

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

CAIO CÉSAR CAROCA BORBOREMA FORMIGA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM
FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**JOÃO PESSOA
2019**

CAIO CÉSAR CAROCA BORBOREMA FORMIGA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM
FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Eduardo de Araújo
Cavalcanti

**JOÃO PESSOA
2019**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

F725i Formiga, Caio Cesar Caroca Borborema.
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA /
Caio Cesar Caroca Borborema Formiga. - João Pessoa,
2019.
65 f.

Orientação: Eduardo de Araújo Cavalcanti.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Execução Provisória da Pena. 2. Presunção de
Inocência. I. Cavalcanti, Eduardo de Araújo. II. Título.

UFPB/CCJ

CAIO CÉSAR CAROCA BORBOREMA FORMIGA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM
FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

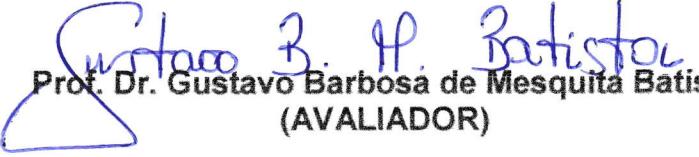
Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Eduardo de Araújo
Cavalcanti

DATA DA APROVAÇÃO: 03 DE MAIO DE 2019

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Eduardo Cavalcanti
(ORIENTADOR)


Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista
(AVALIADOR)


Prof. Dra. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
(AVALIADORA)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, tema de enorme relevância para o Direito, por envolver a liberdade de ir e vir dos indivíduos. Os debates que o envolvem, discutem a possibilidade da execução da pena após a condenação em segunda instância, em face do princípio da presunção de inocência. Embora este seja garantido expressamente no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, determinando que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, parte da doutrina e da jurisprudência entende que sua extensão é limitada a decisão de segunda instância. Com isso, a execução penal poderia iniciar logo após a decisão do tribunal. Esta interpretação decorre da ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinários, conforme o artigo 637 do Código de Processo Penal; da ausência de análise fática e probatória, neles; e da busca, na sociedade atual, de uma maior eficiência jurídica. Todavia, esses argumentos não são suficientes para prevalecer em relação à expressa e clara garantia constitucional, como será visto. Uma decisão contrária fere a segurança jurídica, a separação de poderes e a Constituição Federal. Embora seja necessária a busca pela eficácia do ordenamento jurídico, ela deve ser realizada pelos meios devidos. A mudança da extensão do princípio da presunção de inocência não cabe ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Princípio da presunção de inocência. Trânsito em julgado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	7
2.1 HISTÓRICO	7
2.2 CONCEITO.....	10
2.3 PRISÃO CAUTELAR	15
3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	21
3.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X EFETIVIDADE	21
3.2 DECISÕES HISTÓRICAS.....	23
3.3 HABEAS CORPUS 126.292/SP	31
4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	42
4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS.....	44
4.2 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS.....	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS.....	61

1. INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência foi consagrado em um ambiente democrático, visando a ruptura com a opressão e perseguições existentes no passado. Ele está atrelado à ampla defesa, proporcionando um processo mais justo e capaz de defender o réu durante todo o processo. Rompe com momentos em que o acusado tinha o ônus da prova de sua inocência.

Daí é retirada sua importância para a sociedade, como bem afirma o ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse ¹

Contudo, no Brasil, sua extensão vem sendo questionada. Mesmo com a previsão expressa de dispositivo constitucional garantindo que o acusado não seja tratado como culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, parte da doutrina e jurisprudência tem entendido que tal presunção só existe até a decisão de segundo grau.

Essa linha interpretativa é fundamentada na ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários. Assim, mesmo com sua interposição, a decisão ordinária poderia ser executada de imediato. Outra razão seria que a matéria fática e probatória

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. CELSO DE MELLO. Pág. 98. Julgado em 17/02/2017. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

só pode ser discutida nas instâncias ordinárias, o que causa a preclusão sobre a decisão a respeito da materialidade e autoria do crime. A discussão dos recursos extraordinários não envolve isso, se limitando à matéria de direito.

Essa linha de pensamento possibilita, portanto, a execução da pena após a decisão de segunda instância, sem que seja necessário findar a possibilidade de interpor os recursos pendentes. Os argumentos dessa corrente envolvem, assim, a eficácia do ordenamento jurídico, que aumentaria. Entretanto, ela diverge da interpretação literal do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que será analisado em seguida, e é defendida por outra grande parte dos juristas.

O objetivo deste trabalho é, portanto, analisar o cenário da problemática atual, debatendo a constitucionalidade da execução provisória da pena, frente ao princípio da presunção de inocência. Logo, torna-se necessária a discussão a respeito do conceito da presunção de inocência e as principais decisões da suprema corte que envolvem o tema.

2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência é uma das conquistas mais importantes para a defesa do réu, sendo indispensável ao devido processo penal e ao Estado Democrático de Direito, por evitar prisões infundadas e persecutórias, comuns em um Processo Penal inquisitivo.

A presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade surge, portanto, no Sistema Processual Penal Acusatório, tendo como principal finalidade evitar que o acusado seja tratado como se culpado fosse. Rompe, portanto, com a ideia existente em Estados autoritários, de que o culpado tem o ônus da prova de sua inocência. Em um Estado democrático, diversamente, o próprio Estado tem o ônus probatório, limitando seu poder de punir.

No Brasil, a presunção de inocência está garantida constitucionalmente. Entretanto, apesar do texto constitucional afirmar que a inocência é garantida até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a tradição da jurisprudência caminha em sentido diverso, por entender que essa presunção só existe até a decisão de segundo grau, quando o duplo grau de jurisdição é exercido.

2.1. HISTÓRICO

O direito é uma ferramenta indispensável para prevenção e resolução de conflitos. Sua construção é reflexo da própria sociedade, do modelo de governo estabelecido e das lutas entre as classes. Por isso, Bourdieu entendia o direito como um sistema simbólico de dominação.

Ele afirmava que os “instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) (...) contribuindo, segundo Weber, para a ‘domesticação dos dominados’”²

Tendo isso em vista, podemos perceber as inúmeras alterações ao significado e ao reconhecimento ou não do princípio da presunção de inocência no decorrer da história. Em momentos onde o autoritarismo predominou, ele não foi reconhecido, ao contrário dos períodos democráticos.

² BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil. S.A 1989. Pág. 11

As primeiras informações a seu respeito são decorrentes da Roma Antiga, com a expansão do cristianismo e o surgimento do “*in dubio pro reo*”³. Contudo, durante a Idade Média, período em que a inquisição foi dominante, ele deixou de existir. Na realidade, surgiu uma “presunção de culpabilidade”, afinal, segundo Giacomolli, “...nesse sistema, a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse (*purgatio* da acusação), bastando um simples indício à formação de um juízo condenatório”⁴

Somente após esse período o princípio voltou a ganhar força, com a ascensão do Período Iluminista. Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabeleceu em seu artigo 9º: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”⁵. Beccaria, o principal representante do Iluminismo, defendia que:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se ele é inocente ou culpado.⁶

Entretanto, com o crescimento de regimes totalitários, no fim do século XIX e início do século XX, a presunção de inocência deixou de ter aplicabilidade frente as barbáries cometidas nesta época. Por isso, com o fim da II Guerra Mundial, passou a existir uma nova visão, fundada na ideia de dignidade da pessoa humana, que servia como base para diversas leis e tratados, marcando o ápice do princípio.⁷

³ LOURENÇO, Renan. Antecedentes históricos e legais do princípio da presunção de inocência. 2018. Disponível em: <https://renanlourenco.jusbrasil.com.br/artigos/588811224/antecedentes-historicos-e-legais-do-princípio-da-presunção-de-inocencia>

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Pág. 90. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

⁶ BECCARIA, César. Dos Delitos e das Penas. Editora Ridendo Castigat Mores. 1764. Pág. 22

⁷ LOURENÇO, Renan. Antecedentes históricos e legais do princípio da presunção de inocência. 2018. Disponível em: <https://renanlourenco.jusbrasil.com.br/artigos/588811224/antecedentes-historicos-e-legais-do-princípio-da-presunção-de-inocencia>

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabeleceu em seu artigo 11:

Art. 11. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.⁸

Em seguida, foi consagrado em território americano a Organização dos Estados Americanos da Convenção Americana dos Direitos Humanos, em 1969, que expôs o princípio da presunção de inocência no seu artigo 8º, II: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”⁹.

No Brasil, somente em 1988, com a promulgação da “Constituição Cidadã”, o princípio da presunção de inocência foi estabelecido expressamente, em seu artigo 5º, LVII que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.¹⁰

Além desse dispositivo, há, também, a previsão do art. 8º, §2º da Convenção Americana dos Direitos Humanos, que tem status supralegal, por ser um tratado ratificado pelo Brasil. Ele diz que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”¹¹.

Entretanto, apesar da existência expressa de normas que preveem o princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento jurídico, sua aplicação ainda é tema de muita polêmica, principalmente no que tange sua amplitude. A doutrina e a jurisprudência se dividem a respeito do alcance dessa presunção de inocência. As recentes decisões sobre a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância intensificaram essa discussão.

⁸ Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

⁹ Organização dos Estados Americanos da Convenção Americana dos Direitos Humanos. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

¹¹ BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de Novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

2.2. CONCEITO

O direito de ir e vir é considerado um dos mais importantes para o ser humano. Sua existência sadia e dignidade são dependentes dele, afinal, a liberdade está atrelada à natureza humana. Tendo isso em vista, a Constituição Federal de 1988 restringiu as hipóteses de prisão a situações excepcionais, evitando prisões sem fundamento, meramente persecutórias ou sem as garantias processuais, como ocorria em um passado não tão distante.

Logo, embora o Estado tenha o direito de punir, possuindo o monopólio das forças coercitivas, tal direito deve ser limitado, para que os direitos individuais e coletivos da população não sejam atingidos inadvertidamente e sem a possibilidade de defesa. Por isso, em qualquer processo judicial devem ser observados os diversos princípios que orientam nosso ordenamento jurídico, como a garantia do devido processo legal e do direito de defesa.

O trâmite processual, para que seja válido, deve seguir uma série de atos previstos em lei. Se isso não ocorrer, ele deve ser considerado inválido, de acordo com o princípio do devido processo legal, princípio maior no Direito Processual Penal. Alinhado a ele está o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, tema deste trabalho.

A presunção de inocência é uma das garantias conferidas ao réu de uma ação penal. Tem como finalidade primordial sua proteção, impedindo que possa ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Este princípio, que antes da Constituição Federal de 1988 era implícito, hoje tem previsão expressa no texto constitucional, como dito.¹²

O inciso LVII do artigo 5º de seu texto afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹³. De forma semelhante, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece em seu art 8º, §2º que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”¹⁴.

