

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

PAULA PIANOWSKI DE MORAES

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

**CURITIBA
2016**

PAULA PIANOWSKI DE MORAES

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em Nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Leonardo Bechara Stancioli.

**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULA PIANOWSKI DE MORAES

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em Nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Leonardo Bechara Stancioli

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	9
2.1 HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....	9
2.2 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	12
2.2.1 Distinção Terminológica: Princípio da Presunção de Inocência x Princípio da Presunção de Não Culpabilidade.....	12
2.2.2 Conceito.....	14
2.2.3. Presunção de Inocência e Prisões Processuais.....	19
3 PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	24
4 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	36
4.1 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS PACIFICADOS ATÉ FEVEREIRO DE 2016.....	36
4.2 ATUAL ENTENDIMENTO.....	42
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	63

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de analisar o instituto da execução provisória da pena, sob o prisma do princípio da presunção de inocência. Pretende-se discorrer acerca da aplicação do referido princípio nas prisões cautelares e nas prisões penais, bem como sopesá-lo com o princípio da efetivação da função jurisdicional, visto que a obediência absoluta à presunção de não culpabilidade implica no fato de que a sentença condenatória apenas terá eficácia após o trânsito em julgado, tornando esta decisão um mero parecer jurídico, e, portanto, anulando a efetividade do processo criminal ao agravar a morosidade com a prodigalidade recursal. Ademais, analisará os posicionamentos anteriores da Suprema Corte, a qual até 2009 entendia que trânsito em julgado da sentença condenatória ocorreria após o esgotamento de recursos ordinários, haja vista serem dotados apenas de efeito suspensivo. Todavia, a partir de 05 de fevereiro de 2009 o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 84.078, alterou a posição adotada até então, julgaram no sentido de que, em atenção ao princípio da presunção de inocência, o réu condenado pela prática de delito apenas poderia ser encarcerado após o esgotamento de todos os recursos cabíveis, inclusive os recursos extraordinário e especial. Posteriormente, na ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 123.292, a Suprema Corte voltou a adotar a tese de que a sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição pode ser executada imediatamente, ainda que haja recurso junto aos tribunais superiores, isto porque a posição anteriormente firmada fomentou a interposição sucessiva de recursos protelatórios, dando margem à ocorrência da prescrição. Foi realizada pesquisa jurisprudencial e bibliográfica para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: execução provisória da pena, princípio da presunção de inocência, princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, firmou entendimento pelo qual uma sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição pode ser executada imediatamente, ainda que haja recurso junto aos tribunais superiores.

Este entendimento foi confirmado no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, configurando como autores o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Nacional Ecológico, os quais pugnaram a medida cautelar com o escopo de suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Nesta ocasião, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu liminares pleiteadas, pois firmou o entendimento de que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

O Supremo Tribunal Federal até o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84078, em 2009, entendia que a presunção de inocência não impedia a execução da pena confirmada em segunda instância, eis que os recursos especiais e extraordinários se prestam somente ao reexame de questões de direito, excluída a análise de fato. Ainda, não eram dotados de efeito suspensivo, de sorte que seria perfeitamente possível dar início à execução.

Com o julgamento do referido *Habeas Corpus*, a Suprema Corte passou a adotar a tese de que o trânsito em julgado da condenação condicionava a execução da pena. O Supremo Tribunal Federal entendeu, nesta ocasião, que o réu poderia continuar livre até que se esgotassem todos os recursos no Judiciário, razão pela qual, a prisão só era definitiva após o trânsito em julgado do processo, por respeito ao princípio da presunção de inocência.

Todavia, a espera pelo trânsito em julgado trouxe resultados prejudiciais ao ordenamento jurídico, visto que, levando em consideração o altíssimo número de recursos no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal e a morosidade da Justiça, estimulava-se a interposição de recursos com finalidade

meramente protelatória, e diversas vezes contribuía para a ineficácia da persecução penal ao se operar a prescrição.

A decisão no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 representou uma mudança nesse paradigma. Até então, o acusado apenas começava a cumprir pena quando acabassem todos os recursos cabíveis. Excepcionalmente, poderia ser mantido encarcerado por prisão preventiva, ou seja, para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houvesse prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, além das hipóteses previstas no artigo 313 e seguintes do Código Processo Penal.

Conforme sustentou o Ministro Luís Roberto Barroso, a condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverteria a presunção de inocência, visto que após o duplo grau de jurisdição, a presunção de não culpabilidade estaria desfeita. Ainda, o douto magistrado aduziu que o recurso extraordinário não se destina a reestudar os fatos, nem a reapreciar a prova, servindo para discutir tão somente alguma questão de direito constitucional quando seja perante o Supremo ou de direito infraconstitucional quando perante o Superior Tribunal de Justiça.

A terceira razão para a mudança de posição do Supremo Tribunal Federal foi que a impossibilidade de execução imediata de uma decisão condenatória de segundo grau fomentava a interposição sucessiva de recursos protelatórios.

Verifica-se, portanto, que a alteração de entendimento da Suprema Corte Brasileira tem como objetivo impedir a cultura que possibilita a infundável interposição de recursos, para o fim de postergar a execução da pena já confirmada em segunda instância.

O trânsito em julgado, como marco do fim da presunção de inocência, propicia um ambiente jurídico no qual é aplicado alguns direitos e princípios considerados essenciais, como o princípio da presunção e inocência, e ignorado outros valores igualmente importantes previstos na Constituição, como a da eficiência da persecução penal, celeridade, eficácia, duração razoável do processo.

Em meio a este contexto, o Superior Tribunal Federal apresentou a possibilidade de sopesamento do princípio da presunção de inocência após a sentença condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau. Desta forma,

procurou-se uma saída que levasse em consideração tanto o princípio da presunção de inocência, quanto o da eficiência da persecução penal, com o intuito de que haja mínima violação de ambos, já que a formulação adotada até começo de 2016 ofendia o princípio da eficiência do processo penal, assim como, o direito fundamental da vítima e da sociedade.

Questiona-se acerca da possibilidade de o réu ser preso, enquanto aguarda o julgamento dos recursos extraordinários interpostos, conseqüentemente, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, por decisão da Suprema Corte.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

2.1 HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Para que se possa compreender a presunção de inocência é preciso analisar os importantes momentos históricos responsáveis pela edificação de sua definição.

A origem histórica do princípio da presunção de inocência está inserida entre as premissas fundamentais que nortearam as reformas do sistema repressivo no século XVIII¹. O principal marco histórico ocorreu em 16 de agosto de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual o reconheceu normativamente ao estabelecer em seu artigo 9º que:

Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei²

A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, contemplou o princípio em seu artigo 11.1, dispondo 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 assegurarem todas as garantias necessárias para sua defesa.³

O princípio, a partir dessa declaração, adquiriu tratamento distinto, obtendo parâmetro temporal, plano central e elemento formal. Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o principal centro da presunção de inocência era a punição

¹ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 41.

² **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: < <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

³ ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

do rigor desnecessário utilizado na prisão. Com a Declaração de 1948, o princípio da presunção de inocência ganhou tanto um parâmetro temporal, quanto um parâmetro com outros princípios relacionados ao processo, sendo reconhecida como princípio político do processo e da constituição.⁴

Segundo Monica Ovinski de Camargo, com o advento da Declaração Universal de Direitos Humanos a presunção de inocência foi relacionada a uma regra probatória, impondo à acusação o ônus de provar a existência do fato delituoso, assim como a culpa do réu.⁵

Em 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos dos Humanos e das Liberdades Fundamentais dispôs sobre o referido princípio no artigo 6.2, *in verbis* “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.⁶

Lembrou Batisti que este artigo está imerso no título “Direito a um Processo Equitativo”, ou seja, verifica-se que o princípio da presunção da inocência tem natureza processual, relacionado com o devido processo legal.⁷

Posteriormente, no dia 23 de março de 1976, entrou em vigor o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Todavia, apenas foi ratificado pelo Brasil em 1992. No artigo 14, n° 2, do Pacto, a presunção da inocência foi abordada como um direito, “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”⁸

Por fim, o Brasil aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica em 25 de setembro de 1992. Em seu artigo 8º, n. 2, foi dada uma definição ao princípio: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.⁹

⁴BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 34.

⁵CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil**: O conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005. p. 56.

⁶CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

⁷BATISTI, op. cit., p. 37/38.

⁸BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

⁹BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Disponível em:

Sérgio Moro¹⁰ defende que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, assinado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, foi a legislação internacional que tratou do princípio da presunção de inocência de modo mais detalhado, em seu artigo 66, aproximando-se do conceito anglo-saxão de standard de prova.

Art. 66 Presunção de inocência

1. Toda pessoa se presume inocente até prova de sua culpa perante o Tribunal, ou de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.¹¹

Conforme Renato Brasileiro de Lima, existem três noções distintas para o princípio da presunção de inocência nos referidos tratados e legislações internacionais. Vejamos.

Em primeiro lugar, o princípio tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir. Já, conforme o artigo IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a presunção de inocência tem como escopo proteger o réu durante o processo penal, eis que presumido inocente, não pode sofrer medidas restritivas de direito no decorrer persecução penal. Por fim, de acordo com a Declaração Universal de Direitos dos Homens e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, o princípio da presunção de inocência é uma regra dirigida ao juízo da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, é imperiosa a absolvição.¹²

No ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal.¹³ Com a CF/88, o princípio da presunção de não

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹⁰ MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 147/148.

¹¹ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 43.

¹³ Idem.

culpabilidade passou a constar expressamente do inciso LVII do artigo 5º: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁴.

2.2. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Importante abordar o conceito de princípio da presunção de inocência e a distinção terminológica com o princípio da não culpabilidade, bem como os seus significados e efeitos no âmbito do processo penal. Posteriormente, serão estudadas duas regras fundamentais que derivam do referido postulado, a regra probatória e a regra de tratamento.

2.2.1 Distinção Terminológica: Princípio da Presunção de Inocência ou Princípio da Presunção de Não Culpabilidade

É possível verificar que os Tratados Internacionais se referem ao princípio da presunção de inocência, já a Constituição Federal de 1988 menciona a presunção de não culpabilidade ao versar que ninguém será considerado culpado, não utilizando a expressão presunção de inocência.¹⁵ Na jurisprudência há julgados se referindo ora ao princípio da inocência, ora princípio de não culpabilidade.

