



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB**

**ÁLYSSON PEREIRA DA SILVA**

**O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE APÓS  
DECISÃO PENAL CONDENATÓRIA: a presunção de não-  
culpabilidade e a execução provisória da pena prevista no artigo  
637 do Código de Processo Penal.**

Brasília – DF  
2010

**ÁLYSSON PEREIRA DA SILVA**

**O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE APÓS  
DECISÃO PENAL CONDENATÓRIA: a presunção de não-  
culpabilidade e a execução provisória da pena prevista no artigo  
637 do Código de Processo Penal.**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília –  
UNICEUB.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília – DF  
2010

Dedico este trabalho a todos que defendem os direitos e garantias fundamentais proclamados na Constituição da República Federativa do Brasil, e, de modo especial, àqueles que zelam pela efetiva aplicação desses direitos e garantias no processo penal brasileiro.

Agradeço a Deus, pelo dom da vida e da sabedoria.

Aos meus pais, exemplos de dedicação e porto seguro nas tormentas, pelo amor incondicional.

Aos demais familiares, pelo carinho e compreensão.

A minha namorada, Ana Caroline, pela cumplicidade.

Aos meus amigos, da minha querida terra, bem como da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia e desta Faculdade, pela colaboração e pelos momentos compartilhados dentro e fora da sala de aula.

Ao meu orientador de monografia, Dr. Marcus Vinícius, pela dedicação e pelas preciosas lições ministradas.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade ou impossibilidade da execução penal provisória da pena privativa de liberdade enquanto pendente de julgamento o recurso extraordinário. Faz-se um estudo da regra contida no artigo 637 do Código de Processo Penal, repetida no artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, em face da garantia de presunção de não-culpabilidade, dentro de uma perspectiva do processo penal constitucional. Para tanto, aborda-se a presunção de não-culpabilidade e suas consequências; a natureza jurídica da prisão processual e as hipóteses nas quais pode ser decretada; as hipóteses de cabimento e os efeitos do recurso extraordinário. Ao final, demonstra-se a atual orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, consolidada pelo Tribunal Pleno no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, expondo-se os principais argumentos lançados pelos Ministros nesse *writ*.

**Palavras-chaves:** Antecipação da pena. Efeitos do recurso extraordinário. Execução penal provisória. Presunção de inocência. Presunção de não-culpabilidade. Prisão processual. Prisão Preventiva. Processo penal constitucional. Recurso extraordinário.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE E ANTECIPAÇÃO DA PENA</b> .....	<b>9</b>
<b>1.1 Processo penal constitucional e garantismo</b> .....	<b>9</b>
<b>1.2 Presunção de não-culpabilidade</b> .....	<b>13</b>
1.2.1 <i>Origem e Fontes Formais</i> .....	13
1.2.2 <i>Consequências práticas</i> .....	16
<b>1.3 Da prisão processual</b> .....	<b>18</b>
1.3.1 <i>Espécies e funções da prisão processual</i> .....	19
1.3.2 <i>Da prisão preventiva</i> .....	21
<b>1.4 Presunção de não-culpabilidade e prisão processual</b> .....	<b>27</b>
<b>2 EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA</b> .....	<b>34</b>
<b>2.1 Execução penal provisória favorável ao réu</b> .....	<b>34</b>
<b>2.2 Execução penal provisória na pendência de recurso de índole extraordinária</b> .....	<b>38</b>
2.2.1 <i>Do recurso extraordinário: hipóteses de cabimento e requisitos</i> .....	38
2.2.2 <i>A presunção de não-culpabilidade e o artigo 637 do CPP</i> .....	46
<b>3 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	<b>55</b>
<b>3.1 Julgamento do Habeas Corpus n° 84.078/MG</b> .....	<b>55</b>
3.1.1 <i>Voto do Ministro Eros Grau</i> .....	58
3.1.2 <i>Voto do Ministro Menezes Direito</i> .....	62
3.1.3 <i>Voto do Ministro Celso de Mello</i> .....	65
3.1.4 <i>Voto do Ministro Joaquim Barbosa</i> .....	68
3.1.5 <i>Voto do Ministro Carlos Ayres Britto</i> .....	72
3.1.6 <i>Voto do Ministro Cezar Peluso</i> .....	74
3.1.7 <i>Voto da Ministra Ellen Gracie</i> .....	77
3.1.8 <i>Voto do Ministro Marco Aurélio</i> .....	80
3.1.9 <i>Voto do Ministro Gilmar Mendes</i> .....	81
3.1.10 <i>Votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia</i> .....	85
<b>3.2 Comentários</b> .....	<b>86</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>90</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>92</b>

## INTRODUÇÃO

O processo penal é o instrumento criado pelo Estado para que possa validamente realizar a mais grave intromissão na esfera jurídica do particular, qual seja a restrição da liberdade física. Procura-se, por meio dele, atingir o equilíbrio entre a segurança social e a liberdade individual, ou em outras palavras, entre o poder-dever de punir do Estado e o *jus libertatis* do acusado pela prática de determinado delito. De um lado, o processo criminal tutela a liberdade jurídica do indivíduo, na medida em que estabelece normas a serem observadas aos supostos autores de infrações penais. De outro lado, tutela a sociedade, na medida em que se mostra como meio legítimo do Estado para punir os infratores da lei penal, restaurando a ordem jurídica por eles violada, de sorte a restabelecer a paz social, assecuratória da segurança pública.

Dentro dessa dicotomia, ganha destaque o chamado processo penal constitucional, uma nova tendência garantista responsável por repensar o limite de intervenção do Estado na esfera de liberdade dos jurisdicionados. O procedimento criminal, cerceador das liberdades e garantias fundamentais por excelência, encontra embasamento e validade nos valores consagrados na Carta Política, os quais devem ser interpretados de forma sistematizada, e não como meros dispositivos isolados.

Não basta, sob o prisma do processo penal constitucional, simplesmente assegurar as garantias processuais do indivíduo sujeito à persecução criminal, tais como os princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural e do promotor natural. Mais que isso, é necessário preenchê-las com outros valores materializados pela sociedade, também de natureza normativo constitucional, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da segurança pública e da paz social, pois somente assim o procedimento criminal será exercido validamente e dentro dos preceitos estabelecidos pelo constituinte originário.

A partir desse marco teórico, ou seja, do processo penal constitucional, é que será analisada a possibilidade ou a impossibilidade da execução penal provisória da pena privativa de liberdade, mais especificamente a execução da pena de prisão enquanto pendente

de julgamento o recurso extraordinário. Essa análise terá como norte os princípios e as garantias constitucionais, especialmente a presunção de não-culpabilidade e suas implicações.

Para tanto, será tratado no primeiro capítulo desta pesquisa a relação estabelecida entre o particular e o Estado, e a importância do processo penal nessa relação. Além disso, será analisado o princípio da presunção de não-culpabilidade e as consequências decorrentes de sua adoção, destacando em especial a condição de sujeito de direitos que ela confere ao acusado. Por fim, será abordada a natureza jurídica da prisão decretada no curso do procedimento criminal, suas hipóteses de cabimento e suas finalidades, bem como sua relação com a presunção de não-culpabilidade.

No segundo capítulo, serão analisadas as hipóteses de execução penal provisória favorável ao réu, apontando o entendimento majoritário sobre a questão e o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Será perquirido também se é possível executar de pronto, após o julgamento da apelação, a sanção corporal enquanto se aguarda o julgamento do recurso de índole extraordinária, com ênfase no recurso extraordinário, objeto do presente trabalho. Discorrer-se-á, em linhas gerais, sobre a finalidade desse recurso, suas hipóteses de cabimento, seus requisitos e seus efeitos. Ao final do capítulo far-se-á um confronto entre a regra prevista no artigo 637 do Código de Processo Penal e a regra insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Já no terceiro e último capítulo será demonstrado o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a execução penal provisória na pendência de recurso excepcional, que foi consolidado no histórico julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Depois de expostos os argumentos constantes dos votos dos Ministros da Excelsa Corte, serão apresentados alguns comentários e feitas algumas críticas sobre o julgamento.

O interesse pelo tema proposto surgiu logo nos primeiros semestres da faculdade e amadureceu com o decorrer do curso, especialmente com as acaloradas aulas de Direito Penal e Processual Penal, repletas de discussões sobre a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Também foi decisivo para escolha do tema o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, que teve grande repercussão na mídia, na sociedade e no campo jurídico.

# 1 PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE E ANTECIPAÇÃO DA PENA

## 1.1 Processo penal constitucional e garantismo

A relação estabelecida entre os indivíduos e o Estado desenvolveu-se na perspectiva de que este assegurasse àqueles as condições mínimas de sobrevivência, especialmente com a proteção de suas vidas. Para que isso fosse possível, os próprios indivíduos transferiram alguns poderes ao Estado, permitindo sua intervenção na esfera particular, inclusive sobre a liberdade e os bens individuais, em prol da sociedade.

Imbuído com tamanho poder, o Estado adquiriu posição de superioridade em relação ao particular, o qual deveria se sujeitar aos desígnios do seu soberano. No mais das vezes, esta superioridade traduziu-se em atos de arbitrariedade, sendo o próprio Estado o responsável pela insegurança e violação da liberdade e dos bens individuais, em detrimento de sua função primária, qual seja zelar pelos direitos fundamentais do ser humano.

Verificou-se, assim, a necessidade de estabelecer limites ao poder estatal intervencionista, isto é, normas que regulassem a atuação do Estado, fixando as hipóteses e o modo de intervenção, de tal sorte a garantir o respeito aos direitos básicos do particular.

Nesse contexto ganha especial relevância o processo penal. A depender do momento histórico e dos valores dominantes, os institutos processuais penais ora refletiam a predominância do direito de punir do Estado, ora a do direito de liberdade do indivíduo. Na lição de Antônio Scarance Fernandes<sup>1</sup>, nos Estados autoritários, prevalecia o interesse exclusivo do Estado, demonstrado nas decisões discricionárias dos julgadores em favor do poder oficial. O acusado, cujo interesse era desconsiderado, era tido não como sujeito, mas como simples objeto do processo, que dele não participava ativamente. Não lhe era assegurada nem as mais básicas garantias, como o direito de defesa.