¹² LIMA, Jair Antônio Silva de. A presunção de inocência: conteúdo histórico e relativismo. Maio de 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-inocencia-conteudo-historico-e-relativismo,48306.html>

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

¹⁴ BRASIL. Decreto n º 678 de 6 de Novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

Evitam, portanto, que o sujeito que ainda não foi considerado culpado seja preso. Entretanto, apesar de serem textos similares, divergem quanto ao momento em que um indivíduo passa a ser considerado culpado. A Constituição afirma que isso ocorre somente após o trânsito em julgado, já a Convenção Americana de Direitos Humanos, até que seja comprovada a culpa. Parte da jurisprudência tem entendido que isso ocorre com o exercício do duplo grau de jurisdição, quando são analisados os fatos e as provas.¹⁵

Essa divergência é relevante para a determinação do momento em que é possível a prisão de alguém de forma definitiva. Isso porque dependerá do momento em que a sua culpabilidade, um dos elementos da teoria do crime, é atingida. Somente quando o sujeito for considerado culpado, poderá ser preso. É daí que surgiram, portanto, as indagações à respeito da possibilidade ou não de determinar a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A teoria do crime define quando uma ato é considerado crime ou não. Por não existir uma definição legal de crime no Código Penal, cabe à doutrina esta tarefa. Bitencourt, seguindo a corrente majoritária, utiliza o conceito analítico de crime, considerando-o composto por três elementos: ação típica, antijurídica e culpável:

Todos os elementos estruturais do conceito analítico de crime, que adotamos, como ação típica, antijurídica e culpável, serão amplamente analisados nos capítulos seguintes. Não acompanhamos, por óbvio, o entendimento que foi dominante no Brasil, segundo o qual ‘crime é a ação típica e antijurídica’, admitindo a culpabilidade somente como mero pressuposto da pena.¹⁶

Logo, se ausente a culpabilidade, não podemos considerar determinado ato como um crime, sendo ele impunível. Com isso, se o indivíduo não for culpado, não poderá ser preso definitivamente. Entretanto, como dito anteriormente, o momento em que a culpabilidade é aferida é tema de divergências, como será analisado com mais destaque em seguida. Uns entendem que este elemento é satisfeito após o trânsito em julgado, outros, após a condenação em segunda instância.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 5^aed. Salvador: JusPodium. 2017. Pág. 43

¹⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 20^a ed. São Paulo: Saraiva. 2014. Pág: 279

Sobre o princípio da presunção de inocência, Nucci o conceitua em conformidade com o texto constitucional:

Conhecido, igualmente, como princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5º, LVII, da Constituição.¹⁷

Renato Brasileiro o define como:

o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das prova apresentadas pela acusação (contraditório).¹⁸

Portanto, o princípio da presunção de inocência é fundamental para a defesa do acusado, estando vinculado à ampla defesa e ao contraditório. Garante, em função disso, o trâmite de um processo mais justo e evita punições indevidas, afinal, o direito que tutela é indisponível e não pode ser ressarcido, o que torna sua perda irreparável.

A doutrina costuma afirmar que o princípio da presunção de inocência se desdobra em alguns aspectos ou regras. Fernando Capez os divide em três: no momento da instrução processual, onde o ônus da prova é invertido; no momento da avaliação da prova, valorada em favor do acusado; e no curso do processo penal, em que o imputado é tratado como inocente:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado,

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Sousa. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 35 e 36

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 5^aed. Salvador: JusPodium, 2017. Pág. 43

especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.¹⁹

Já Renato Brasileiro divide o princípio em duas regras: A regra probatória (*in dubio pro reo*) e a regra de tratamento. Quanto à primeira, ele afirma que o acusador tem o ônus da prova, tendo que demonstrar que o acusado praticou o ato que lhe foi imputado. Logo, não cabe ao acusado demonstrar que é inocente, pelo contrário, o acusador deve demonstrar a ocorrência do fato considerado como crime, além da autoria. Nesse sentido, ele afirma:

O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.²⁰

Mascarenhas também trata deste efeito do princípio da presunção de inocência, reafirmando a necessidade de produção de provas pelo Estado:

Da presunção da inocência se infere que não pode haver a inversão do ônus da prova. Ao estado, a quem compete a formalização da denúncia, cabe a produção das provas necessárias para tanto, asseguradas ao acusado a ampla defesa e o estabelecimento do contraditório. Para haver condenação é necessário que o juízo esteja realmente convencido da culpabilidade do autor, caso contrário, se infirma a presunção da inocência, corolário do *in dubio pro reo*²¹

Já a regra de tratamento, segundo Renato Brasileiro, diz respeito à forma que o acusado é tratado, como o próprio nome diz. Ele não pode receber a mesma forma de tratamento de um sujeito que já foi condenado, estando no curso do processo criminal. Isso diz respeito às dimensões interna (andamento processual), relativo,

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23^a edição. São Paulo: Saraiva. 2015. Página: 58

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Volume Único. 5^aed. Salvador: JusPodium, 2017. Pág. 44

²¹ MASCARENHAS, Paulo. *Manual de Direito Constitucional*. Salvador, 2010.

principalmente, ao juiz; e externa (cobertura da mídia e dos meios de comunicação) do processo.²²

Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver o fim do processo criminal.²³

A restrição ao uso de algemas de forma indiscriminada e desnecessária é decorrente deste aspecto do princípio da presunção de inocência. Esse tema teve grande destaque nos últimos tempos em razão da prisão de pessoas influentes, políticos, acusados de se envolverem em diversos escândalos.

Não é correto submeter um indivíduo a essa situação, principalmente se ainda não tiver sido condenado, como ocorre muitas vezes quando o acusado é algemado durante a audiência. Isso fere a presunção de inocência, como dito, além de outros princípios que vigoram em nosso ordenamento jurídico, como a dignidade da pessoa humana. Corroborando este pensamento:

Há de se ressaltar que o uso de algemas, além de colocar em xeque o princípio da inocência presumida (assunto em discussão), também pode ser nocivo à vários preceitos constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana elencado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Ademais, deve-se mencionar a garantia fundamental asseguratória do respeito à integridade física e moral do preso prevista no artigo 5º, inciso XLIX, CF. Todos estes dispositivos legais dizem respeito ao uso abusivo de algemas, em desacordo com nossa legislação.²⁴

Tendo isso em vista, o legislador disciplinou a respeito do tema no § 3º do artigo 474 do Código de Processo Penal, após uma reforma trazida pela Lei 11.689 de 9 de junho de 2008:

²² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 5^aed. Salvador: JusPodium, 2017. Pág. 45

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 5^aed. Salvador: JusPodium. 2017. Pág. 44

²⁴ FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829

Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.²⁵

Seguindo o mesmo raciocínio, relativo à excepcionalidade da medida, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 11 para disciplinar as situações em que é possível o uso de algemas, limitando aos casos de resistência, fundado receio de fuga ou perigo à integridade física do preso ou de terceiros.

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.²⁶

Portanto, podemos concluir que o princípio da presunção de inocência tem como finalidade principal a limitação do poder de punir do Estado, que deve respeitar o processo, sendo vedada qualquer punição arbitrária, de forma precipitada, antes de aferida a culpa do agente. Dele, surge a necessidade do acusador provar o que é alegado (ônus da prova), o *in dubio pro reo* e vedação ao tratamento do acusado como se tivesse sido condenado.

2.3. PRISÃO CAUTELAR

O princípio da presunção de inocência evita, portanto, a restrição prematura à liberdade dos indivíduos. Proíbe a prisão antes que seja aferida sua culpabilidade.

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>

Entretanto, como seria possível acolher os institutos das prisões cautelares em nosso ordenamento jurídico frente ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, visto que elas ocorrem antes do trânsito em julgado?

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

LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória²⁷ (grifo nosso)

Essa indagação esteve presente por um tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, afinal, se interpretarmos o dispositivo citado de forma literal, não existe margem para nenhuma prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Contudo, ao analisarmos mais detalhadamente o ordenamento jurídico, percebemos que as cautelares são possíveis, como consagrou a maior parte da doutrina e da jurisprudência:

O impacto da adoção do princípio da presunção da inocência pela Constituição Federal sobre o instituto da prisão cautelar ensejou alguns debates doutrinários que vale a pena registrar. De início sustentou-se que o art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, revogara o instituto da prisão cautelar. No entanto tal tese foi logo rechaçada pelo Poder Judiciário, inclusive sob o fundamento de que a própria Constituição Federal referiu-se à prisão em flagrante (modalidade de prisão processual), à liberdade provisória e à fiança (institutos correlatos), respectivamente nos incisos LXI, LXVI, XLIII, XLIV, de seu artigo 5º [12]. Ademais a compatibilidade entre a presunção de inocência e a prisão processual decorre da própria enunciação original do princípio na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que se refere à possibilidade, ainda que excepcional, de detenção do imputado, o que inclusive ensejou a crítica de Manzini, já exposta acima.²⁸

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.

²⁸ SCHREIBER, Simone. O princípio da Presunção de Inocência. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7198/o-princípio-da-presunção-de-inocência/2>

Apesar de haver essa restrição no artigo 5º, inciso LVII, não há incompatibilidade com a decretação das medidas cautelares. Isso porque a própria Constituição Federal as previu. Por força do princípio da unidade, devemos interpretá-la como um todo, harmonizando todas as suas normas, afinal, não existe hierarquia entre elas, por possuírem mesmo valor normativo. Sobre esse princípio, Nathália Masson diz:

Dotado de acentuada importância, o princípio da unidade da Constituição visa conferir um caráter ordenado e sistematizado para as disposições constitucionais, permitindo que o texto da Carta Maior seja compreendido como um todo unitário e harmônico, desprovido de antinomias reais. Muito mais que um conjunto caótico de normas conectadas e esparsas, o texto constitucional é um agrupamento de preceitos integrados, alinhados pelo ideal de unidade.²⁹

Logo, em função da incidência do inciso LXI do artigo 5º do texto constitucional, que prevê a prisão em flagrante, uma das medidas cautelares, temos um forte argumento para concluir que não há constitucionalidade na aplicação da cautelares. Renato Brasileiro segue o mesmo pensamento:

Em outras palavras, o inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal durante o processo, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto.³⁰

Na realidade, as medidas cautelares têm aspecto instrumental. Elas visam a garantia do andamento do processo e de sua eficácia. Por isso, não há uma prisão definitiva ou determinação da culpabilidade do agente no momento de sua realização. O que existe é uma restrição aplicada ao acusado em função de uma ameaça ao curso processual, o que dá ao Estado a prerrogativa de evitar danos, utilizando uma cautelar. Renato Brasileiro trata deste ponto:

²⁹ MASSON. Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Ed. JusPodium. 2ª edição. 2014. Página: 59

