

# Comentário à jurisprudência do Superior Tribunal Federal brasileiro sobre início de cumprimento da pena após acórdão condenatório em 2.<sup>a</sup> instância (*Habeas Corpus* n.º 126.292/SP)<sup>1</sup>

Comment on the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court on the start of the sentence following conviction in the 2nd instance (*Habeas Corpus* No. 126.292/SP)

MAXWELL SILVA LAPA<sup>2</sup>

---

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XIX · 1<sup>st</sup> July Julho - 31<sup>th</sup> December Dezembro 2018 · pp. 155-159

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.2.7>

Submitted on December 5<sup>th</sup>, 2018 · Accepted on ????

Submetido em 5 de Dezembro, 2018 · Aceite a ????

---

## Introdução

Em 17 de Fevereiro de 2016, o Superior Tribunal de Federal brasileiro (STF) alterou radicalmente jurisprudência ali criada sobre o entendimento de norma constitucional, mais especificadamente, o artigo 5.<sup>º</sup>, Inciso LVII da Constituição do Brasil, que estatui que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O entendimento jurisprudencial até então vigente ia no sentido da literalidade do texto normativo constitucional firmado pelo *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG de 2010<sup>3</sup>, isto é, o arguido que fosse condenado em primeira instância, sendo considerado inocente pelo princípio da presunção de inocência, não podia dar início ao cumprimento de pena até findo todos os recursos cabíveis. Isto veio a mudar com o HC 126.292/SP de 2016 que deu interpretação diversa, entendendo que o início do cumprimento de pena a partir de acórdão firmado em sede de apelação não colide com o princípio da presunção de inocência firmado pelo artigo 5.<sup>º</sup>, Inciso LVII da Constituição brasileira.

---

1 SUPERIOR TRIBUNAL DE FEDERAL. HC 126.292/SP. Plen. Rel. Min. Teori Zavascki. Pub. 17.02.2016. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>.

2 Mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa.

3 SUPERIOR TRIBUNAL DE FEDERAL. HC 84.078/MG. Plen. Rel. Min. Eros Grau. Pub. 26.02.2010. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>.

Esta mudança de entendimento do STF veio a suscitar caloroso debate no meio acadêmico e jurídico que até o momento não se encontra pacificado, havendo aqueles que entendem existir aí uma clara atuação do judiciário no sentido de alterar a norma constitucional num claro ativismo judicial, ultrapassando assim as suas atribuições constitucionais, bem como existem aqueles com o entendimento de que o cumprimento de pena à partir de decisão em segunda instância não implica em uma violação do princípio da presunção de inocência, ao contrário, constitui, isto sim, na eficácia jurídica das leis penais. Sobre esta controversa mudança de entendimento nesta decisão histórica do STF, criando nova jurisprudência, tecerei alguns comentários que pela economia do trabalho a que me proponho não permitirá uma abordagem mais minuciosa e aprofundada sobre o tema, porém concisa e direta.

### **O princípio da presunção de inocência**

O princípio da presunção de inocência nasce como resposta ao modelo processual penal de tipo inquisitório do século XVIII, onde ao acusado cabia fazer prova da sua inocência, cabia-lhe o ônus da prova, ou seja, o acusado é tido como culpado até que se prove inocente. Vencido o modelo absolutista pela corrente iluminista, surge um novo modelo de processo penal, o de tipo acusatorial, onde o acusado é tido como inocente até prova em contrário, cabendo a quem acusa fazer prova da culpa.

O princípio da presunção de inocência é consagrado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 no seu artigo 9.º e a essência do princípio da presunção de inocência, o seu sentido primordial, assenta na ideia da garantia da liberdade individual, funcionando como limite a ação arbitrária do poder judicial e dos seus excessos.<sup>4</sup>

### **Espírito geral do Acórdão proferido pelo STF sobre o HC 126.292/SP**

Numa mudança de entendimento, o STF, por maioria de sete votos vencedores contra quatro votos vencidos, altera a jurisprudência criada por ele mesmo e até então vigente de não admitir o início do cumprimento de sentença penal condenatória confirmada em sede de apelação para a admissão de início de cumprimento de sentença penal condenatória confirmada em sede de apelação. Nesta mudança de entendimento, quero expor um voto em particular, o voto do ministro Luis Roberto Barroso, pois, pela sua sistematização e con-

4 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo Penal – Tomo I. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 159 ss.

teúdo abordado constituem o espírito norteador do acórdão objeto de comentário e cujos elementos constituidores permeiam os demais votos vencedores.