Contextualizando este panorama, durante o século XIX, houve um significativo desacordo entre os defensores das ideias iluministas da Revolução Francesa, formadores da Escola Clássica, que almejavam o fim do sistema absolutista e dos privilégios da nobreza, com o conseqüente respeito à autonomia

¹⁴ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹⁵ LIMA, 2016. p. 44.

individual e aos direitos sociais, e os adeptos a um sistema criminal voltado à defesa social no lugar dos direitos individuais, membros da Escola Positivista.¹⁶

A Escola Clássica defendia que o processo possuía duplo objetivo, punir os criminosos e, principalmente, impedir que inocentes fossem condenados. Entendia que o princípio da presunção de inocência era condição de legitimidade do procedimento penal, com a finalidade de limitar a ação do juiz e do acusador para inibir erros e arbítrios. A presunção de inocência, de acordo com Maurício Zanoide de Moraes, relacionava-se com a questão probatória, prisional e política.¹⁷

A Escola Positivista criticou veementemente o posicionamento adotado pela Escola Clássica, negava a aplicação do princípio da presunção de inocência para os indivíduos em flagrante e para quem espontaneamente confessasse a autoria do crime. Entretanto, Escola Técnico-Jurídica foi autora de mais censuras à Escola Clássica porque, segundo seu entendimento, o processo era um meio de repressão à criminalidade, sendo que as normas somente declaravam que o acusado não era considerado culpado até a condenação definitiva, mas não dispunham sobre este ser presumidamente inocente.¹⁸

Por sua vez, Manzini lecionava que o Processo Penal serve para provar a culpa do imputado por meio de regras positivadas, não estando a serviço da liberdade deste, sendo assim, era contrário ao princípio da presunção de inocência.¹⁹

Conforme Edilson Mougenot Bonfim

a presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não culpabilidade, até porque a CF (artigo 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória'. Assim, o princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se, pois, a um 'estado de inocência' ou de 'não culpabilidade'.²⁰

¹⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 108/109.

¹⁷ Idem.

¹⁸ NICOLITT, 2014, p. 42.

¹⁹ CAMARGO, 2005, p. 237/238.

²⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85.

Da mesma forma entende Júlio F. Mirabete, o qual leciona que o melhor termo é a presunção da não culpabilidade, pois a Constituição não presume que o acusado seja inocente, somente declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.²¹

De acordo com Gustavo Henrique Badaró, não existe diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo imperioso reconhecer a igualdade das duas expressões. Portanto, para o autor, é contraproducente a tentativa de separá-las, eis que configuram o mesmo princípio.²²

Cabe ressaltar que alguns países, como Portugal e Espanha, utilizaram em suas constituições o termo “presunção de inocência”, enquanto outros, tais como o Brasil e a Itália, consagram a expressão “não será considerado culpado”.

Percebe-se que não há distinção entre os dois termos, visto que caso se presuma alguém inocente, conseqüentemente não será considerado culpado. Em outras palavras, “quando não se é presumível culpado, é presumido inocente”.²³

2.2.2 Conceito

A presunção de inocência é um princípio basilar do ordenamento jurídico, especialmente no sistema penal, pois posiciona o processo penal entre os padrões constitucionalmente admissíveis.

Este princípio versa sobre a garantia de o acusado não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, após ter se utilizado de todos os meios probatórios possíveis para sua defesa, assim como, para desconstituir ou por em dúvida a credibilidade das provas apresentadas pelo órgão ministerial. Ou seja, apenas é possível que o réu seja considerado culpado ao

²¹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283.

²³ BELLAVISTA, Girolamo. apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 188.

término do devido processo legal com a observação da ampla defesa e do contraditório.²⁴

Importante frisar que a presunção de inocência se refere sempre aos fatos, sendo dever da acusação comprovar a ocorrência do crime e demonstrar que o acusado é, de fato, o sujeito ativo.

Na dicção de Edilson Mougnot Bonfim, o princípio da presunção de inocência “reconhece um estado transitório de não culpabilidade, na medida em que referido status processual permanece enquanto não houver trânsito em julgado de uma sentença condenatória”.²⁵

Do princípio basilar decorrem duas regras fundamentais, a regra probatória e a regra de tratamento. A regra probatória se refere aos comandos no tocante à distribuição do ônus probatório e ao julgamento, em especial ao desdobramento *in dubio pro reo*.

De acordo com esta vertente do princípio, incumbe à acusação demonstrar a culpabilidade e a existência dos fatos imputados ao réu, com respeito ao devido processo legal, não sendo suficiente que o Ministério Público ou o querelante refute as teses defensivas.²⁶

Destaca-se a lição de Afrânio Silva Jardim “o ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado”.²⁷

Neste sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho aponta como consequências desta regra: o ônus da acusação de demonstrar a culpabilidade do acusado; a obrigação de se comprovar a ocorrência dos fatos imputados ao réu, em vez de evidenciar as incongruências de sua defesa; a comprovação deve ser feita observando o devido processo legal; a impossibilidade de coagir o réu a cooperar na apuração dos fatos.²⁸

²⁴ LIMA, 2016, p. 43.

²⁵ BONFIM, 2012. p. 86.

²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência**: princípios e garantias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 39/40.

²⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Processo Penal**: Estudos e Pareceres. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. p. 221.

²⁸ GOMES FILHO, op. cit. p. 31.

Figueiredo²⁹ aduz que a parte acusatória tem o dever de provar a existência de todos os elementos necessários para que haja a responsabilização do acusado, tanto no aspecto positivo, consistente na materialidade e na autoria do delito, quanto no negativo, ausência de causas que afastem o ilícito. Desta forma, caso haja dúvida sobre materialidade, autoria ou existência de excludentes, é imperiosa a absolvição do acusado.

Na dicção de Maurício Zanoide de Moraes³⁰, o princípio em análise, dentro da dimensão probatória, possui desdobramentos, quais sejam: norma probatória em si e a norma de juízo. A primeira, como já explanado, refere-se a atividade probatória da parte acusadora, já a segunda se relaciona com a noção de suficiência, probabilidade e dúvidas sobre o conjunto probatório produzido.

Importante lembrar que o processo penal começa no momento em que se reúnem provas suficientes da existência de um crime e indícios de autoria. Esta seara processual tem como escopo obter a certeza na sentença, seja para absolver ou condenar o réu. Todavia, se houver dúvida sobre a materialidade ou autoria do delito impõe-se ao juiz absolver o acusado, não sendo possível proferir sentença condenatória baseada em incertezas.³¹ Contempla-se, assim, a regra de solução técnica, *in dubio pro reo*, segundo a qual em caso de dúvida é necessário sempre favorecer o acusado.³²

Desta forma, além do desdobramento de distribuição do ônus probatório, a regra probatória também norteia a conduta do magistrado no momento do julgamento ao se observar os ditames do *in dubio pro reo*.

Conforme Badaró, trata-se de uma disciplina do acerto penal, ou seja, é preciso comprovar, sem espaço para quaisquer dúvidas razoáveis, a culpabilidade do acusado para a imposição de uma sentença condenatória.³³

Renato Brasileiro de Lima aponta:

Presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é

²⁹FIGUEIREDO, Igor Nery. **A Prisão Durante o Processo Penal**: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. p. 57.

³⁰MORAES, 2010, p. 462/464.

³¹CAMARGO, 2005, p. 135/136.

³²Ibid., p. 136.

³³BADARÓ, 2003, p. 285.

preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.³⁴

Destarte, o princípio do *in dubio pro reo* é aplicado no momento do julgamento quando houver dúvida. Ou seja, serve como regra de interpretação direcionada ao magistrado, o qual deve proferir sentença favorecendo o acusado caso haja dúvidas razoáveis. Caso a acusação não se desincumba do ônus de provar que o denunciado não realizou a conduta criminosa imputada, por conseguinte, deixando de afastar a presunção de inocência, não cabe a defesa demonstrar o contrário.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que não pode haver qualquer juízo condenatório sem que exista base probatória idônea para tanto, visto que a sentença condenatória deve ser amparada por elementos de certeza, “capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*”.³⁵

Já por força da regra de tratamento, o Poder Público está proibido de atuar e de se portar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se já estes já tivessem sido condenados de forma definitiva, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado.³⁶

De acordo com Camargo, o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “ninguém pode ser considerado culpado”³⁷, enaltece o entendimento do princípio da não culpabilidade como regra de tratamento, eis que impossibilita que o réu tenha o mesmo tratamento dado aos culpados antes da sentença condenatória irreversível.³⁸

José Laurindo de Souza Netto³⁹ instrui que o princípio da presunção de inocência alcança muito além da disciplina probatória, pois se irradia por todo o

³⁴ LIMA, 2016, p. 09.

³⁵ Ibid., p. 10.

³⁶ Idem.

³⁷ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

³⁸ CAMARGO, 2005, p. 257.

³⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios.** Curitiba: Juruá, 2003. p. 154.

sistema penal, em especial no âmbito de intervenção estatal sobre o indivíduo. Deste modo, a presunção de inocência abrange a investigação do acusado, bem como, o tratamento que lhe é dado durante o decorrer do processo penal até que ocorra a aplicação ou não da sanção penal.

Assim, Camargo defende que a manifestação mais clara desta regra é analisada na disciplina prisional, pois a prisão do acusado ao longo da persecução penal perpassa o estigma de culpado. A decretação de prisão antes da sentença condenatória definitiva deve ocorrer somente em casos extraordinárias, quando restar demonstrada a necessidade da medida cautelar de prisão, sob pena de violação da presunção de inocência.⁴⁰

Neste sentido, aponta Renato Brasileiro Lima:

A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar preso no curso do processo. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de exceção provisória ou antecipada da sanção penal.⁴¹

Conforme Renato Brasileiro de Lima, a regra de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Na primeira dimensão, esta vertente do princípio da presunção de não culpabilidade funciona como um dever imposto ao juiz, visto que caso existam dúvidas razoáveis, faz-se mister proferir sentença favorecendo o réu. Ainda, neste aspecto, as prisões cautelares apenas devem ser decretadas quando restar demonstrado ser a única medida cautelar para resguardar a eficácia do processo.⁴²

Na dimensão externa, o princípio da presunção de inocência e os direitos fundamentais à imagem, privacidade e dignidade, atuam como proteção à publicidade abusiva e à estigmatização do réu, “funcionando como limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial”.⁴³

Na dicção de André Nicolitt:

⁴⁰ CAMARGO, 2005, p. 256/257.

⁴¹ LIMA, 2016, p. 45.

⁴² Ibid., p. 46.

⁴³ Idem.

Esta dimensão atua sobre a exposição pública do imputado, sobre sua liberdade individual, funcionando, neste último caso, como limites às restrições de liberdade do acusado antes do trânsito em julgado, evitando a antecipação da pena. Desta forma, o princípio atua como limitação teleológica à aplicação das prisões cautelares.⁴⁴

Em síntese, foi abordado que na esfera de atuação do princípio da presunção de inocência existem duas dimensões, qual seja, o âmbito probatório, sendo dever da acusação comprovar a responsabilidade criminal do denunciado acima de qualquer dúvida razoável, derivando no princípio *in dubio pro reo*; bem como, o aspecto de tratamento, impedindo a restrição da liberdade do acusado antes da sentença transitada em julgado, salvo quando estritamente necessário.⁴⁵

2.2.3. Presunção de Inocência e Prisões Processuais

Conforme Eugênio Pacelli, o sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 foi organizado com base em um juízo de antecipação da culpabilidade, visto que a custódia não tinha fundamento em uma razão cautelar específica, mas sim na lei. Tanto era assim que havia prisões automáticas em virtude da pronúncia e de condenação recorrível, sendo, aliás, condição de admissibilidade para o recurso de apelação.