---

<sup>1</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15-16.

Numa concepção de Estado liberal, a pessoa acusada ocupa destaque na relação processual, passando a ser vista como sujeito do processo, dotada de direitos e garantias individuais. Além disso, assegura-lhe armas de defesa para enfrentar, de forma isonômica e justa, o *jus puniendi* estatal.

Já no Estado de direito social, o processo penal mostra-se como parte da ordenação comunitária, desempenhando uma função social, qual seja o esclarecimento, a perseguição e a punição do crime e do criminoso. Portanto, não se trata de mero instrumento técnico, mas sobretudo a expressão dos valores políticos e ideológicos da sociedade em dado momento histórico<sup>2</sup>.

Desta forma, o processo penal moderno tem como celeuma tentar atingir o equilíbrio entre a segurança social e a liberdade individual, ou em outras palavras, entre o poder-dever de punir do Estado e o *jus libertatis* do acusado pela prática de determinado delito. Na lição de Rogério Lauria Tucci, a relação processual criminal possui dupla finalidade: tutelar a liberdade jurídica do indivíduo e garantir a sociedade contra a prática de delitos. Em suas palavras:

De qualquer modo, não se pode deixar de ter na devida conta, que estreitamente ligado ao Direito Penal, e atendendo às diretrizes estabelecidas pelo escopo de suas respectivas normas – de consecução do bem comum e correlata pacificação social, assecuratória da segurança pública, - o processo penal objetiva, concomitantemente, dupla finalidade, a saber: a) por um lado, a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade; e, b) por outro, o de garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes, praticados pelo ser humano, em detrimento de sua estrutura.<sup>3</sup>

Tutela a liberdade jurídica individual na medida em que estabelece normas a serem observadas nos processos instaurados contra os indigitados autores de infrações penais, evitando que se sujeitem ao arbítrio das autoridades processantes, ou seja, na medida em que estabelece regras para o exercício do *jus puniendi* estatal.

Esse, sem dúvida, é o motivo do destaque dado ao processo penal como instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado: consubstancia-se ele, com efeito, num precípuo direito, não do autor, mas do réu,

---

<sup>2</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

<sup>3</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 23.

interessado, que este é, em defender sua liberdade jurídica, mediante a jurisdição, que testa a legalidade da ação do acusador.<sup>4</sup>

Protege a sociedade na medida em que se mostra como meio legítimo do Estado para punir os infratores da lei penal, restaurando a ordem jurídica por eles violada, de sorte a restabelecer a paz social, assecuratória da segurança pública, que representa, em última análise, a própria consecução do bem comum perseguido pelo Estado.<sup>5</sup>

Para Antônio Scarance Fernandes, as regras de cunho garantistas são tão importantes que constam da maioria das Constituições modernas, dentre elas a Carta Política brasileira de 1988. Além disso, os principais tratados internacionais, principalmente após as guerras mundiais, estão repletos de normas garantidoras, visando que os países signatários respeitem os direitos básicos do indivíduo dentro de seus territórios.<sup>6</sup>

Este movimento cada vez maior de inserção das normas processuais nos textos constitucionais leva, necessariamente, ao estudo do processo sob uma visão constitucional, o que se tem designado comumente como direito processual constitucional. Deve-se, pois, interpretar as regras e os institutos do processo à luz da Constituição, e não isolados, como se fizessem parte de um ambiente hermético, imunes às demais regras do ordenamento jurídico.

Segundo definem Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, o direito processual constitucional representa a reunião, de forma metodológica e sistemática, dos princípios constitucionais do processo. Veja-se:

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de direito processual constitucional. [...] Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colação científica,

---

<sup>4</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 22.

<sup>5</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 8.

<sup>6</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-14. Dentre os tratados internacionais, o autor destaca, entre outros, a Declaração dos Direitos Universais do Homem, decorrente da Assembléia das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948; a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 04 de novembro de 1950; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, firmado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, celebrado em 1969.

de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.<sup>7</sup>

Seria composto, continuam os autores, pela tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, relacionadas às normas que definem os órgãos que prestam a jurisdição, fixando sua competência e suas garantias. Por sua vez, a tutela constitucional do processo compreende o direito de acesso à justiça, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, e o direito ao devido processo legal, previsto no mesmo artigo, no inciso LIV, com todas as garantias dele decorrentes.<sup>8</sup>

Além disso, o processo constitucional também abarcaria a jurisdição constitucional, exercida por meio do controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, assim como pelas ações constitucionais de defesa das liberdades (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular).<sup>9</sup>

Analisando o direito processual constitucional com enfoque na seara criminal, Ada Pellegrini Grinover leciona que as regras do processo penal devem ser interpretadas à luz da Constituição, de suas normas e de seu espírito. Nas palavras da autora:

O importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à letra da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive.<sup>10</sup>

Desta forma, ganha destaque o chamado processo penal constitucional, uma nova tendência garantista responsável por repensar o limite de intervenção do Estado na esfera de liberdade dos jurisdicionados. O procedimento criminal, cerceador das liberdades e

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 79.

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 79-80.

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 79-80.

<sup>10</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 14-15.

garantias fundamentais por excelência, encontra embasamento e validade nos valores consagrados na Carta Política, os quais devem ser interpretados de forma sistematizada, e não como meros dispositivos isolados. Segundo Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues e Gelson Amaro de Souza:

Ocorre que interpretar o processo penal à luz da Constituição não significa, como pensa a maioria, pautar-se a exegese, estritamente, em isolados dispositivos selecionados, mas sim interpretá-los sistematicamente, como um todo, tendo como sustento os princípios constitucionais, conforme nos direciona a melhor hermenêutica.<sup>11</sup>

Desta feita, é insuficiente, sob o prisma do processo penal constitucional, assegurar apenas as garantias processuais do réu pelas quais exerce sua defesa, tais como os princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural e do promotor natural, dentre outros. É necessário preenchê-las com outros valores materializados pela sociedade, também de natureza normativo constitucional, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da segurança pública e da paz social, pois somente assim o procedimento criminal será exercido validamente e dentro dos preceitos estabelecidos pelo constituinte originário.

## **1.2 Presunção de não-culpabilidade**

### *1.2.1 Origem e Fontes Formais*

Remonta aos romanos a origem do princípio de não-culpabilidade. Ulpiano, importante jurista e político romano, já defendia que ninguém deveria ser condenado com base em suspeitas, sendo melhor deixar impune um delito de um culpado a condenar um inocente. Essa regra ficou conhecida como o princípio *in dubio pro reo*, que seria, então, a origem mediata da presunção da inocência.

Contudo, a presunção do estado de inocência foi abandonada durante a Idade Média com a adoção das práticas inquisitórias. O investigado era considerado culpado desde o início, cabendo-lhe provar de forma categórica sua inocência. Luigi Ferrajoli destaca que no processo penal medieval, mesmo que houvesse dúvida quanto à culpabilidade do réu

---

<sup>11</sup>RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago; SOUZA, Gelson Amaro de. Prisão processual e presunção de inocência: um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 9, f. 51, ago./set. 2008, p. 61-62.

por falta de prova, ainda assim este sofreria uma semicondenação a uma pena mais leve<sup>12</sup>. Notavam-se inúmeras prisões arbitrárias, condenações sem prova. Enfim, diversas atrocidades em decorrência da falta do princípio da não-culpabilidade.

Somente no início da Idade Moderna é que tal garantia volta a ser respeitada e ter sua devida importância. Conquanto pareça contraditório, Hobbes foi um de seus principais defensores, pois para ele só haveria delito depois de pronunciada uma sentença e pena só depois de uma condenação. Aceitar pena sem condenação conduziria a negação do próprio Estado, pois este deveria, de acordo com o pacto celebrado, garantir a segurança de todos, e não promover a violência através de atos arbitrários.

De fato, um verdadeiro Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos o estado de inocência, direito essencial para o exercício de outros direitos. Nas palavras de Guilherme Madeira Dezem:

Em verdade, ao falar-se em Estado Democrático de Direito, deve-se ter em mente a necessária implicação na adoção do princípio da presunção de inocência: o Estado somente se impõe legítimo quando reconhece a existência de direitos às pessoas, entre os quais, o fundamental de ter o seu *status* de inocente garantido até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.<sup>13</sup>

Quanto a sua fonte formal, foi na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional Francesa de 1789, que a presunção da inocência passou a ser princípio positivado. O artigo nono assim redigido estabelecia: “Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei.”<sup>14</sup>

Posteriormente, a mesma regra foi insculpida no artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948, segundo o qual “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei.”

---

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

<sup>13</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 16, f. 70, jan./fev. 2008, p. 271.

<sup>14</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 403.

Também está expressamente prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário e que foram incorporados ao sistema jurídico pátrio por meio do Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992, e do Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, respectivamente.

No âmbito nacional, o princípio da presunção da inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Interessante observar que relevante garantia somente foi prevista de forma expressa na Carta Política de 1988. Anteriormente era considerada um princípio implícito, extraído dos demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles o do devido processo legal.

Quanto à terminologia, Alexandre de Moraes distingue o princípio da presunção de inocência do princípio do *in dubio pro reo* quanto ao momento de sua aplicação. Ambos seriam espécies do gênero *favor rei*, porém o primeiro possui aplicação processual e extraprocessual, e o segundo é aplicado como regra de julgamento, no momento da sentença.<sup>15</sup>

Sustenta Antônio Magalhães Gomes Filho que sob o aspecto estritamente processual, enquanto regra de julgamento, os dois princípios têm o mesmo significado e se confundem. Se há dúvida deve-se absolver o réu porque ele é inocente. E ele é inocente porque há dúvida quanto a sua culpabilidade, ou seja, não restou configurada a necessária certeza para sua condenação.<sup>16</sup>

Concebendo-a como corolário do *due process of law*, que no processo penal traduz-se no devido processo penal, a presunção de inocência corresponde, tecnicamente, para Tucci a não-consideração prévia de culpabilidade, consistente em assegurar ao imputado o

---

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 271.

