

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JULIAN FIGUEREDO BATISTI

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APÓS
CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

VITÓRIA
2018

JULIAN FIGUEREDO BATISTI

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APÓS
CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito básico para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do prof. Ms. Américo Bedê Junior.

VITÓRIA

2018

JULIAN FIGUEREDO BATISTI

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APÓS
CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV,
como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Américo Bedê Junior
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O ordenamento jurídico pátrio é, nos dias de hoje, fundamentado principalmente pelo Estado Democrático de Direito, no qual busca-se a maior proteção possível aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. A presunção de inocência está disposta no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal e no art. 283 do Código de Processo Penal. Artigos estes que são cristalinos ao dispor que o réu não pode ser considerado e tratado como culpado até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória. Veda-se, por consequência, tanto as prisões com efeito automático quanto às resultantes de decisões judiciais, visto que isto representaria a execução de uma pena que ainda não veio à tona, mesmo que seja provável. Não obstante à objetividade e a clareza dos dispositivos citados acima, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, alterou o entendimento pacificado pela própria Corte desde 2009, no sentido de se permitir a execução antecipada da pena, ainda que ausente o trânsito em julgado, sob uma série de justificativas e fundamentos. No entanto, o intuito do constituinte ao elaborar a Carta de 1988 é extremamente claro, no sentido de dar máxima eficácia ao dever do Estado de preservar a dignidade humana e os direitos do acusado. Nesta perspectiva, a mudança jurisprudencial adotada pela Supremo Tribunal Federal afronta objetivamente o princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição e art. 283 do CPP. A referida mudança não pode ser realizada por meio de entendimento jurisprudencial, ainda que da Corte mais elevada do país, no que se revela uma atitude solipsista e presunçosa da mesma. Empregar-se-á a metodologia Dialética, no qual serão analisadas as disposições do ordenamento jurídico brasileiro, sejam leis Constitucionais ou Infraconstitucionais, num contexto global em que a quebra de paradigmas é totalmente possível.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Direito Processual Penal; Direito Penal Constitucionalizado; Supremo Tribunal Federal; Presunção de Inocência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CRFB/88	07
1.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO DO ACUSADO	10
2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA	12
3 O MARCO TEMPORAL FINAL DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	18
3.1 A DERROGAÇÃO DO EXAME DE PROVAS EM 2º INSTÂNCIA: RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS	24
3.2 A AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO NOS RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS.....	26
3.3 A SENSÇÃO DE IMPUNIDADE E A DEMORA JURISDICIONAL.....	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo como sua estrutura fundante a Constituição Federal de 1988. Constituição esta que confere grande importância e espaço aos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, sejam eles de cunho constitucional, penal, ou qualquer outra ramificação do Direito.

Um destes é o princípio político-jurídico da presunção de inocência, garantido pela Carta Magna em seu art. 5º, inciso LVII e pelo Código de Processo Penal, no art. 283. Tal princípio afirma que o indivíduo só pode ser considerado culpado com o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória.

Neste sentido, a execução da pena e a consequente prisão do indivíduo, sob à luz do princípio da presunção de inocência, só poderiam ser iniciados após os esgotamentos de todos os recursos possíveis. O respectivo entendimento sempre foi adotado sem qualquer controvérsia, haja vista que a literalidade do dispositivo constitucional já citado é cristalina ao inferir que ninguém é culpado até o trânsito em julgado do processo.

Em outubro de 2016, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no exercício do seu poder de guardião da Constituição, optou por dismantelar o princípio em foco. Isto porque, através dos julgamentos do Habeas Corpus nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44 permitiu-se a execução provisória da pena. Desta forma, as penas privativas de liberdade poderiam ser aplicadas logo após sua confirmação em 2ª instância.

Este entendimento se sustenta, principalmente, na ocorrência da prescrição e da impunidade em diversos casos. O vasto roll de recursos impetráveis acaba retardando e desacelerando o processo judicial, que, em certas ocasiões, demora anos para ser concluído.

Sob esta ótica, surgiu um crescente sentimento de impunidade por parte da população, que via com descrença o devido processo legal brasileiro. É neste contexto que a Suprema Corte firma o entendimento em foco.

É crucial dizer que a antecipação da execução da pena, após a análise do HC 126.292 e das ADC'S 43 e 44, passou a ser um tema cercado por controvérsias. Há quem diga que o novo posicionamento do STF, ao valorizar o princípio da razoável duração do processo, é um demonstrativo da contemporaneidade e da constante renovação do Direito, que deve se adequar à realidade fática vivenciada pela população. Outros, entretanto, afirmam que a valorização do princípio da duração razoável do processo, da forma que foi adotada, viola claramente um dos princípios fundantes do processo penal brasileiro, o da presunção de inocência.

Neste diapasão, a finalidade desta pesquisa é responder a seguinte questão: A execução da pena após a confirmação da decisão em 2ª instância viola o princípio da presunção de inocência ?

1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CRFB/88

O Direito Penal se consolida de diferentes maneiras ao redor do planeta, tendo diversas formas de estruturação e aplicação nos meios sociais, variando entre os sistemas inquisitivo, acusatório ou misto.