Porém, a partir da Constituição da República de 1988, com o artigo 5º, incisos LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁴⁶, e 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”⁴⁷, houveram alterações neste paradigma. E, principalmente, desde a Lei nº

⁴⁴ NICOLITT, 2014, p. 45.

⁴⁵ FIGUEIREDO, 2012, p. 58.

⁴⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

⁴⁷ Idem.

11.719/2008, foram realizadas mudanças nesta questão, determinando que a prisão precisa ser baseada em ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente.

Ainda, a Lei nº 12.403/2011 alterou o trato das prisões e da liberdade provisória ao prever inúmeras alternativas ao cárcere, bem como ao definir a natureza cautelar do encarceramento antes do trânsito em julgado e afastar a execução provisória da condenação criminal, ante a nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Dentre outras mudanças, o artigo 4º da Lei nº 12.403/2011 revogou expressamente os artigos 595 e 393, ambos do Código de Processo Penal, os quais previam, respectivamente, a deserção da apelação pela fuga do réu e o lançamento do nome do condenado em primeiro grau no rol dos culpados. Importante ressaltar que mesmo antes da vigência da referida Lei, o Superior Tribunal de Justiça havia editado a súmula nº 347, *in verbis*: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.⁴⁸

Tendo visto as mudanças legislativas em relação à custódia cautelar, cabe a conceituar e diferenciar da prisão-pena. Leciona Renato Brasileiro de Lima que prisão é a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento do indivíduo ao estabelecimento penal, ante o estado de flagrância, ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ou ainda, em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei.⁴⁹

A prisão cautelar, também denominada de *carcer ad custodiam*, é determinada com o escopo de garantir a eficácia das investigações ou do processo, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.⁵⁰

Isto porque no lapso temporal entre a prática do ilícito penal e o trânsito em julgado, tem-se o risco de que algo comprometa a atuação jurisdicional ou afetem a eficácia e utilidade do julgado.⁵¹

Lembra Antônio Scarance Fernandes que as medidas cautelares têm caráter de urgência, tendo como objetivo evitar que no momento em que decisão

⁴⁸PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 500.

⁴⁹LIMA, 2016, p. 850.

⁵⁰Idem.

⁵¹Idem.

condenatória for proferida, esta não mais satisfaça o direito da parte, obstando a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.⁵²

Estes provimentos processuais penais estão dispostos ao longo do Código de Processo Penal, sendo encontrados tanto no título pertinente as provas, como também no título acerca da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, ainda, estão previstos dentre os incidentes relativos às medidas assecuratórias.

Aponta Renato Brasileiro de Lima:

Entre as medidas cautelares previstas no CPC estão as medidas cautelares de natureza pessoal, as quais são restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela, ora em maior grau de intensidade (vg., prisão preventiva temporária), ora com menor lesividade (vg., medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP).⁵³

De acordo com Camargo, as medidas cautelares possuem duas características, quais sejam, provisoriedade e proporcionalidade. Esta se refere a necessidade de aplicação da medida cautelar, faz-se um juízo de ponderação entre as razões que levaram a adoção da medida e o prejuízo que ocorreria com a restrição do direito. Já a provisoriedade diz respeito a instrumentalidade da medida, a qual é utilizada para atingir determinada finalidade ao longo do processo penal.⁵⁴

Já a prisão penal (*carcer ad poenam*) decorre de sentença condenatória com trânsito em julgado, determinando o cumprimento de pena privativa de liberdade, observado o devido processo penal e as garantias e direitos do cidadão, esta se caracteriza pela obtenção do provimento jurisdicional definitivo.⁵⁵

Verifica-se que enquanto a prisão penal tem como escopo punir o réu que sofre sua decretação, a prisão cautelar visa a proteção dos meios ou dos resultados do processo para o fim de assegurar o correto deslinde tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução. Como bem acentuado por Renato

⁵² FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 297.

⁵³ LIMA, 2016, p. 806/807.

⁵⁴ CAMARGO, 2005, p. 258/259.

⁵⁵ PACELLI, 2013, p. 850.

Brasileiro de Lima, a prisão preventiva não deve ser empregada para punir antecipadamente a pessoa a quem se imputou a prática da conduta delituosa, pois se assim o fizesse, “subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência”.⁵⁶

Sendo assim, toda e qualquer prisão deve ser decretada por meio de decisão fundamentada de magistrado ou de tribunal competente, observada a necessidade ou a indispensabilidade do encarceramento. De acordo com Pacelli, “surge a necessidade de preservação da efetividade do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente”.⁵⁷

Estas medidas cautelares funcionam como instrumentos para obstar os efeitos que a demora na prestação jurisdicional possam causar sobre a pretensão visada pelo processo penal. Na dicção de Calamandrei, os provimentos cautelares⁵⁸

representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça: a da celeridade e da ponderação. Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário.⁵⁹

Desta forma, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a restrição à liberdade do denunciado por meio da imposição de uma medida cautelar de natureza pessoal, apenas é admissível a título cautelar, desde que preenchidos os pressupostos legais, independentemente da instância em que se encontrar o processo.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, o princípio da presunção de inocência é compatível com a imposição de prisões cautelares antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, visto que a Constituição Federal, no art. 5º,

⁵⁶ LIMA, 2016, p. 851.

⁵⁷ PACELLI, 2013, p. 498.

⁵⁸ LIMA, 2016, p. 805/806.

⁵⁹ CALAMANDREI, Piero, 2000 apud LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 806.

inciso LXI, permite tal custódia. É possível, portanto, que os dois dispositivos constitucionais convivam se a medida cautelar mantiver seu caráter excepcional.⁶⁰

Como leciona J. J. Gomes Canotilho, se a presunção de inocência for aplicada de forma absoluta, não será cabível qualquer provimento cautelar, inviabilizando o processo penal.

Assim, apesar de o princípio da presunção de inocência inibir limitações aos direitos do acusado antes do julgamento do processo ou, pelo menos, tornar tais restrições excepcionais, verifica-se que o princípio não tem natureza absoluta, podendo ser relativizado.⁶¹

⁶⁰ LIMA, 2016, p. 806.

⁶¹ MORO, 2010, p. 154.

3 PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

É notória a demora do Poder Judiciário para o julgamento de ações criminais e para a configuração do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conseqüentemente, tem-se o estímulo para a interposição de recursos com caráter meramente protelatórios, que objetivam, muitas vezes, a prescrição da ação. Desta forma, questiona-se se é necessária a espera da apreciação dos recursos pelos Tribunais Superiores para que ocorra o trânsito em julgado. Na hipótese da sentença condenatória ser executada sem aguardar o resultado desses recursos alguns críticos alardeiam o fim do princípio constitucional da presunção da inocência do acusado.

Cabe, entretanto, discorrer resumidamente acerca do trânsito em julgado. Trata-se de uma expressão empregada no ordenamento jurídico brasileiro que indica a preclusão das vias impugnativas, seja pelo transcurso *in albis* do prazo recursal estabelecido em lei, seja pelo esgotamento das vias recursais, ou seja, não se admite mais interposição de pedido de reexame da matéria. Destarte, diz-se que a decisão judicial é definitiva, irretratável ao ocorrer o trânsito em julgado.

O trânsito em julgado dá origem à coisa julgada formal, que é a imutabilidade da sentença no próprio processo, e à coisa julgada material, consistente na inalterabilidade dos efeitos da sentença.

De acordo com Pacelli:

A coisa julgada, sabe-se, não é um efeito, mas uma qualidade da decisão judicial da qual não caiba mais recurso. É a imutabilidade da sentença, de modo a impedir a reabertura de novas indagações acerca da matéria nela contida.⁶²

Com isto exposto, passa-se ao exame da presunção de inocência. Pois bem, a Constituição Federal de 1988, inspirada pelos movimentos constitucionalistas de proteção de direitos fundamentais, regulamentou os princípios orientadores da

⁶² PACELLI, 2013, p. 668.

persecução penal, tornando-os cláusulas pétreas. Assim, foi imposto ao Poder Público que priorize a proteção de direitos fundamentais, principalmente aqueles voltados para assegurar as garantias do investigado ou denunciado, tais como direito ao contraditório, a vedação de provas ilícitas, direito à ampla defesa, ao silêncio, bem como a presunção de inocência.⁶³

Por sua vez, quando há o cometimento de crime o Estado também tem como prioridade a eficácia da persecução penal e aplicação das normas jurídicas penais, objetivando afastar a impunidade e ao mesmo tempo resguardar direitos fundamentais individuais e coletivos.⁶⁴

Conforme Figueiredo, a criação de mandados de criminalização no texto da Carta Magna somada à previsão de direitos fundamentais, demonstra que a efetividade da tutela jurisdicional é uma das prioridades do Estado.⁶⁵ Aliás, de acordo com Ingo Sarlet, o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais contra as violações perpetradas tanto pelos particulares, quanto pelos poderes públicos.⁶⁶

Colaborando para esse entendimento, Figueiredo aponta que caso o Estado execute a persecução penal de modo ineficaz e negligente, ante a proteção insuficiente, estará desrespeitando determinado direito fundamental.⁶⁷

Nesse sentido, Antônio Escrivão Filho e José Geraldo de Sousa Junior apontam:

na medida em que os direitos humanos sejam compreendidos como produtos dos processos sociais de lutas por dignidade, identifica-se no conceito de exigibilidade uma condição de duplo efeitos essencial para os direitos humanos: de um lado, a delegação de legitimidade política e jurídica para a sociedade exigir a efetivação de seus direitos, e de outro, a noção imperativa de respeito e promoção ativa e contínua destes direitos por parte do Estado.⁶⁸

⁶³ FIGUEIREDO, 2012, p. 61/62.

⁶⁴ Ibid., p. 63.

⁶⁵ Ibid., p. 68.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e propriedade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e insuficiência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 47, março-abril 2004. p. 92/93.

⁶⁷ FIGUEIREDO, op. cit., p. 67.

⁶⁸ ESCRIVÃO FILHO, Antônio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: De Plácido, 2016. p. 64.

Importante salientar que a aplicação de princípios e garantias processuais individuais de forma absoluta, pode prejudicar, e até mesmo anular, a efetividade da justiça criminal e da proteção dos direitos sociais da coletividade.⁶⁹ Neste sentido, a observância absoluta do princípio da presunção de inocência causa a violação do dever de eficácia da persecução penal.