<sup>16</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 39.

direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado formal da decisão condenatória, que forma a coisa julgada de autoria relativa.<sup>17</sup>

Para Guilherme Madeira Dezem, a melhor terminologia para denominação do princípio da presunção de inocência é a expressão *status* de inocência, pois tecnicamente o termo presunção corresponde a uma ficção criada pela lei e está relacionada à distribuição de ônus no processo. Veja-se:

Assim, em verdade não há presunção alguma. Melhor se mostra falar em *status* de inocência, ou seja, o acusado mantém o *status* de inocente durante todo o processo, até que haja o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Bem por isso, há autores que preferem o uso do termo *status* de inocência para designar o princípio da presunção da inocência.<sup>18</sup>

Parece não ter muita importância tal diferenciação. A expressão presunção de inocência está amplamente consagrada e retrata bem a situação do acusado durante o processo penal. Trata-se de presunção relativa, sendo afastada com a superveniência de decisão penal condenatória transitada em julgado. Além disso, é uma ficção estabelecida na Carta Magna que impõe ao órgão acusador o ônus da prova da culpabilidade do acusado. Desta feita, é verdadeira presunção.

### 1.2.2 Conseqüências práticas

Pode-se destacar, na lição de Alexandre de Moraes, quatro funções básicas do princípio da presunção de inocência. São elas: limitar à atividade legislativa; servir de critério condicionador para interpretação das normas vigentes; produzir efeitos para além do processo; e atribuir o ônus da prova da prática de um fato delituoso ao órgão acusador.<sup>19</sup>

Percebe-se, pois, que este princípio deve ser observado por todos os operadores do direito, desde o legislador quando da elaboração de regra jurídica até o magistrado, quando da aplicação da lei, especialmente se em discussão a liberdade individual.

<sup>17</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 402-403.

<sup>18</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 16, f. 70, jan./fev. 2008, p. 275.

<sup>19</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 268.

Partindo da premissa básica da presunção de não-culpabilidade segundo a qual ninguém é culpado sem uma decisão penal condenatória transitada em julgado, Alberto Binder estabelece as seguintes conseqüências pela adoção da referida garantia: que somente a sentença pode estabelecer a culpa pelo delito; que quando da prolação da sentença o magistrado condena ou absolve o acusado, inexistindo uma terceira opção; que a culpabilidade deve ser juridicamente comprovada, possuindo grau de certeza; que cabe ao órgão acusador provar a culpa do acusado, e não a este provar sua inocência; que o acusado não pode ser tratado como culpado; e que não podem existir mitos de culpa, vale dizer, partes da culpa que não precisam ser provadas.<sup>20</sup>

Gustavo Badaró, por sua vez, aponta que no âmbito processual penal o estado de inocência só pode ser afastado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não sendo permitido, em razão dessa regra de julgamento, equiparar o acusado ao culpado, para qualquer fim que seja<sup>21</sup>. Desta forma, o acusado, por mais evidente que esteja sua culpa, deve ser considerado inocente e ser tratado como tal enquanto não sobrevier decisão penal condenatória transitada em julgado.

Por seu turno, Antônio Scarance Fernandes, analisando a extensão da presunção de não-culpabilidade, destaca haver duas correntes. Uma, de alcance mais restrito, limita essa garantia ao ônus probatório, impondo ao Ministério Público ou ao querelante a demonstração dos fatos narrados na denúncia ou na queixa-crime. Outra, de maior alcance, concebe essa presunção, além de ônus *probandi*, como critério balizador para a decretação da prisão cautelar, na medida em que proíbe a prisão-pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>22</sup>

Importante destacar também os ensinamentos de Aury Lopes Júnior, que concebe a presunção de inocência como sendo um princípio reitor do processo penal constitucional e democrático, por meio do qual se pode avaliar a qualidade do sistema

---

<sup>20</sup> BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 87.

<sup>21</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 284-286.

<sup>22</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 300-301.

processual, bem como o grau de civilidade do processo a partir do nível de eficácia de tal preceito.<sup>23</sup>

Ainda para o autor, a garantia insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Maior é verdadeiro dever de tratamento, na medida em que exige que o acusado seja tratado como inocente, atuando internamente ao processo – na distribuição do ônus da prova exclusivamente ao acusador e na ponderação sobre a necessidade da segregação cautelar do imputado – e externamente a ele – evitando a publicidade abusiva e a estigmatização do réu. Nas palavras do autor:

Em suma, a presunção de inocência impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Na *dimensão interna*, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severa restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). *Externamente* ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade da pessoa humana e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.<sup>24</sup>

### 1.3 Da prisão processual

Cabe desde logo distinguir as duas espécies de prisão previstas no ordenamento jurídico brasileiro. A prisão pena – prisão *ad poenam* – é aquela decorrente de decisão penal transitada em julgado, ou seja, imposta à pessoa considerada culpada pela prática de um delito. Já a prisão sem pena – prisão *ad custodiam* – é aquela decretada sem haver ainda a decisão condenatória definitiva, vale dizer, irrecorrível.<sup>25</sup>

A prisão pena ocorre após o término do processo criminal ao passo que a prisão sem pena pode ser adotada durante qualquer fase da persecução penal, seja durante o inquérito policial, seja no curso do próprio processo penal.

<sup>23</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

<sup>24</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67-68.

<sup>25</sup> CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. A prisão cautelar e o princípio da presunção da não-culpabilidade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 54, n. 349, nov. 2006, p. 123-124.

Outra diferença fundamental entre essas duas medidas restritivas da liberdade individual está na finalidade de cada uma delas. A prisão pena tem por fim castigar o condenado pela prática de conduta criminosa e permitir sua ressocialização, promovendo, assim, a reintegração da ordem jurídica violada por conta do delito. Funda-se, por conseguinte, em juízo de culpabilidade. Por sua vez, a prisão sem pena tem por escopo assegurar o próprio processo criminal, isto é, o resultado útil do processo. Funda-se, portanto, em juízo de cautelaridade.

Quanto à terminologia, destaca Antônio Scarance Fernandes que, embora alguns juristas utilizem a expressão “prisão cautelar” para denominar a prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, parece ser de melhor técnica o uso da expressão “prisão processual”, de significado mais abrangente, compreendendo qualquer tipo de prisão imposta durante a persecução penal e que não seja para execução da pena decorrente do delito.<sup>26</sup>

### *1.3.1 Espécies e funções da prisão processual*

Passa-se agora a uma breve análise das espécies de prisão processual vigentes no ordenamento jurídico pátrio e suas respectivas funções. Posteriormente, será abordada com maior profundidade a prisão preventiva, que é utilizada como paradigma para a decretação das prisões processuais.

A primeira espécie de prisão processual é a prisão em flagrante delito, constitucionalmente prevista no artigo 5º, inciso LXI, da Carta Maior. Trata-se de um meio de defesa social na medida em que tem por finalidade fazer cessar a prática de um ilícito penal, ou mesmo evitá-lo, preservando, desta forma, a incolumidade do tecido social.

A prisão temporária, outra modalidade de prisão processual, está disciplinada na Lei nº 7.960/89. Ela só pode ser decretada no curso da investigação preliminar, nas hipóteses previstas no artigo primeiro dessa lei, quando imprescindível para as investigações. Possui dupla finalidade: imediatamente é meio de defesa social, pois visa

---

<sup>26</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Funções e limites da prisão processual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, f. 64, jan./fev. 2007, p. 240.

esclarecer a prática de um delito; mediatamente é medida cautelar, visto que tem por finalidade assegurar a conveniência da futura instrução criminal.

Também é de natureza processual a prisão preventiva, prevista no artigo 312 do CPP. Trata-se de segregação cautelar, que visa assegurar o próprio resultado útil do processo, conforme será demonstrado a seguir.

Por fim, a prisão para apelar, então prevista no já revogado artigo 594 do CPP, e que subsiste, *mutatis mutandis*, no artigo 637 do mesmo diploma, o qual nega efeito suspensivo ao recurso extraordinário, sendo esta espécie de prisão o objeto desta pesquisa. A prisão para apelar ainda se encontra presente em algumas leis especiais, dentre elas, na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, artigo 2º, § 3º), na Lei de Tóxicos (Lei nº 11343/06, artigo 59), na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 9.034/95, artigo 9º), na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98, artigo 3º) e na Lei que disciplina o procedimento dos processos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal (Lei 8.038/90, artigo 27, § 2º, que nega efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário). Nestas hipóteses, a prisão configura execução antecipada da pena a ser imposta, afrontando a presunção de não-culpabilidade.

Analisando o fundamento dessas prisões, Rogério Lauria Tucci distingue-as em dois grupos: as tipicamente cautelares e as de natureza processual. Estas decorrem necessariamente de ato processual, como prolação de sentença penal condenatória recorrível ou decisão de pronúncia; aquelas derivam de fatos extra e meta-processuais. Nas palavras do autor:

[...] a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária, são tipicamente cautelares, isto é, têm por finalidade a assecuração do resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, sempre que o exijam a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a preservação da aplicação da lei penal. As outras duas – decorrente de decisão de pronúncia e resultante de sentença condenatória recorrível – tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório, assumem natureza marcadamente processual: enquanto as tipicamente cautelares firmam-se em fatos extra e meta-processuais, elas ocorrem no âmbito de processo em curso, sendo necessariamente vinculadas a ato processual, de que derivam.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 407.

### 1.3.2 Da prisão preventiva

Antes de se iniciar o estudo da prisão preventiva, necessário nesse momento fazer algumas breves considerações sobre a cautelaridade no processo judicial.

