização em Processo Penal. Universidade Federal do Ceará / Escola Superior do Ministério Público: Fortaleza, 2003.

SCHREIBER, Simone. Presunção de Inocência. In TORRES, Ricardo Lobo et al. (org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v.91, n.798, p. 23-50. São Paulo: abr. 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade e a Problemática do Erro Jurídico-Penal. **Revista dos Tribunais**. Volume 517. Ano 67. Publicado em: nov. 1978.

TORNAGHI, Helio, Instituições de Processo Penal, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro: atualizado com a lei da prisão: Lei 12.403/2011**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Edição do Kindle. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 33, ano 9, págs. 241-252, janeiro-março de 2001.

WUNDERLICH, Alexandre. Muito Além do *Bem* e do *Mal*: Considerações sobre a Execução Penal Antecipada. In: CARVALHO, Salô. **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Pesquisa de Jurisprudência – Capítulo I

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**: “CF-1988 ART-5 INC-57”. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&legislacoes=CF-1988:1988:art:5:inc:57:let::par:&page=22&pageSize=25&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência:** “CPP-1941 ART-594”. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&legislacoes=CPP-1941:1941:art:594:inc::let::par:&page=1&pageSize=250&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência:** “CPP-1941 ART-637”. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&legislacoes=CPP-1941:1941:art:637:inc::let::par:&page=1&pageSize=250&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência:** “CPP-1941 ART-393 INC-1”. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&legislacoes=CPP-1941:1941:art:393:inc:1:let::par:&page=1&pageSize=250&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência:** “CPP-1941 ART-393 INC-2”. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&legislacoes=CPP-1941:1941:art:393:inc:2:let::par:&page=1&pageSize=250&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência:** “CPP-1941 ART-408 PAR-1”. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&legislacoes=CPP-1941:1941:art:408:inc::let::par:1&page=1&pageSize=250&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência:** “CPP-1941 ART-597”. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&legislacoes=CPP-1941:1941:art:597:inc::let::par:&page=1&pageSize=250&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência:** “CPP-1941 ART-669”. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&legislacoes=CPP-1941:1941:art:669:inc::let::par:&page=1&pageSize=250&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência:** “LEP-1984 ART-105”. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&legislacoes=LEP-1984:1984:art:105:inc::let::par:&page=1&pageSize=100&sort=date&sortBy=asc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência:** “LEP-1984 ART-107”. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&legislacoes=LEP-1984:1984:art:107:inc::let::par:&page=1&pageSize=100&sort=date&sortBy=asc&isAdvanced=true. Acesso em: 18 mai. 2021.

Artigos Jurídicos – Capítulo III

ABBOUD, Georges. **O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal e o absurdo.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-14/georges-abboud-julgamento-adcs-43-44-54-absurdo>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 14 nov. 2019.

AJOUZ, Alessandro. **ADCs 43, 44 e 54.** Supremo, a comunidade aguarda com ansiedade o julgamento do mérito dessas demandas. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/311413/adcs-43--44-e-54--supremo--a-comunidade-aguarda-com-ansiedade-o-julgamento-do-merito-dessas-demandas>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 20 set. 2019.

ALMEIDA, Karine Aparecida Dias de.; DORIGON, Alessandro.; **Princípio da presunção de inocência** - decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e o caso Lula. Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65023/principio-da-presuncao-de-inocencia-decisao-proferida-pelo-supremo-tribunal-federal-e-o-caso-lula>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 26 mar. 2018.

ALMEIDA, Milene Moreira de. **Pacote Anticrime:** Eficácia Frente ao Sistema Penal Brasileiro. Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pacote-anticrime-eficacia-frente-ao-sistema-penal-brasileiro/>. Acesso em: 28 jun. 2021. Publicação: 01 maio 2020.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Congresso Nacional não pode emendar a Constituição para admitir a prisão em segunda instância.** Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65320/congresso-nacional-nao-pode-emendar-a-constituicao-para-admitir-a-prisao-em-segunda-instancia>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 10 abr. 2018.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Prisão antes do trânsito em julgado é inconstitucional e ilegal.** Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65177/prisao-antes-do-transito-em-julgado-e-inconstitucional-e-ilegal>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 03 abr. 2018.

AMARAL, Marianne Gomes de.; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório.** Revista de Direito Brasileira. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3079/2804>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: jan./abr. 2017.

ÂMBITO JURÍDICO. **STF diz que condenado em segunda instância não pode ser preso até fim de recursos.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/747908/stf-diz-que-condenado-em-segunda-instancia-nao-pode-ser-preso-ate-fim-de-recursos>>. Acesso em: 10 jul. 2021. Publicação: 05 fev. 2009.

ARAÚJO, Ênio Magno.; FROTA, Jéssica Olivia Dias.; SOUSA, Izisléia Ribeiro de. **A influência política nas decisões sobre execução provisória da pena e o princípio da segurança jurídica.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/90093/a-influencia-politica-nas-decisoes-sobre-execucao-provisoria-da-pena-e-o-principio-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 23 maio 2021. Publicação: 19 abr. 2021.

ASSIS, Julya Martins de. **O princípio da presunção da inocência frente à efetividade das decisões judiciais no julgamento do HC 126.292 pelo STF.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/o-principio-da-presuncao-da-inocencia-frente-a-efetividade-das-decisoes-judiciais-no-julgamento-do-hc-126-292-pelo-stf/>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 01 maio 2018.