Importante destacar, nesta perspectiva, a definição do sistema processual penal, que nas palavras de Paulo Rangel, é:

O conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. (2010, p. 49)

Extraí-se, por consequência, que o sistema processual penal de determinado Estado está diretamente ligado ao seu contexto político-social. Estados totalitários tendem a oferecer maior discricionariedade aos seus agentes, ao passo que os Estados democráticos restringem de forma mais acentuada a atuação de seus juízes.

O ordenamento jurídico brasileiro, pautado em um Estado Democrático de Direito, adota predominantemente o sistema acusatório, ainda que possua resquícios inquisitórios. O sistema acusatório é, desta forma, a garantia do cidadão em face de qualquer arbitrariedade ou abuso cometido pelo Estado (RANGEL, Paulo, 2010, p. 49).

Sob esta ótica, um dos principais e mais efetivos instrumentos de proteção do cidadão é o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Princípio este que é substancial em diversos ordenamentos jurídicos espalhados mundo à fora.

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, consagra a presunção de inocência em seu art. 5º, inciso LVII:

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:
... LVIII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

Consagração que não ocorre apenas na Carta Magna brasileira, mas também em diversos outros diplomas internacionais relativos aos direitos humanos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1798 pela Assembleia Nacional Francesa, aduz:

9º. Todo acusado é **considerado inocente até ser declarado culpado** e, se julgar indispensável prende-lo, todo o rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Observa-se, também, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas em 1948, que esclarece:

XI.1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (ONU, 1948).

De maneira similar, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comumente chamada de Pacto San José da Costa Rica, promulgado em 22 de Dezembro de 1969, assegura:

Art. 8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que **se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.** (AMERICANOS, 1969.)

Cumprir dizer, também, que os respectivos tratados são recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, possuindo o mesmo status/nível de hierarquia que as normas localizadas na Constituição Federal.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Filho e Antonio Scarance Fernandes, ao comentarem o artigo citado logo acima e sua aplicação no ordenamento brasileiro, afirmam que:

todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas escritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam;

e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais. (2009, p. 71).

Delineada a importância da presunção de inocência tanto no cenário jurídico internacional, quanto no cenário nacional, deve-se atentar para uma devida conceituação e dimensionamento do termo.

Alexandre de Moraes (2007, p. 235), explica que o princípio da presunção de inocência, como garantia do processo penal, visa à proteção da liberdade individual e pessoal, realçando a indispensabilidade de o Estado ter de comprovar a culpabilidade do indivíduo/réu, que é constitucionalmente presumido inocente.

Já Paulo Rangel, notório professor e desembargador, infere que não se trata de presunção de inocência, mas sim em declaração de inocência. Isto pelo fato de que, ainda que a Constituição Federal não presuma a inocência do indivíduo, não obstante, evidencia que ninguém poderá ser tratado como se culpado fosse. Vejamos:

Primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º LVII). Em outras palavras, uma coisa é certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção de culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência. (2014, p. 24)

Seja o instituto denominado de presunção de inocência ou não culpabilidade, o que se extrai é o fato de que só poderá ser afastado o estado de inocência do indivíduo mediante prova cabal de cometimento do delito. O réu, então, só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Neste sentido, o princípio da presunção de inocência se configura, nos dias de hoje, como um componente substancial de um modelo processual penal que objetive a valorização da dignidade humana e dos direitos essenciais aos indivíduos. (CHIAVARIO, 2000, p. 76)

Tal dispositivo constitucional, no entanto, não se limita à garantia de um estado de inocência. Isto porque a presunção de não culpabilidade também é passível de análise sob a ótica técnico-jurídica, que, nas palavras de Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró, funcionam:

(...) como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Trata-se, pois, de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza. (2016, p. 8)

Assim sendo, evidente é a necessidade de se distinguir a presunção de inocência enquanto direito no decorrer dos tramites penais da presunção de inocência enquanto regra de julgamento e convencimento motivado do magistrado.

1.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO DO ACUSADO

É sabido que a presunção de inocência, conforme amplo entendimento doutrinário, possui tanto o aspecto de regra probatória, consolidando o *in dubio pro reo* como resposta à dúvida sobre fato relevante penalmente, quanto como regra de tratamento do réu (BADARÓ, 2012. p. 1).

Esta última, que realmente interessa ao presente trabalho, impossibilita que a lei ou o magistrado que a interprete confira ao réu tratamento semelhante ao indivíduo que já foi condenado e teve sua sentença transitada em julgado.

Nesta perspectiva, diferentes pontos e questões podem ser destacados sobre a presunção de inocência ou não culpabilidade no que tange ao tratamento do acusado.

Dois desses pontos se consolidam como os mais notórios, se relacionando com a liberdade do indivíduo, quais sejam: a) a vedação de prisões automáticas no decorrer do processo, salvo se caracterizadas como medidas

cautelares/assecuratórias em face do *periculum libertatis*; b) proibição de qualquer tipo de cumprimento antecipado da pena sob forma de prisão (LOPES JUNIOR, BADARÓ, 2016, p. 12).