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 5ªed. Salvador: JusPodium. 2017. Pág. 46

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado da pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade.³¹

É preciso compreender, todavia, que a aplicação das cautelares tem caráter excepcional. São medidas acessórias usadas como prevenção para a sociedade e para o processo, além de serem provisórias, como dito anteriormente. Por isso, para que sejam decretadas, devem estar presentes seus requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Nesse sentido:

A prisão temporária, portanto, não pode ser vista como reconhecimento antecipado de culpa, pois o juízo que se faz ao decretá-la é de periculosidade e não de culpabilidade. Para que o Estado atinja o fim precípua de sua atuação, que é o bem comum, pode exigir dos cidadãos certos sacrifícios, sendo um deles a privação de sua liberdade antes da sentença definitiva, desde que haja extrema e comprovada necessidade para tanto.³²

O *fumus boni iuris* (a fumaça do bom direito) estará presente quando o conjunto de provas indicar indícios suficientes de materialidade e autoria do crime praticado. Já o *periculum in mora*, diz respeito à necessidade imediata de prisão do acusado, por ameaça à eficácia do processo ou para a segurança da sociedade:

Com efeito, o princípio da presunção de inocência, não inviabiliza a decretação de qualquer das prisões provisórias, desde que os requisitos e pressupostos legais atinentes a espécies estejam presentes: a) indícios suficientes da autoria e b) prova da materialidade, sequenciados por garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para garantia da aplicação da lei penal.³³

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 5^aed. Salvador: JusPodium. 2017. Pág. 875

³² MARTINS, Alberto André Barreto. Adequação da prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de inocência. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6866

³³ TEIXEIRA, Guilherme Ribeiro. A (in)constitucionalidade das medidas cautelares previstas no Direito Processual Penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009

O artigo 283 do Código de Processo Penal, ao disciplinar a respeito do tema em nível infraconstitucional, dispõe sobre as hipóteses de restrição à liberdade de locomoção dos indivíduos, afirmando:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.³⁴

O artigo citado complementa, portanto, o inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional, ao citar as situações taxativas em que um indivíduo pode ser preso. São elas a prisão após o trânsito em julgado, a prisão em flagrante e as prisões cautelares, que devem respeitar uma série de pressupostos previstos em lei, e são aplicadas com vistas ao sucesso do trâmite processual.

Dessa forma, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro nos permite compreender que é possível a prisão cautelar, sem que haja dano ao princípio da presunção de inocência, afinal, sua natureza é instrumental, não punitiva, além de ser uma exceção prevista no texto constitucional e estar presente no artigo 283 do Código de Processo Penal.

Diante desses argumentos, o Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento que expressa a constitucionalidade das medidas cautelares, de forma que elas não ferem a presunção de inocência, desde que estejam presentes seus requisitos. Diz a Súmula 9 do STJ: ‘A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.’³⁵

A jurisprudência consolidou pensamento. Segue um acórdão julgado pelo STF:

EMENTA HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. PRISÃO DECRETADA PELO TRIBUNAL DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. CONDENAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. 1. O Supremo Tribunal

³⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 9. 12 de Setembro de 1990. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/872/Sumulas_e_enunciados.

Federal, a partir do julgamento do HC 84.078/MG (HC 84.078/MG, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, por maioria, j. 05.02.2009, Dje-035, de 25.02.2010), passou a entender que o princípio da presunção de inocência obsta a imposição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação se inexistentes motivos cautelares a embasá-la. Embora não seja essa a praxe em outros países, inclusive berços históricos da presunção de inocência como os Estados Unidos e a França, o precedente deve ser prestigiado. 2. Logo, inviável a decretação da prisão do paciente após acórdão condenatório em apelação sem a indicação de fundamentos para a prisão cautelar (art. 312 do CPP) e antes do trânsito em julgado. 3. Quando a decisão atacada contraria precedente do Plenário desta Suprema Corte, há motivo suficiente para superar o óbice da Súmula nº 691/STF. 4. Habeas corpus concedido.³⁶

Por outro lado, a determinação da execução da pena após decisão em segunda instância não tem compatibilidade com o texto constitucional e com a legislação infraconstitucional, em especial, o artigo 283 do Código de Processo Penal. Isso porque, neste momento, o réu não pode ser considerado culpado, caracterizando uma verdadeira antecipação da execução penal, punindo o indivíduo sem lhe garantir o direito de defesa durante todo o processo.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 112926. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-052 DIVULG 18-03-2013 PUBLIC 19-03-2013). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3512180>

3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Apesar da previsão expressa do artigo 5º, LVII da CF, no sentido de conceder a presunção de inocência até o trânsito em julgado, parte da doutrina e jurisprudência entende como possível a execução penal após a decisão de segunda instância, mesmo que exista algum recurso cabível ao réu.

Essa interpretação está centrada na ausência de efeito suspensivo e na inexistência de uma análise dos aspectos fáticos e probatórios, nos recursos extraordinários, além da ausência de efetividade na espera pela coisa julgada.

Por outro lado, esses argumentos não são suficientes frente à claridade do dispositivo constitucional. O legislador garantiu a ampla defesa durante todo o processo, protegendo o Estado Democrático de Direito, e qualquer interpretação diversa o violaria, além da separação de poderes.

3.1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X EFETIVIDADE

Apesar de estar previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção de inocência tem sua extensão questionada, como dito anteriormente, causando grandes debates doutrinários e jurisprudenciais. Isso ocorre, principalmente, em função da existência do princípio da efetividade da jurisdição, que o contrapõe.

Na prática jurídica, podemos observar a demora para que um processo transite em julgado, devido ao leque de recursos que o réu dispõe e à lentidão do funcionamento da Justiça. Isso acaba gerando situações de impunidade, em que sujeitos passam anos, ou até mesmo décadas, para serem condenados definitivamente, ou nem cheguem a ser, em função da prescrição da pena, criando uma sensação de injustiça. Seguindo esse raciocínio:

O princípio da efetividade das decisões judiciais é interligado ao da razoável duração do processo, visto como uma garantia inserida na Constituição Federal com o advento da Emenda nº 45/2004. Através dela, o legislador buscou formas de agilizar o trâmite processual que se mostrava moroso e, por muitas vezes, ineficaz, alcançado pela prescrição, por exemplo. Dessa

forma, tal princípio tomou força e hoje é visto como um importante fundamento das decisões judiciais.³⁷

Isso ocorreu, por exemplo, quando foi declarada extinta a punibilidade do ex-jogador Edmundo, em 2011, pelo STF. Ele foi condenado em 1999, por se envolver em um acidente automobilístico em 1995, que ocasionou a morte de duas pessoas. Contudo, mesmo com a condenação em primeira instância, a pena prescreveu em 2007, de acordo com Joaquim Barbosa, sem que houvesse uma decisão de tribunal. Por isso, não houve prisão definitiva, deixando-o impune.³⁸

O princípio da efetividade está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, que diz: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"³⁹. Isso porque não basta que o indivíduo tenha acesso formal à Justiça, sendo essencial, também, a eficiência de suas decisões. Nesse sentido:

Em outras palavras, o acesso à justiça preocupa-se não somente com a quantidade de pessoas que da jurisdição podem se socorrer, mas também com o seguinte trinômio^[9]: qualidade dos serviços jurisdicionais; tempestividade da tutela aplicada ao caso em análise e efetividade⁴⁰

Logo, existe uma certa contraposição entre os princípios da presunção de inocência, que garante que o indivíduo não seja considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e o da efetividade, que busca a devida prestação jurisdicional, com a garantia de um processo rápido e justo. É preciso aplicá-los de forma cautelosa.

A discussão acerca da possibilidade de prisão definitiva antes do trânsito em julgado é reflexo disso. A doutrina e a jurisprudência se dividem a respeito do tema. Parte entende não ser possível, em razão da incidência do art. 5º inciso LVII da

³⁷ ASSIS, Julya Martins de. O princípio da presunção da inocência frente à efetividade das decisões judiciais no julgamento do HC 126.292 pelo STF. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XXI, n. 172, maio 2018

³⁸ G1. STF declara 'extinta a punibilidade' de Edmundo em caso de atropelamento. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/09/stf-declara-extinta-punibilidade-de-edmundo-em-caso-de-atropelamento.html>

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.

⁴⁰ LOPES, Felipe. Comentários aos princípios da efetividade da jurisdição e da duração razoável do processo. In: *JusBrasil*, 2017. Disponível em: <https://felipelopes31.jusbrasil.com.br/artigos/401095351/comentarios-aos-principios-da-efetividade-da-jurisdicao-e-da-duracao-razoavel-do-processo>

Constituição Federal e do art. 283 do Código de Processo Penal. A outra, que é possível em razão de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico que será detalhada em seguida, que envolve uma série de argumentos, centralizados na efetividade das decisões dos tribunais de segunda instância.

A segunda corrente entende que a espera pelo trânsito em julgado, na realidade da justiça brasileira, impede a efetividade do processo. Entretanto, é preciso termos cuidado, afinal, a garantia de liberdade dos indivíduos está em jogo nesse debate, não podendo ser limitada em nome de argumentos sentimentais. É preciso observar as normas que disciplinam o tema, para que seja preservada a segurança jurídica e os ditames constitucionais.

Até mesmo os que defendem a inconstitucionalidade da execução provisória da pena admitem a ineficácia consequente. Entretanto, é preciso entender que uma decisão contrária pode se tornar um precedente perigoso. Isso porque, além da eficácia, existem diversos fatores que devem ser analisados. Principalmente, a possibilidade do Poder Judiciário realizar essa alteração, frente a clareza do art. 5º, LVII da CF, além da análise do momento histórico em que a presunção de inocência foi garantida e de sua extensão, delimitada no dispositivo constitucional citado.

Dessa forma, a eficácia processual e os argumentos que lhe circulam, não seriam suficientes para tornar constitucional a execução provisória da pena. Apesar do direito alterar constantemente, de acordo com as mudanças sociais, é preciso respeitar o ordenamento jurídico e as garantias previstas nele, para evitar a dilaceração de direitos individuais.

3.2. DECISÕES HISTÓRICAS

As decisões que envolvem a execução da pena após a condenação em segunda instância têm alternado entre favoráveis e não, após a promulgação da Constituição de 1988. Isso reflete a complexidade do tema tanto sob o aspecto jurídico quanto social, por afetar diretamente o direito de ir e vir das pessoas, além da sensação de segurança.

A jurisprudência brasileira foi historicamente dominante no sentido de autorizar a execução da pena após a condenação em segunda instância, em razão da ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário. O STJ tratou

da matéria nas súmulas 9 e 267, canceladas tacitamente, em razão da revogação dos dispositivos em que ambas se baseavam (artigos 594 e 393, I do CPP).