BARBOSA, Renato Kim. **A impunidade e o alcance do princípio da presunção de inocência.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-02/impunidade-alcance-principio-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 02 mar. 2016.

BASTOS, Athena. **Prisão em segunda instância e o trânsito em julgado da sentença penal.** SAJ ADV. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/prisao-em-segunda-instancia/>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 04 dez. 2019.

BATISTA, Bruno Leopoldino Dias. **A prisão em segunda instância é Constitucional?** JusBrasil. Disponível em: <<https://brunoleopoldinodiasbatista.jusbrasil.com.br/artigos/721180445/a-prisao-em-segunda-instancia-e-constitucional>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 13 jun. 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A presunção de inocência e o sucesso da operação "lava jato".** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-28/direito-defesa-presuncao-inocencia-sucesso-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 28 jun. 2016.

BRAGA, João Marcos. **Incongruências históricas no julgamento do HC 126.292.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-04/joao-braga-incongruencias-historicas-julgamento-hc-126292>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 04 jul. 2016.

BRANDALISE, Vitor Hugo.; Figueiredo, TALITA.; GALLUCCI, Mariângela. **Decisão do STF pode causar "enxurrada" de habeas corpus.** Estadão. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,decisao-do-stf-pode-causar-enxurrada-de-habeas-corpus,319791>>. Acesso em: 19 jul. 2021. Publicação: 07 fev. 2009.

- BRASIL, Deilton Ribeiro. **A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade):** um diálogo com os direitos e garantias fundamentais. Revista de Direito Brasileira. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3038/2785>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: set./dez. 2016.
- BREDA, Juliano.; STRECK, Lenio Luiz. **Novos argumentos sobre as ADCs contra a prisão em segunda instância.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/senso-incomum-novos-argumentos-adcs-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 13 jun. 2019.
- CABRAL JR., Alan Kardec.; SANTOS, Kelvin Wallace Castro dos. **Vícios de fundamentação da preventiva e novo mecanismo para impetração de HC.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-08/opinioao-lei-anticrime-mecanismo-impetracao-hc>>. Acesso em: 28 jun. 2021. Publicação: 08 jun. 2021.
- CAÇOLA, Paula Martins.; COLETTI, Luis Renan.; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Organizações criminosas e lei anticrime:** a inconstitucionalidade da cassação genérica de direitos na execução penal (art. 2º, § 9º, da lei 12.850/13). IBCCRIM. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>>. Acesso em: 28 jun. 2021. Publicação: 31 maio 2020.
- CALAZANS, Paulo. **Ainda sobre a privação da liberdade após a confirmação de condenação em segunda instância.** Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9841/Ainda-sobre-a-privacao-da-liberdade-apos-a-confirmacao-de-condenacao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 09 jul. 2016.
- CALEGARI, Luiza.; GOES, Severino. **2ª Turma do STF diverge da 1ª em retroação da lei "anticrime" para estelionato.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-22/lei-anticrime-retroage-crime-estelionato-turma-stf>>. Acesso em: 28 jun. 2021. Publicação: 22 jun. 2021.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Supremo Tribunal Federal precisa cultivar modéstia institucional.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/carlos-campos-stf-achar-humildade-interpretativa-institucional>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 29 fev. 2016.
- CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Das inconstitucionalidades do artigo 122, § 2º, da LEP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019.** IBCCRIM. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 29 maio 2020.
- CAPRIOLLI, Rodrigo Cirano Silva. **A lei dos crimes hediondos e o pacote anticrime.** Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11888/A-lei-dos-crimes-hediondos-e-o-pacote-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 13 out. 2020.
- CAPRIOLLI, Rodrigo Cirano Silva. **Acordo de não persecução penal.** Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11892/Acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 23 set. 2020.

CARNEIRO, Marcella Vieira de Queiroz. **A Improbidade Administrativa e a ratificação da possibilidade de autocomposição com o advento do pacote anticrime.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54805/a-improbidade-administrativa-e-a-ratificao-da-possibilidade-de-autocomposio-com-o-advento-do-pacote-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 29 jun. 2020.

CARNEIRO, Marcella Vieira de Queiroz. **O pacote anticrime e a irretroatividade da necessidade de representação no estelionato quanto aos processos em curso.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56044/o-pacote-anticrime-e-a-irretroatividade-da-necessidade-de-representao-no-estelionato-quanto-aos-processos-em-curso>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 11 jan. 2021.

CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de.; COSTA, Alcides Santana.; PEREIRA, Jeferson Botelho. **A legalidade da prisão a partir da condenação em segunda instância.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65002/a-legalidade-da-prisao-a-partir-da-condenacao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 24 mar. 2018.

CARVALHO, Wilson. **Ativismo Judicial e o STF.** JusBrasil. Disponível em: <<https://wilsoncesarcarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/780397412/ativismo-judicial-e-o-stf>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 13 nov. 2019.

CASTRO, Vinicius Aquino de. **Atuação ativa do juiz em inobservância ao sistema acusatório e as inovações promovidas pelo pacote anticrime.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54753/atuaao-ativa-do-juiz-em-inobservncia-ao-sistema-acusatario-e-as-inovaes-promovidas-pelo-pacote-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 19 jun. 2020.