A doutrina pátria trata o tema de maneira exemplar, conforme se observa em:

A vedação de qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, inegavelmente, o aspecto mais inovador do princípio inscrito no art. 5º, LVII, da Nova Constituição, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado. (GOMES FILHO, 1991, p.42)

Outra passagem essencial na obra de Antonio Magalhães Gomes Filho aduz que:

A presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva ou que importe o reconhecimento de culpabilidade, viola esse princípio. (1991, p. 43)

Em síntese, garantir ao réu/acusado ou investigado em um processo penal, uma condição de inocência ou não culpabilidade importa a afirmação de que o mesmo não se equipara ao sujeito definitivamente condenado. Seu status é, na verdade, como se não tivesse sequer sido investigado. Por consequência, vedam-se tanto as prisões com efeito automático quanto às resultantes de decisões judiciais, visto que isto representaria a execução de uma pena que ainda não veio à tona, mesmo que seja provável. (LOPES JUNIOR, BADARÓ, 2016, p. 14)

2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Conforme elucidação em tópico anterior, a presunção de inocência encontra-se consagrada no art. 5º, inciso LVII da Carta Maior brasileira. Artigo este que tem como característica a objetividade no que tange o momento derradeiro da presunção de inocência no decorrer da persecução penal.

Diante da objetividade do referido dispositivo, era pacífico e incontroverso o entendimento de que a prisão do indivíduo, antes do trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória, só poderia ocorrer nas modalidades preventivas e cautelares, nos termos do Código Penal vigente.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, alterou o próprio entendimento consolidado desde 2009, num julgamento histórico e de imensa relevância nacional, que reverbera no cenário jurídico-político do país até os dias de hoje.

Nesta perspectiva, torna-se essencial ao presente trabalho a análise dos fundamentos estruturantes dos julgamentos do Habeas Corpus nº 126.292 e ADC'S 43 e 44, nos quais foi aventada a constitucionalidade da execução antecipada da pena.

Primeiramente, fora julgado o HB 126.292, em 17 de fevereiro de 2016. Na ocasião, discutiu-se a legitimidade da ação do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinou a execução imediata da pena após negativa ao recurso exclusivo do réu. O plenário da Suprema Corte, por 7 votos a 4, optou por alterar o entendimento vigente até então, possibilitando a execução antecipada da pena, ainda que ausente o trânsito em julgado.

O ministro Teori Zavascki, relator do caso, proferiu voto a favor da alteração jurisprudencial, tendo como fundamento, principalmente, a ausência de valoração dos fatos e provas nos recursos extraordinários e especiais. Veja-se:

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. **Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto.** E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.

Ademais, se constitui como parte importante da fundamentação a afirmação de que o número de recursos extraordinários conhecidos e providos é ínfimo. Para isso fez referência, inclusive, a análise do renomado Joaquim Barbosa, como bem se observa:

Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078: “Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: **fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante : de um total de 167 RE’s julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos**”

Por fim, consignou que:

10. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Também merece destaque o voto de Luís Roberto Barroso que, ao acompanhar o relator, reafirmou a ausência de valoração fática e probatória em 2ª grau de jurisdição. Vejamos:

26. Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. **Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida.** É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP).

(...)

30. Assim sendo, **a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência.** Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

Além disto, outro argumento substancial no voto do respeitado ministro se funda na longa demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, que teriam como consequência, diversos casos alcançados pela prescrição. Neste sentido é o trecho:

11. Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. **A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral.** Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

(...)

13. **Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito.** Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído

inequivocamente se alterou. **Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado.** Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão. É o que se passa a demonstrar.

A população, nesta senda, ao vislumbrar tais casos, teria um crescente sentimento de insatisfação e impunidade diante do Estado, motivo pelo qual o STF, como guardião da Constituição, deveria se posicionar.

Por fim, ao concluir seu voto, afirma o seguinte:

36. É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito.

Cumprido ressaltar, que acompanharam o voto do relator e Luís Roberto Barroso os seguintes ministros: Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Carmém Lúcia e Gilmar Mendes. Os votos divergentes ficaram por conta dos Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

O respectivo julgamento, ainda que ausente de força vinculante, acabou por gerar grande controvérsia jurisprudencial em diversos tribunais. Muitos magistrados passaram a adotar posicionamento idêntico, de maneira que se ignorasse o disposto no art. 283 do CPP.

Sob esta perspectiva, O Supremo Tribunal Federal novamente se manifestou sobre a temática, através da apreciação das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44.

Neste julgamento, o plenário da Corte, por maioria, novamente firmou entendimento de que o art. 283 do Código de Processo Penal não obsta a execução imediata da pena após a condenação em 2º instância.

O ministro Teori Zavascki reforçou seu argumento lançado no julgamento do HC 126.292, de que a viabilidade da análise probatória e fática se extingue nas instâncias ordinárias, como se vê na seguinte passagem:

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.

Ao se reportar à análise do Habeas Corpus de sua relatoria, o ministro citou a grande amplitude e repercussão do respectivo julgamento, que serviu, inclusive, como um dos principais motivos para a análise das próprias ADC'S 43 e 44. Veja-se:

Em exame duas ações declaratórias de constitucionalidade que, com causas de pedir semelhantes, objetivam a confirmação da presunção de constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, na redação que lhe foi conferida pela Lei 12.403/11, que vem a ser a seguinte: “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 preventiva”

(...)