Sabe-se que no curso do processo podem ocorrer vários eventos que comprometam, no todo ou em parte, a eficácia e utilidade do processo. Daí a necessidade de se estabelecer medidas cautelares, para amenizar ou eliminar os riscos de fracasso da prestação jurisdicional, assegurando, assim, a satisfação do direito da parte e, por conseguinte, a tutela jurisdicional justa.<sup>28</sup>

Pode-se destacar no processo penal, anota Scarance, três espécies de medidas cautelares: as pessoais, relacionadas com o acusado; as reais, de natureza civil, relacionadas com a reparação do dano; e as probatórias, tanto para efeito penal e cível.<sup>29</sup>

Dentre as medidas cautelares penais pessoais está a prisão preventiva, bem como a liberdade provisória. A segregação preventiva é medida constritiva de natureza cautelar, cuja adoção depende do preenchimento dos requisitos estatuídos no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), vale dizer, só pode ser decretada para garantir a ordem pública ou econômica, ou então para assegurar a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal, desde que comprovada a materialidade delitiva e demonstrada a existência de indício suficiente de autoria, nos termos do artigo 312 do CPP, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de sua autoria.<sup>30</sup>

Assim, o cerceamento da liberdade do acusado durante o processo penal tem natureza eminentemente cautelar quando determinado para assegurar a instrução do processo ou aplicação da lei, ou seja, quando o acusado cria dificuldades à investigação, por exemplo, tentando obstruir a colheita de prova, seja documental ou testemunhal. Na segunda hipótese, para assegurar a aplicação da lei penal, a prisão é decretada para evitar possível fuga do

<sup>28</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 297.

<sup>29</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 298-299.

<sup>30</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

acusado. Em ambos os casos tal medida é adotada para garantir a própria utilidade do processo penal.

Também é de finalidade cautelar a prisão decretada para garantir a ordem pública ou a ordem econômica. Contudo, aqui não se busca proteger o processo penal, mas a sociedade. Prende-se o indivíduo com o intuito de evitar a ocorrência de novos crimes capazes de perturbar a ordem pública ou a ordem econômica.

Estas são as finalidades típicas da prisão processual, consubstanciadas no artigo 312 do CPP, sendo que qualquer restrição à liberdade do acusado durante a persecução penal fora das hipóteses desse artigo terá natureza anômala. Dentre as prisões processuais com funções atípicas têm especial relevância àquelas utilizadas como forma de antecipar o cumprimento da pena ou impedir o exercício do direito de recurso, e ainda a utilizada como espetáculo público.

Seguindo as lições dos civilistas, parte da doutrina processualista penal fixou como pressupostos essenciais das medidas cautelares pessoais a demonstração do *fumus boni iuris* – fundada aparência da existência de um bom direito – e do *periculum in mora* – perigo da demora da prestação jurisdicional.

Nesse sentido está o posicionamento de Antônio Scarance Fernandes, destacando que no processo penal condenatório a fumaça do bom direito se concretiza pela presença de elementos indicadores da existência do crime e da autoria. O perigo da demora, por sua vez, reside no fato de que, com a demora no julgamento, o acusado solto possa causar impedimentos à correta solução da causa ou à aplicação da sanção punitiva.<sup>31</sup> Anota o autor que a prisão preventiva é exemplo clássico de prisão cautelar, sendo que os seus pressupostos estão presentes nos artigos 312 do CPP. Veja-se:

A hipótese clássica de prisão cautelar no sistema brasileiro é a prisão preventiva, regulada nos arts. 311 a 316 do CPP. No art. 312, estão presentes os dois requisitos de toda prisão cautelar: o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*. A fumaça do bom direito ocorre quando, na segunda parte do referido dispositivo, se exige, para a prisão preventiva, a existência do crime e indício suficiente de autoria. O *periculum* encontra-se previsto nas quatro hipóteses autorizadas da prisão constantes da parte inicial do mencionado artigo, ou seja, prisão para garantia da ordem pública, da ordem econômica,

---

<sup>31</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 301.

por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.<sup>32</sup>

Todavia, é inadmissível a aplicação literal dos institutos e da doutrina do processo civil ao processo penal, pois em face dos interesses tutelados na esfera criminal e de suas categorias próprias, dentre elas o estado de não-culpabilidade do imputado, não é possível utilizar os conclamados pressupostos das medidas cautelares cíveis no âmbito penal, mormente para restringir o direito individual de liberdade.

Criticando a impropriedade desses pressupostos para o processo penal, Aury Lopes Júnior esclarece que o delito não configura a fumaça do bom direito da acusação, bem como o perigo da demora não está relacionado com o fator tempo, pois não é ele que leva ao perecimento do objeto. Veja-se:

Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese! No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do fumus commissi delicti, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.<sup>33</sup>

Continua o ilustre autor:

Seguindo a mesma linha de CALAMANDREI, a doutrina considera equivocadamente o *periculum in mora* como requisito das cautelares.

Em primeiro lugar, o periculum não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento.

Em segundo lugar, a confusão aqui vai mais longe, fruto de uma equivocada valoração do perigo decorrente da demora no sistema cautelar penal. [...] o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova).

[...] Logo, o fundamento é um periculum libertatis, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 301.

<sup>33</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55-56.

<sup>34</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55-56.

Em razão dessas particularidades, a doutrina e a jurisprudência criminal fixaram como requisitos à decretação da prisão cautelar o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Este seria o perigo que a liberdade do acusado ou condenado pela prática de crime oferece à ordem pública ou econômica, ou ainda à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, vale dizer, ao regular desenvolvimento do processo. Aquele seria a existência de prova da materialidade delitiva e suficiente indício de sua autoria.

Debruçando-se sobre a matéria, destaca Lopes Júnior que o *fumus commissi delicti* não indica certeza da ocorrência do delito, mas probabilidade razoável, verificada pela existência de sinais externos no curso da investigação ou da ação penal, por meio dos quais se possa vincular determinada conduta a um sujeito concreto. Ademais, a probabilidade razoável é a existência de uma fumaça densa de que a conduta é aparentemente típica, antijurídica e culpável, isto é, traduz-se na presença de todos os requisitos positivos do delito e ausência dos seus requisitos negativos. Leciona o autor:

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.

A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao *vero*, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por conseqüência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito.

Interpretando as palavras de CARNELUTTI, os requisitos positivos do delito significam prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade,...) ou de exclusão de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição etc.).<sup>35</sup>

Em relação ao *periculum libertatis*, enfatiza o autor que se trata do perigo ao normal desenvolvimento do processo, cuja eficácia poderá ser frustrada pelo estado de liberdade do acusado. Note-se, mais uma vez, que a ameaça deve ser real, com lastro fático e probatório, ou seja, em elementos concretos, vedado qualquer tipo de suposição. Nas palavras de Lopes Júnior:

Por fim, sempre, qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O

---

<sup>35</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 106.

perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida. Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*.<sup>36</sup>

Demonstrado esse binômio preconizado no artigo 312 do CPP, autorizado está o recolhimento ao cárcere mesmo sem o julgamento final do delito. Veja-se:

Portanto, para a decretação da prisão cautelar, haveria a necessidade de se encontrarem indícios do cometimento de uma conduta típica, antijurídica e culpável. (...) Combinado a esse requisito, para haver a decretação da prisão cautelar deve estar presente o perigo de alteração das provas ou a fuga do acusado do distrito da culpa. Assim, os requisitos previstos como necessários à concessão do decreto da prisão preventiva serviriam de parâmetro para as demais espécies de prisão cautelar, ou seja, para a prisão decorrente de pronúncia e para a prisão decorrente de sentença condenatória não transitada em julgado. Além do mais, ante a expressa previsão do artigo 93, inciso IX da CF, tal sentença deve ser fundamentada, levando o juiz ao conhecimento do público os motivos de sua decisão.<sup>37</sup>

Nesse sentido está a lição de Roberto Delmanto Júnior, bem como de Aury Lopes Júnior – anteriormente mencionada – que utilizam a expressão *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* para denominar os requisitos da segregação preventiva. Veja-se:

(...) para que a prisão cautelar possa ser aplicada, o magistrado deverá verificar, concretamente, a ocorrência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, ou seja, se a prova indicar ter o acusado cometido o delito, cuja materialidade deve restar comprovada, bem como se a sua liberdade realmente representa ameaça ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento da ação penal que lhe é movida, ou à futura e eventual execução.<sup>38</sup>

Ademais, imperioso que o decreto da prisão preventiva esteja devidamente fundamentado, apontando de forma clara e objetiva a necessidade da medida extrema. Não basta que simplesmente invoque abstratamente um dos perigos prescritos no artigo 312 do CPP, como a alusão à garantia da ordem pública ou à aplicação da lei penal. O magistrado deve demonstrar em que medida a liberdade do acusado afeta a ordem pública ou então representa risco à aplicação da lei penal. Nesse sentido está a lição de Ballan Júnior:

<sup>36</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 111.

<sup>37</sup> CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. A prisão cautelar e o princípio da presunção da não-culpabilidade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 54, n. 349, nov. 2006, p. 126-127.

<sup>38</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 84.

Ressalta-se desde logo que a decretação da custódia preventiva deve estar sedimentada em razões objetivas, ou seja, deve estar efetivamente demonstrada no processo uma das taxativas hipóteses inseridas no art. 312, CPP, não bastando a alusão a meras conjecturas. A prisão preventiva, por resultar no encarceramento daquele que ainda não se encontra definitivamente condenado, somente tem lugar a título de cautelaridade.<sup>39</sup>

A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter, nos ensinamentos de Lopes Júnior, um primor de fundamentação, devendo demonstrar o juiz, de forma séria e desapassionada, e de acordo com as provas carreadas aos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, sendo de todo insuficiente a simples invocação genérica dos fundamentos legais.<sup>40</sup>

Desta feita, somente o magistrado, diante das peculiaridades do fato levado a seu juízo, tem competência para decidir sobre a necessidade da prisão ou sua revogação enquanto não sobrevier decisão condenatória definitiva. Ressalta-se que essa decisão deverá estar devidamente motivada e fundamentada, deixando cristalina a real necessidade da restrição da liberdade naquele momento em uma das hipóteses descritas no artigo 312 do CPP. Inadmissível, pois, que a fundamentação do juízo de cautelaridade tenha por base a simples indicação de norma geral e abstrata que determine a prisão, consoante previsto no artigo 27, § 2º da Lei 8.038/90 e no artigo 637 do CPP, a seguir analisados.