CATTONI, Marcelo.; STRECK, Lenio Luiz. **PECs contra a presunção da inocência são fraude à Constituição.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constituicao>>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 11 nov. 2019.

COELHO, Bernardo. **Prisão em Segunda Instância e Presunção de inocência.** JusBrasil. Disponível em: <<https://bernardocoelho.jusbrasil.com.br/artigos/776265108/prisao-em-segunda-instancia-e-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 26 maio 2021. Publicação: 04 nov. 2019.

CORREA, Lilson Lopes. **Prisão preventiva Lei 13.964/2019: sob os aspectos da reforma introduzidos pelo pacote anticrimes.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56843/priso-preventiva-lei-13-964-2019-sob-os-aspectos-da-reforma-introduzidos-pelo-pacote-anticrimes>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 22 jun. 2021.

CORTELETTI, Sergio Tristão. **Prisão em Segunda Instância.** JusBrasil. Disponível em: <<https://sergiotricor.jusbrasil.com.br/artigos/795249932/prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 26 maio 2021. Publicação: 04 jan. 2020.

COSTA, Felício Nogueira. **Colaborações premiadas: uma guinada rumo à legalidade.** IBCCRIM. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 31 maio 2020.

COSTA, Fernando Magalhães. **STF, prisão em 2ª instância e o papel do Congresso Nacional**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77708/stf-prisao-em-2-instancia-e-o-papel-do-congresso-nacional>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 08 nov. 2019.

COUTO, Mônica Bonetti.; PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer. **A presunção de inocência, a Constituição e o STF: comentários ao HC 126.292/SP**. Revista de Direito Brasileira. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3066>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: set./dez. 2016.

CRUZ, Fernanda Paula Souza.; OLIVEIRA, Matheus. **Execução provisória da pena após condenação em tribunal do júri**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80211/execucao-provisoria-da-pena-apos-condenacao-em-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 16 mar. 2020.

CUNHA, Arthur Lira Santana Rodrigues da. **Prisão em segunda instância: obscuridades do Princípio da Presunção de Inocência**. JusBrasil. Disponível em: <<https://arthurlirasantanarodriguesdacunha.jusbrasil.com.br/artigos/837354396/prisao-em-segunda-instancia-obscuridades-do-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 26 maio 2021. Publicação: 29 abr. 2020.

CUNHA, Rômulo Serrão. **Uma análise sobre as controvérsias do "juiz das garantias" no pacote anticrime - Lei n. 13.964/2019**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55229/uma-anlise-sobre-as-controvrsias-do-juiz-das-garantias-no-pacote-anticrime-lei-n-13-964-2019>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 17 set. 2020.

DIAS, Débora Rodrigues. **A busca pela efetivação do sistema penal acusatório no Brasil e os reflexos do pacote "anticrime" (Lei nº 13.964/2019)**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/87480/a-busca-pela-efetivacao-do-sistema-penal-acusatorio-no-brasil-e-os-reflexos-do-pacote-anticrime-lei-n-13-964-2019/3>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 17 dez. 2020.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A prisão em segunda instância nos tempos de "lava jato"**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opinio-prisao-segunda-instancia-tempos-lava-jato>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 26 jul. 2017.

ELUF, Luiza Nagib. **Lei "anticrime" favorece o crime ao mudar natureza jurídica do estelionato**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-26/escritos-mulher-crime-estelionato-legado-lei-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 26 ago. 2020.

FELIX, Yuri.; PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz. **A mitigação do duplo grau de jurisdição no pacote anticrime – comentários ao art. 492 do CPP**. IBCCRIM. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 29 maio 2020.

FERNANDES, Almino Afonso. **2020, o ano da Lei 'anticrime'**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-01/almino-afonso-2020-ano-lei-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 01 dez. 2020.

FERREIRA, Rhanna Ribeiro.; SABOIA, Rossana Santos. **Pacote anticrime e a inconstitucionalidade da execução provisória da pena após condenação em 1º grau pelo Tribunal do Júri.** Conteúdo Jurídico. Disponível em:

<<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54902/pacote-anticrime-e-a-inconstitucionalidade-da-execucao-provisoria-da-pena-aps-condenacao-em-1-grau-pelo-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 16 jul. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Réu pode recorrer em liberdade até condenação final, determina STF.** Folha de São Paulo. Disponível em:

<<https://m.folha.uol.com.br/poder/2009/02/499778-reu-pode-recorrer-em-liberdade-ate-condenacao-final-determina-stf.shtml>>. Acesso em: 10 jul. 2021. Publicação: 06 fev. 2009.

FREITAS, Marcos Roberto de. **Relativização do princípio da presunção de inocência.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62075/relativizacao-do-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 17 nov. 2017.

FREITAS, Rafael Gomes de. **A Relativização do Princípio da presunção de inocência – Habeas Corpus Nº 126.292/SP.** Jusbrasil. Disponível em:

<<https://rafagofr.jusbrasil.com.br/artigos/360536199/a-relativizacao-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-habeas-corpus-n-126292-sp>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 12 jul. 2016.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 21 fev. 2016.

FROZI, Wagner de Andrade. **Do Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964/2019) e as Respectivas Alterações no Código Penal Brasileiro.** Jurídico Certo. Disponível em:

<<https://juridicocerto.com/p/froziepessi/artigos/do-pacote-anticrime-lei-n-o-13-964-2019-e-as-respectivas-alteracoes-no-codigo-penal-brasileiro-5499>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 16 dez. 2020.