Ao julgar o precedente do HC 126.292, de minha relatoria, o Tribunal realmente procedeu a uma reformulação da jurisprudência que vinha aplicando até então, emitindo juízo que, embora proferido em causa subjetiva – e, por isso, desprovido de exigibilidade imediata em relação às demais instâncias judiciárias – endossou mensagem de olhar diverso a respeito do princípio da presunção de inocência, a repercutir, pois, na legislação infraconstitucional correlata, a exemplo do invocado art. 283 do CPP. Essas circunstâncias geram implicações naturalmente negativas para a higidez da ordem jurídica e enseja o surgimento de múltiplos impasses,

estado de coisas que, pela sua relevância, enquadra-se na categoria de “controvérsia judicial e relevante”, permitindo o conhecimento das ações declaratórias de constitucionalidade.

Outrossim, essencial dar destaque ao voto do ministro Edson Fachin, que dentre os argumentos expostos, se consolidou principalmente sobre o seguinte aspecto:

Como se sabe, as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo possuem eficácia imediata. Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir o imediato efeito do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo.

Como dito, o art. 283 do CPP, em regra, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação. A afirmação da vigência e constitucionalidade do art. 283 do CPP, portanto, na minha ótica, em nada macula a conclusão a que chegou esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP, razão pela qual mantenho meu entendimento naquele julgamento exposto.

Da leitura do trecho é possível extrair que outro argumento para se iniciar a execução da pena é a ausência de efeito suspensivo nos recursos especiais e extraordinários. Tratam, por tanto, de relacionar o art. 283 do CPP à dispositivos similares do Código de Processo Civil.

Através de todo o exposto é possível vislumbrar os argumentos de maior força e solidez que permitiram a execução provisória da pena, ainda que ausente o trânsito em julgado. Argumentos estes que serão discutidos e elucidados nos tópicos deste trabalho científico.

O MARCO TEMPORAL FINAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É de suma importância definir em que momento do procedimento acusatório vigora o princípio ora estudado, ou, de certo modo, até quando deve-se considerar o réu inocente.

A própria Constituição Federal tratou de estabelecer a inocência do indivíduo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, após o esgotamento de todas as hipóteses e possibilidades recursais. Veja-se:

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

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

O artigo acima exposto demonstra de forma clara e concisa a vontade do constituinte na elaboração da Carta Magna, qual seja, a proteção do indivíduo durante toda a persecução penal.

Não obstante à objetividade do artigo 5º, inciso LVII, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a temática em 2009, passados mais de 20 anos, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078.

Nesta ocasião, assentou-se que a presunção de não culpabilidade ou inocência vigora até o trânsito em julgado. Tal interpretação, na realidade, obsta a execução antecipada e provisória da pena, enquanto houvesse possibilidade de recurso. Sob o viés do processo civil, veda-se também os recursos extraordinários e especiais, a despeito do que diz o art. 27, § 2º da Lei n. 8038/90 (LOPES JUNIOR, BADARÓ, 2016, p. 15)

Sob esta ótica, importante visualizar o julgado acima citado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados -- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em

quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

(STF – HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Entendimento este que, todavia, foi alterado recentemente pela Suprema Corte brasileira, em 17/02/2016. Por maioria dos votos, entendeu-se ser possível a execução da pena conferida em sentença condenatória, desde que confirmada por sentença de 2º grau, independentemente do esgotamento ou não das possibilidades recursais, conforme se observa:

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.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

O presente julgado tem como fundamento o fato de que a confirmação da sentença condenatória, em 2º grau de jurisdição, da fim à análise de provas e fatos que alicerçaram a culpa do acusado, autorizando, por conseguinte, o início da execução penal.

Os efeitos de tal decisão, nas palavras de Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró, são:

A decisão restringe o arco temporal da garantia constitucional do art. 5.º, caput, inc. LVII, da Constituição, que estabelece como marco temporal final da presunção de inocência o “transito em julgado da sentença penal condenatória, e não “até a confirmação da sentença em segundo grau”! A diferença prática das duas posições é que, segundo o novo posicionamento do STF, nega-se efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada (2016, p. 15).

É bem verdade que não constitui elemento intrínseco da presunção de inocência a sua permanência até o final da persecução penal. Como já demonstrado no presente trabalho, o que se assegura em diversos países do mundo é que se presume a inocência do indivíduo “até que se comprove sua culpa”.

O direito inglês é um bom exemplo de consolidação do entendimento acima explanado. Isto pois sua legislação penal, no que tange o procedimento de recursos em face de decisão condenatória, permite a liberdade do acusado mediante o pagamento de fiança, durante a análise do recurso pela Corte. Cabe ressaltar, no entanto, que o respectivo direito não tem caráter absoluto, sendo garantido apenas nos casos previstos em lei (FRISCHEISEN, GARCIA e GUSMAN, 2013, p. 468).

Outro exemplo de destaque são os Estados Unidos, que em seu Código de Processo Penal, vigente em todos os Estados, no art. 16º, dispõe que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo”. (FRISCHEISEN, GARCIA e GUSMAN, 2013, p. 470).

Tem-se, sob esta lógica, que apesar dos direitos civis, entre eles o da presunção de inocência, constituírem os pilares da democracia americana, não se deve adotá-los de maneira absoluta.