A súmula 9 dizia que: “a exigência da prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”⁴¹. Já a súmula 267, afirmava: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”⁴². Renato Brasileiro trata desse momento da jurisprudência:

Pelo menos em regra, os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo...Por isso, prevaleceu, durante anos, o entendimento jurisprudencial segundo qual era cabível a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, independentemente da demonstração de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva do acusado. O fundamento legal para esse entendimento era o disposto no art. 637: ‘O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do translado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença’. Assim, ainda que o acusado tivesse interposto recurso extraordinário ou especial, estaria sujeito à prisão, mesmo que inexistentes os pressupostos da prisão preventiva.⁴³

Esse cenário só foi alterado em 2009, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, quando o STF afirmou a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, por decisão de 7 a 4 no plenário, reconhecendo o direito ao réu de recorrer em liberdade. Foi decidido que só poderia ocorrer a prisão antes do trânsito em julgado se ela tivesse caráter cautelar. Dessa forma, não importava se os recursos extraordinário e especial não tinham efeito suspensivo, sendo indispensável o esgotamento das vias recursais para a ocorrência da execução da pena.

Por isso, foi assegurada a ampla defesa, conforme disposição de Eros Grau:

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 9. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/872/Sumulas_e_enunciados.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 267. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/619/Sumulas_e_enunciados.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 5^aed. Salvador: JusPodium. 2017. Pág. 46

...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 pretensão⁴⁴

Logo, “prevaleceu a tese de que a prisão de Omar Coelho Vitor, réu do processo, antes da sentença condenatória transitada em julgado, contrariaria o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (CF), segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁴⁵

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 á 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 7.210/84, além de adequados á 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. Ampla defesa, não se pode visualizar e 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.⁴⁶

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 84.078/MG. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>.

⁴⁵PORTAL STF. 11 de Novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 84.078/MG. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>.

Entretanto, no dia 17 de Fevereiro de 2016 houve outra virada de jurisprudência, demonstrando a fragilidade do tema, suscetível de diversas alterações, influenciadas, até mesmo pela mudança na composição da corte. No histórico julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, o STF retornou ao posicionamento anterior, afirmando ser possível a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.⁴⁷

A maioria dos ministros (7 a 4), decidiu que o princípio da presunção de inocência não era violado pela execução da pena após a condenação em segunda instância. Foi entendido que os recursos extraordinário e especial, por não terem efeito suspensivo, não obstam a execução penal; além de que, por ser um princípio, a presunção de inocência poderia ser limitada, dando maior eficácia ao processo penal.

Apesar das decisões referidas não terem caráter vinculante, por terem sido efetuadas por meio do controle difuso de constitucionalidade, houve uma grande influência sobre a atuação dos demais tribunais e juízes que decidiram sobre a mesma matéria, afinal, trata-se de uma decisão com grande repercussão, realizada pela mais alta corte do país. Quanto a essa espécie de controle constitucional, Nathalia Masson o define como:

O controle difuso de constitucionalidade é também conhecido como controle incidental, concreto, descentralizado ou, ainda, controle aberto. É exercido diante de ocorrências fáticas a serem solucionadas pelo Poder Judiciário no

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. 17 de Fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

desempenho comum de sua típica função jurisdicional, na qual se controla a constitucionalidade de modo incidental – portanto prejudicialmente ao exame do mérito – gerando efeitos tradicionalmente retroativos e *inter partes*.⁴⁸

Esse efeito levou o Partido Nacional Ecológico – PEN, o Conselho Federal da OAB e o PCdoB a ingressarem com as Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADC 43, 44 e 53, respectivamente – visando a alteração do entendimento, por meio do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, pelo STF, que gera efeitos *erga omnes*.

As ADC são fundadas na defesa da constitucionalidade do art. 283 do CPP que só permite a prisão definitiva após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Diz o dispositivo:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.⁴⁹

O plenário do STF julgou as liminares das ADC 43 e 44 no dia 5 de Outubro de 2016, quando prevaleceu o entendimento de que o referido artigo não impede a execução penal antes do trânsito em julgado, por 6 votos a 5, mantendo o mesmo entendimento firmado na decisão do HC 126.292/SP.⁵⁰

O julgamento definitivo das ADC ainda não foi realizado, apesar do ministro Marco Aurélio, relator do caso, ter disponibilizado os autos no dia 05/12/17, para julgamento, a ministra Carmen Lúcia, presidente da casa na época, não o colocou em pauta.

Na época, a ministra sofreu forte pressão para iniciar o julgamento, em razão da condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva em segunda instância pelo TRF4, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Em função da

⁴⁸ MASSON. Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 2^a ed. Salvador: JusPodium. 2014. Página: 918

⁴⁹ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

⁵⁰ PORTAL STF. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. 05 de Outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>

orientação predominante no STF, o presidente seria preso, após o julgamento do Habeas Corpus preventivo interposto por sua defesa, se este fosse indeferido.

No dia 04/04/2018 ocorreu o julgamento do HC 152.752/PR, que o teve como réu o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, gerando grande apreensão. A maioria - 6 a 5 – seguiu o voto do relator, o ministro Edson Fachin, votando por sua rejeição, mantendo a orientação firmada no julgamento das cautelares das ADC 43 e 44, ao entender como legal a decisão do STJ, que determinou a execução da pena, baseado na súmula 122 do TRF4⁵¹, que diz: "Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário"⁵².

A decisão, como esperado, causou enorme repercussão, ampliando ainda mais os debates acerca da (in)constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado.

Sobre o voto do relator:

Ao votar pelo indeferimento do HC, o ministro Edson Fachin ressaltou que deve haver estabilidade e respeito ao entendimento dos tribunais e que, no caso da execução provisória da pena, não houve até o momento revisão da jurisprudência em sede de controle concentrado. Para Fachin, eventual alteração do entendimento sobre a matéria só pode ocorrer no julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. Até lá, não se pode se dizer que há ilegalidade na decisão do STJ que negou HC preventivo do ex-presidente.⁵³

Além do julgamento das ADC 43, e 44, está pendente o julgamento da ADC 54, proposta pelo PCdoB, com pedido liminar, que visa que seja impedida a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado. Elas tem em comum a tentativa de declarar como constitucional o art. 283 do Código de Processo Penal.⁵⁴

⁵¹ MIGALHAS. STF nega pedido de Lula para evitar prisão. 04 de Abril de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI277762,51045-STF+nega+pedido+de+Lula+para+evitar+prisao>

⁵² BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Súmula nº 122. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/872/Sumulas_e_enunciados.

⁵³ PORTAL STF. STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula. 05 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>

⁵⁴ PORTAL STF. Possibilidade de prisão após segunda instância é objeto de nova ADC no Supremo. 18 de Abril de 2018. Disponível em:

Apesar do ministro Dias Toffoli, atual presidente, ter colocado em pauta para julgamento as ADCs, em sessão extraordinária do dia 10/04/2019, ele acolheu o pedido do Conselho Federal da OAB para que ele fosse adiado. Com isso, passou a não haver previsão para seu acontecimento.⁵⁵

É incontestável que o modelo atual precisa de mudanças. A garantia da presunção de inocência até o trânsito em julgado foi estabelecida após um período ditatorial, que restringiu os mais diversos direitos do cidadão. Por isso, a sociedade sofreu um grande trauma, precisando de proteção, oferecida pela Constituição de 1988.

Entretanto, após mais de três décadas de sua promulgação, percebe-se a necessidade de mudança, em razão da violência e ineficácia jurídica. Hoje, é preciso dar mais efetividade às decisões dos juízes e tribunais ordinários, garantindo maior celeridade ao processo e proteção aos bens jurídicos. Todavia, devem ser respeitadas as normas constitucionais e suas garantias, para que os direitos conquistados no passado não sejam destruídos.

Além disso, apesar dessa necessidade de mudança, o Poder Judiciário é limitado em suas decisões, em nome do princípio da separação dos poderes, devendo respeitar o ordenamento jurídico, sem poder criar normas ou ignorar o que está disposto em lei, sob pena de extrapolar sua competência.

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa.⁵⁶

www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375810

⁵⁵ MIGALHAS. Toffoli retira prisão em 2^a instância da pauta. 15 de Abril de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI299612,61044>

Toffoli+retira+prisao+em+2+instancia+da+pauta

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. MARCO AURÉLIO. Pág. 77. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

Dessa forma, para que seja possível a alteração do momento em que é cessada a presunção de culpabilidade, seria preciso que houvesse uma alteração normativa, da regra disposta no art. 5, LVII da CF, que é clara quanto ao momento em que a culpabilidade é aferida, não cabendo um ativismo judicial para que seja mudada sua interpretação.

Tendo isso em vista, foi proposta a PEC 410 pelo Deputado Alex Manente (PPS-SP), que visa alterar o texto do dispositivo mencionado, que passaria a dispor que “ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso”⁵⁷.

Por outro lado, boa parte da doutrina defende que não é possível alterar o dispositivo citado por meio de uma PEC. Isso porque ele defende a presunção de inocência, uma garantia individual dos indivíduos, protegidos por cláusula pétreas, estabelecida no art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais⁵⁸

O ministro Marco Aurélio tratou da possibilidade de promulgação de uma emenda constitucional que envolva o tema, por entender como inviável uma interpretação extensiva pelo Judiciário, frente à clareza do dispositivo. Entretanto, demonstrou preocupação até mesmo quanto a possibilidade de promulgação de uma emenda que verse sobre a matéria:

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal –

⁵⁷ BRASIL. Câmara Legislativa. PEC 410. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170496>

⁵⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou.⁵⁹

Por outro lado, é possível interpretar no sentido da possibilidade de sua alteração, desde que não seja alterado o núcleo essencial do princípio. Dessa forma, poderiam haver mudanças normativas, desde que sua essência não fosse perdida, evitando o engessamento do ordenamento jurídico:

Assim, como já adiantado, é certo que a condição de limite material ao poder de reforma constitucional não implica absoluta imutabilidade dos conteúdos como tais assegurados. Por outro lado, não é de fácil determinação o momento no qual determinada emenda à Constituição efetivamente tende a abolir o conteúdo protegido...

...Uma mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma constitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção.^[5] De qualquer modo, é possível comungar do entendimento de que a proteção imprimida pelas “cláusulas pétreas” não implica a absoluta intocabilidade do bem constitucional protegido.⁶⁰

3.3. HABEAS CORPUS 126.292/SP

É importante analisarmos mais detalhadamente o julgamento do habeas corpus 126.292/SP, afinal, foi ele que marcou a última virada de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tornando predominante, novamente, a ideia de que é possível realizar a execução penal antes do trânsito em julgado, sem que o princípio da presunção de inocência seja ofendido.