G1. **Defesa dos Nardoni estuda decisão do STF para eventual pedido de liberdade.** G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/Sites/Especiais/Noticias/0,,MUL1001501-15528,00-DEFESA+DOS+NARDONI+ESTUDA+DECISAO+DO+STF+PARA+EVENTUAL+PEDIDO+DE+LIBERDADE.html>>. Acesso em: 19 jul. 2021. Publicação: 17 fev. 2009.

GABRIG, Pedro Couto. **A expressa posituação da estrutura acusatória no processo penal brasileiro e a revogação tácita de dispositivos inquisitórios.** IBCCRIM. Disponível em:

<<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>>. Acesso em: 28 jun. 2021. Publicação: 31 maio 2020.

GALLUCCI, Mariângela. **STF decide que condenado pode ficar solto até esgotar recursos.** Estadão. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,stf-decide-que-condenado-pode-ficar-solto-ate-esgotar-recursos,319072>>. Acesso em: 10 jul. 2021. Publicação: 05 fev. 2009.

GAUDIOT, Alice Marie Freire. **PEC do trânsito em julgado em 2º grau cria mais problemas do que traz soluções.** Consultor Jurídico. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2019-nov-29/alice-gaudiot-pec-transito-julgado-grau-cria-problemas>>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 29 nov. 2019.

GIMENES, José Jácomo. **Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 24 fev. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução da pena depois do 2º grau**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50602/execucao-da-pena-depois-do-2-grau>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 12 jul. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão após 2º grau: da anomia à anarquia**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67918/prisao-apos-2-grau-da-anomia-a-anarquia>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 27 jul. 2018.

GONÇALEZ, Sidney Duran. **A lei 'anticrime' e a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ex officio**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-15/sidney-duran-lei-anticrime-prisao-preventiva>>. Acesso em: 28 jun. 2021. Publicação: 15 out. 2020.

GUEDES, Maria Vitória Pereira da Silva.; SANTOS, Vitória Cristina Ferreira dos. **Pacote Anticrime: o Juiz das garantias como uma forma de assegurar o princípio da imparcialidade no âmbito do Processo Penal**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54688/pacote-anticrime-o-juiz-das-garantias-como-uma-forma-de-assegurar-o-principio-da-imparcialidade-no-ambito-do-processo-penal>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 11 jun. 2020.

GUIMARÃES, João Victor. **O que não contaram sobre a prisão em segunda instância**. JusBrasil. Disponível em: <<https://joaovictoroblesrczuk7.jusbrasil.com.br/artigos/733554406/o-que-nao-contaram-sobre-a-prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 18 jul. 2019.

HARTMANN, Ivar A.; KELLER, Clara Iglesias. **O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP - um estudo empírico quantitativo***. PUC-PR. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/22393/22835>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: abr. 2018.

HARTMANN, Julio Henrique. **Prisão em Segunda Instância**. JusBrasil. Disponível em: <<https://asdfghi.jusbrasil.com.br/artigos/704026189/prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 03 maio 2019.

HAUG, Marianna.; SÁ, Antonio Macruz de. **O “pacote anticrime” e o recrudescimento punitivo para os já penalizados: uma análise sobre a reincidência e a habitualidade criminosa**. IBCCRIM. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 29 maio 2020.

HENRIQUE JR., Leonardo de Tajaribe Ribeiro. **A espetacularização do processo penal e o juiz das garantias**. Direito Net. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11468/A-espetacularizacao-do-processo-penal-e-o-juiz-das-garantias>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 09 jan. 2020.

HERKENHOFF FILHO, Helio Estellita. **O caso Lula e a execução provisória no cível**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65214/o-caso-lula-e-a-execucao-provisoria-no-civil>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 04 abr. 2018.

JM ONLINE. **Condenado em 2ª instância poderá ficar solto até o fim de recursos**. JM Online. Disponível em: <<https://jmonline.com.br/novo/?noticias,1,GERAL,4493>>. Acesso em: 10 jul. 2021. Publicação: 07 fev. 2009.

JOIA, Maiquel Mateus Bordin. **Pacote anticrime: alterações promovidas no Código Penal**. Conteúdo Jurídico. Disponível em:

<<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56288/pacote-anticrime-alteraes-promovidas-no-codigo-penal>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 24 mar. 2021.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. **Decisão do STF pode causar "enxurrada" de habeas corpus**. Correio Forense. Disponível em: <<https://www.correioforense.com.br/poder-publico/decisao-do-stf-pode-causar-enxurrada-de-habeas-corpus/>>. Acesso em: 19 jul. 2021. Publicação: 07 fev. 2009.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. **Decisão do STF pode causar "enxurrada" de habeas corpus**. OAB-RJ. Disponível em: <<https://www.oabRJ.org.br/noticias/decisao-stf-pode-causar-enxurrada-habeas-corpus>>. Acesso em: 19 jul. 2021. Publicação: 07 fev. 2009.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. **O que muda com a decisão do STF sobre recursos de presos**. Estadão. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,o-que-muda-com-a-decisao-do-stf-sobre-recursos-de-presos,319490>>. Acesso em: 10 jul. 2021. Publicação: 06 fev. 2009.

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. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3081/2805>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: set./dez. 2017.