Mostra-se imprescindível a admissão da relativização do princípio da presunção de inocência e do princípio da efetivação da tutela jurisdicional, para que ambos sejam respeitados de forma isonômica, visto que se assim não o for acaba gerando enorme impunidade, o que “configura um dos fatores que contribui para a atual ‘crise da justiça criminal’, e que no fundo acarreta uma ameaça ao Estado de Direito.”⁷⁰

Figueiredo⁷¹ aponta que:

A tutela de direitos fundamentais do réu deve conviver harmonicamente com uma persecução penal eficaz, e, nessa dosagem, o Estado passa a garantir um processo justo, leal ao acusado, assegurada a paridade de forças entre a acusação e defesa, mas que não compactua com a imunidade e a deficiência no dever de proteger os direitos da sociedade.⁷²

Evidente, portanto, o conflito existente entre o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e a eficiência da tutela jurisdicional, assegurada pela proteção dos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à segurança e à duração razoável do processo, todos descritos no artigo 5º da Constituição Federal.

Outro princípio que deve ser trazido a baila, é o da proporcionalidade, o qual serve como mecanismo para resolução da colisão ente direitos fundamentais. No sistema de princípios e valores constitucionais, nenhum desses é considerado absolutamente intangível, pois sempre é empregado observando outros valores previstos na Carta Magna, razão pela qual os princípios podem vir a sofrer

⁶⁹BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 25/26.

⁷⁰Idem.

⁷¹ FIGUEIREDO, 2012, p. 64.

⁷² Idem.

limitações caso um não prevaleça sobre o outro ou não seja possível à aplicação conjunta.⁷³

Todo princípio possuiu limites implícitos, na medida em que são sujeitos ao conflito e harmonização com outros valores também garantidos constitucionalmente. Desta forma, os princípios processuais penais, dentre os quais há diversas garantias aos indiciados e denunciados, também sofrem influência do princípio da proporcionalidade, podendo ser balanceados com demais valores previstos na Carta Magna.⁷⁴

Conforme Badaró, “os princípios, sendo considerados mandamentos de otimização, poderão ser satisfeitos em graus variados, e a medida de sua satisfação dependerá das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas existentes”.⁷⁵ Assim, os princípios possuem limites jurídicos para sua satisfação, o que pode ocasionar colisões entre estes. Neste caso, o conflito deverá ser dirimido por meio do sopesamento ou ponderação entre os princípios. Vale frisar que mesmo após a solução da colisão entre os princípios, estes continuarão válidos e sem que um prevaleça sobre o outro, eis que a depender das condições concretas da situação em apreço, se analisará qual sopesará.⁷⁶

O princípio da proporcionalidade é subdividido em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O juízo de adequação consiste na verificação de uma relação de meio a fim. O meio utilizado necessita ser hábil a alcançar o interesse de maior repercussão, ou seja, consiste em uma relação de causalidade entre o que se objetiva e a medida empregada, a qual deve ser apta a fomentar a realização do fim a que se destina.⁷⁷

Cuellar-Serrano aponta que, no âmbito da adequação, as medidas restritivas de direito devem ser qualitativa, quantitativa e subjetiva. A primeira significa que a medida precisa ser apta por natureza para atingir o fim almejado, razão pela qual a natureza de ambos deve ser compatível. Por sua vez, a adequação quantitativa se refere à intensidade ou duração da medida, sempre necessitando ser congruente com o escopo a ser alcançado. Já a adequação subjetiva diz respeito à exigência de

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 44.

⁷⁴ Ibid. p. 41.

⁷⁵ Ibid., p. 42.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ibid., p. 44.

que a medida se dirija a uma determinada pessoa sobre a qual recaiam as circunstâncias necessárias para ser atuada.⁷⁸

Posteriormente, deve ser analisado o juízo de necessidade da medida a ser aplicada, aqui é visada a menor intervenção possível na esfera de liberdade dos indivíduos. Este exame é feito através da comparação entre diversas medidas adequadas para atingir o objetivo de realização ou proteção de direito fundamental. Assim, é verificada qual a medida é mais eficiente e restringe da menor forma o direito afetado.

A averiguação do juízo de adequação e do de necessidade são diversos, vejamos:

enquanto o teste de adequação é absoluto e linear, ou seja, se refere pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim.⁷⁹

Importante, por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Para Alexy, a solução para o conflito entre princípios reside justamente no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado de sopesamento, já que aqueles devem ser realizados na medida do possível. Assevera que “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais”.⁸⁰

Neste sentido Sarlet leciona que

exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização.⁸¹

⁷⁸ CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez, 1990 apud BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2º Ed. Elsevier Editora Ltda. 2014. p. 44.

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 171.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2º ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 117/118.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 400/401.

Destarte, é aplicada ao conflito entre direitos fundamentais a lei do sopesamento, segundo a qual “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.⁸²

Diante disso, torna-se essencial o emprego da teoria de colisão de princípios fundamentais de Robert Alexy:

a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.⁸³

O juízo de ponderação, no processo penal, se dá entre o interesse estatal e o individual. Por um lado, existe o interesse da pessoa em usufruir plenamente seus direitos fundamentais, de outro, tem-se o interesse estatal na persecução penal com o objetivo de tutelar os bens jurídicos protegidos pelas normas penais. Verifica-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade tem como escopo a proteção contra o excesso em relação ao acusado, assim como a proibição de ineficiência ou deficiente no tocante a coletividade.⁸⁴ É nesta ponderação de princípios que se situa a procura pela legitimação da execução provisória da pena, quando confirmada em segunda instância.

A imprescindibilidade de o Estado combater a criminalidade e a aplicação de sanções ao delinquente faz com que se verifique o dever do Poder Público à persecução criminal e à investigação, os quais provêm da garantia fundamental de segurança, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal.⁸⁵

Neste sentido, o processo penal apenas será legítimo se respeitadas as garantias individuais, sendo inclusive pressuposto do devido processo legal. Todavia, quando existir uma ameaça, concreta e efetiva, perpetuada pelo acusado ao regular trâmite do processo, o Poder Judiciário poderá tomar medidas para superar estes empecilhos, ainda que com o recurso à sua inerente coercibilidade.⁸⁶

⁸² ALEXY, 2008, p. 167.

⁸³ Ibid., p. 118.

⁸⁴ LIMA, 2016, p. 814.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ PACELLI, 2013, p.498.

A atual redação do artigo 283 do Código de Processo Penal ao dispor que o indivíduo apenas poderá ser preso por decisão fundamentada de autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou no curso da persecução penal, parece afastar a execução provisória da pena.⁸⁷

Entretanto, a inexistência de exceções em relação a execução provisória da sentença penal condenatória após o julgamento em segundo grau de jurisdição é preocupante, tendo em vista a morosidade excessiva, cotidiana e notória existente para que os tribunais superiores apreciem ou rejeitem o cabimento de recurso especial ou recurso extraordinário, ainda mais que até que esta decisão seja proferida pode decorrer um lapso temporal muito maior do que na tramitação do processo na jurisdição ordinária. Desta forma, o direito, como conjunto de normas e princípios, deve se manter aberto as exceções, inerentes à complexidade da vida em sociedade.⁸⁸

Pacelli lembra que “o Brasil parece ser o único país de que se tem notícia a prever o julgamento do processo penal em três instâncias para a execução da sentença condenatória”.⁸⁹ O autor, aliás, aponta que na grande maioria dos outros ordenamentos jurídicos privilegia-se a decisão proferida nas instâncias ordinárias, salvo no caso das revisões criminais.

Ocorre que há situações em que não existe qualquer dúvida acerca da materialidade, autoria e qualificação jurídica da conduta delituosa realizada pelo acusado, e a parte interpõe recurso especial e extraordinário, agravos contra o indeferimento destes recursos e inacabáveis embargos declaratórios, visando unicamente postergar o trânsito em julgado para alcançar a prescrição. Nestes casos, não é razoável impedir a execução provisória da condenação, pois evidente o caráter meramente protelatório dos recursos interpostos após a decisão de segunda instância.⁹⁰

⁸⁷ PACELLI, 2013, p.499.

⁸⁸ Ibid., p.606.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Ibid., p.607.

Vale ressaltar que os recursos extraordinários limitam a matéria arguida por meio da repercussão geral, razão pela qual nem se deveriam analisar os recursos com o objetivo de protelar o trânsito em julgado.

Desta forma, conforme Pacelli, excepcionalmente seria possível admitir a execução provisória da pena, desde que não houvesse dúvida sobre a decisão condenatória. Neste sentido, o autor explana sua posição:

qual seria o risco de uma execução fundada em condenação proferida em primeiro e segundo grau, com ampla produção probatória, incluindo a prova arrolada pela defesa e acrescida da voluntária confissão do acusado? Somem-se a tudo isso: a gravidade do crime, a quantidade da pena aplicada e a inexistência de argumentação recursal minimamente ponderável, tal como ocorre com a insistente oposição de embargos declaratórios, com a única finalidade de prorrogação do momento consumativo do julgado.⁹¹

A exigência do trânsito em julgado para executar a pena privativa de liberdade serve como uma garantia ao acusado, mas ao mesmo tempo tem sido utilizada como empecilho à efetivação da tutela jurisdicional. Assim, para que seja assegurada esta garantia e dar efetividade a tutela jurisdicional, seria importante que houvesse exceção à regra da vedação da proibição de execução provisória se comprovada a prática criminosa pelo denunciado.⁹²

De acordo com Carvalho, os constituintes originários deveriam ter redigido o princípio da presunção de inocência em termos genéricos, sem arbitrar termo final, para que a jurisprudência conseguisse harmonizá-la com os demais princípios constitucionais. Sustenta que o ideal seria seguir o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual descreveu no artigo 8, n° 2, que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa, admitindo que a legislação infraconstitucional trate sobre o termo final do referido princípio.⁹³

Como visto anteriormente, além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os demais tratados internacionais que versam sobre a presunção de inocência também não mencionam que o trânsito em julgado da decisão

⁹¹ PACELLI, 2013, p.607.

⁹² Idem.

⁹³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 192.

condenatória é requisito para a comprovação da culpa. Ao contrário, somente dispõe que o referido princípio persistirá enquanto não se comprove a culpabilidade do acusado.