Neste processo, Marcio Rodrigues Dantas foi condenado, por crime de roubo majorado (art. 157, §2º, I e II, do Código Penal), à 5 anos e 4 meses de reclusão e, após ter sido negado recurso no Tribunal de Justiça de São Paulo, foi determinada a expedição do mandado de prisão. Com isso, a defesa impetrou Habeas Corpus no

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. MARCO AURÉLIO. Pág. 78. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁶⁰ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Proteção de direitos fundamentais diante das emendas constitucionais. 20 de maio de 2016, 9h40. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mai-20/direitos-fundamentais-protecao-direitos-fundamentais-diante-emendas-parte#_ftn5

STJ, buscando sua permanência em liberdade até o trânsito em julgado. Contudo, a liminar foi negada pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça.⁶¹

Com isso, o julgamento foi ao plenário do STF, onde foi estabelecida, como dito, uma mutação constitucional, determinando um novo parâmetro para o momento em que culpabilidade do réu é aferida. Desde 2009, com o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, o réu era presumidamente inocente até que fosse determinado o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O ministro relator Teori Zavascki votou pela mudança, sendo acompanhado por Edson Fachin, Barroso, Dias Toffoli, Luis Fux, Cármem Lúcia e Gilmar Mendes.⁶²

Nele, o paciente argumentou que o TJ de São Paulo não poderia determinar sua prisão, visto que não houve motivação tendente a decretar uma prisão preventiva. Essa seria a única possibilidade de ocorrência de prisão durante o processo. Logo, como não houve a ocorrência de nenhum fato novo ou do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ela seria inviável, por contrapor à orientação jurisprudencial dominante até o momento.⁶³

Os principais argumentos daqueles que entendem como possível a execução provisória da pena envolvem a eficácia do ordenamento jurídico, frente ao princípio da presunção de inocência, que, para eles, deve ser relativizado. Estatísticas e a vivência jurídica dão base ao pensamento, que trata de um funcionamento ideal da justiça.

Teori Zavascki, relator do processo, votou em favor da possibilidade da execução provisória da pena, com base, principalmente, na afirmação de que os fatos e as provas só são examinados nas instâncias ordinárias, onde é determinada a responsabilidade criminal do acusado. Dessa forma, em razão dos recursos extraordinários e especial se aterem ao exame de matérias de direito e completarem o duplo grau de jurisdição, ele entende que é justificável a relativização do princípio

⁶¹ MELLO, Bernardo. FILHO, Silva. Análise do HC 126.292/SP: O Princípio da Presunção de Inocência Sob Ameaça?. 2017. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/dizer/article/view/31620/73145>

⁶² MIGALHAS. JULGAMENTO HISTÓRICO: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Ministro Relator: TEORI ZAVASCKI. Pág. 03. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

da presunção de inocência ou até mesmo sua inversão após uma decisão em segundo grau.⁶⁴

O ministro chega a defender até mesmo a existência de uma presunção de culpabilidade do réu condenado em segunda instância, o que justificaria a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial. Isso seria possível em razão da presunção de inocência ter caráter principiológico, podendo ser relativizado. Entretanto, presumir a culpabilidade do réu rompe de vez com uma das garantias mais importantes no Estado Democrático de Direito, retornando a períodos sombrios, de perseguições e ausência do direito de defesa. Assim dispôs o ministro:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. 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 havido, 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 observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.⁶⁵

Em seguida, ele faz uma análise do cenário internacional, citando a ministra Ellen Gracie, para defender a tese de que somente o Brasil, em todo o mundo, utiliza

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Ministro Relator: TEORI ZAVASCKI. Pág. 09. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI. Pág. 10. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

o sistema do trânsito em julgado para iniciar a execução penal. Ela observa a predominância do sistema do duplo grau de jurisdição:

Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”⁶⁶

Entretanto esse não parece ser um forte argumento, visto que tratam-se de ordenamentos jurídicos completamente diferentes. Apesar do sistema de duplo grau de jurisdição ser o dominante, o poder constituinte originário brasileiro estabeleceu de forma diversa, claramente, sendo necessária uma reforma normativa, para que a mudança ocorra. Não basta uma interpretação comparativa pelo Poder Judiciário.

Ele trata também da ausência de efetividade do sistema atual. Afirma que os recursos extraordinários são interpostos frequentemente com a única finalidade protelatória, sem que discutam a culpa, o que acaba tendo como consequência, muitas vezes, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado.⁶⁷

Edson Fachin seguiu o relator, reafirmando a possibilidade de relativização da presunção de inocência, por meio de uma interpretação harmônica da Constituição Federal. Ele entende que no sistema recursal brasileiro, o STF e STJ não foram criados para acabar com injustiças, pois não decidem as matérias fáticas e probatórias, mas sim questões de direito.⁶⁸

Aliado a isso estaria o fato de os recursos extraordinário e especial não terem efeito suspensivo, mas somente devolutivo, ele afirma. Isso já seria suficiente para determinar a execução provisória da pena:

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI. Pág. 12, julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. Relator: TEORI ZAVASCKI. Pág. 16 e 17. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. EDSON FACKIN. Pág. 23. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

Se a própria Constituição repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo.⁶⁹

Todavia, essa linha de argumentação deixa de lado a importância histórica da presunção de inocência e sua relevância para a defesa do indivíduo durante todo o processo, além de relativizar um dispositivo claramente delimitado na Constituição Federal, sem margens para alterações jurisprudenciais.

Sua incidência transparece a necessidade do trânsito em julgado para que o indivíduo seja considerado culpado, por isso, a ausência de análise fática e probatória pelas instâncias extraordinárias não é suficiente para prender alguém, afinal, sem a culpa não há execução penal, em um Estado Democrático. Nem mesmo a ausência de efeito suspensivo, afinal, o dispositivo constitucional é hierarquicamente superior e estabelece a culpa somente com a coisa julgada, o que impossibilitaria a execução após a decisão em segunda instância e, consequentemente, proporcionaria efeito suspensivo.

Em seguida, Barroso defendeu a necessidade da mutação constitucional. Em um voto bem fundamentado, ele apresentou três fundamentos jurídicos para tal interpretação: 1- a culpabilidade é condicionado ao trânsito em julgado, não a prisão. 2- Por ser um princípio, a presunção de inocência pode ser limitada. 3- A necessidade pública da execução penal após a decisão em segunda instância:

2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória...
...ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes...

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. EDSON FACKIN. Pág. 23. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

...iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal" (grito nosso)⁷⁰

Apesar da Constituição condicionar a culpabilidade ao trânsito em julgado, não a prisão, é inegável que em um Estado Democrático de Direito ninguém pode ter a pena executada sem que seja comprovada sua culpa. O ministro traz, ainda, os seguintes argumentos pragmáticos: 1- acabaria com a interposição de recursos extraordinário e especial com fins protelatórios. 2- diminuiria a seletividade da justiça. 3- diminuiria a impunidade:

3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) **permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado**, na medida em que **coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária**;

(ii) **diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro**, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) **promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal**, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.⁷¹ (grito nosso)

Como foi tratado em tópico específico, a melhora da eficiência processual não é argumento válido para que o ordenamento jurídico brasileiro adote a execução

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. LUIS ROBERTO BARROSO. Pág. 27. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. LUIS ROBERTO BARROSO. Pág. 27. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

provisória da pena. Isso porque o Poder Judiciário não pode atropela as normas, principalmente a Constituição Federal, que impede sua existência, por prever o sistema do trânsito em julgado para estabelecer a culpa do agente. Antes disso a execução penal é inviável.

Luiz Fux votou em seguida, com base nos mesmos argumentos levantados pelo relator, Teori Zavascki. Entre eles, destacou a impossibilidade das instâncias extraordinárias reverem os fatos e as provas do processo e, principalmente, acerca da ausência de efetividade em esperar pelo trânsito em julgado para dar início à execução da pena.⁷²

A ministra Cármem Lúcia também formou a maioria, reafirmando sua orientação de julgado anterior, no sentido de que a execução provisória da pena não ofende o princípio da presunção de inocência, por já ter sido exaurida a fase de provas, só cabendo discussão de matéria de direito nas instâncias extraordinárias.⁷³

Gilmar Mendes, alterando seu próprio entendimento relativo ao julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG de 2009, votou pela possibilidade da execução provisória. Ele relatou o excesso de recursos extraordinários e especiais interpostos com fins meramente protelatórios, desencadeando na prescrição dos processos, além de enfatizar a necessidade prática da mudança de orientação, evitando impunidades.⁷⁴

Outro argumento trazido por ele é de que a condenação gera efeitos mesmo antes o trânsito em julgado, o que tornaria possível a execução provisória:

Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. Igualmente, não parece incompatível com a

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. ROSA WEBER. Pág. 58 a 60. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. ROSA WEBER. Pág. 63. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. GILMAR MENDES. Pág. 65. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso.⁷⁵

Ele também defende que a condenação em segundo grau pode ser protegida por outros meios, como o habeas corpus, não sendo necessário esperar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena:

Logo, não estamos aqui a fazer tábula rasa e a determinar que se aplique, sem qualquer juízo crítico, a condenação emitida pelo juízo de segundo grau. Haverá sempre remédios, e o bom e forte habeas corpus estará à disposição dos eventuais condenados, como acontece de resto com os vários recursos extraordinários para os quais nós acabamos por conceder efeito suspensivo. Poderemos fazê-lo também em sede de habeas corpus.⁷⁶

A ministra Rosa Weber, contrariamente, votou pela manutenção da jurisprudência da Corte. Também seguiram essa linha os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowiski e Celso de Mello. Ela seguiu tal orientação em defesa do princípio da segurança jurídica:

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem.⁷⁷

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. HC 126292/SP. Min. GILMAR MENDES. Pág. 65. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. GILMAR MENDES. Pág. 72. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. ROSA WEBER. Pág. 55. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

Marco Aurélio demonstrou preocupação na mudança do paradigma, que se contrapõe com o modelo garantista estabelecido na Constituição de 1988⁷⁸. Afirmou que são nesses momentos de crises, como o atual, que devem ser mantidos os preceitos, não o contrário. Disse, ainda, que não entende ser possível realizar interpretação restritiva à presunção de inocência, em razão da claridade do art. 5º, inciso LVII:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.⁷⁹

O ministro Celso de Mello negou a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado. Ele iniciou seu voto fazendo um aparato histórico, para demonstrar a importância da presunção de inocência, que rompe com o absolutismo estatal, criando uma das mais importantes conquistas históricas da cidadania:

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. MARCO AURÉLIO. Pág. 76. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. MARCO AURÉLIO. Pág. 78. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.⁸⁰

Com isso, reafirmou o argumento trazido por Marco Aurélio, no sentido da impossibilidade de interpretação com o fim de autorizar a execução provisória da pena, visto que a Constituição Federal é clara e precisa em seu artigo 5º, inciso LVII, ao estabelecer o trânsito em julgado como o momento em que tal presunção deixa de prevalecer. Dessa forma

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.⁸¹

Ele contrapõe o argumento de que a presunção de inocência esvazia-se aos poucos, no decorrer do processo, em função das condenações. Dessa forma, ela só é encerrada com o trânsito em julgado, de uma só vez, afinal, “...nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo.”⁸²

Ricardo Lewandowski manteve sua posição de julgamentos anteriores, contrária à execução provisória da pena. Ele também afirmou que a Constituição é clara e taxativa ao estabelecer que a presunção de inocência permanece até o trânsito

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. CELSO DE MELLO. Pág. 85. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. CELSO DE MELLO. Pág. 88. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. CELSO DE MELLO. Pág. 95. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

em julgado, de forma que não caberiam interpretações diversas - *in claris cessat interpretatio*.⁸³

Rebateu, ainda, o argumento da corrente contrária, relativo ao efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, citando Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antônio Scarance Fernandes. Afirmou que o efeito subsiste, por força da Constituição, devendo o artigo 637 do CPP se adaptar a ela:

O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive - dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior. ⁸⁴

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Pág. 95. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Pág. 98. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

4. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Conforme disposto no capítulo anterior, a atual jurisprudência dominante do STF sinaliza no sentido do reconhecimento da possibilidade da execução da pena após condenação em segunda instância, mesmo antes do trânsito em julgado. Entretanto, o tema parece longe de chegar a uma conclusão, frente às discordâncias existentes.