Cessando o motivo que lhe deu causa, a custódia cautelar deve ser imediatamente revogada, podendo ser novamente adotada se sobrevier, durante o curso do processo, razões que a justifique, segundo previsto no artigo 316 da lei processual criminal. Nas palavras de Mirabete:

A prisão preventiva tem a característica de *rebus sic stantibus*, podendo ser revogada conforme o estado da causa, ou seja, quando desaparecerem as razões de sua decretação durante o curso do processo. Não estando presentes os motivos que a determinaram, não deve ser mantida diante de seu caráter excepcional. Assim, se foi decretada para garantir a instrução criminal, finda esta deve ser revogada. Também é possível o juiz, analisando o conjunto probatório amealhado após a decretação da medida cautelar, verifique que ela é desnecessária ou inconveniente, o que permite também a sua revogação. Evidentemente, o despacho de revogação deve ser fundamentado,

<sup>39</sup> BALLAN JÚNIOR, Octahydes. Liberdade provisória e recursos especial e extraordinário. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, f. 19, abr/mai. 2003, p. 35-36.

<sup>40</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 111.

expondo o juiz às razões por que conclui ser desnecessária a custódia preventiva.<sup>41</sup>

#### 1.4 Presunção de não-culpabilidade e prisão processual

Alguns autores são contrários a qualquer forma de prisão que não seja a decorrente de sentença penal condenatória definitiva, pois haveria colisão com o princípio da presunção de inocência. Dentre eles está Luigi Ferrajoli, para quem o acusado deve permanecer solto durante o processo criminal, pois além da garantia do estado de não-culpabilidade, a liberdade é necessidade processual. Note-se:

O imputado deve comparecer livre perante seus juízes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por necessidade processual: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pela suas costas. Somente estando solto pode o acusado enfrentar em igualdade de condições o órgão acusatório e elaborar eficazmente sua defesa.<sup>42</sup>

Entretanto, a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência é de que a prisão processual pode ser decretada se presentes os seus requisitos estabelecidos em lei, estando, assim, em consonância com a presunção de não-culpabilidade. Nesse sentido está a Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Para Aury Lopes Júnior, a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência depende da observância dos princípios atinentes às prisões cautelares,<sup>43</sup> que, segundo o autor, são os seguintes: jurisdicionalidade; provisionalidade; provisoriedade; excepcionalidade; e proporcionalidade.

A jurisdicionalidade, consubstanciada no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, é o postulado jurídico que condiciona a prisão cautelar à prévia ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de flagrante

<sup>41</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 710.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 449

<sup>43</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 59.

delito e de crime militar. Ela, a jurisdicionalidade, está relacionada também com a garantia do devido processo legal e com o princípio da legalidade, pois a prisão cautelar depende da existência de processo, ou, pelo menos, de investigação preliminar, e só pode ser decretada nas hipóteses e nos limites expressamente previstos em lei, sendo vedada, no processo penal, a utilização de medidas cautelares inominadas ou atípicas, assim como outras medidas restritivas de direitos fundamentais a título de poder geral de cautela.<sup>44</sup>

Por seu turno, a provisionalidade da prisão cautelar decorre do artigo 316 do CPP, segundo o qual o juiz poderá revogar a prisão preventiva a qualquer tempo, se no curso do processo verificar a falta de motivo para que subsista. De igual sorte, poderá o magistrado novamente decretá-la, quando sobrevierem razões que a justifique. Destaca Lopes Júnior:

Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico que tem sido pouco observado no sistema brasileiro. As medidas cautelares são, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão.<sup>45</sup>

Já o princípio da provisoriedade é o postulado jurídico que determina a temporariedade da prisão processual de natureza cautelar. Por tutelar uma situação fática, a segregação sem decisão condenatória transitada em julgado deve ser breve, de curta duração, ou seja, temporária, não podendo assumir contornos de antecipação de pena.<sup>46</sup> Ante a ausência de disciplina legal acerca do prazo de duração da prisão cautelar, salvo nos casos da prisão temporária, caberá ao aplicador do direito, no caso concreto, verificar se há ou não excesso de prazo. Sendo positiva a resposta, a restrição à liberdade individual torna-se ilegal. Importante citar os ensinamentos de Lopes Júnior sobre a matéria.

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, as demais prisões cautelares (preventiva, decorrente de pronúncia ou da sentença penal condenatória recorrível) são absolutamente indeterminadas,

<sup>44</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 59-60.

<sup>45</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

<sup>46</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.<sup>47</sup>

Tão importante quanto os demais princípios, a excepcionalidade determina que a prisão cautelar seja adotada apenas em último caso, quando imprescindível e efetivamente necessária para assegurar o resultado profícuo do processo criminal, em vista dos prejuízos causados ao segregado. Nas palavras de Lopes Júnior:

A excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que FERRAJOLI denomina “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”.<sup>48</sup>

Criticando o uso indiscriminado das medidas cautelares pessoais como forma de suposta eficiência do Estado, continua o autor:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.<sup>49</sup>

Por fim, o princípio da proporcionalidade, que segundo Lopes Júnior, é o principal sustentáculo das prisões cautelares. Esse postulado subdivide-se em três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A prisão cautelar é adequada quando, diante dos seus motivos, seja qualitativamente apta para alcançar os seus fins. Necessária quando é imprescindível para a realização do resultado que almeja. E proporcional, em sentido estrito, quando a segregação seja recomendada, diante do delito investigado, pois se mostra desproporcional, por exemplo, a restrição da liberdade nos casos em que a eventual pena aplicada possa ser substituída por restritivas de direitos, ou então cujo regime inicial de cumprimento seja semiaberto ou aberto.

<sup>47</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 62.

<sup>48</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66.

<sup>49</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

Nessas situações, a prisão processual representa medida mais gravosa que a própria condenação.<sup>50</sup>

Para verificar a proporcionalidade da medida, o magistrado deve utilizar a lógica da ponderação, sopesando, de um lado, a segregação sem pena definitiva do indivíduo presumidamente inocente, e, de outro, a necessidade da prisão com as provas existentes.

As medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre os dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos. O Princípio da Proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das conseqüências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência.<sup>51</sup>

Não há, pois, incompatibilidade entre a prisão processual e a presunção de não-culpabilidade, desde que a medida constritiva tenha natureza cautelar, isto é, que seja utilizada para assegurar o próprio resultado útil do processo penal. Cabe ao juiz, diante das peculiaridades do caso posto a seu julgamento, sopesar, de um lado, a liberdade do acusado enquanto corolário do estado de não-culpabilidade e, de outro, a necessidade da prisão para garantir os interesses do processo criminal.

De fato, a presunção da inocência não vai de encontro à prisão processual. Ao contrário, funciona como critério condicionante da validade da custódia cautelar, cuja utilização deverá restar devidamente fundamentada, pois o acusado ainda é inocente, e sua segregação preventiva corresponde à medida excepcional. Nesse diapasão está a lição de Guilherme Madeira. Veja-se:

A presunção da inocência manifesta-se, em verdade, como um dos balizadores para que seja decretada a prisão processual de qualquer acusado. Assim, a leitura dos requisitos necessários para a decretação de qualquer prisão processual (prisão preventiva, prisão temporária, por exemplo) ou sua manutenção (análise da liberdade provisória em face da prisão em flagrante, por exemplo) deve ser balizada pela presunção de inocência. Assim, a análise do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti* deve-se sempre

<sup>50</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 68.

<sup>51</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

pautar pela idéia de que o acusado, em verdade, continua inocente, como, aliás, nunca deixa de ser.<sup>52</sup>

Justamente por ser medida excepcional e de extrema violência, a prisão antes de transitada em julgado a decisão penal condenatória deve ser motivada diante da análise das circunstâncias concretas. É inadmissível qualquer hipótese de prisão automática *ex vi legis*, ou seja, decorrente de lei, de uma norma geral e abstrata, tal qual está prevista no artigo 637 do Código de Processo Penal e no artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, disposição que nega efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, possibilitando a execução provisória da pena.

Ora, retirar o *status libertatis* do acusado sem o fim da persecução penal, como ocorria no caso da prisão decorrente da pronúncia, para recebimento da apelação prevista no artigo 594 do CPP ou em virtude da natureza do delito, configura imputação antecipada da culpa e da pena pelo injusto e ofensa grave ao seu direito de manter-se em liberdade quando tal medida esteja desprovida de natureza cautelar.

Embora se manifeste contrário a qualquer tipo de prisão cautelar, preferindo a utilização de outras medidas assecuratórias, Lopes Júnior adverte que ela sempre foi e continua sendo tolerada, quando de caráter instrumental. Entretanto, não se pode admitir o seu uso como antecipação da pena.

[...] Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, quando a prisão cautelar é assumidamente utilizada como pena antecipada (especialmente na prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica), com função de prevenção geral e especial e imediata retribuição, é completamente inadmissível.<sup>53</sup>

Essa é a primeira função atípica exercida pela prisão processual, qual seja a antecipação da pena, retribuição imediata pelo mal causado, independentemente de processo ou de condenação definitiva. Nas palavras de Lopes Júnior:

<sup>52</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 16, f. 70, jan./fev. 2008, p. 279.

<sup>53</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60.

A prisão preventiva e todas as demais cautelares inserem-se, perfeitamente, na *lógica do sofrimento*, bem tratada por SCHIETTI, segundo a qual a prisão cautelar é a possibilidade de impor imediatamente um mal, uma punição, exercer a violência contra quem praticou um delito, ou seja, é a reação violenta àquele que cometeu uma violência. É, nessa linha, importante que a pessoa sofra na própria carne pelo mal que fez.<sup>54</sup>

Outra função atípica da prisão processual é impedir o exercício do direito ao recurso. Conquanto não esteja expresso na Constituição Federal, o princípio do duplo grau de jurisdição é corolário da estrutura do Poder Judiciário pátrio, composto por órgãos de competência originária e outros de competência recursal. Assim, a possibilidade de recorrer prevista na Carta Maior é capaz de fundamentar a existência do duplo grau de jurisdição, cuja violação, em matéria penal, é inadmissível, pois afeta um bem da vida fundamental do indivíduo, qual seja a liberdade.