Neste sentido, Sérgio Moro⁹⁴ sustenta ser possível, conforme a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a prisão decorrente de sentença condenatória, assim como a relativização do princípio da presunção de inocência existente nos Estados Unidos:

Apenas como exemplo, é oportuna a referência ao art. 5º, I, 'a', da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que considera a condenação criminal, ainda que por julgamento não definitivo, motivo suficiente e autônomo para a prisão. Também nos Estados Unidos, ainda um modelo de legislação eficaz e compatível com os princípios liberais democráticos (excluem-se os excessos decorrentes da assim denominada guerra contra o terrorismo), não tem o condenado em primeiro grau de jurisdição um direito irrestrito de apelar em liberdade. Ao contrário, tem ele o ônus de demonstrar que sua liberdade não coloca em risco a sociedade ou o processo e que seu recurso não tem cunho protelatório. Há uma nítida distinção entre a situação do acusado antes e depois da condenação, mesmo não sendo esta definitiva, cf. Título 18 do US Code, Seção 3.143, 'n', e Rule 46, 'c', da Federal Rules of Criminal Procedure.⁹⁵

O autor explica que o princípio da presunção de inocência está ligado a proteção do denunciado antes do julgamento da ação e não aos efeitos dos diversos recursos interpostos, seja perante os Tribunais de apelação, seja perante os Tribunais Superiores.⁹⁶

Destarte, a sentença condenatória se torna mero parecer jurídico, visto que a eficácia desta decisão apenas ocorrerá após o trânsito em julgado, o que faz com que se anule a efetividade do processo criminal ao agravar a morosidade com a prodigalidade recursal.⁹⁷

É sabido que o princípio do duplo grau de jurisdição assegura o direito ao reexame de julgados por um órgão colegiado diverso daquela que proferiu a decisão, permitindo a reanálise da matéria fática e de direito.

⁹⁴ MORO, Sérgio Fernando. O processo penal no crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JR., José Paulo (org.). **Lavagem de Dinheiro** – comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 199.

⁹⁵ Ibid., p. 199.

⁹⁶ MORO, 2010. p. 156.

⁹⁷ Idem.

Neste sentido, autorizar a execução provisória da pena privativa de liberdade após sentença condenatória de primeiro grau pode ensejar equívocos, além de existir chances de ser alterada por decisão do Tribunal ad quem. Já os acórdãos condenatórios, realizados por um colegiado, tem ínfima chance de estar em desacordo com a realidade.

Todavia, de acordo com Badaró, o que não se pode permitir é que as instâncias extraordinárias virem terceiro grau de jurisdição, pois, diante da organização judiciária brasileira não existe terceiro grau de jurisdição, e sim instância extraordinária na qual apenas é possível um único reexame de matéria de direito e interposição de recursos ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, não é manifestação de duplo grau de jurisdição.⁹⁸

Colaborando para esse entendimento, Ada Pellegrini Grinover aponta:

Deve-se observar, porém, que o princípio do duplo grau se esgota nos recursos cabíveis no âmbito da revisão, por uma única vez. Os recursos de terceiro grau das Justiças trabalhistas e eleitoral, o recurso especial, para o STJ, e o extraordinário, para o STF, não se enquadram na garantia do duplo grau.⁹⁹

Isto porque a justificação dos recursos extraordinário e especial é totalmente diversa da dada ao duplo grau, na dicção de Pacelli:

A jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumprem outra missão, qual seja, a da tutela, pela via difusa, da unidade da Constituição e da legislação infraconstitucional, respectivamente.¹⁰⁰

Além do fato de ser inviável, em sede de recursos extraordinários, o reexame da questão probatória, nos termos das súmulas n° 7 do Superior Tribunal de Justiça e n° 279 do Supremo Tribunal Federal. Portanto, a culpabilidade no tocante ao conjunto probatório se encontra formada ao ser confirmada por Tribunal de segunda instância, amoldando-se aos limites ditados por diversos tratados internacionais em relação ao princípio da presunção de inocência.

⁹⁸ BADARÓ, 2014, p. 29.

⁹⁹ GRINOVER, et al. **Recurso no Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 20.

¹⁰⁰ PACELLI, 2013, p. 886/887.

Assim, é correta a tese de que a execução provisória da pena pode ocorrer após a confirmação do julgamento pelo Tribunal ad quem, sem qualquer violação ao princípio da presunção de inocência.

De acordo com Batisti¹⁰¹, é necessário lembrar que no ordenamento jurídico brasileiro existem recursos de natureza ordinária e extraordinária. Estes tem a finalidade de analisar a compatibilidade com o direito, objetivando a uniformização jurisprudencial e sendo vedado o reexame de provas. Para o autor, a presunção de inocência não poderia perdurar até o momento da apreciação dos recursos extraordinários, pois se ampliaria o alcance do princípio, o que não ocorre em praticamente todos os países democráticos.

Sendo assim, os recursos desta índole atingem de modo indireto o recorrente, não ocasionando redução do direito de defesa, pois em caso de eventual erro de direito, este pode ser desfeito por meio de liminar em *Habeas Corpus*.

Desta forma, o fato de estes recursos obstarem a execução da pena já confirmada pelo Tribunal de Apelação, faz com que se interponham recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal para procrastinar o trânsito em julgado e obter a prescrição da pretensão punitiva, e não para assegurar a unidade da aplicação do direito federal. Assim, o doutrinador entende que o prazo de prescrição não deve correr enquanto não for julgado o recurso especial ou o extraordinário.¹⁰²

Conforme o exposto, o princípio da presunção de inocência não deve ser estendido até o julgamento dos recursos de natureza extraordinária, visto que a comprovação da culpabilidade ocorre na instância ordinária ante a impossibilidade de rediscutir a matéria fática após isso.

Como bem acentuado por Carvalho:

Concorda-se que uma coisa é presumir a inocência de todos, especialmente daquele que está afirmando sua própria inocência; outra coisa é continuar presumindo a inocência de quem, além de já condenado pela segunda instância ou pelas duas instâncias, não está mais lutando por tese que evite a sua prisão.¹⁰³

¹⁰¹BATISTI, 2009, p. 227.

¹⁰²GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 2007. p.125/126.

¹⁰³BELLAVISTA, Girolamo. apud CARVALHO, 2014, p. 193.

Porém, o doutrinador entende que o princípio da presunção de inocência perdura até o trânsito em julgado, pois em que pese não concordemos com a Carta Magna, devemos respeitá-la e esta dispõe categoricamente no artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, sustenta que a solução para o conflito entre a presunção de inocência e a eficácia da tutela jurisdicional é de competência do Poder Legislativo e não do Judiciário.¹⁰⁴

Importante salientar que termo final da presunção de inocência fixado pela Constituição Federal de 1988 é demasiadamente exacerbado, trazendo significativos prejuízos ao sistema recursal brasileiro e a efetividade da tutela jurisdicional. Deve se ter em vista que o princípio do duplo grau de jurisdição não abrange as decisões do STF e STJ na apreciação dos recursos de natureza extraordinária, assim como a comprovação da culpabilidade não é requisito de admissibilidade destes recursos. Sendo assim, não existem fundamentos para que o princípio da presunção de inocência prevaleça no âmbito dos Tribunais Superiores.

Ante o explanado, vislumbra-se que a execução da pena provisória após acórdão confirmatório de segundo grau não viola a presunção de inocência. Na verdade, trata-se de um sopesamento entre o referido princípio e a eficácia da tutela jurisdicional, com o objetivo de alcançar equilíbrio entre os princípios do garantismo e da eficiência da prestação jurisdicional, vez que a aplicação tanto de um quanto do outro de forma absoluta implica em consequências prejudiciais para o sistema penal.

¹⁰⁴ BELLAVISTA, Girolamo. apud CARVALHO, 2014, p. 193.

4 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para que se possam analisar os posicionamentos adotados pela Corte Suprema ao longo dos anos acerca da execução provisória da pena é necessário voltar ao conceito de execução provisória da pena.

A execução provisória da pena é aquela que se dá antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Existem dois tipos de prisão que ocorrem antes do esgotamento de todos os recursos cabíveis, a prisão cautelar ou a antecipação do cumprimento da pena. A primeira ocorre quando durante o processo existir razões para segregar o acusado cautelarmente. Já na segunda, o réu é encarcerado após confirmação de sentença condenatória por Tribunal de segundo grau.

Após a sentença condenatória ser proferida por um magistrado de primeira instância, é admissível a interposição de recurso de apelação ao respectivo Tribunal. Proferida a decisão pelo órgão colegiado de segundo grau, caso os requisitos estejam presentes, caberá recursos de natureza extraordinária aos Tribunais Superiores. Sabe-se que estes recursos não possuem efeito suspensivo, nem são manifestação do princípio do duplo grau de jurisdição e inexistente terceiro grau de jurisdição, assim, indaga-se sobre a viabilidade do acusado ser recolhido ao estabelecimento penal enquanto aguarda o julgamento dos recursos extraordinário e especial interpostos, por conseguinte, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4.1 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS PACIFICADOS ATÉ FEVEREIRO DE 2016

Depreende-se na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que durante muitos anos esta Corte entendeu que o trânsito em julgado da sentença

condenatória ocorreria após o esgotamento de recursos ordinários, haja vista serem dotados apenas de efeito suspensivo.

Sendo assim, era possível a execução da pena após a sentença condenatória confirmada em segundo grau, ainda que houvesse recursos extraordinário e especial pendente de julgamento. Ou seja, como os recursos extraordinários não possuíam efeito suspensivo, a pena poderia ser executada independentemente de existir os requisitos que autorizassem a prisão cautelar.

O Plenário da Suprema Corte, nos autos do *Habeas Corpus* n° 72.366/SP, julgado em 1999, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, firmou o posicionamento de que haveria absoluta compatibilidade do artigo 594 do Código de Processo Penal (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) com a Constituição Federal de 1988. Ressaltou-se que com a sentença condenatória recorrível haveria um “juízo de consistência da acusação”, razão pela qual era autorizada a prisão como consequência natural do édito condenatório. .