Grande parte da doutrina entende como inconstitucional a execução provisória da pena, por desrespeitar a presunção de inocência. O artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal estabelece claramente os limites da não culpabilidade, o que impossibilitaria sua ocorrência. Renato Brasileiro é um de seus defensores. Ele afirma que o novo entendimento fere a Constituição:

"Com a devida vênia à maioria dos Ministros do STF que admitiram a execução provisória da pena, parece-nos que esse novo entendimento contraria flagrantemente a Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) até o transito em julgado de sentença condenatória (art. 5, LVII), assim como o art. 283 do CPP, que só admite, no curso da investigação ou do processo – é dizer, antes do transito em julgado de sentença condenatória –, a decretação da prisão temporária ou preventiva por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente."⁸⁵

Nestor Távora também segue o mesmo raciocínio:

"Entendemos que tal decisão ofende o postulado da presunção de inocência. Ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art.5º, LVII) e do CPP (art.283)." ⁸⁶

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 5^aedição. Salvador: JusPodium. 2017. Pág. 48

⁸⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 9. ed. Salvador: JusPodium. 2017,p.70

A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal seguiram entendimento diverso, entretanto. Com isso, foi criada uma mutação constitucional, afinal, o texto legal não foi alterado, mas somente sua interpretação. Ela gira em torno de uma série de argumentos de ordem prática, relacionados à necessidade de dar eficácia as decisões ordinárias, diminuir a interposição de recursos protelatórios e evitar a impunidade.

Todavia, penso da mesma forma que os renomados autores citados. A Constituição Federal estabeleceu de forma clara o princípio da presunção de inocência e sua delimitação, ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Dessa forma, o trânsito em julgado é o limite temporal estabelecido pelo legislador originário, para que o réu seja considerado culpado.

Além disso, a análise da legislação infraconstitucional nos permite chegar a mesma conclusão. A Lei 12.403/11 alterou a redação do art. 283 do CPP, que vedava a prisão, com exceção da 1- prisão em flagrante, 2- prisão preventiva e prisão temporária, no curso de investigação ou do processo, 3- prisão decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Percebe-se, portanto, a impossibilidade da prisão definitiva antes do trânsito em julgado, mesmo com o art. 637 do CPP – dispositivo que afirma que os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo -, afinal, ele foi facilmente revogado pela Lei 12.403/11, criada posteriormente.⁸⁷

Por isso, a mutação constitucional do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal pode ser vista como um excesso de ativismo judicial, muito comum nos dias atuais, infelizmente. Não é possível utilizar a necessidade de mudança para alcançar maior efetividade e justiça como argumento para tal. Isso pode acabar ferindo um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito: a separação de poderes; afinal, essa renovação normativa cabe ao Legislativo, não ao Judiciário. O ministro Marco Aurélio demonstrou essa preocupação no julgamento do HC 126.292/SP:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o

⁸⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 5^aedição. Salvador: JusPodium. 2017. Pág. 49

texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa.⁸⁸

4.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

A argumentação em favor da execução penal após condenação em segunda instância é pautada em diversos argumentos, como afirmados anteriormente. Alguns deles são jurídicos, outros de ordem prática, assim como expôs Barroso, no julgamento do HC 126.292.

É possível perceber, no julgamento acima detalhado e nos demais que envolvem o tema, a tentativa de demonstrar o aumento da eficácia e da celeridade processual com a implementação da execução provisória da pena, por meio de dados e estatísticas. Os ministros tentam dar uma resposta, principalmente, à impunidade existente.

Por outro lado, não é dada a devida atenção à culpabilidade do acusado, no caso concreto, chegando ao ponto de, até mesmo, ser defendida uma presunção de que o réu é culpado após a decisão em segundo grau, como foi mostrado. Isso é algo extremamente grave e que deve ser evitado em um Estado Democrático de Direito, afinal, rompe com diversas garantias dos indivíduos.

Por isso, a execução provisória da pena tem uma forte relação com o direito penal do inimigo, em razão de sua linha argumentativa, que tem como principal objetivo a punição do “inimigo”, mesmo que, para isso, sejam atenuados direitos e garantias processuais. Nesse sentido:

Uma vez identificado o inimigo, não mais se aplicaria o Direito Penal retrospectivo, que tem como fundamento a culpabilidade (basilar no Direito Penal do Cidadão – que pune o agente pelo o que ele fez). O Direito Penal

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Min. MARCO AURÉLIO. Pág. 7-8. Julgado em 17/02/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

aplicado para o inimigo é de caráter prospectivo, ou seja, o inimigo não seria necessariamente punido pelo o que ele fez ou deixou de fazer, mas sim em função daquilo que ele poderá vir a fazer. O que interessa é o que ele é, a sua periculosidade. O inimigo, segundo essa teoria, seria um sujeito de comportamento imprevisível, hostil, razão pela qual não se pode saber e muito menos se esperar para saber o que ele poderá vir a fazer...

...Acredita-se que o Supremo Tribunal Federal tem aceitado algumas manifestações da Teoria do Direito Penal do Inimigo, como por exemplo a decisão do julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292/SP, no qual a Suprema Corte entendeu como possível a execução provisória da pena após condenação em segunda instância.⁸⁹

Isso pode levar à amputação dos mais diversos direitos arduamente conquistados pelos cidadãos. E o pior, sem qualquer atividade legislativa, causando a impressão de que o Judiciário está acima dos demais poderes. Portanto, além da vontade do legislador originário, desrespeita-se a separação de poderes.

Renato Brasileiro cita uma série de argumentos usados por aqueles que defendem a constitucionalidade dessa linha argumentativa. Entre eles: a) o equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal; b) exame dos fatos e provas se exaure nas instâncias ordinárias; c) ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários; d) A Lei da Ficha Limpa estabelece como causa de inexigibilidade a condenação por crimes, proferida por tribunal; e) o critério temporal de soluções de antinomias não pode ser utilizado para estabelecer as prisões previstas no art. 283 do CPP como as únicas possíveis; f) em nenhum país a execução penal fica suspensa, após condenação em segundo grau; g) a interposição de recursos protelatórios; h) há instrumentos que podem proteger o condenado, suspendendo, quando necessário, a execução provisória.⁹⁰

⁸⁹ FILHO, Altilino Matias Louro; GOMES, Renta Silva. O Direito Penal do Inimigo: A (in)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.. In:JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://altiliniolouro.jusbrasil.com.br/artigos/574447514/o-direito-penal-do-inimigo?ref=serp>

⁹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 5^aedição. Salvador: JusPodium. 2017. Pág. 48 E 49

a) O equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal:

Como foi dito em tópico específico, quem defende a execução provisória da pena acredita que a presunção de inocência pode ser relativizada, por ser um princípio. Por isso, em razão da crescente violência e impunidade existente, seria necessário dar prevalência à efetividade jurisdicional em detrimento daquele princípio, garantindo o julgamento mas célere e eficaz.

Todavia, é bom lembrarmos que a tradição da jurisprudência brasileira é de predominância dessa linha teórica, sendo a contrária predominante apenas entre 2009 e 2016. Durante todos esses anos podemos perceber que, na realidade, existiu uma grande ineficiência nos julgamentos, demasiadamente lentos, recheados de recursos protelatórios e que refletia uma justiça seletiva. Portanto, esses defeitos não são consequência do curto período em que a presunção de inocência foi garantida até o trânsito em julgado, fazendo parte de nossa cultura jurídica.

Além disso, não podemos nos ater à eficiência jurídica em detrimento de uma das garantias mais importantes do indivíduo, prevista claramente no texto constitucional. Se isso ocorresse, poderíamos nos deparar, cada vez mais com o fim ou diminuição de direitos individuais em função de interpretações da jurisprudência, que deixa de lado a vontade política do constituinte e suas normas, buscando atender os anseios sociais.

O legislador originário impôs, por meio de sua decisão política, o trânsito em julgado como momento em que a presunção de inocência deixa de existir. Isso não pode sucumbir por meio de uma decisão jurisprudencial, que prioriza interpretações complicadíssimas, ao invés do que o dispositivo diz com clareza, sem deixar dúvidas. Tal mudança só pode ocorrer por quem detém essa competência, ou seja, o Poder Legislativo

b) exame dos fatos e provas se exaure nas instâncias ordinárias:

Esse é um dos principais argumentos de quem defende a execução provisória da pena. Basicamente, ele diz que, por a análise fática e probatória acontecer nas instâncias ordinárias, não seria necessário ou eficaz esperar a decisão

dos recursos extraordinários para iniciar a execução provisória da pena. Ela deveria ocorrer logo após a decisão de segundo grau.

Entretanto, apesar dos recursos extraordinário e especial se aterem a discussão de matéria de direito, é possível que o réu seja inocentado, tornando o tempo que ele passaria na prisão, em caso de execução provisória da pena, totalmente injusto e impassível de compensação.

Além disso, o legislador estabeleceu claramente o sistema de trânsito em julgado no art. 5º, inciso LVII da CF como o capaz de cessar a presunção de inocência, não o do duplo grau de jurisdição. Por isso, não basta que seja respeitado o duplo grau de jurisdição ou esperar o momento em que as provas e a matéria fática não podem ser decididas, devendo ser respeitada a decisão política do constituinte.