Ademais, o direito de submeter a lide a exames sucessivos foi expressamente incorporado ao direito brasileiro por força da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, cujo artigo 8º, nº 2, alínea h prevê:

Art. 8. [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito de a que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito de, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.<sup>55</sup>

Segundo o Supremo Tribunal Federal, esta convenção foi recepcionada ao sistema jurídico brasileiro como norma ordinária. Assim sendo, toda pessoa tem direito ao reexame da decisão que não lhe seja favorável, mormente na esfera criminal, o que reforça a tese da existência do duplo grau de jurisdição.

Condicionar a apelação do acusado que não seja primário e não tenha bons antecedentes à prisão sem necessidade preventiva constitui, pois, cristalina ofensa ao direito de recorrer e, em última instância, afeta também a própria justiça perseguida pelo Direito. Nas palavras de Antônio Scarance Fernandes:

<sup>54</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 131.

<sup>55</sup> BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso em: 06 de maio de 2010.

A atuação desse dispositivo não representa simplesmente indevido uso da prisão sem que tenha natureza cautelar. Representa problema de outra ordem e de maior magnitude. Exigir que alguém se recolha à prisão para poder apelar significa impedir o exercício do direito ao recurso. Se houvesse uma necessidade de cautela, bastava expedir mandado de prisão e aguardar o seu cumprimento. Aqui, é diferente. Usa-se a prisão para impedir o exercício do duplo grau de jurisdição, pois se impõe ao condenado o recolhimento à prisão como condição para exercer o seu direito legítimo ao recurso.<sup>56</sup>

Além disso, essa medida configura desproporcional condição dentro do processo. Ao condenado, se reincidente ou de maus antecedentes, exige-se o recolhimento à prisão para apelar. Ao Ministério Público, por seu turno, não há nenhuma condição, podendo recorrer sempre que entender necessário. Essa situação caracteriza clara violação ao princípio da isonomia processual, não podendo vigorar na atual ordem constitucional.

Por fim, e não menos grave, é a prisão efetuada no curso do processo criminal como espetáculo público. Cotidianamente se vê nos meios de comunicação operações cinematográficas para efetuar prisões, com utilização de um sem número de policiais bem armados e colocação de algemas, ainda que o detido não ofereça qualquer risco de fuga ou perigo à integridade de outrem.

É um verdadeiro espetáculo público, especialmente se a pessoa detida possui alguma expressão no cenário nacional. Dá-se mais importância à prisão que à efetiva condenação. Nos ensinamentos de Antônio Scarance Fernandes:

Nota-se que, muitas vezes, não há maior preocupação com a condenação e a efetiva aplicação da lei penal, o importante é a prisão processual, usada como forma de antecipação de pena e como espetáculo público, dando ao povo a ilusão de que a justiça atua de maneira eficaz. Isso explica o excesso de prisões preventivas e a exagerada exposição das pessoas presas.<sup>57</sup>

Portanto, para dar efetividade às garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal deve-se privilegiar a liberdade do acusado enquanto inexistir sentença condenatória transitada em julgado, sendo a prisão processual medida excepcional admitida tão somente para exercer suas funções típicas, de natureza cautelar, prescritas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

<sup>56</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Funções e limites da prisão processual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, f. 64, jan./fev. 2007, p. 243.

<sup>57</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Funções e limites da prisão processual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, f. 64, jan./fev. 2007, p. 244.

## 2 EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

### 2.1 Execução penal provisória favorável ao réu

Executar provisoriamente uma decisão significa que ela produzirá seus efeitos sem ter transitado em julgado, ou seja, não obstante haver possibilidade de alteração, a decisão terá eficácia de imediato.

Em se tratando de pena privativa de liberdade, estabelece o artigo 105 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) que a expedição da guia de recolhimento para o início de cumprimento da reprimenda está condicionada ao trânsito em julgado da condenação, pois só então será o acusado considerado definitivamente culpado pelo delito, afastando a sua presunção de não-culpabilidade. Assim, a execução dessa espécie de pena dar-se-ia, em um primeiro momento, somente com a condenação definitiva.

Contudo, quando é negado ao réu o direito de recorrer em liberdade, tendo a sentença ou o acórdão condenatório transitado em julgado para a acusação, faz-se necessário adequar essa espécie de prisão *ad custodiam* aos termos dessas decisões, em razão do princípio da proporcionalidade, não podendo a presunção de inocência ser invocada em desfavor do condenado, sob pena da medida cautelar acarretar-lhe maiores gravames do que o próprio édito condenatório.<sup>58</sup>

Parte da doutrina e da jurisprudência passou a admitir, desta forma, a execução antecipada da pena, assegurando ao preso provisório os mesmos benefícios daqueles definitivamente condenados. Nesse diapasão, veja-se os ensinamentos de Alexandre Jorge Fontes Laranjeira:

Portanto, independentemente da expedição de guia de recolhimento, e respeitado o direito à separação no tocante aos réus que já sofrem execução penal, o preso provisório fará *jus* ao cumprimento da prisão decorrente de

---

<sup>58</sup> LARANJEIRA, Alexandre Jorge Fontes. *O preso provisório e os benefícios da execução penal*. 1999. 77 f. Dissertação (Especialização *lato sensu*) – Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, Universidade de Brasília, Uberlândia, 1999, p. 50.

sentença penal condenatória não transitada em julgado nas instalações e com os benefícios relativos a cada modalidade de pena privativa de liberdade, em razão da indeclinável exigência constitucional de proporcionalidade na adoção dessa medida restritiva de direito fundamental.<sup>59</sup>

Cite-se, como exemplo, a possibilidade de execução provisória da pena aplicada ao réu preso e que não lhe foi permitido apelar em liberdade, tendo a decisão condenatória transitada em julgado para a acusação. Nesse caso, como a situação do condenado não poderá ser agravada pelo Tribunal, reconhece-lhe a possibilidade de executar sua pena desde logo, possuindo os mesmos direitos daqueles com decisão transitada em julgado, como a remissão de pena e a progressão de regime, além de outros previstos na Lei de Execução Penal.

Nesse sentido está a lição de Antônio Scarance Fernandes, ao afirmar que sendo a presunção de não-culpabilidade uma garantia do indivíduo, inadmissível invocá-la para causar prejuízos ao condenado que aguarda o julgamento do recurso. Veja-se:

Quando a lei exige que o acusado se recolha à prisão para apelar, tem surgido interessante questão sobre a possibilidade de ele avançar de regime mais grave para outro favorável durante o julgamento do recurso, ou, até mesmo, de começar a cumprir a pena no regime da sentença, como por exemplo, o semi-aberto. Invocou-se, inicialmente, o princípio da presunção de inocência para negar tais possibilidades, com o argumento de que, se o condenado não pode ser presumido culpado antes do trânsito em julgado, não poderia ser iniciada a execução da pena. Contudo, prevaleceu outro entendimento: se o princípio constitui garantia do indivíduo, não há como invocá-lo em prejuízo do sentenciado. Assim, se o Ministério Público já se conformou com a sentença, só havendo recurso do acusado, nada impede que possa ingressar no regime inicial da sentença condenatória, mais favorável, ou progredir de regime, se preencheu os requisitos antes da apelação ou durante a tramitação do recurso.<sup>60</sup>

Maria Lúcia Karam, por sua vez, defende ser possível a execução provisória da pena quando pendente de análise recurso da defesa, sem que a prisão decorrente de sentença condenatória, ou de acórdão condenatório, perca sua natureza cautelar. Nas palavras da autora:

O reconhecimento desta única hipótese admissível de execução provisória da pena imposta em sentença penal condenatória recorrível não afetaria a

<sup>59</sup> LARANJEIRA, Alexandre Jorge Fontes. *O preso provisório e os benefícios da execução penal*. 1999. 77 f. Dissertação (Especialização *lato sensu*) – Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, Universidade de Brasília, Uberlândia, 1999, p. 69.

<sup>60</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 318.

natureza essencialmente cautelar da prisão ali mantida ou decretada. Decorrendo tal natureza do inafastável respeito a uma garantia constitucional (a de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado), é, como já apontado, imperativa sua afirmação.

Tal afirmação, porém, em nada impediria que, uma vez efetuada aquela prisão (necessária, diante da presença demonstrada do *periculum in mora*), se procedesse a uma excepcional execução provisória da pena, para o fim de beneficiar o réu assim preso com os direitos consagrados na Lei de Execução Penal, pela intuitiva razão de que uma garantia não pode funcionar em prejuízo daquele que se pretende garantir: é este o mesmo princípio que preside a detração da pena (art. 42 CP), instituto que tampouco desnatura a cautelaridade das demais modalidades de prisão de natureza processual.<sup>61</sup>

Roberto Delmanto Júnior, trilhando esse mesmo caminho, afirma que a concessão dos benefícios da Lei nº 7.210/84 ao condenado preso, cujo recurso está em tramitação, é a forma encontrada para evitar, em alguns casos, a desproporcionalidade entre a medida cautelar e o decreto ou o acórdão condenatório. Portanto, se condenado à pena privativa de liberdade em regime inicial semi-aberto, poderá desde logo requerer o seu cumprimento no referido regime, sendo irrelevante a proibição de recorrer em liberdade. Veja-se:

Igualmente, em sendo condenado a regime semi-aberto, não tendo o Ministério Público recorrido, há flagrante incoerência e injustiça em mantê-lo preso provisoriamente em uma cela, equivalente ao regime fechado. De duas uma: ou se revoga a prisão cautelar, pela desproporcionalidade entre a sanção imposta e a severidade do cárcere provisório, *apelando o acusado em liberdade*, ou, como 'medida cautelar inominada', concede-se-lhe o *direito de permanecer em estabelecimento próprio de regime semi-aberto*, durante o processamento do recurso.<sup>62</sup>

Continua Delmanto Júnior que a prisão provisória, em virtude do princípio da proporcionalidade, não pode ser mais severa, em quantidade e intensidade, do que a própria pena, insuscetível de majoração, ante o trânsito em julgado para a acusação.<sup>63</sup>

Além disso, sustenta que a possibilidade de se conceder ao preso provisório alguns benefícios da LEP não ofende o artigo 105 dessa norma e nem a garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade, pois se trata de “medida cautelar de

<sup>61</sup> KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 02, abr./jun. 1993, p. 91.