Observa-se esse entendimento no *Habeas Corpus* n° 91675, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, cuja ementa é a seguinte:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado. (HC 91675, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00059 EMENT VOL-02302-02 PP-00320 RTJ VOL-00203-03 PP-01218)¹⁰⁵

Da mesma forma, foi o posicionamento adota no RHC n° 85.024 de relatoria da Ministra Ellen Gracie:

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91675**, Relator (a): Min. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00059 EMENT VOL-02302-02 PP-00320 RTJ VOL-00203-03 PP-01218. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499432>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. 1. Confirmada a condenação, em segundo grau de jurisdição, e considerando que os recursos, eventualmente cabíveis, especial e extraordinário, não têm efeito suspensivo, legítima é a expedição do mandado de prisão. 2. RHC improvido (RHC 85024, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 23/11/2005, DJ 10-12-2004 PP-00053 EMENT VOL-02176-02 PP-00213 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 500-502)¹⁰⁶

A previsão de concessão de efeito meramente devolutivo aos recursos especial e extraordinário, previstos no artigo 27, parágrafo 2º, da Lei nº 8.038/90, não era entendida como incompatível com os princípios descritos na Constituição Federal. Faz-se interessante a transcrição do trecho do voto do Ministro Celso de Mello, no HC nº 72.102/MG:

HABEAS CORPUS - CONDENAÇÃO PENAL SUJEITA A RECURSO DE INDOLE EXTRAORDINÁRIA AINDA PENDENTE DE APRECIÇÃO - POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA PRISÃO DO CONDENADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da Carta Política, não se qualifica como obstáculo jurídico a imediata constrição do status libertatis do condenado - A existência de recurso especial (STJ) ou de recurso extraordinário (STF), ainda pendentes de apreciação, não assegura ao condenado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de qualquer dessas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas, ambas, de eficácia suspensiva (lei n. 8.038/90, art. 27, par. 2.) - O direito de recorrer em liberdade - que pode ser eventualmente reconhecido em sede de apelação criminal - não se estende, contudo, aos recursos de índole extraordinária, posto que não dispõem estes, nos termos da lei, de efeito suspensivo que paralise as consequências jurídicas que decorrem do acórdão veiculador da condenação penal. (HC 72102, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 14/02/1995, DJ 20-04-1995 PP-09948 EMENT VOL-01783-02 PP-00323)¹⁰⁷

Em 2004, houve mudança na composição da Corte Suprema, assim, as Turmas adotaram posicionamentos divergentes. A Primeira Turma não admitia mais a execução da pena antes do trânsito em julgado. Já a Segunda Turma manteve o

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 85.024**, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 23/11/2005, DJ 10-12-2004 PP-00053 EMENT VOL-02176-02 PP-00213 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 500-502. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382913>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 72.102**, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 14/02/1995, DJ 20-04-1995 PP-09948 EMENT VOL-01783-02 PP-00323. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73550>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

entendimento de ser possível a execução imediata, eis que os recursos extraordinários não eram dotados de efeito suspensivo.

Posteriormente, em 05 de fevereiro de 2009, o HC nº 84.078/MG de relatoria do Ministro Eros Grau foi levado ao Pleno para que houvesse uma uniformização entre as duas turmas. Oportunidade em que, por sete votos a quatro, alterou-se diametralmente a posição adotada do Supremo Tribunal Federal. Decidiu-se que, em atenção ao princípio da presunção de inocência, o réu condenado pela prática de delito apenas poderia ser encarcerado após o esgotamento de todos os recursos cabíveis, inclusive os recursos extraordinário e especial. Confira-se a seguir a ementa do *leading case*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. 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. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais

será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)¹⁰⁸

Assim, em virtude do princípio da presunção de inocência e do princípio da ampla defesa, o recurso interposto pela defesa contra decisão condenatória era recebido tanto no efeito devolutivo quanto no suspensivo, ficando o acórdão condenatório de segundo grau sem produzir efeitos.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

A ampla defesa, não se a pode vislumbrar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. 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.¹⁰⁹

No mesmo sentido do julgamento do HC nº 84.078, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal reiterou que o princípio da presunção de inocência não é afastado de pronto com o esgotamento de recursos nas instâncias ordinárias. Na dicção do Ministro Carlos Britto:

Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais consiste na demonstração da necessidade da custódia cautelar, a teor do inciso LXI do art. 5º da Carta Magna e do artigo 312 do Código de Processo Penal. A falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar da Constituição, que presume a não culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º da CF).¹¹⁰

Destarte, não era possível o recolhimento do réu ao estabelecimento penal após a decisão condenatória passível de recursos, mesmo que não tivessem efeito suspensivo, salvo se fosse demonstrada a presença de um dos requisitos que permitissem a prisão preventiva.¹¹¹

Importante ressaltar que não se admitia mais a execução provisória da pena, todavia, o réu poderia aguardar o julgamento dos recursos extraordinários preso, desde que estivessem presentes os pressupostos necessários para a prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, visto que a prisão cautelar não se confunde com o cumprimento da pena.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 93.062**, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00242 RJSP v. 57, n. 377, 2009, p. 181-184 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 374-378. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580951>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹¹¹ LIMA, 2016, p. 996.

4.2 ATUAL ENTENDIMENTO

Em 17 de fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 123.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, alterou a posição até então adotada acerca da possibilidade de execução provisória da pena.

A ordem foi denegada por maioria, tendo votado pela não concessão do *Habeas Corpus* os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, restando vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber, e Ricardo Lewandowski.

No caso examinado, o paciente havia sido condenado em primeiro grau, apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual negou provimento ao recurso, com a ordem de expedir mandado de prisão. Foi impetrado *Habeas Corpus* sob a fundamentação de que não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, o acórdão estaria em confronto com o posicionamento da Suprema Corte, visto que para que o réu fosse preso em decorrência da condenação seria necessário o trânsito em julgado da sentença.

O Plenário, nesta ocasião, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende os postulados constitucionais, inclusive o princípio da presunção de inocência.

Em 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos reiterou o entendimento adotado no referido *Habeas Corpus*. A Suprema Corte concluiu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não inibe o início da execução da pena após condenação em segunda instância, assim, indeferiu liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, interpostas pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que buscavam impedir a execução antecipada da pena determinada pelos acórdãos proferidos em segundo grau. Afirmaram que o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292 teve como consequência a prolação de

uma série de decisões que ignoram expressamente o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal.

Votaram pela não concessão da medida cautelar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, restando vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

A seguir, serão analisados os principais fundamentos do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, expondo seus argumentos.

Os ministros fundamentaram a necessidade da busca pelo equilíbrio entre a efetividade da função jurisdicional e o princípio da presunção de inocência, ante a imprescindibilidade de se observar os valores importantes à sociedade e à proteção jurídica do acusado.

A presidente da Suprema Corte, Cármen Lúcia, defendeu que a Carta Magna ao dispor no artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, não suprime a possibilidade de a execução da pena ter início após decisões de segundo grau. Isto porque, existindo cognição exauriente e duas decisões condenatórias, o encarceramento do réu não pode ser visto como arbitrário, “se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas.”¹¹²

Neste sentido, a interpretação da regra contida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal deve ser realizada observando outros princípios e regras constitucionais, os quais não aquiescem com o início da execução da pena privativa de liberdade apenas após o esgotamento das instâncias extraordinárias, por exemplo, o princípio da eficácia da tutela jurisdicional.¹¹³

Colaborando com o voto da Ministra Cármen Lúcia, Vossa Excelência Edson Fachin sustentou:

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso

¹¹² STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹¹³ Idem.

com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.¹¹⁴

O respeito à presunção de inocência e as demais garantias constitucionais do acusado é essencial, pois possibilitam mecanismos de defesa contra a imputação formulada, porém, este princípio “não pode esvaziar o sentido público de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última, de pacificação social”.¹¹⁵

Isto posto, segundo o ministro Teori Zavascki, com a retomada do antigo posicionamento, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos extraordinários, é possível haver a harmonização entre os dois princípios constitucionais.¹¹⁶

No mais, argumentou-se que a manutenção da sentença condenatória pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas, os quais assentaram a culpa do condenado, autorizando o início da execução da pena. Ou seja, o acusado desde o começo da ação penal teve vasta oportunidade para se defender da acusação lhe imputada, por meio do devido processo legal, porém, após a confirmação da condenação pelos Tribunais de apelação não cabe a reanálise de matéria fática e probatória, invertendo, portanto, a presunção de inocência.

Como observado por Rogério Sanches Cunha:

Uma vez julgada a apelação e estabelecida a condenação (situação que gera inclusive suspensão dos direitos políticos em virtude das disposições da LC nº 135/2010), exaure-se a possibilidade de discutir o fato e a prova, razão pela qual a presunção se inverte.¹¹⁷

Além disso, o Ministro Teori Zavascki considerou que os recursos de caráter extraordinário interpostos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça não configuram desdobramento do duplo grau de jurisdição, visto que não

¹¹⁴ STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Material Completar do Manual de Direito Penal**. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 46/47.

são recursos de ampla devolutividade, pois comportam exclusivamente o reexame de questões de direito. Compete ao Supremo Tribunal Federal a discussão acerca de matéria de direito constitucional federal, enquanto ao Superior Tribunal de Justiça incumbe o reexame de questões de direito federal infraconstitucional.

Deve ser observado que o princípio do duplo grau se exaure nos recursos admissíveis na seara da revisão, por uma única vez. Desta forma, recurso especial e o extraordinário não se enquadram na garantia do duplo grau de jurisdição.¹¹⁸

Quando há confirmação da sentença condenatória por Tribunal de segundo grau, a matéria fática e probatória já foi resolvida, ainda que seja possível a interposição de recursos extraordinários, e, ainda que estes tenham o efeito de obstar o trânsito em julgado, não permitem a devolução da matéria de fato e de prova, que já teria sido resolvida nas instâncias ordinárias.

Lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

O recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, e o recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça, constituem impugnações extraordinárias exatamente em função das características acima apontadas: são meios de impugnação que estão a disposição das partes, mas que visam na verdade à tutela do próprio direito federal; prestam-se somente ao reexame de questões de direito, excluída a análise de matéria de fato [...]¹¹⁹

Desta forma, o ministro concluiu que não se justificaria a procrastinação do início da execução da pena.

Salienta-se que a interposição de recursos extraordinários aos Tribunais Superiores não implica no reexame do direito e das prova trazidos à baila, pois o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem função estabilizadora, uniformizadora e pacificadora da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Colaborando para esse entendimento, o artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal exige como requisito de admissibilidade a repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Da mesma forma, o artigo 105, inciso III, da Carta Magna prevê que apenas será cabível o recurso

¹¹⁸GRINOVER, 2011, p. 27.

¹¹⁹Ibid., p. 201.

especial quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Nos dois dispositivos legais verifica-se que o litígio deve transcender o interesse individual.

A consequência básica destes apontamentos está na impossibilidade de utilizar os recursos extraordinários para reexame de questões de fato que estejam limitados à reavaliação de provas. Caso isso fosse admissível, estes recursos redundariam em uma segunda apelação, negando a natureza e a destinação destas impugnações.¹²⁰

Neste sentido, fundamenta o Ministro Teori Zavascki:

Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havia, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado¹²¹

Na dicção do ministro Edson Fachin, “finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto”.¹²²

O ministro Teori Zavascki formulou a tese de que em nenhum outro país, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema.¹²³ Sendo de relevo

¹²⁰ GRINOVER, 2011, p. 203.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹²² STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em:

destacar o estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman.

A legislação inglesa determina que o acusado deva ser recolhido a carceragem enquanto aguardar pelo julgamento dos recursos, salvo se houver a garantia da liberdade pela fiança expressamente prevista em lei.

O Código Penal Americano prevê no artigo 16 que se presume inocente o acusado até que seja comprovado o contrário em um veredicto efetivo. Desta forma, nos Estados Unidos as decisões penais condenatórias são executadas de forma imediata, alias sendo, na maioria dos casos, julgamento final para todos os propósitos.

No Canadá “após sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança que deve preencher requisitos rígidos previstos no *criminal code*”¹²⁴.