Renato Brasileiro segue esse raciocínio:

Logo, o caráter ‘extraordinário’ dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena. Isso porque o caráter ‘extraordinário’ desses recursos não afeta o conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido pelo art. 283 do CPP como marco final do processo para fins de execução da pena.⁹¹

c) ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários:

O artigo 637 do CPP afirma 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”⁹². Ele prevê, portanto, a ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário.

Com isso, após a condenação do réu em segunda instância, onde há a preclusão da matéria fática e probatória, deveria ser determinada a execução da pena do indivíduo, afinal, os únicos recursos disponíveis, de caráter extraordinário, não têm efeito suspensivo, fazendo com que a última decisão seja cumprida de imediato.

⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 5^aedição. Salvador: JusPodium. 2017. Pág. 49

⁹² BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

Entretanto, esse raciocínio parece ignorar o disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que estabelece o trânsito em julgado para que o sujeito seja considerado culpado e, assim, possa ter sua pena executada. Antes disso, não é possível, mesmo com o fim da discussão dos fatos e das provas processuais. O texto constitucional deve ser respeitado.

d) A Lei da Ficha Limpa estabelece como causa de inexigibilidade a condenação por crimes, proferida por tribunal:

A execução penal após a decisão em segunda instância seria possível, pois ela gera efeitos negativos ao condenado, como na Lei de Ficha Limpa, que estabelece como causa de inexigibilidade a condenação por tribunal.

e) o critério temporal de soluções de antinomias não pode ser utilizado para estabelecer as prisões previstas no art. 283 do CPP como as únicas possíveis:

A corrente afirma que à luz do art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que diz que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”, não é possível interpretar o art. 283 do CPP como o dispositivo que trata de todos os tipos de prisões existentes. Isso porque ele não seria capaz de revogar as outras espécies, anteriores à Lei 12.403/2011, que lhe deu redação.

Com isso, a existência do dispositivo citado não seria suficiente para impedir a execução provisória da pena. Entretanto, é preciso lembrar, mais uma vez, da existência do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Por ter superioridade hierárquica normativa, ela deve prevalecer, devendo as leis infraconstitucionais se adaptarem a ela. O artigo 283 do CPP o faz, já a prisão decorrente da execução provisória da pena, não, devendo deixar de existir.

f) em nenhum país a execução penal fica suspensa, após condenação em segundo grau:

Nos últimos julgamentos que envolvem o tema, este argumento foi muito utilizado. Alguns dos ministros defensores da constitucionalidade da execução provisória da pena afirmaram que o Brasil é o único país do mundo a adotar o sistema de trânsito em julgado para o início da execução da pena, sendo dominante o sistema do duplo grau de jurisdição, nos outros países. Nele, a execução da pena inicia após a decisão em segunda instância, quando o duplo grau de jurisdição é exercido.

Porém, deve ter em mente que cada país tem suas próprias características, diferindo dos demais em diversos sentidos. O ordenamento jurídico é reflexo da própria sociedade e, por isso, sempre vai ter peculiaridades. Observado isso, a Constituição Federal estabeleceu um sistema diferente, em condições totalmente diferentes, não sendo suficiente para sua alteração uma análise comparativa. Deve-se ter em mente as circunstâncias em que essa garantia foi criada, após um período ditatorial, ainda muito recente.

g) a interposição de recursos protelatórios

A prática jurídica demonstra ser comum a interposição de diversos recursos protelatórios, com a finalidade única de retardar o andamento do processo para evitar a devida punição da parte. Parte da jurisprudência tem entendido, portanto, como inviável esperar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para que seja dado início a execução da pena.

Ele defendem que, mesmo com a interposição de recursos extraordinário ou especial, a execução penal não pode ser frustrada, em razão do grande número desses recursos com finalidade estritamente protelatória. Isso porque eles não discutem matéria fática ou probatória, mas somente de direito. Com isso, já estaria comprovada a materialidade e autoria do crime, e sua interposição teria o objetivo único de evitar a punição do agente, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Por outro lado, nem todos os recursos extraordinários são interpostos de má-fé, de forma que, a alteração traria um grande prejuízo a quem o interpusesse adequadamente. Esses indivíduos poderiam ser antes do trânsito em julgado, sem

que sua culpabilidade fosse preenchida, conforme a CF, limitando um dos direitos individuais mais relevantes: a liberdade.

h) há instrumentos que podem proteger o condenado, suspendendo, quando necessário, a execução provisória:

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, favoráveis à execução provisória da pena têm afirmado que não é necessário proteger o réu da injustiça por meio da espera pelo trânsito em julgado para que se dê o início da execução da pena. Seria possível fazê-lo por outros meios, como o Habeas Corpus, suficientes para suspender seus efeitos.

4.2. ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS

É possível perceber, com a observação dos ordenamentos jurídicos internacionais, a existência de dois sistemas destinados a marcar o fim da presunção de inocência: o do trânsito em julgado da decisão condenatória e o do duplo grau de jurisdição.

O sistema do trânsito em julgado é o previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁹³. Assim, nele, a pena só pode ser executada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Antes disso, não há possibilidade.

O trânsito em julgado de sentença penal condenatória ocorre quando não é possível interpor nenhum recurso, em face da decisão proferida, ou quando as partes realizam um acordo, tornando-a, assim, imodificável. Portanto, o preenchimento da culpabilidade somente com a coisa julgada, protege o réu de uma punição indevida, que poderia ser vista como inadequada com a interposição de recursos extraordinários. Assim, o direito à liberdade do réu é mantido intacto.

Diversamente, o sistema do duplo grau de jurisdição, predominante no resto do mundo, determina a possibilidade de execução da pena quando for exercido

⁹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

o duplo grau de jurisdição, ou seja, quando ocorrer o julgamento do processo em primeiro grau e de seu recurso cabível, em segundo grau. Nesse momento são aferidas as matérias fáticas e probatórias, de forma que a análise dos recursos extraordinários é restrita à matéria de direito. Por isso, seria possível a execução provisória da pena.

Luiz Flávio Gomes trata da diferença entre os sistemas:

No primeiro sistema, somente depois de esgotados todos os recursos (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema, a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra.⁹⁴

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece claramente o trânsito em julgado como o momento determinante da culpabilidade do indivíduo, como afirmado. Não há margem para interpretações, afinal, a vontade do constituinte é clara. Por isso, a execução da pena só pode iniciar após esse momento. Qualquer interpretação diversa estaria ferindo a Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, como corte suprema, deve, acima de tudo, proteger os ditames constitucionais. Por isso, os direitos garantidos aos indivíduos por meio de suas normas e princípios devem ser respeitados ao máximo, evitando-se a perda de um legado construído por meio de muita luta social durante a história. Isso permite a conservação da democracia e do Estado Democrático de Direito.

É preciso ter cuidado ao defender uma mutação constitucional que vise a alteração da interpretação do disposto pelo art. 5º, inciso LVII da CF. Isso porque existe uma linha tênue entre uma mutação do texto constitucional e a invasão da competência reservada ao Poder Legislativo para criar uma nova norma. Esse excesso de ativismo do Judiciário é algo que ocorre repetidamente nos dias atuais, infelizmente.

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-i....> Acessado em 23 de fevereiro de 2016.

Os ministros da suprema corte não podem, portanto, interpretar a Constituição Federal de forma contrária ao que seu texto afirma com extrema clareza, sem margens para dúvidas. Tal comportamento cria uma grande insegurança jurídica e pode violar a separação de poderes. Nesse sentido:

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

... Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não há margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.⁹⁵

É inegável a necessidade de buscar uma maior efetividade processual. A prática jurídica mostra, muitas vezes, uma grande injustiça, em razão da seletividade processual, da lentidão no andamento dos processos e na falta de uma punição adequada. Entretanto, é preciso entender que as mudanças não podem ocorrer de

⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. Revista Consultor Jurídico. 3 de Abril de 2018) Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>

qualquer forma, sobrepondo a eficácia jurídica em relação as garantias processuais e a própria Constituição Federal.

Apesar da necessidade de mudança, em razão da grande violência e impunidade existente, não cabe ao STF alterar o momento em que é aferida a culpabilidade do agente. A Constituição é clara e as leis infraconstitucionais estão em sintonia com ela, pela necessidade do trânsito em julgado. A alteração não cabe, portanto, à corte suprema, protetora da Constituição Federal, mas sim, ao poder legislativo, por meio de uma emenda constitucional.

O STF deveria retornar ao posicionamento dominante entre 2009 e 2016, pela impossibilidade de execução provisória da pena. O HC 84.078-7/MG foi julgado nesse sentido, como pode ser notado pela ementa:

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 recursos 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.⁹⁶

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG. Relator(a): Min. EROS GRAU. Pág. 10 e 11. Julgado em 05/02/2009) Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>

Podemos perceber que os argumentos utilizados pelos ministros contrários a execução provisória da pena envolvem a proteção da Constituição Federal, seu dever máximo, e sua superioridade em relação ao resto do ordenamento jurídico, que deve se adequar a ela.

Isso porque o artigo 5º da CF estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁹⁷. Por isso, em sua defesa, a presunção de inocência deve ser garantida até o trânsito em julgado, diante da clareza do dispositivo. Não importa se a preclusão do julgamento dos fatos e da matéria do processo ocorre em segundo grau, afinal, o legislador constitucional, em sua decisão política, decidiu proteger ainda mais o acusado: até o trânsito em julgado, deve ser tratado como inocente. Nesse sentido, o ministro Eros Grau afirmou no julgamento do HC 84.078/MG:

12. Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena -- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição -- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.⁹⁸

⁹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG. Relator(a): Min. EROS GRAU. Pág. 10 e 11. Julgado em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>

Assim, na realidade, a presunção de inocência não acaba aos poucos, com as decisões no decorrer do processo. Como bem afirma o ministro Celso de Mello, ela se esvazia de uma só vez, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer - repita-se - com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.⁹⁹

Por isso, apesar do art. 637 do Código de Processo Penal afirmar 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”¹⁰⁰, ele tem hierarquia inferior à Constituição Federal, devendo se adequar a ela. Por a Constituição negar a culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não importa se o dispositivo prevê a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, em razão da incompatibilidade. Ainda assim, o acusado só pode ter sua pena executada após a formação da coisa julgada.