<sup>62</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 213-214.

<sup>63</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 218.

antecipação dos efeitos da condenação”, que não implica tratar o acusado como se condenado fosse. Veja-se:

Desta feita, não estaríamos ofendendo o art. 105 da Lei de Execução Penal e tampouco o art. 5º, LVII, da Constituição da República. Aliás, a garantia constitucional de que o acusado não pode ser considerado culpado antes de passada em julgado a condenação *jamaiz* poderia admitir interpretação que acabasse por impor-lhe encarceramento com intensidade mais grave daquele que lhe seria infligido caso ele fosse realmente considerado culpado.<sup>64</sup>

Portanto, é possível a execução antecipada da pena desde que para concretizar direitos e garantias constitucionais, de tal sorte que o condenado seja beneficiado com a medida. Nas palavras de Guilherme Madeira Dezem:

Nesta situação é importante que se compreenda que a admissão da execução provisória é feita para dar concretude aos direitos e garantias constitucionais assegurados a todos. Por meio da execução provisória, manifesta-se a chamada instrumentalidade constitucional.<sup>65</sup>

Trata-se de aplicar, diante das circunstâncias aferidas no caso concreto, o princípio da proporcionalidade, alterando a prisão cautelar decorrente de decisão condenatória durante o processamento e julgamento do recurso, a fim de que a segregação cautelar seja proporcional à sanção penal já cominada. Nos ensinamentos de Alexandre Jorge Fontes Laranjeira:

[...] buscar-se-á modificar a prisão cautelar decorrente de sentença condenatória ao longo de toda a fase recursal do processo, com vistas a tornar o seu efeito restritivo proporcional ao fim de assegurar a aplicação da pena já fixada na sentença.  
Frise-se que tal processo lógico é perfeitamente adequado à nossa realidade jurídica infraconstitucional, haja vista que a tutela cautelar, seja no processo penal, seja no processo civil, não pode ser compreendida senão como resultante do exercício de um poder geral inerente à função jurisdicional, que deve estar presente em todo o desenrolar da relação jurídica processual, inclusive na fase recursal.<sup>66</sup>

Quanto à competência para fazer essa adequação na prisão provisória decretada ou mantida na decisão condenatória, esclarece Alexandre Jorge Fontes Laranjeira que essa tarefa cabe ao juízo da condenação, quando da prolação da sentença. Entretanto, se a adequação se der em momento posterior à prisão, caberá ao tribunal incumbido do julgamento

<sup>64</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 218.

<sup>65</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 16, f. 70, jan./fev. 2008, p. 283.

<sup>66</sup> LARANJEIRA, Alexandre Jorge Fontes. *O preso provisório e os benefícios da execução penal*. 1999. 77 f. Dissertação (Especialização *lato sensu*) – Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, Universidade de Brasília, Uberlândia, 1999, p. 60-61.

do recurso interposto executá-la, sendo as providências materiais da medida adotadas pela Vara de Execuções Criminais, pois, nesse caso, a segregação cautelar seria necessária para preservar o resultado útil do processo durante a fase recursal.<sup>67</sup>

Alexandre Jorge Fontes Laranjeira adverte que toda e qualquer forma de execução penal provisória acarreta, necessariamente, conseqüências prejudiciais ao condenado, flexibilizando o princípio da presunção de inocência na medida em que faz incidir sobre o acusado o *status* de condenado, mesmo sem o trânsito em julgado da decisão condenatória.<sup>68</sup>

Continua o referido autor que se o condenado está em liberdade, não lhe é vantajoso recolher-se ao cárcere para recorrer, ainda que goze de todos os benefícios da execução penal. Transcrevendo as suas palavras:

Além disso, a aplicação das doutrinas da execução provisória ou antecipada da pena não necessariamente beneficia o indivíduo, já que, estando o acusado em liberdade, certamente não colherá qualquer vantagem em recolher-se à prisão para apelar, ainda que goze de todos os benefícios da execução penal.<sup>69</sup>

Apesar desta ressalva, a execução penal provisória favorável ao condenado é, atualmente, admitida de forma uníssona, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, restando o entendimento consolidado na Súmula n° 716 da Corte Constitucional, segundo a qual “admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

## **2.2 Execução penal provisória na pendência de recurso de índole extraordinária**

### *2.2.1 Do recurso extraordinário: hipóteses de cabimento e requisitos*

Os recursos especial e extraordinário são meios de impugnação extraordinária e de fundamentação vinculada, que servem para o reexame apenas do aspecto jurídico da decisão atacada, isto é, limitam-se a discutir as questões de direito expressamente

<sup>67</sup> LARANJEIRA, Alexandre Jorge Fontes. *O preso provisório e os benefícios da execução penal*. 1999. 77 f. Dissertação (Especialização *lato sensu*) – Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, Universidade de Brasília, Uberlândia, 1999, p. 74.

<sup>68</sup> LARANJEIRA, Alexandre Jorge Fontes. *O preso provisório e os benefícios da execução penal*. 1999. 77 f. Dissertação (Especialização *lato sensu*) – Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, Universidade de Brasília, Uberlândia, 1999, p. 54-55.

<sup>69</sup> LARANJEIRA, Alexandre Jorge Fontes. *O preso provisório e os benefícios da execução penal*. 1999. 77 f. Dissertação (Especialização *lato sensu*) – Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, Universidade de Brasília, Uberlândia, 1999, p. 03-04.

previstas em lei, tendo por finalidade tutelar e controlar a aplicação da legislação infraconstitucional, e tutelar a Constituição Federal, respectivamente.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, os recursos de índole extraordinária são característicos dos sistemas federativos, pois a distribuição da competência legislativa entre os entes federados e a pluralidade de órgãos jurisdicionais recomenda a existência de instrumentos de controle das decisões judiciais, quando versarem sobre uma questão de direito federal.<sup>70</sup>

Quanto à natureza dos recursos extraordinário e especial, anota os autores supracitados que, embora estejam à disposição das partes, são remédios recursais de cunho eminentemente político, porque tutelam o direito objetivo editado pela União, ou seja, asseguram a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais.<sup>71</sup>

Assim, impossível de se debater em sede de recurso especial ou extraordinário provas, cuja análise depende da discussão dos fatos. Esse impedimento está consolidado na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, e na Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Adverte Lopes Júnior que a vedação ao reexame da prova deve ser entendida com cautela. O que se proíbe é a valoração da prova, ou seja, a rediscussão da axiologia da prova no caso, sendo perfeitamente possível a análise do regime legal das provas, como a violação de regras processuais relativas à colheita da prova ou a distribuição do ônus probatório, o que pode ser feito por meio de recurso especial.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 260.

<sup>71</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 260-261.

<sup>72</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 573.

Consoante se demonstrará a seguir, especificamente no caso do recurso extraordinário, objeto de estudo deste trabalho, tanto o recurso especial quanto o extraordinário pressupõem o esgotamento das instâncias recursais ordinárias, sendo, por conseguinte, a *ultima ratio* do sistema recursal, pois só são cabíveis contra decisões dos Tribunais proferidas em última instância ou mesmo em única instância, nos casos de competência originária daqueles Tribunais, quando o acusado possui prerrogativa de função.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 102, inciso III, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso extraordinário, e no artigo 105, inciso III, a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial, bem como as hipóteses de cabimento de cada um deles.

Por delimitação temática, será realizada nesse momento uma breve análise do recurso extraordinário, suas hipóteses de cabimento, o prequestionamento e a repercussão geral, para então se chegar aos seus efeitos e abordá-los em face da presunção de não-culpabilidade.

Pois bem, dispõe o artigo 102, inciso III, da Carta Magna que compete à Suprema Corte julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; ou, por fim, julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Percebe-se, das hipóteses de cabimento acima elencadas, que o recurso extraordinário é o instrumento adequado para devolver ao Supremo Tribunal questão federal de natureza constitucional, conferindo aplicação uniforme da Lei Maior, assegurando-lhe sua autoridade e unidade. Nas lições de Fernando Capez:

Sua finalidade primordial, antes de constituir um instrumento voltado à correção de equívocos ocorridos no julgamento das causas judiciais pelos órgãos da instância inferior, é conferir aplicação uniforme ao direito constitucional, a fim de garantir a autoridade e a unidade da Constituição Federal em todo território brasileiro, haja vista ser ela o fundamento e a condição de validade de todo o ordenamento nacional.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 831.

Justamente por estar previsto de forma expressa na Carta Magna, e por ser dela um instrumento de tutela de sua autoridade, Fernando Capez concebe o recurso extraordinário como sendo um instituto político de Direito Processual Constitucional, podendo ser utilizado em qualquer processo, independentemente da matéria discutida, desde que presentes os seus requisitos.<sup>74</sup>

Caberá interposição de recurso extraordinário contra decisão proferida pelos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, dos Tribunais Regionais Federais ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça, seja em única instância, nos casos de competência originária desses tribunais, seja em última instância, após o esgotamento das vias recursais ordinárias, e também do recurso especial, se cabível.<sup>75</sup>

Embora não esteja expressamente prevista, o Supremo Tribunal Federal admite mais uma hipótese de cabimento do recurso extraordinário, qual seja, contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de Juizado Especial Cível e Criminal, consoante previsto na Súmula nº 640 da Excelsa Corte.

Cumprido assinalar, como adverte Fernando Capez<sup>76</sup>, que é imprescindível para recorrer por meio do extraordinário que a parte tenha se utilizado de todos os recursos disponíveis para atacar o acórdão vergastado, o que se depreende do teor da Súmula nº 281 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

Importante destacar também que se o acórdão impugnado viola normas constitucionais e infraconstitucionais, é necessária a interposição do recurso especial e do extraordinário, sob pena de não conhecimento do extraordinário. Uma vez admitidos, serão enviados ao Superior Tribunal de Justiça, que após o julgamento do recurso especial, remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário, se este não tiver esvaziado o seu objeto, nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.038/90.