Ora, não é ilógico pensar que as decisões condenatórias são executadas instantaneamente, visto que as próprias disposições legais do Código dos Estados Unidos são claras neste sentido. O referido diploma legal aduz que uma decisão condenatória consolida-se como um julgamento definitivo para todos os propósitos, salvo algumas exceções (FRISCHEISEN, GARCIA e GUSMAN, 2013, p. 470).

Diante dos casos expostos, é possível, do ponto de vista interpretativo, considerar que a culpa está legalmente corroborada com uma decisão que julgue o mérito do

processo. Em outras palavras, não é absurdo pensar que o acusado pode ter sua presunção de inocência cessada após decisão de 1ª instância ou confirmação da mesma em 2º grau de jurisdição.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, adota entendimento diverso. O intuito do constituinte foi dar eficácia máxima à incumbência do Estado de preservar a dignidade humana, fortificando, nesta lógica, a presunção de inocência.

O acusado, por consequência, tem como seu momento derradeiro final, no direito de ser presumido inocente, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

José Cretella Júnior, ao elucidar o tema em uma de suas obras, discorre:

Somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não mais cabe recurso, é razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. (...) Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao status de culpado, até que cumpra pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo, fundamento da condenação (1990, p. 537).

Nesta senda, uma vez delimitado o momento final de fruição do estado de inocência, era de se imaginar que as discussões sobre o momento em que a culpa se encontra legalmente comprovada se extirparia.

É notório que o Supremo Tribunal Federal se consolida, incontestavelmente, como o Guardião Legal da Constituição, visto que é o órgão mais elevado da organização judiciária nacional. Deve-se precisar, no entanto, até que ponto a respectiva Corte pode modificar a hermenêutica e a interpretação da Carta Magna, que foi inscrita pelo Constituinte, não sendo uma simples folha em branco.

Imprudente seria a permissão para que o STF redija um conceito diferente de trânsito em julgado, fundada numa atitude solipsista na qual aspira representar o marco zero de interpretação no ordenamento jurídico (LOPES JUNIOR, BADARÓ, 2016, p. 17).

Aury e Badaró, outra vez se debruçando sobre o tema, asseguram que:

É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a 'golpes de decisão'. Não pode o STF, com a devida vênia e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial (LOPES JUNIOR, BADARÓ, 2016, p. 17).

Neste diapasão, o trânsito em julgado indubitavelmente não se confunde com a coisa julgada, sendo ela material ou formal. Sobre o assunto, leciona José Carlos Barbosa Moreira:

por 'trânsito em julgado' entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso (1971, p. 145).

O trânsito em julgado, por consequência, se configura no exato momento em que se esgotam todas as possibilidades recursais, cuja a imutabilidade da decisão é certa e comprovada.

Não há espaço, sob qualquer hipótese, para exegese diferenciada sobre o termo em voga, ainda que praticada pelo Supremo Tribunal Federal.

3.1 A DERROGAÇÃO DO EXAME DE FATOS E PROVAS EM 2ª INSTANCIA: RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS

Após dimensionar o conteúdo da presunção de inocência e o seu arco de aplicação procedimental, cabe agora se debruçar sobre o argumento central/estruturante utilizado por aqueles que defendem a restrição da garantia “até o trânsito em julgado da ação penal” sob a ênfase de ser, na verdade, “até a condenação em 2ª instância”.

A maior parte dos ministros da Suprema Corte brasileira reconheceu a plausibilidade da execução provisória da pena após a análise do processo criminal em 2ª grau de jurisdição. Solidificou-se o argumento com a ideia de que o término do exame dos fatos ou “mérito” seria suficiente para se presumir a culpa.

Nesse sentido, uma vez que os recursos especiais e extraordinários não valoram novamente matéria fática, drasticamente menor é a hipótese de anulação ou reforma da sentença/acórdão proferido. Justifica-se, por consequência, a eficácia instantânea da decisão condenatória de 2ª grau de jurisdição.

De início, necessária é a compreensão dos conceitos de “culpabilidade fática” e “culpabilidade normativa”. Geraldo Prado ensina que a presunção de inocência é o princípio direcionador do processo penal brasileiro, afirmando-se como cláusula pétrea e concebendo uma relação com a definição jurídica de culpabilidade normativa no ordenamento pátrio (2015, p. 03).

A “culpabilidade fática”, por sua vez, se consubstancia no modelo de processo penal norte-americano, justificado pelo controle social do delito como fator preponderante (LOPES JUNIOR, BADARÓ, 2016, p. 20).

O modelo de culpabilidade adotado pelo Brasil, delineado em curta síntese:

o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está ‘comprovada legalmente a culpa’ como exige o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Portanto, é errado afirmar-se que 'a culpa está provada' após a decisão de segundo grau. No nosso sistema, com o marco constitucional da presunção de inocência vinculada ao trânsito em julgado, é somente neste momento que se pode considerar 'estar provada a culpa'.(LOPES JUNIOR, BADARÓ, 2016, p. 20).

Deste modo, a despeito da indubitável relevância do 2º grau de jurisdição, o texto constituinte é objetivo ao afirmar que a execução da pena só pode ocorrer após o esgotamento de todas as possibilidades recursais. Disto que decorre a expressão “transito” em julgado disposto no inciso LVII da Constituição Federal.