KUVIATKOVSKI, Katcilane.; SCARAVELLI, Gabriela Piva. **Possibilidades de prisão após condenação em segunda instância**. Centro Universitário FAG. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c14518cef1.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: jun. 2017.

LENIESKY, Fabiano. **Acordo de não persecução penal: a (in)constitucionalidade do requisito da confissão**. Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11592/Acordo-de-nao-persecucao-penal-a-in-constitucionalidade-do-requisito-da-confissao>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 04 nov. 2020.

LENIESKY, Fabiano. **Os direitos e deveres fundamentais como norteadores da hermenêutica constitucional no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal**.

Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80875/os-direitos-e-deveres-fundamentais-como-norteadores-da-hermeneutica-constitucional-no-ambito-do-direito-penal-e-do-direito-processual-penal>>. Acesso em: 23 maio 2021. Publicação: 03 abr. 2020.

LIMA, Caroline Rodrigues. **Análise da (In)Constitucionalidade da Prisão em Segunda Instância.** JusBrasil. Disponível em: <<https://carolinerodrigues3982.jusbrasil.com.br/artigos/1168165234/analise-da-in-constitucionalidade-da-prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 26 maio 2021. Publicação: 18 fev. 2021.

LIMA, David Conley de Azevedo. **A prisão em segunda instância é inconstitucional ou não?** JusBrasil. Disponível em: <<https://davidconley.jusbrasil.com.br/artigos/771834208/a-prisao-em-segunda-instancia-e-inconstitucional-ou-nao>>. Acesso em: 26 maio 2021. Publicação: 22 out. 2019.

LIVIANU, Roberto. **O direito à impunidade não existe nem pode existir no Brasil.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-27/mp-debate-direito-impunidade-nao-existe-nem-existir>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 27 jun. 2016.

MACÊDO NETO, Paulo Landim de. **Mudanças no estelionato no pacote anticrime e a retroatividade benéfica.** Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11933/Mudancas-no-estelionato-no-pacote-anticrime-e-a-retroatividade-benefica>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 07 nov. 2020.

MACHADO, Agapito. **Prisão em segunda instância.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65415/prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 16 abr. 2018.

MACHADO, Daiana Carolina da Silva Gomes. **A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46131/a-presuncao-de-inocencia-e-a-decisao-do-supremo-tribunal-federal-no-hc-n-126-292>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 05 mar. 2016.

MAIA, Alneir Fernando S. **Algumas reflexões sobre um ano da lei 'anticrime'.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/alneir-maia-ano-lei-anticrime-algumas-reflexoes>>. Acesso em: 28 jun. 2021. Publicação: 25 fev. 2021.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. **A insegurança jurídica no STF: suspensão da execução da pena e o respeito ao princípio da presunção de inocência.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71051/a-inseguranca-juridica-no-stf-suspensao-da-execucao-da-pena-e-o-respeito-ao-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 26 dez. 2018.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. **Pelo respeito ao princípio da presunção de inocência: 6 x 5.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77763/pelo-respeito-ao-principio-da-presuncao-de-inocencia-6-x-5>>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 11 nov. 2019.

MARLAN, Eliseu. **A prisão em segunda instância em conflito com a dignidade humana no contexto da Constituição Federal.** JusBrasil. Disponível em: <<https://eliseumarlan.jusbrasil.com.br/artigos/778859958/a-prisao-em-segunda-instancia-em-conflito-com-a-dignidade-humana-no-contexto-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 26 maio 2021. Publicação: 08 nov. 2019.

MARQUES, Alessandra Garcia. **Direitos fundamentais e crise: violência, impunidade, corrupção institucionalizada e o princípio da não culpabilidade no HC N.º 126.292/SP do STF.** Revista de Direito Brasileira. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2971/2753>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: jan./abr. 2017.

MARQUES, Jader. **Juristas contra a prisão em segunda instância.** Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/juristas-contr-a-prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 02 abr. 2018.

MATIDA, Janaina. **A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes.** IBCCRIM. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 29 maio 2020.

MELLO E SILVA FILHO, Bernardo José Pinto de. **Análise do Habeas Corpus 126.292/SP: o princípio da presunção de inocência sob ameaça?** Portal de Periódicos da UFC. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/dizer/article/view/31620/73145>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 2017.

MIGALHAS. **STF garante a condenado o direito de recorrer em liberdade.** Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/77846/stf-garante-a-condenado-o-direito-de-recorrer-em-liberdade>>. Acesso em: 10 jul. 2021. Publicação: 06 fev. 2009.

MONTENEGRO, Cassio. **O STF não mandou soltar Lula.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77728/o-stf-nao-mandou-soltar-lula>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 09 nov. 2019.

MONTENEGRO, Fábio Uchôa. **Tese de prisão após trânsito em julgado é retrógrada e injustificável.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-01/fabio-uchoa-tese-prisao-transito-julgado-retrograda>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 01 mar. 2016.

MORAIS, João Felli Pereira de.; OLIVEIRA, Thaize Generoso de.; SILVA, Luis Cláudio de Jesus. **Da inconstitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância.** UFRR. Disponível em: <http://ufrr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=425>. Acesso em: 15 abr. 2021.– **link com erro ou fora do ar, não foi possível pegar a data de publicação**

MOREIRA, Leopoldo Gomes.; SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. **O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância.** Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43--44-e-54-pelo-stf-e>>

[a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2--instancia](#)>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 14 nov. 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Retroatividade do pacote 'anticrime'**: a recente posição do STJ. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-30/romulo-moreira-retroatividade-pacote-anticrime>>. Acesso em: 28 jun. 2021. Publicação: 30 maio 2021.