O ordenamento jurídico alemão dispõe no Código de Processo que apenas alguns recursos possuem efeito suspensivo. Todavia, caso haja dúvida acerca deste efeito, o Tribunal Constitucional entende os recursos interpostos perante os Tribunais Superiores não tem efeito suspensivo.

Em que pese a Constituição Francesa de 1958 ter observado a carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Código de Processo Penal Francês, em seu artigo 465, expressamente prevê hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo que ainda estejam pendentes outros recursos.

Conforme os autores “a Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias”.¹²⁵

Em Portugal, o Tribunal Constitucional interpreta o princípio em questão com ressalvas. “As decisões dessa mais alta corte portuguesa dispõem que tratar a

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹²⁵Idem.

presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares”.¹²⁶

Depreende-se que os autores da referida obra acadêmica demonstram que, à luz do direito comparado, não existe violação aos direitos fundamentais ao exigir que o réu processado e condenado pelo Tribunal de Apelação cumpra as penas na pendência de recursos cabíveis ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, entendeu-se que os recursos especial e extraordinário carecem de efeito suspensivo, o que significa que mesmo que haja a interposição destes recursos, a decisão preferida pelo Tribunal de segundo grau continua produzindo efeitos. Sendo possível, portanto, a execução provisória da decisão recorrida na pendência de julgamento dos recursos extraordinários.

Na dicção do Ministro Gilmar Mendes:

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 673 do CPP) e mesmo da tradição, não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. [...] Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.¹²⁷

O ministro Edson Fachin sustentou que quando a decisão do Habeas Corpus nº 126.292/SP foi prolatada, ainda estava em vigor o artigo 27, parágrafo 2º, da Lei nº 8.038/90¹²⁸, porém, com a entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015, este dispositivo foi revogado expressamente. Assim, o novo Código de

¹²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade** in: Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015. p. 39-40

¹²⁸ Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões. [...] § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Processo Civil, em função do artigo 3º do Código de Processo Penal¹²⁹, passou a regular os recursos especiais e extraordinários na seara processual penal.¹³⁰

Do que se depreende do artigo 995¹³¹ cumulado com o artigo 1.029, parágrafo 5º¹³², ambos do Código de Processo Civil, a atribuição de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária no âmbito criminal mantém-se como hipótese excepcional, razão pela qual as decisões condenatórias de segunda instância possuem eficácia imediata.¹³³

Sendo assim, depois de esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá ser imediatamente executada, vez que os recursos interpostos às instâncias extraordinárias são dotados de efeito exclusivamente devolutivo.

Vale ressaltar que o conteúdo da Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, a qual consagra que *“a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”*.

Outro fundamento empregado pela Suprema Corte consiste na inversão da presunção de inocência. Com efeito, até que seja proferida sentença penal e esta seja confirmada pelo Tribunal de segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu, porém, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade.

Assim, é completamente justificável a relativização e até mesmo a inversão do princípio da presunção de inocência até então observado. Isto porque, houve em segundo grau um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, visto que não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.

Observa o ministro relator:

¹²⁹ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

¹³⁰ STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹³¹ Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

¹³² O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: [...]

¹³³ STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.¹³⁴

O Ministro Luíz Roberto Barroso asseverou:

A condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência. Qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição. Esse é o seu devido processo legal. A partir daí, a presunção de não culpabilidade estará desfeita.¹³⁵

No mais, faz-se importante para este trabalho acadêmico o exame da Lei da Ficha Limpa, porquanto representa uma limitação ao princípio da presunção de inocência desde o momento em que o tribunal confirma a condenação proferida em primeiro grau, o que resulta na vedação da candidatura para os políticos condenados.

A lei supracitada foi aprovada no dia 04 de julho de 2010, sendo objeto de das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 29 e 30, bem como de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, resultando na declaração da constitucionalidade do diploma legal.¹³⁶ Por maioria dos votos, foi reconhecida a constitucionalidade da Lei Ficha Limpa, restando vencidos os ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Colaciono a ementa do julgado:

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO.

¹³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. [...] 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 não viola o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. [...] 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de

inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.¹³⁷

Conforme o voto de relatoria da Ministra Rosa Weber no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 29, a Lei Complementar nº 135/2010 não ofende o princípio da presunção de inocência, pois este é limitado a partir da confirmação pelo Tribunal da sentença condenatória, momento em que há exame de matéria probatória e cognição exauriente por juiz imparcial. Ainda, em regra, os recursos interpostos contra decisões eleitorais de segunda instância não têm efeito suspensivo, bem como, os Tribunais Superiores não reanalisam as questões de fatos e provas na seara eleitoral.

Desta forma, a Suprema Corte já adotou anteriormente o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não obsta em absoluto a imposição de restrições aos direitos do indivíduo condenado criminalmente, mesmo que antes do trânsito em julgado.

Nesse sentido, o Ministro relator do *Habeas Corpus* nº 126292 apontou que o artigo 1º, inciso I, alínea e, da Lei Complementar 135/2010, descreve que serão inelegíveis os candidatos condenados em decisão proferida por órgão judicial colegiado pelos crimes nela relacionados. Porquanto, percebe-se a relativização do princípio da presunção de inocência ante a produção de efeitos do acórdão condenatório antes do trânsito em julgado.

No mais, argumentou-se que o posicionamento adotado a partir do *Habeas Corpus* nº 84078 assegurava, de forma absoluta, o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória, teve como consequência a interposição de diversos recursos com propósitos protelatórios visando, não raras vezes, obstar o trânsito em julgado e, conseqüentemente, o início do cumprimento da pena.

Assim, as várias espécies de recurso, até então, eram interpostas reiteradamente almejando a caracterização da prescrição da pretensão punitiva ou

¹³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 29/ ADC 30/ ADI 4578**. Relator(a): Ministro LUIZ FUX., Tribunal Pleno, Julgamento em: 16/02/2012, publicado no DJ de 27/02/2012 DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221- PP-00011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

executória, já que a publicação da sentença ou de acórdão recorrível configura o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena. Levando, portanto, a impunidade diante do reconhecimento da prescrição.

Como bem acentuado pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

Eu penso que o modelo que passou a vigor no Brasil a partir desta decisão no HC 84.078, em que o Supremo mudou a jurisprudência, não funcionou bem. A partir de tal julgamento, impediu-se que condenações mantidas em grau de apelação produzam qualquer efeito, conferindo ao recurso aos tribunais superiores um efeito suspensivo que eles não têm. Criou-se, assim, uma cultura que fomenta a infundável interposição de recursos protelatórios.¹³⁸

Não é possível que após o pronunciamento do Tribunal de segunda instância, o princípio da presunção de inocência possa ser utilizado como meio para bloquear indefinitivamente a execução penal.¹³⁹ No voto redigido pelo Ministro Luíz Roberto Barroso, foi apresentado um caso que deflagra a interposição sucessiva de recursos com caráter meramente protelatório. Vejamos.

Tratava-se uma ação penal interposta pelo Ministério Público em face do acusado, imputando-lhe a prática do crime de homicídio, o qual foi cometido em 1991. Foi proferida a sentença de pronúncia para que o réu pudesse ser julgado pelo Tribunal do Júri, sendo assim foi interposto recurso em sentido estrito. Posteriormente, houve a condenação pelo Tribunal de Júri, desta forma, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça.

A decisão condenatória foi mantida pelo órgão colegiado, razão pela qual foram opostos embargos de declaração. Da mesma forma, mantida a decisão, foi interposto recurso especial.

O STJ julgou improcedente o recurso especial, sendo assim, foram interpostos novos embargos de declaração. A referida Corte mantida a decisão e, na sequência foi interposto recurso extraordinário, o qual foi inadmitido pelo Ministro Ilmar Galvão. Contra esta decisão foi interposto agravo regimental, o qual foi

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹³⁹ CUNHA, 2016, p. 45/46.

desprovido pela 1ª Turma. Posteriormente, foi opostos embargos de declaração, igualmente desprovidos pela 1ª Turma.

Da decisão que negou provimento aos embargos de declaração foram opostos novos embargos de declaração, os quais foram redistribuídos ao Ministro Carlos Ayres Britto, sendo rejeitados. Uma vez rejeitados estes embargos de declaração foram opostos embargos de divergência, distribuídos ao Ministro Gilmar Mendes que inadmitiu o recurso. Foi interposto agravo regimental, decidido pela Ministra Ellen Gracie, também julgado improcedente.

Desta decisão de improcedência de relatoria da Ministra foram interpostos embargos de declaração, conhecidos como agravo regimental, ao qual foi negado provimento pela 2ª Turma. Sendo ¹⁴⁰ interposto embargos de declaração no Plenário.¹⁴⁰

Importante frisar que se trata de um crime de homicídio, ocorrido em 1991, que a Suprema Corte julgou em 2016, ou seja, vinte e cinco anos depois dos fatos. Verifica-se que foram interpostos treze recursos, sendo dez deles perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual, a sentença condenatória referente a um homicídio cometido há vinte e cinco anos atrás não havia transitado em julgado até o começo de 2016.

O Ministro Teori Zavascki ressaltou os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao *Habeas Corpus* nº 84.078, *in verbis*:

Ao analisar o processo criminal do paciente no referido HC n. 84.078/MG, constata-se que o paciente, cujo nome é Omar Coelho Vitor, foi julgado pelo Tribunal do Júri da cidade de Passos/MG por tentativa de homicídio qualificado, sendo que o primeiro júri foi anulado e, realizado novo júri, foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão com regime de cumprimento fechado. O Tribunal de Minas Gerais manteve a condenação e o réu interpôs Recurso Especial. Com a expedição de mandado de prisão, o réu interpôs habeas corpus no STJ, sem sucesso e outro no STF, quando obteve a ordem através do acórdão ementado acima. Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça²⁸⁰ a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de

¹⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’.¹⁴¹

Por meio destes casos, os quais são dois dentre milhares, percebe-se que o sistema processual penal permite aos advogados de defesa interpor diversos recursos com a pura intenção de procrastinar o trânsito em julgado. Desta forma, em vez de ser um mecanismo de garantia da presunção de inocência do acusado, os recursos se transformam em instrumento impeditivo da efetividade da jurisdição penal.

Essencial, portanto, reconhecer que o novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal é de grande relevância social, visto que deixará de ensejar a interposição de diversos recursos objetivando unicamente obstar o trânsito em julgado e, conseqüentemente, o início do cumprimento da pena. Em consequência disso, evitar-se-á inúmeras ocorrências de prescrição.

Foi ressaltado que eventuais equívocos que possam vir a ocorrer nas instâncias ordinárias e nos próprios tribunais superiores, podem ser evitados através de instrumentos aptos a inibir conseqüências danosas para o acusado, suspendendo a execução provisória da pena, caso preciso.