A necessidade de esgotamento de todas as vias impugnativas/ possíveis da sentença penal condenatória só pode ser obstada, por consequência, pela prisão preventiva (AMARAL, 2017, p. 17).

Assentir com a fundamentação constante no acórdão é fazer reduzir de maneira demasiada e simples o escopo dos recursos extraordinários em seu sentido estrito. Soa excessivo inferir que os recursos extraordinário e especial não cuidam do direito concreto da pessoa que recorreu, por, na verdade, objetivarem o controle de legalidade.

Neste diapasão, importante delinear o tipo de trabalho realizado pelos tribunais pátrios de 2º grau de jurisdição e pela Suprema Corte brasileira. Michele Taruffo ao observar a atuação de diversas cortes ao redor do planeta atenta, astuta e corretamente, que dois modelos de controle de legalidade sempre se destacaram em detrimento de outros, quais sejam, o modelo de “Corte suprema” e o modelo de “3ª instância”. (1991, p. 791).

No primeiro, da “Corte Suprema”, o caso fático é apenas uma oportunidade para assegurar a legitimidade e legalidade do ordenamento, visando menos o passado e mais o futuro. Já o modelo da “3ª instância”, por sua vez, utiliza a Constituição e suas leis para solucionar um problema concreto (TARUFFO, 1991, p. 791).

Sob esta ótica, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se enquadram facilmente neste último modelo. Nota-se nestas cortes uma “interpretação operativa”, objetivando a correta resolução do caso fático.

O modelo oposto tem como crucial a atribuição de sentido para a lei, enquanto enunciado de cunho geral (TARUFFO, 1991, p. 157).

Um indício do modelo adotado pela Suprema Corte brasileira é a edição da Súmula nº 456 por este próprio tribunal, que dispõe: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o Recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie (BRASIL, 1964)”.

Os recursos extraordinários e especiais, portanto, não se restringem somente à resolução abstrata da controvérsia federal ou constitucional posta em debate, mas também à aplicar a lei à realidade e às partes.

Ora, não é desmedido afirmar que, ainda que se denegue a discussão fática do processo, há uma preponderância da proteção ao direito do autor concreto no momento de se negar ou dar provimento ao recurso. A proteção da lei federal e da Constituição, por sua vez, ficaria em segundo plano, enquanto direito subjetivo. (LOPES JUNIOR, BADARÓ, 2016, p. 22).

3.2 A AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO NOS RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINARIOS

Outro importante argumento que também fora utilizado como fundamento da execução antecipada da pena é o da inexistência de efeito suspensivo nos recursos extraordinários e especiais.

Argumento este que, no entanto, resta completamente equivocado. Conforme será elucidado a seguir.

A princípio, cumpre dizer que o recebimento dos recursos extraordinários e especiais somente em seu efeito devolutivo, nos termos do art. 995, caput do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei nº 8.038/90 em seu revogado art. 27, §2º, não são aplicáveis ao processo penal brasileiro, e, portanto, insuficiente como argumento para se permitir a execução provisória da pena (AMARAL, 2017, p.04)

Nas palavras de Augusto Jobim do Amaral:

Uma vez que os objetos tutelados pelas esferas civil e penal são absolutamente distintos, deve ser pontuado que a insurgência ora estabelecida em nada se relaciona com a presença (ou não) de determinado efeito recursal, mas sim, ao fundamental direito de liberdade do indivíduo de ser presumido inocente. O raciocínio é idêntico no que concerne ao art. 637 do Código de Processo Penal, que estabelece que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo. Dessa maneira, deve ser entendido que a execução provisória da pena torna impossível a reversão de seus efeitos, (não há como reaver o tempo de liberdade restringido), muito ao contrário do que acontece no processo civil em relação à garantia real ou fidejussória. (2017, p. 05)

Nesta perspectiva, a questão de se executar a pena antes do trânsito em julgado, em situação diferente das cautelares já previstas no ordenamento, não se traduz ao simples inconveniente do “efeito recursal”. Está se tratando, na verdade, da liberdade de um indivíduo e conseqüentemente de uma gama de direitos à ele inerentes e que devem ser tutelados e respeitados pelo Estado. Entre estes direitos está o da presunção de inocência (LOPES JUNIOR, BADARÓ, 2016, p. 28).

O próprio Supremo Tribunal Federal, em análise feita pelo Ministro Eros Grau em sede de julgamento do já citado Habeas Corpus nº 94.408, realizado em 2009, afirmou a impossibilidade da execução antecipada da pena os fundamentos aqui discutidos.

Veja-se, então, importante trecho do julgado:

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n.

7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. **Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.** 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 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 subsequentes 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 1988, 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”.

O mesmo seguimento interpretativo fora adotado no julgamento do Habeas Corpus nº 96.059, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE E RESP) - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA - CIRCUNSTÂNCIA QUE, SÓ POR SI, NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. - **A denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP, a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal**, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade. Precedentes. - **A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em decisão condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de não-culpabilidade), tem, como pressuposto legitimador, a existência de situação de real necessidade**, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção - sempre excepcional - dessa medida constritiva de caráter pessoal. Precedentes. - Se o réu responder ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada - embora fundada em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) - somente se justificará, se, motivada por fato posterior, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP. Situação inócua no caso em exame.