MUHAMAD, Samira Diniz. **Reflexões a cerca da prisão em segunda instância**. JusBrasil. Disponível em: <<https://samuhamadhotmailcom.jusbrasil.com.br/artigos/781132529/reflexoes-a-cerca-da-prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 16 nov. 2019.

NASCIMENTO, Larissa Grazielle Passos do.; SANTOS, Camila dos. **O processo político nos bastidores do processo legislativo**: uma análise do projeto de lei anticrime. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/90628/o-processo-politico-nos-bastidores-do-processo-legislativo-uma-analise-do-projeto-de-lei-anticrime>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 17 maio 2021.

NASCIMENTO, Larissa Grazielle Passos do.; SANTOS, Camila dos. **O processo político nos bastidores do processo legislativo**: uma análise do projeto de lei anticrime. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56766/o-processo-politico-nos-bastidores-do-processo-legislativo-uma-analise-do-projeto-de-lei-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 15 jun. 2021. – mesmo artigo da referência anterior

NIETO E OLIVEIRA. **Prisão em segunda instância**. JusBrasil. Disponível em: <<https://nietoeoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/792277039/prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 13 dez. 2019.

NOVO, Benigno Núñez. **As mudanças na legislação penal e processual penal com o pacote anticrime**. Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11475/As-mudancas-na-legislacao-penal-e-processual-penal-com-o-pacote-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 12 fev. 2020.

OLIVEIRA NETO, João Paulino de. **STF e a Segurança Jurídica**: o problema da prisão em segunda instância. Justificando. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2018/12/19/stf-a-seguranca-juridica-o-problema-da-prisao-em-segunda-instancia/>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 19 dez. 2018.

OLIVEIRA, Alan Peixoto de. **A (in) constitucionalidade da execução antecipada da pena de prisão**. IMED. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Alano_Peixoto_de_Oliveira_PPGD_IMED.pdf>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 09 mar. 2020.

OLIVEIRA, Bruna Mayara de. et al. **Considerações críticas acerca da execução penal antecipada**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65170/consideracoes-criticas-acerca-da-execucao-penal-antecipada>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 03 abr. 2018.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **A novíssima lei N° 13.964, de 2019 e o pacote anticrime.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78728/a-novissima-lei-n-13-964-de-2019-e-o-pacote-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 01 jan. 2020.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Prisão em 2ª Instância.** Presunção de inocência ou efetividade da justiça criminal? Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65372/prisao-em-2-instancia-presuncao-de-inocencia-ou-efetividade-da-justica-criminal>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 13 abr. 2018.

PEREIRA, Thallyson Farias Teles.; SOUSA, Ana Isabel Rodrigues Ribeiro de. **A (in)constitucionalidade da vedação compulsória da liberdade provisória conforme o pacote anticrime.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55611/a-in-constitucionalidade-da-vedao-compulsoria-da-liberdade-provisoria-conforme-o-pacote-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 23 nov. 2020.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de.; SALES, José Edvaldo Pereira. **“Lei anticrime”:** uma leitura possível a partir do garantismo jurídico-penal. IBCCRIM. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/444>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 29 maio 2020.

PORTO, Rogério Rodrigues. **Pacote anticrime:** as principais alterações para sistemática processual penal no Brasil. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56857/pacote-anticrime-as-principais-alteracoes-para-sistemica-processual-penal-no-brasil>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 24 jun. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **O fim da prisão em 2ª instância.** GEN Jurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/11/11/fim-da-prisao-em-segunda-instancia/>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 11 nov. 2019.

QUINTIERE, Víctor Minervino. **Levando o direito penal a sério: reflexões a respeito da (im)possibilidade da execução da pena em segunda instância à luz da fundamentação e discricionariedades judiciais no âmbito do processo constitucional brasileiro.** Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiოდireito.com.br/leitura/levando-o-direito-penal-a-serio-reflexoes-a-respeito-da-im-possibilidade-da-execucao-da-pena-em-segunda-instancia-a-luz-da-fundamentacao-e-discricionariedades-judiciais-no-ambito-do-processo-constitucional-brasileiro>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 22 nov. 2019.

RAMOS, Gabriela Araujo. **Acordo de não persecução penal, uma análise crítica acerca da sua aplicação.** Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/12096/Acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-analise-critica-acerca-da-sua-aplicacao>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 02 abr. 2021.

RAMOS, Maria Carolina de Jesus. **A PEC 5/2019.** Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-pec-5-2019/>>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 20 nov. 2019.

RAMOS, Maria Carolina. **A PEC 5/2019.** JusBrasil. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/782467454/a-pec-5-2019>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 20 nov. 2019.

RAMOS, Ubiratan Pires. **Da inconstitucionalidade e conseqüente nulidade da decisão proferida nas ADCs 43, 44 e 54.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77766/da-inconstitucionalidade-e-consequente-nulidade-da-decisao-proferida-nas-adcs-43-44-e-54>>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 11 nov. 2019.