Soma-se a isso as disposições presentes na Lei de Execução Penal, no mesmo sentido da CF. Seu artigo 105 diz que: “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”¹⁰¹. Segundo seu artigo 147¹⁰², até mesmo para executar uma pena restritiva de direitos é preciso esperar o trânsito em julgado, tornando ainda mais evidente a necessidade que o mesmo ocorra para que haja a execução da pena restritiva de liberdade.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG. Min. CELSO DE MELLO. Pág. 73. Julgado em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>

¹⁰⁰ BRASIL. Decreto Lei nº 3.689. de 03 de Outubro de 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 7.210. 11 de Julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

¹⁰² BRASIL. Lei nº 7.210. 11 de Julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

A Lei de Execução Penal foi promulgada posteriormente ao Código Penal e por tratar da mesma matéria do art. 637, revoga-o, em razão da incompatibilidade existente entre seus textos, conforme previsão do §1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.¹⁰³

Além disso, deve-se garantir a ampla defesa em todo o processo. Ao submeter o acusado a uma prisão quando ainda podem ser interpostos recursos, ela acaba sendo limitada indevidamente, afinal, retira-se do acusado a prerrogativa de se defender adequadamente, em liberdade, durante a fase recursal, afetando o devido processo legal:

14. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.¹⁰⁴

Por isso, no ordenamento jurídico brasileiro, a única prisão que pode ocorrer durante o andamento do processo, quando ainda existem recursos a serem julgados, são as prisões cautelares. Isso porque elas têm caráter instrumental, só podendo ser determinadas em caráter extraordinário, para garantir o devido andamento do processo. Essa exceção existe por elas não aferirem a culpa do réu, como dito, mas somente por sua instrumentalidade.

Dessa forma, ressalvadas as prisões cautelares, as demais só podem ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, quando é determinada a culpa do indivíduo. Seguindo essa ideia, relativa à Constituição, o artigo 283 prevê que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência

¹⁰³ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de Setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG. Relator(a): Min. EROS GRAU. Pág. 12. Julgado em 05/02/2009 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>

de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.¹⁰⁵

Dessa forma, a prisão que constata a culpabilidade do agente só pode ocorrer nesse momento, como afirma o art. 283 do CPP, por ordem escrita e fundamentada. As outras hipóteses, prisões cautelares, são meramente instrumentais, sendo úteis para a garantia processual, não iniciando a execução da pena. Qualquer outra prisão deve ser tratada como antecipação da execução penal.

Por isso, a execução da pena só deve iniciar com o trânsito em julgado. A suposta ineficácia dos recursos extraordinários não é suficiente para iniciá-la após a decisão em segunda instância;

Insta salientar que vários outros dispositivos legais exigem o trânsito em julgado do decreto condenatório para se executar de forma impositiva a pena, e não unicamente o esgotamento das Instâncias Ordinárias, sob o suposto argumento de que dificilmente os eventuais Recursos Especial e Extraordinário terão êxito. Seria um equivocado e impróprio exercício de adivinhação.¹⁰⁶

¹⁰⁵ BRASIL. Decreto Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

¹⁰⁶ MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. Execução Provisória de Pena do Brasil e o entendimento sedimentado pelo STF no julgamento do HC 84078/MG. Pág. 34. Disponível desde 15-04-2009 em <<http://www.tvjustica.jus.br>>. Material do Curso sobre a “Execução Provisória de Pena do Brasil e o Julgamento pelo STF do HC 84078/MG. Imprescindibilidade da anuência do condenado se ausente necessidade de prisão cautelar. Ponderação de direitos fundamentais.”, ministrada no Programa Saber Direito da TV Justiça.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, é possível perceber a importância do princípio da presunção de inocência para a defesa do réu no processo penal e, consequentemente, para o Estado Democrático de Direito, afinal, com ele, é evitada a restrição indevida a um dos direitos mais relevantes para o ser humano: a liberdade de ir e vir.

Por isso, e em razão de sua previsão expressa no art. 5º, LVII da Constituição Federal, que garante a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é indevida sua limitação antes desse momento, sob a argumentação de uma melhora da eficiência processual. Isso porque, se isso for feito, haverá desrespeito ao texto constitucional e à vontade do legislador constituinte.

Ao contrapor o princípio da eficácia do ordenamento jurídico com a presunção de inocência, entendo que este deve prevalecer, tornando indevida a execução provisória da pena, em razão da clara previsão constitucional. A suprema corte deve atuar em sua defesa, garantindo os direitos e garantias individuais consagrados na Constituição, não de forma contrária, extrapolando seus limites de atuação.

É preciso compreender que o Código de Processo Penal foi criado em 1941, ou seja, em um momento histórico completamente diferente do qual a Constituição de 1988 foi promulgada, com uma finalidade mais garantista. Por isso, existe muitas incompatibilidades entre o texto constitucional e a legislação infraconstitucional criada anteriormente.

Consequentemente, muitas dessas normas deixaram de vigorar. Entendo que esse é o caso do art. 637 do CPP, que afirma que os recursos extraordinários não teriam efeito suspensivo, o que possibilitaria a execução da pena após a condenação em segunda instância. Entretanto, em razão da incidência do art. 5º, LVII da CF, esse dispositivo foi revogado, por incompatibilidade, afinal, a culpabilidade só é aferida após o trânsito em julgado, o que impede a execução penal até esse momento e, consequentemente, a inexistência de efeito suspensivo para esses recursos.

Tendo em vista a previsão constitucional, a preclusão da discussão dos fatos e das provas no segundo grau não justifica o início da execução penal nesse momento, afinal, a culpa só é preenchida após o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória. Ela não se esvazia aos poucos, mas sim, de uma só vez, o que torna a execução penal anterior a este momento indevida e antecipada.

Apesar de ser defendida uma mutação constitucional do art. 5º, LVII da Constituição, ela é indevida, como foi demonstrado. Isso porque os limites de seu texto foram definidos claramente pelo legislador originário, no sentido de impedir a execução penal antes de formada a coisa julgada. O desrespeito a isso, pelo Judiciário, caracteriza uma violação a separação dos poderes e as suas competências.

Assim, a execução penal não pode ocorrer antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo possível determinar a prisão de alguém, durante o curso processual, somente com finalidade cautelar. A alteração desse entendimento é possível, entretanto, demanda atividade legislativa, não sendo tarefa do Judiciário, defensor da Constituição, fazê-la.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Julya Martins de. **O princípio da presunção da inocência frente à efetividade das decisões judiciais no julgamento do HC 126.292 pelo STF.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XXI, n. 172, maio 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado.** Revista Consultor Jurídico. 3 de Abril de 2018) Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>.

BECCARIA, César. **Dos Delitos e das Penas.** Editora Ridendo Castigat Mores. 1764.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** Ed. Saraiva. 20ª ed. 2014.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil. S.A 1989.

BRASIL. **Lei nº 7.210.** 11 de Julho de 1984. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

_____. Câmara Legislativa. **PEC 410.** Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170496>

_____. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

_____. **Decreto nº 678** de 6 de Novembro de 1992. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.

_____. **Decreto Lei nº 3.689**. de 03 de Outubro de 1941. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

_____. **Decreto-Lei nº 4.657** de 4 de Setembro de 1942. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292/SP**. Min. Relator: TEORI ZAVASKI. Pág. 98, julgado em 17/02/2017. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 9**. Disponível em:
http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/872/Sumulas_e_enunciados.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 267**. Disponível em:
http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/619/Sumulas_e_enunciados.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. 2008. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>.

_____. Tribunal Regional Federal 4. **Súmula nº 122**. Disponível em:
<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=trf%204%C2%AA%20regiao>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em:
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948. Disponível em:
http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf.

FERRARI, Rafael. **O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829

FILHO, Altilino Matias Louro; GOMES, Renta Silva. **O Direito Penal do Inimigo: A (in)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.** In: JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://altilinolouro.jusbrasil.com.br/artigos/574447514/o-direito-penal-do-inimigo?ref=serp>

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.** Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viol-a-corte-i....> Acessado em 23 de fevereiro de 2016.

G1. STF declara 'extinta a punibilidade' de Edmundo em caso de atropelamento
Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/09/stf-declara-extinta-punibilidade-de-edmundo-em-caso-de-atropelamento.html>.

LOPES, Felipe. **Comentários aos princípios da efetividade da jurisdição e da duração razoável do processo.** In: JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://felipelopes31.jusbrasil.com.br/artigos/401095351/comentarios-aos-principios-da-efetividade-da-jurisdicao-e-da-duracao-razoavel-do-processo>.

LOURENÇO, Renan. **Antecedentes históricos e legais do princípio da presunção de inocência.** 2018. Disponível em: <https://renanlourenco.jusbrasil.com.br/artigos/588811224/antecedentes-historicos-e-legais-do-princípio-da-presunção-de-inocência>.

LIMA, Jair Antônio Silva de. **A presunção de inocência: conteúdo histórico e relativismo. Maio de 2014.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presunção-de-inocência-conteúdo-histórico-e-relativismo,48306.html>.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 5^aed. Salvador: JusPodium. 2017.

MARTINS, Alberto André Barreto. **Adequação da prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de inocência**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6866

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2010.

MASSON. Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 2^a edição. Salvador: JusPodium. 2014.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Execução Provisória de Pena do Brasil e o entendimento sedimentado pelo STF no julgamento do HC 84078/MG**. Pág. 34. Disponível desde 15-04-2009 em <<http://www.tvjustica.jus.br>>. Material do Curso sobre a “Execução Provisória de Pena do Brasil e o Julgamento pelo STF do HC 84078/MG. Imprescindibilidade da anuência do condenado se ausente necessidade de prisão cautelar. Ponderação de direitos fundamentais.”, ministrada no Programa Saber Direito da TV Justiça.

MELLO, Bernardo. FILHO, Silva. **Análise do HC 126.292/SP: O Princípio da Presunção de Inocência Sob Ameaça?**. 2017. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/dizer/article/view/31620/73145>.

MIGALHAS. **JULGAMENTO HISTÓRICO: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>

_____. **STF nega pedido de Lula para evitar prisão**. 04 de Abril de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI277762,51045-STF+nega+pedido+de+Lula+para+evitar+prisao>

_____. **Toffoli retira prisão em 2^a instância da pauta**. 15 de Abril de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI299612,61044-Toffoli+retira+prisao+em+2+instancia+da+pauta>.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Organização dos Estados Americanos da Convenção Americana dos Direitos Humanos. 1969. Disponível em:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

PORTAL STF. STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância. 11 de Novembro de 2016. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>

_____. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância.** 05 de Outubro de 2016. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>

_____. **STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula.** 05 de abril de 2018. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Proteção de direitos fundamentais diante das emendas constitucionais. 20 de maio de 2016, 9h40. Disponível em:
https://www.conjur.com.br/2016-mai-20/direitos-fundamentais-protectao-direitos-fundamentais-diante-emendas-parte#_ftn5

SCHREIBER, Simone. O princípio da Presunção de Inocência. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7198/o-principio-da-presuncao-de-inocencia/2>.

_____. **Possibilidade de prisão após segunda instância é objeto de nova ADC no Supremo.** 18 de Abril de 2018. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375810>.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 9. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2017.

TEIXEIRA, Guilherme Ribeiro. A (in)constitucionalidade das medidas cautelares previstas no Direito Processual Penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009.