Estes instrumentos seriam medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso especial e ao recurso extraordinário, bem como o *Habeas Corpus*. Assim, ainda que exequível o acordão condenatório proferido em segunda

¹⁴¹BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015. p. 119.

instância, o réu pode se utilizar de tutela jurisdicional quando houver flagrante violação de direitos, evitando que se dê início a execução provisória da pena.¹⁴²

Nesse sentido, explica Renato Brasileiro de Lima:

Isso seria possível, por exemplo, em situações nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.¹⁴³

Deste modo, o Tribunal Superior pode atribuir efeito suspensivo aos recursos extraordinários ou ao *Habeas Corpus*, inibindo o cumprimento da pena, desde que haja plausibilidade jurídica nas alegações.

No mais, por ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, os ministros além de exporem os fundamentos já analisados, trouxeram a baila novos argumentos para reiterar a possibilidade da execução provisória da pena.

O ministro Edson Fachin explanou que o artigo 283 do Código de Processo Penal prevê expressamente a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todavia, em que pese não tipificar outras espécies de encarceramento, este dispositivo legal não revogou as demais formas de prisão.¹⁴⁴

Este argumento é comprovado por meio da normatização de prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e de prisão administrativa decorrente de transgressão militar, as quais não foram extintas, apesar da posterior entrada em vigência do artigo 283 do Código de Processo Penal.¹⁴⁵

O Plenário do Superior Tribunal Federal firmou o posicionamento de que o artigo 283 do Código de Processo Penal, em geral, exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para a eficácia de seus provimentos jurisdicionais.

¹⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. **Material Completar do Manual de Processo Penal**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 09.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹⁴⁵ Idem.

Entretanto, as regras do artigo 637 do Código de Processo Penal cumulada com os artigos 995 e 1.029, parágrafo 5º, ambos do Código de Processo Civil, ao conferir efeito puramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a disposição do artigo 283 do Código de Processo Penal, autorizando o início da execução quando o Tribunal de Apelação confirmar a sentença condenatória.

Sustenta Ministro Edson Fachin:

Do contrário, estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias. Afinal, se a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, após devido processo legal, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.¹⁴⁶

Diante do exposto, concluiu-se que a decisão no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP não representa violação ao artigo 283 do Código de Processo Penal.

Outra fundamentação trazida à tona foi no sentido de que o constituinte originário, na redação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não teve o desígnio de inibir a prisão após a condenação em segundo grau, pois se assim o quisesse teria colocado a proibição de execução penal provisória no rol do referido artigo.¹⁴⁷

Por fim, apontou-se que a Constituição não trata do conceito de trânsito em julgado, assim, a jurisprudência da Suprema Corte adotou o posicionamento de que a legislação infraconstitucional seria responsável por esta definição, todavia, o Código de Processo Penal não trás o conceito de coisa julgada.

O Ministro Teori Zavascki asseverou que não se pode utilizar no processo penal o significado de trânsito em julgado contido no artigo 502 do Código de Processo Civil, o qual considera que ocorre a formação de coisa julgada após o

¹⁴⁶STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹⁴⁷Idem.

esgotamento de todos os recursos cabíveis. Isto porque, na seara processual penal a revisão criminal é rotulada como recurso, estando incluída no rol do artigo 621 e seguintes. Caso fosse utilizada a definição trazida pelo Código de Processo Civil, enquanto não ajuizada a revisão criminal, que não tem prazo para proposição, não se poderia falar em coisa julgada e, portanto, não seria possível a execução penal.

148

Desta forma, a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal coloca em nova perspectiva a questão de que o direito de recorrer não pode eternizar o processo, muito menos levar à impunidade. Assim, a nova posição adotada pela Suprema Corte tem como objetivo tornar o sistema penal minimamente eficiente, diminuindo o grau de impunidade.

¹⁴⁸STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, imprescindível para a busca do equilíbrio entre o garantismo e a eficiência da persecução penal, repudiar a hipertrofia da punição, consistente no encarceramento de acusados com base em meros indícios, assim como, faz-se necessário repelir a proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados, a qual pode ser observada na execução penal provisória somente após o esgotamento de todos os recursos admissíveis.

Assim, com a finalidade de evitar o excesso na execução e garantir a proteção eficiente do Estado, a execução penal não pode ocorrer enquanto não houver o duplo grau de jurisdição sobre matéria fática e de provas, assegurando o princípio da presunção de inocência. Entretanto, a partir do esgotamento da análise probatória e jurídica é possível a execução, não devendo aguardar o julgamento de eventuais recursos constitucionais em um suposto terceiro grau de jurisdição, pois esta espera configuraria proteção deficiente do Estado à sociedade a qual deve servir. O Estado viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes.¹⁴⁹

Desta forma, observado o sopesamento entre os princípios constitucionais envolvidos e sob o prisma da busca da proteção suficiente, é possível acordar que a execução provisória da pena imposta ao acusado condenado por Tribunal de apelação, mesmo que esteja aguardando o julgamento de recurso especial ou de recurso extraordinário, não ofende o princípio da presunção de inocência.

Aliás, a execução penal é justificada pelo respeito a outros valores constitucionais, assim, além do dever de proteger os direitos fundamentais do indivíduo, é necessário se ater a eficácia da persecução penal, a qual também visa proteger garantias fundamentais, pois a insuficiência da proteção do Estado, representa uma violação de direitos fundamentais, da própria vítima e da sociedade.

¹⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

No mais, a presunção de inocência não é violada pela execução penal provisória, pois este princípio tem sentido dinâmico, o que significa que o seu valor varia conforme o transcurso do feito. Desta forma, antes do juízo de primeiro grau proferir a sentença penal condenatória, é indispensável que se mantenha dúvida sobre a prática delitiva, presumindo, portanto, a inocência do acusado. Por sua vez, o eventual édito condenatório representa um juízo de culpabilidade, o qual decorre da logicidade extraída do conjunto probatório, colhido durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório.

Contudo, a superação da presunção de inocência pelo juízo de culpa, nesta etapa, não é definitivo, eis que é possível a interposição de recursos de natureza ordinária ao Tribunal de hierarquia imediatamente superior. Durante a análise de insurgências na segunda instância se exaure o exame acerca da matéria fática e probatória, fixando a responsabilidade penal do réu. Neste momento, se consolida o duplo grau de jurisdição, cessando a presunção de inocência e acarretando a execução penal provisória.

Importante retomar, em síntese, que as regras do artigo 637 do Código de Processo Penal cumulado com a dos artigos 995 e 1.029, parágrafo 5º, ambos do CPC, atribuem efeito meramente devolutivo aos recursos de natureza extraordinária, razão pela qual, não possuem efeito suspensivo. Ainda, estas impugnações não admitem reexame de provas e fatos, não configurando desdobramento do princípio do duplo grau, portanto, não podem ser utilizados como terceiro ou quarto grau de jurisdição.

A Constituição Federal em seu artigo 102, parágrafo 3º, exige como requisito de admissibilidade a repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Da mesma forma, no artigo 105, inciso III, do referido diploma legal dispõe que será cabível o recurso especial somente em casos que direta ou indiretamente violaram lei federal infraconstitucional.¹⁵⁰

Desta forma, conclui-se que a análise das questões federais e constitucionais em recursos especiais e extraordinários, respectivamente, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve, essencialmente, ao interesse

¹⁵⁰ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência, e não ao interesse do postulante, visto que os Tribunais Superiores possuem função estabilizadora, uniformizadora e pacificadora da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias, razão pela qual, a presunção de não culpabilidade é compatível com a execução da pena, ainda que pendente de recursos constitucionais.¹⁵¹

Sendo assim, as regras dispostas no artigo 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁵², e no artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que ninguém poderá ser preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, devem ser analisadas em conexão com outros valores constitucionais, os quais se observados de forma isonômica, permitem a conclusão de que a execução da pena privativa de liberdade pode ser iniciada antes do esgotamento das instâncias extraordinárias.

O entendimento, da Suprema Corte anterior ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 84078, garantia, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência, chegando ao extremo de negar executividade a qualquer provimento condenatório enquanto não fosse exaurido o cabimento de todos os recursos admissíveis. Este panorama permitia e, inclusive, fomentava a sucessiva interposição de diversos recursos com o propósito meramente protelatório, desta forma, sempre que o acusado possuía condições financeiras de perpetuar o trâmite do processo, as mais variadas decisões eram impugnadas das mais diversas formas, por mais incabíveis fossem e por mais esdrúxulas que se apresentassem as razões recursais arguidas.

¹⁵¹ STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

¹⁵² **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

Se pudéssemos interpretar o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, de forma absoluta, teríamos de admitir que a execução da pena privativa de liberdade só poderia ocorrer quando o acusado se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos os embargos declaratórios e agravos regimentais. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado, o que, por óbvio, não é permitido pelo ordenamento jurídico.¹⁵³

Como já dito, a alteração de posicionamento, consagrada no Habeas Corpus nº 126292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, coloca em destaque a questão de que o direito de recorrer não pode eternizar o processo penal, muito menos levar à impunidade por meio do reconhecimento da prescrição. O sistema penal necessariamente deve ser eficiente, razão pela qual, deve se executar a pena privativa de liberdade após a confirmação por Tribunal hierarquicamente superior e, conseqüentemente, diminuir o grau de impunidade nítida no Brasil.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. Ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba, Juruá: 2009.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BELLAVISTA, Girolamo. apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91675**, Relator (a): Min. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00059 EMENT VOL-02302-02 PP-00320 RTJ VOL-00203-03 PP-01218. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499432>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 85.024**, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 23/11/2005, DJ 10-12-2004 PP-00053 EMENT VOL-

02176-02 PP-00213 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 500-502. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382913>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 72.102**, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 14/02/1995, DJ 20-04-1995 PP-09948 EMENT VOL-01783-02 PP-00323. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73550>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 93.062**, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00242 RJSP v. 57, n. 377, 2009, p. 181-184 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 374-378. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580951>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 29/ ADC 30/ ADI 4578**. Relator(a): Ministro LUIZ FUX., Tribunal Pleno, Julgamento em: 16/02/2012, publicado no DJ de 27/02/2012 DJe-127 DIVULG 28-06- 2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221-PP-00011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

CALAMANDREI, Piero, 2000 apud LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez, 1990 apud BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2º Ed. Elsevier Editora Ltda. 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Material Completar do Manual de Direito Penal**. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio e SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: De Plácido, 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A Prisão Durante o Processo Penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência: princípios e garantias**. In: Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 2007.

GRINOVER, A. P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A. S. **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. **Processo Penal** – Estudos e Pareceres. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Material Completar do Manual de Processo Penal**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade** in: Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORO, Sérgio Fernando. O processo penal no crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JR., José Paulo (org.). **Lavagem de Dinheiro** – comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e propriedade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 47, março-abril 2004.

SILVA, Virgílio Afonsoda. **Direitos fundamentais** – Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19 de outubro de 2016.