Sob este prisma, é incorreto impedir o exercício de se recorrer conferido ao cidadão, assim como seu direito de tentar obter uma pretensão jurisdicional concretizada de maneira integral, seja qual forem os efeitos dos recursos interpostos.

O argumento em favor da execução antecipada da pena sob a justificativa de ausência de efeito suspensivo, por consequência, resta completamente equivocada em face do princípio da constitucional da presunção de inocência (AMARAL, 2017, p.5). Recurso este que tem o condão de suprir a ausência de previsão legal no que

tange o efeito suspensivo dos recursos extraordinários e especiais em face de sentença penal condenatória.(CHOUKR, 2014, p. 1178)

3.3 A SENSACÃO DE IMPUNIDADE E A DEMORA JURISDISCIONAL

Também se consolida como argumento estruturador da referida decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal o fato de se constatar, nos dias de hoje, um crescente e eloquente sentimento de impunidade por grande parte da população brasileira. Sentimento este que decorreria do longo período que se tem levado para julgar os recursos extraordinários e especiais.

Sob este prisma, é de se concordar com o fato de que o sistema judicial brasileiro, em que se inclui a justiça criminal, encontra-se demasiadamente sobrecarregado. As turmas criminais espalhadas Brasil à fora não tem sido suficientes para atender a crescente demanda recursal que tem se observado nos últimos tempos.

Há de se ressaltar, ainda, que a respectiva sobrecarga é agravada pela complexidade das causas a serem julgadas, que muitas vezes se relacionam com uma patologia interpretativa presente em decisão de instância inferior.(LOPES JR, BADARÓ, 2016, p. 36).

Assim sendo, vislumbra-se a legitimidade no argumento da demora jurisdicional e a consequente prescrição de muitos casos em espera para julgamento. O erro, no entanto, está na permissão de se executar provisoriamente ou antecipadamente a pena do réu como forma de solucionar o problema em questão.

Isto porque a tensão existente entre o “tempo social” e o “tempo do direito”, no que tange uma sociedade regida pela velocidade em praticamente todos os seus aspectos, é incontroversa e indubitável (LOPES JR, BADARÓ, 2009).

Neste sentido, nos dizeres de Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró:

Há que se respeitar o tempo do direito, pois ele nunca conseguirá (ou mesmo deveria) atuar na dinâmica do imediato e corresponder as nossas ambições de uma justiça imediata e hiperacelerada (e a prisão cautelar tem um efeito sedante e gera essa ilusão). Isso não quer dizer, tampouco, que o processo deva demorar demais ou ser infundável. Há que se encontrar o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais.(2016, p. 36)

Por consequência, é evidente que a execução da pena após confirmação da condenação por tribunal de 2ª instância, sob o argumento de longo tempo necessário para julgamento dos recursos extraordinários e especiais, é completamente errôneo.

A incapacidade das principais cortes brasileiras de respeitar e conferir eficácia ao princípio constitucional da duração razoável do processo acaba por violar preceito constitucional ainda mais importante, consubstanciado na presunção de inocência do indivíduo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (Nicolitt, 2017, p. 02).

Caberia ao Estado, então, organizar e estruturar seu órgão judiciário, de maneira que seja proporcionada ao cidadão o mínimo de eficiência no julgamento das lides, evitando-se, assim, os retardos indesejados e indevidos. (LOPES JR, BADARÓ, 2009, p. 69).

Também é de concordância geral que, tratando-se de um processo de cunho democrático, é possível e até mesmo aceitável que sejam absolvidos alguns indivíduos que eventualmente sejam culpados. Possibilidade que é tolerada em razão da cautela necessária para não se condenar um inocente a cumprir pena por ato que não cometeu. Jamais será possível anuir com a condenação de um inocente em um Estado Democrático de Direito (Nicolitt, 2017, p.02).

Desta forma, conforme aduz o respeitado magistrado André Nicolitt:

A conclusão a que se chega é que olhando nosso tempo as luzes postas sobre essa decisão, veremos talvez o “louvável” desejo de evitar prescrições e combater a “impunidade”, mas mergulhando o olhar no obscuro, o que veremos é a incapacidade operacional estrutural dos tribunais superiores que se tenta suplantar através do sacrifício da presunção de inocência (2017, p.04)

Por conseguinte, é inequívoco que a sobrecarga do sistema judiciário e a demora jurisdicional constituem um verdadeiro problema a ser sanado pelo Estado. A solução, no entanto, não virá da execução antecipada da pena, que se constitui simplesmente como um efeito amenizador para a população. Estar-se-á, na verdade, suprimindo garantias processuais e constitucionais de acusados – que deveriam ser presumidos inocentes – em nome da insatisfação popular que em nada tem haver com eles.

O tempo necessário para a efetiva prestação jurisdicional permanecerá longo, tendo como diferencial o fato de que os acusados terão de se sujeitar a esta demora trancafiados em presídios notoriamente medievais e violentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico pátrio é, nos dias de hoje, fundamentado principalmente pelo Estado Democrático de Direito, no qual busca-se a maior proteção possível aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Num sistema predominantemente acusatório, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade se consolida como componente substancial na proteção do cidadão em face de eventual arbitrariedade ou abuso de poder estatal.