O voto do ministro Luis Roberto Barroso se estrutura em três partes, porém irei ater-me apenas as duas primeiras partes, porque, em certa medida e devido a economia do trabalho, a terceira parte também está inserida em termos gerais a seguir, onde a primeira parte se enfoca na *questão controversa*, isto é, na possibilidade do início de cumprimento de pena após acórdão em sede de recurso, para tanto se recorre ao conceito de *mudação constitucional*, lembrando ao pleno da “oscilação da jurisprudência do STF na matéria”, ou seja, de que desde a promulgação da Constituição de 1988 até 2009 o entendimento sobre a matéria era a de que o texto normativo constitucional não impedia a execução da pena após confirmação de sentença condenatória em sede de apelação “ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (Resp.)” com fundamento de que tais recursos possuem efeitos meramente dovolutivos e não suspensivos, não revendo provas e fatos, mas apenas “eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores”. Contudo, em 2009, o STF mudou seu entendimento sobre a matéria no julgamento do HC 84078/MG e passou a interpretar o dispositivo constitucional na sua literalidade, ou seja, não há execução de pena após acórdão em sede de apelação, pois a literalidade do texto normativo constitucional “engloba todas as fases processuais, inclusive as de natureza extraordinárias”; esta nova interpretação normativa gerou, segundo Barroso, três consequências danosas: i) infundável interposição de recursos protelatórios; ii) aprofundou a seletividade do sistema penal, beneficiando os réus que possuíam maior poder econômico; e iii) agravou o descrédito da sociedade no sistema de justiça penal. Devido a estas três consequências, justifica Barroso, se faz necessária uma interpretação não literal do texto normativo, porém, uma “interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal”.

Já agora, a segunda parte do seu voto traz um enfoque na fundamentação jurídica cujo eixo principal está na ideia de que a presunção de inocência sendo um princípio e não uma regra deverá ser conjugado com outros valores jurídico-constitucionais, ou seja, a intensidade de aplicação do referido princípio poderá ser maior ou menor; no caso em questão, diz Barroso, está em conjugação “dois grupos de normas constitucionais colidentes”: o princípio da presunção de inocência e o interesse da efetividade do sistema penal que está em estreita ligação com a exigência de ordem pública para assegurar a credibilidade do sistema penal; assim sendo, para o ministro, de um lado, enquanto o princípio da presunção de inocência perde sua força à medida que o processo avança, por outro lado, o interesse constitucional da efetividade das leis penais ganha maior força, alcançando seu alge na prolação

de acórdão em sede de apelação, pois a partir desta instância já não há mais decisões sobre fatos e provas, concluindo assim o ministro:<sup>5</sup>

Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação (...).

## Conclusão

Concordo com o ministro Barroso quando este evidencia as três consequências danosas provocada pelo HC 84078/MG, ou seja, infundável interposição de recursos protelatórios, o aprofundamento da seletividade da justiça beneficiando os réus que possuem maior poder econômico e o agravamento do descrédito da sociedade no sistema de justiça penal; contudo, discordo de que para evitar tais consequências a solução seja apelar a chamada mutação constitucional, aceitando uma interpretação oposta da que está no texto constitucional, pois o que se está a fazer, ao fim, é alterar uma norma constitucional, o que o STF está a fazer é, no fundo, legislar, e isto ultrapassa as suas competências, como bem argumentou o ministro Marco Aurélio de Mello em seu voto vencido:<sup>6</sup>

Caminha-se (...) para verdadeira promulgação de emenda constitucional. (...) será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado.

Depois, o ministro Barroso, ao argumentar em seu voto que a presunção de inocência sendo um princípio e não uma regra, deverá ser conjulgado a luz de outros interesses constitucionais como, por exemplo, o da efetividade do sistema penal para garantir a credibilidade do mesmo, e assim evoluindo em seu argumento, a medida que o processo penal avança, a presunção de inocência diminui e o interesse constitucional da eficácia do sistema penal aumenta, por isso mesmo, sendo necessário sacrificar o primeiro em favor

5 SUPERIOR TRIBUNAL DE FEDERAL. HC 126.292/SP. Plen. Rel. Min. Teori Zavascki. Pub. 17.02.2016. pp. 28 e ss. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>.

6 SUPERIOR TRIBUNAL DE FEDERAL. HC 126.292/SP. Plen. Rel. Min. Teori Zavascki. Pub. 17.02.2016. p. 78. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>.

do segundo para garantir a credibilidade da justiça, reforça uma ideia de que o princípio da presunção de inocência não é mais que uma ficção jurídica<sup>7</sup> com a consequência de que a partir da condenação em sede de apelação o réu passa a ser hipoteticamente inocente e não efetivamente inocente, em outras palavras, o réu, a partir da condenação em segunda instância é de fato culpado e hipoteticamente inocente, isto evidenciando um claro confronto entre o que prescreve o artigo 5.<sup>a</sup>, Inciso LVII da Constituição brasileira e o início de cumprimento de pena a partir de condenação em sede de apelação.

Disto isto, não se pode concordar com a solução adotada pelo STF, pois constitui um atalho para uma solução muito mais complexa e que passa necessariamente pelo Congresso Nacional brasileiro, depois, desde a vigência da constituição de 88 até o momento se passaram apenas trinta anos e tivemos três mutações constitucionais nesta matéria e nada garante que em breve não poderá haver outra no sentido oposto da solução de agora adotada, isto será claramente uma situação de insegurança jurídica quanto as soluções dadas pela mais alta corte do país, não sendo nem um pouco salutar para uma sociedade que passa por um momento de grave crise institucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MOURA, José Souto de – A questão da presunção de inocência do arguido. In Revista do Ministério Público. Lisboa. ISSN 0870-6107. N. 42, 1990, p. 31-47.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo Penal – Tomo I. Coimbra: Almedina, 2010.

---

<sup>7</sup> MOURA, José Souto de – A questão da presunção de inocência do arguido. In Revista do Ministério Público. Lisboa. ISSN 0870-6107. N. 42, 1990, pp. 38 ss.