RAMOS, Ubiratan Pires. **Soltura de condenado preso por determinação sentencial de primeiro grau é molequeira;** quando não safadeza. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69137/soltura-de-condenado-preso-por-determinacao-sentencial-de-primeiro-grau-e-molequeira-quando-nao-safadeza>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 21 set. 2018.

REIS, Augusto Miranda. **A relação entre o princípio da vedação ao retrocesso e o julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal.** EMERJ. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/AugustoMirandaReis.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 2016.

REIS, Wanderlei José dos. **Princípio constitucional da presunção de inocência e a prisão em segunda instância:** o STF e a estabilidade jurídica no país. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81044/principio-constitucional-da-presuncao-de-inocencia-e-a-prisao-em-segunda-instancia-o-stf-e-a-estabilidade-juridica-no-pais>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 08 abr. 2020.

RIZZO, Beatriz Dias. **Prisão processual e a execução provisória.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60003/prisao-processual-e-a-execucao-provisoria>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 24 ago. 2017.

RODAS, Sérgio. **Prisão após 2º grau só poderia ser permitida com nova Constituição, dizem professores.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-09/prisao-grau-permitida-constituicao>>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 09 nov. 2019.

RODRIGUES, Flávio Santos. **Acordo de não persecução penal nos crimes empresariais:** a singularidades dos delitos e o momento para realização. Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11855/Acordo-de-nao-persecucao-penal-nos-crimes-empresariais-a-singularidades-dos-delitos-e-o-momento-para-realizacao>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 25 ago. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. **A presunção de inocência e a segurança jurídica.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77236/a-presuncao-de-inocencia-e-a-seguranca-juridica>>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 17 out. 2019.

ROMANO, Rogério Tadeu. **A prisão antecipada por condenação no júri é inconstitucional.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77173/a-prisao-antecipada-por-condenacao-no-juri-e-inconstitucional>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 14 out. 2019.

ROMANO, Rogério Tadeu. **A soberania do júri e a presunção de inocência.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79367/a-soberania-do-juri-e-a-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 04 fev. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Um caso concreto de condenação criminal em segunda instância.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63695/um-caso-concreto-de-condenacao-criminal-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 24 jan. 2018.

RONCAGLIA, Daniel. **É proibida execução de pena antes do fim do processo.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-fev-05/prisao-feita-processo-transitado-julgado-stf>>. Acesso em: 10 jul. 2021. Publicação: 05 fev. 2009.

SEGALL, Pedro Machado. **Críticas à prisão após 2ª grau devem se basear na lei, não nas consequências.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-11/pedro-segall-criticas-prisao-grau-basear-lei>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 11 mar. 2016.

SILVA JÚNIOR, João Pereira da. **A inconstitucionalidade do §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal (incluído pela lei 13.964 de 2019 – pacote anticrime).** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56295/a-inconstitucionalidade-do-2-do-artigo-310-do-codigo-de-processo-penal-incluido-pela-lei-13-964-de-2019-pacote-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 26 mar. 2021.

SILVA, Carla Batista de Souza. **O ativismo judicial inesperado pelo Supremo Tribunal Federal face ao princípio da presunção de inocência.** Faculdade Eduvale. Disponível em: <<https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2018/05/artigo1.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: maio 2018.

SILVA, Filipi Effting da. **Prisão na segunda instância: harmonização entre os princípios da presunção de inocência e da eficiência na jurisprudência da Suprema Corte.** UFSC. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/182412>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 06 dez. 2017.

SILVA, José. **Breve consideração sobre o julgamento da Prisão em Segunda Instância pelo STF.** JusBrasil. Disponível em: <<https://gsadvogadocriminal.jusbrasil.com.br/artigos/778756248/breve-consideracao-sobre-o-julgamento-da-prisao-em-segunda-instancia-pelo-stf>>. Acesso em: 26 maio 2021. Publicação: 08 nov. 2019.

SILVA, Luciano Albuquerque. **A presunção de inocência não admite prisão em segunda instância.** JusBrasil. Disponível em: <<https://lucianoasilva.jusbrasil.com.br/artigos/933664176/a-presuncao-de-inocencia-nao-admite-prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 26 maio 2021. Publicação: 26 set. 2020.

SILVA, Marcos Faleiros da. **Julgamentos de STF e STJ se baseiam na teoria do Direito Penal do Inimigo.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/marcos-silva-decisoes-stf-stj-mitigam-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 06 mar. 2016.

SILVA, Relivaldo José da. **Da Prisão Cautelar no Código de Processo Penal: Perspectivas após o “Pacote Anticrime”.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55167/da-priso-cautelar-no-codigo-de-processo-penal-perspectivas-aps-o-pacote-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 02 set. 2020.

SOALHEIRO, Marco Antonio. **STF decide que réu só pode ser preso após condenação definitiva.** G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL988826-5598,00-STF+DECIDE+QUE+REU+SO+PODE+SER+PRESO+APOS+CONDENACAO+DEFINITIVA.html>>. Acesso em: 10 jul. 2021. Publicação: 05 fev. 2009.

SOALHEIRO, Marco Antonio. **STF diz que condenado em segunda instância não pode ser preso até fim de recursos.** Agência Brasil. Disponível em: <<https://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2009-02-05/stf-diz-que-condenado-em-segunda-instancia-nao-pode-ser-preso-ate-fim-de-recursos>>. Acesso em: 10 jul. 2021. Publicação: 05 fev. 2009.