O respectivo princípio existe em diversos países espalhados mundo à fora, sendo, por conseguinte, consagrado em diferentes cartas constitucionais e Declarações Universais sobre direitos humanos, como fora evidenciado no presente trabalho.

Nesta senda, a presunção de inocência está disposta no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal e no art. 283 do Código de Processo Penal. Artigos estes que são cristalinos ao dispor que o réu não podem ser considerado e tratado como culpado até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória. Veda-se, por consequência, tanto as prisões com efeito automático quanto às resultantes de decisões judiciais, visto que isto representaria a execução de uma pena que ainda não veio à tona, mesmo que seja provável.

Não obstante à objetividade e a clareza dos dispositivos citados acima, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, alterou o entendimento pacificado pela própria Corte desde 2009, no sentido de se permitir a execução antecipada da pena, ainda que ausente o trânsito em julgado, sob uma série de justificativas e fundamentos.

Um destes fundamentos é derrogação do exame de fatos e provas em 2º grau de jurisdição, que, todavia, não merece prosperar. Isto porque o texto constituinte é objetivo ao afirmar que a execução da pena só pode ocorrer após o esgotamento de todas as possibilidades recursais e também pelo fato de que os referidos recursos

não se restringem somente à resolução abstrata da controvérsia federal ou constitucional posta em debate, mas também à aplicar a lei à realidade e às partes.

Outro argumento invocado é o da ausência de efeito suspensivo nos já citados recursos extraordinários e especiais. Argumento este que também resta equivocado, na medida que possibilitar a execução provisória da pena, nestes termos, não se traduz ao simples inconveniente do “efeito recursal”. Está se tratando, na verdade, de um direito inerente ao indivíduo que deve ser tutelado e respeitado pelo Estado, que, inclusive, possui o condão de suprir a ausência de previsão legal no que tange os efeitos suspensivos dos recursos extraordinários e especiais.

Ademais, fundamento de destaque é o da demora jurisdicional e da consequente prescrição em muitos casos. Neste sentido, embora seja inequívoco que a sobrecarga do sistema judiciário e a demora jurisdicional seja um verdadeiro problema a ser sanado, a solução não virá da execução antecipada da pena, visto que a mesma apenas ameniza o efeito na população, na medida que se suprime garantias processuais e constitucionais dos acusados. O problema permanecerá o mesmo, com o diferencial de que os acusados terão de se sujeitar a referida demora presos.

Ante o exposto, não é absurdo pensar que o acusado pode ter sua presunção de inocência cessada em 2º grau de jurisdição, visto que muitos países desenvolvidos adotam sistemas neste sentido. No entanto, o intuito do constituinte ao elaborar a Carta de 1988 é extremamente claro, no sentido de dar máxima eficácia ao dever do Estado de preservar a dignidade humana e os direitos do acusado.

Nesta perspectiva, a mudança jurisprudencial adotada pela Supremo Tribunal Federal afronta objetivamente o princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição e art. 283 do CPP. A referida mudança não pode ser realizada entendimento jurisprudencial, ainda que da Corte mais elevada do país, no que se revela uma atitude solipsista e presunçosa da mesma.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF**. Revista brasileira de direito processual penal, S.I., v. 3, n. 3, p. 1073-1114., 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138467 . Acesso em: 1 mai. 2018.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **PACTO SAN JOSÉ DA COSTA RICA**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm . Acesso em: 16.06. 2018.

BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em: 16.06. 2018.

_____, STF. **ADC nº 43/DF**. Rel. Min Marco Aurélio, PLeno, m.v. DEJT: 5 de outubro de 2016.

_____, STF. **HC nº 126.292/SP**. Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, m.v. DEJT: 17 de fevereiro de 2016.

_____, STF. **HC nº 96.059/RJ**, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., LEXSTF, 364/ 426. DEJT: 10 de fevereiro de 2009

_____, STF. **HC nº 94.408**. 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, v.u., RT 885/493.DEJT: 10 de fevereiro 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: comentários e crítica jurisprudencial. **São Paulo: Saraiva, 2014**

CHIAVARIO, Mario. **La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritto Dell'uomo**. In: Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia. Milano: giuffré, 2000. v.2.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990. V. I.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. **Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 84.078**. In: CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade, moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2013

Geraldo Prado, **“O trânsito em julgado da decisão penal condenatória”**. In: Boletim do IBCCrim, n. 277, dezembro de 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNADES, Antonio Scarance. **As nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo; RT, 2009, p.71.

José Carlos Barbosa Moreira, **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de Inocência: Do conceito do transitio em julgado da sentença penal condenatória**. São Paulo, 2016. Disponível em: < http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 16.06.2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NICOLITT, André Luiz. **STF: execução provisória da pena e suas razões subjacentes**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 25, n. 290, p. 07-08., jan. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=132635>. Acesso em: 1 mai. 2018.

ONU, Assembleia Geral. 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III])**. Paris. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo saggi sulla cassazione civile**. Bologna: Mulino, 1991.