SOARES, Marcelo Negri.; RORATO, Izabella Freschi. **Garantia constitucional de presunção de inocência e a condenação penal em segundo grau.** Revista de Direito Brasileira. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3236/3543>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: jan./abr. 2018.

SOUSA, Jairo. **A Polêmica da Prisão em Segunda Instância.** JusBrasil. Disponível em: <<https://jairosousadireito.jusbrasil.com.br/artigos/779019804/a-polemica-da-prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 25 maio 2021. Publicação: 09 nov. 2019.

SOUZA, Jarbas Rodrigues de. **A eficiência constitucional da legislação que trata do pacote anticrime aplicável à audiência de custódia.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55573/a-eficincia-constitucional-da-legislao-que-trata-do-pacote-anticrime-aplicvel-audincia-de-custdia>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 19 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Presunção da inocência:** Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 30 jun. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; CARVALHO, Marco Aurélio de; SIMANTOB, Fábio Tofic; TORON, Alberto Zacharias. **Felipe Neto “dá aula” sobre prisão em segunda instância e juristas assinam embaixo.** Justificando. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/11/06/felipe-neto-da-aula-sobre-prisao-em-segunda-instancia-e-juristas-assinam-embaixo/>>. Acesso em: 02 ago. 2021. Publicação: 6 nov. 2019.

TASSE, Adel El. **A nova tentativa de execução provisória da pena na lei nº 13.964/2019.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79484/a-nova-tentativa-de-execucao-provisoria-da-pena-na-lei-n-13-964-2019>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 10 fev. 2020.

TASSE, Adel El. **Soberania dos veredictos, será?** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57543/soberania-dos-veredictos-sera>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 13 nov. 2017.

TESSEROLI FILHO, Nourmirio Bittencourt. **O ativismo judicial e os riscos das arbitrariedades e dos decisionismos.** Jus. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/81939/o-ativismo-judicial-e-os-riscos-das-arbitrariedades-e-dos-decisionismos>>. Acesso em: 23 maio 2021. Publicação: 07 maio 2020.

THEU, Rick. **A constitucionalidade da prisão em 2ª instância.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79162/a-constitucionalidade-da-prisao-em-2-instancia>>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 24 jan. 2020.

TORRANO, Bruno. **STF não fez uma leitura honesta do artigo 5º, inciso LVII da CF.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-08/bruno-torrano-stf-nao-fez-leitura-honesta-cf-antecipar-pena>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Publicação: 08 mar. 2016.

TOSCHI, Aline Seabra. **O judiciário e as vozes distópicas.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/85784/o-judiciario-e-as-vozes-distopicas>>. Acesso em: 22 maio 2021. Publicação: 02 out. 2020.

VIANA, Débora. **A prisão em segunda instância e a valoração da segurança coletiva em detrimento do princípio da não culpabilidade.** Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10661/A-prisao-em-segunda-instancia-e-a-valoracao-da-seguranca-coletiva-em-detrimento-do-principio-da-nao-culpabilidade>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 01 maio 2018.

VIANA, Eduarda Moreti. **Cadeia de custódia: padronização e procedimentos da prova pericial segundo o pacote anticrime.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56455/cadeia-de-custodia-padronizacao-e-procedimentos-da-prova-pericial-segundo-o-pacote-anticrime>>. Acesso em: 29 jun. 2021. Publicação: 10 maio 2021.

VICENTE, Caroline Pinheiro. **A execução provisória da pena nos casos de condenação pelo tribunal do júri: Uma abordagem da Lei nº 13.964/2019.** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/89270/a-execucao-provisoria-da-pena-nos-casos-de-condenacao-pelo-tribunal-do-juri-uma-abordagem-da-lei-n-13-964-2019>>. Acesso em: 27 jun. 2021. Publicação: 19 mar. 2020.

VICENTE, Luciano Rosa. **A possibilidade de prisão a partir da condenação em segunda instância: inconstitucionalidade, ou medida imprescindível no combate à corrupção e impunidade dos poderosos?** Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65258/a-possibilidade-de-prisao-a-partir-da-condenacao-em-segunda-instancia-inconstitucionalidade-ou-medida-imprescindivel-no-combate-a-corrupcao-e-impunidade-dos-poderosos>>. Acesso em: 14 abr. 2021. Publicação: 06 abr. 2018.

Apêndice A – Alterações no Código de Processo Penal por Período

Apêndice B – Julgados do STF até 2009 por Chave de Busca e por Tema

Apêndice C – Mapa dos Argumentos (2009)

Apêndice D – Mapa dos Argumentos (2016)

Apêndice E – Mapa dos Argumentos (2019)

Apêndice F – Mapa dos Argumentos – Mudanças de Posição (2009 a 2019)

Apêndice G – Levantamento de Publicações – ADC 43, 44, 54 (2019)

Apêndice H – Levantamento de Publicações – Lei 13.964 (dez. 2019)

Apêndice I – Levantamento de Publicações – HC 126.292/SP (2016)

Apêndice J - Levantamento de Publicações – HC 84.078/MG (2009)

Apêndice K – Banco de Argumentos (2009)

Apêndice L – Banco de Argumentos (2016)

Apêndice M – Banco de Argumentos (2019)

Apêndice N – Análise Esquemática (2009, 2016 e 2019)