---

<sup>74</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 832.

<sup>75</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 581.

<sup>76</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 833.

Quanto à primeira hipótese de cabimento aventada, contrariedade a dispositivo da Constituição, mostra-se como o fundamento mais utilizado para a interposição do extraordinário, quando a decisão do tribunal viola norma ou princípio constitucional. Ressalte-se que segundo entendimento firmado pelo Supremo, a violação deve ser clara, direta e frontal, não se admitindo a contrariedade reflexa. Nos ensinamentos de Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Gomes Filho:

Contrariar aqui significa decidir em sentido oposto ao que está expresso e claro no texto constitucional, por isso que a ofensa deve ser direta e frontal, não ensejando o recurso por esse fundamento a contrariedade reflexa, inferida a partir de uma violação a norma infraconstitucional.<sup>77</sup>

Para Aury Lopes Júnior, há ofensa direta e frontal à Constituição quando o Supremo Tribunal Federal, a partir de sua jurisprudência construída e nos limites de incidência da norma constitucional, assim o entender. Nas palavras do autor:

Pode-se escrever um tratado de hermenêutica constitucional sobre essa questão, mas em se tratando de recurso extraordinário devemos ser mais pragmáticos (ou realistas, se preferirem). Quando há um tribunal constitucional, e a ele se pretende ascender pela via recursal, o que realmente importa são os “cases”, a jurisprudência construída por aquele tribunal na interpretação da Constituição e na definição de seus limites de incidência. Em última análise, conscientes do aparente reducionismo que isso possa conter, *a Constituição diz o que o Supremo Tribunal Federal disser que ela diz....*<sup>78</sup>

Outra hipótese de cabimento do recurso extraordinário ocorre quando o acórdão dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, Regionais, ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça, viola tratado sobre direitos humanos. Com a Emenda Constitucional n° 45, que acrescentou o § 3º, ao artigo 5º da Constituição Federal (CF), os tratados relativos aos direitos humanos dos quais forem signatários a República Federativa do Brasil, são normas equivalentes às emendas constitucionais, desde que ratificados pelo rito destas normas. Assim, o descumprimento de qualquer regra desses tratados por órgão judicial é passível de impugnação por meio do recurso extraordinário.

De igual maneira, é passível de recurso extraordinário a decisão que afronte tratados de direitos humanos ratificados antes da entrada em vigor da citada emenda, ou seja, que foram ratificados por rito diverso daquele da emenda constitucional. Nesse caso, embora

<sup>77</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 271.

<sup>78</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 585.

não sejam formalmente constitucionais, esses tratados são materialmente constitucionais, por força do artigo 5º, § 2º, da Carta Maior.<sup>79</sup>

A segunda hipótese de cabimento, prevista no artigo 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, refere-se ao controle de constitucionalidade difuso realizados pelos tribunais. Sempre que uma decisão de Tribunal de Justiça Estadual ou do Distrito Federal e Territórios, Regional Federal, ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, estará ela sujeita de impugnação no Supremo Tribunal, pela via do recurso extraordinário.

Neste caso, a decisão recorrida deverá ter declarado expressamente a inconstitucionalidade do tratado ou da lei federal, que já é, por si só, motivo suficiente para ensejar o conhecimento do recurso pelo Pretório Excelso.<sup>80</sup>

Também está passível de ser atacada pelo recurso extraordinário, nos termos do artigo 102, inciso III, alínea *c*, da Carta Maior, a decisão que julgue válida lei ou ato de governo local contestados em face da Constituição. Nessa hipótese, a decisão recorrida conclui pela constitucionalidade do direito local, sendo esta a questão federal a ser tratada pela Suprema Corte.<sup>81</sup>

Por fim, a última hipótese de cabimento está prevista no artigo 102, inciso III, alínea *d*, da Constituição da República, o qual diz ser objeto de recurso extraordinário a decisão proferida em última ou única instância que julgue válida lei local contestada em face de lei federal. Nesse caso, discute-se sobre a aplicabilidade da lei local ou da lei federal à causa, envolvendo assim a análise da competência legislativa, matéria eminentemente constitucional, pois ao optar pela aplicação do direito local, a decisão considera inconstitucional a lei federal.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 576-577.

<sup>80</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 834-835.

<sup>81</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 272-273.

<sup>82</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 273-274.

Segundo Ada Pelegrini, Antônio Scarance e Gomes Filho, é importante ressaltar que se a questão envolver o confronto de uma norma federal e outra estadual ou municipal, o recurso cabível é o extraordinário. Contudo, se a questão cingir-se a discutir ato do governo local em face da lei federal, caberá interposição do recurso especial, nos termos do artigo 105, inciso III, alínea *b*, da Constituição Federal.<sup>83</sup>

Como bem anota Aury Lopes Júnior, verifica-se que no âmbito do processo penal não são aplicadas as hipóteses de cabimento previstas nas alíneas *c* e *d* do artigo 102, inciso III, da Carta Política, pois a competência para legislar sobre direito penal e processual penal é privativa da União. Aqui, ao contrário da hipótese anterior, a decisão declara a constitucionalidade de lei ou ato de governo local, ou ainda a legalidade de norma local em face de norma federal.<sup>84</sup>

Os demais requisitos do recurso extraordinário estão previstos nos Códigos de Processo Civil e Penal, bem como na Lei nº 8.038/90, que institui regras procedimentais para a ação penal originária e para o processamento de outros recursos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

É legítima para a interposição de recurso extraordinário, se presentes os seus requisitos, a parte sucumbente, ou seja, aquela cuja pretensão foi desacolhida, no todo ou em parte, pela decisão impugnada. Podem valer-se do recurso, portanto, o Ministério Público, o querelante, o assistente da acusação ou o próprio réu, por intermédio de seu defensor. O prazo é de quinze dias, nos termos do artigo 26 da Lei nº 8.038/90. Sendo o recurso de natureza criminal, o preparo é necessário apenas nas ações penais de iniciativa privada, salvo se a parte recorrente conseguiu dispensa do pagamento das custas.<sup>85</sup>

Por seu turno, o interesse recursal é presumido por lei, decorrente da violação de lei federal, tratado ou da Constituição, constante da decisão vergastada. Nas palavras de Lopes Júnior:

---

<sup>83</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 274.

<sup>84</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 588.

<sup>85</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 839-840.

[...] Especificamente em relação aos recursos especial e extraordinário, por serem meios extraordinários de impugnação, o interesse é *ex vi legis*, ou seja, decorre da simples violação por parte da decisão à lei federal, tratado ou a Constituição. Significa dizer que o prejuízo é inerente à violação em si mesma, ou seja, é evidente, manifesto, presumido até. O fato de a decisão ser contrária à lei federal, tratado ou Constituição já constitui o gravame que dá corpo ao *interesse ad impugnare*. Nada mais é necessário ser demonstrado pelo recorrente em relação a este requisito recursal.<sup>86</sup>

Cumpra nesse momento fazer, de forma bem sucinta e objetiva, a análise da exigência do prequestionamento e da repercussão geral nos recursos extraordinários, condições essenciais para o conhecimento do recurso.

Nos ensinamentos de Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Gomes Filho, o prequestionamento é o prévio tratamento do tema de direito federal constitucional pela decisão recorrida, sendo decorrência da própria natureza e finalidade política do apelo extraordinário.<sup>87</sup>

Insuficiente, para fins de prequestionamento, que a parte interessada apenas suscite a problemática, pois é necessário, acima de tudo, que o tribunal discuta e decida sobre a matéria. Portanto, diz-se que o tema foi prequestionado quando o tribunal, provocado por uma das partes, tenha se manifestado sobre a questão constitucional, emitindo sobre ela um juízo de valor. Nesse sentido as lições de Lopes Júnior. Veja-se:

Não é suficiente que a parte ventile, portanto, a violação da norma constitucional ou federal: a questão deve ter sido decidida pelo tribunal *a quo*, e, caso isso não seja feito, deve a parte interpor os embargos declaratórios para forçar a manifestação sobre a violação alegada.<sup>88</sup>

Segundo Fernando Capez, esse requisito de admissibilidade visa preservar a saúde do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição e dos princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que condiciona o seu conhecimento à discussão e decisão da causa pela instância inferior.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 591.

<sup>87</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 263.

<sup>88</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 592.

<sup>89</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 833.

Por seu turno, a repercussão geral, prevista no artigo 102, § 3º, da Carta Magna e disciplinada na Lei nº 11.418/06, que acrescentou o artigo 543-A ao Código de Processo Civil (CPC), bem como pela Emenda Regimental nº 21 do Supremo, atua como verdadeiro filtro, um requisito de admissibilidade de todo recurso extraordinário, seja cível ou criminal. Sua finalidade é firmar o papel do Supremo Tribunal como Corte Constitucional, e não como mais uma instância recursal, responsável pela análise apenas de questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes. Nesse diapasão os ensinamentos de Fernando Capez:

Buscando tornar excepcional a atuação do Supremo Tribunal Federal, de modo a tirar-lhe o caráter de mera instância revisora de recursos, e erigindo-a à sua verdadeira natureza de Corte Constitucional de Justiça, a EC n. 45 restringiu o acesso amplo e irrestrito a esse tribunal. Para tanto, passou a prever que, quando da interposição do recurso, o recorrente deverá demonstrar a “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”.<sup>90</sup>

Diz-se que a matéria é de repercussão geral, consoante previsto no artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, quando existem questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, cabendo ao recorrente a demonstração desses fatores em preliminar formal. Também há repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

São de repercussão geral, pois, as matérias constitucionais que extrapolam os interesses particulares tutelados na causa, e que, uma vez decididas, afetem outras causas, produzindo efeitos do ponto de vista político, jurídico e social da coletividade.<sup>91</sup>

### 2.2.2 A presunção de não-culpabilidade e o artigo 637 do CPP

Após essa breve e simples noção das hipóteses de cabimento e dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, dentre eles o prequestionamento e a repercussão geral, faz-se necessário analisar, conforme proposto neste trabalho, os efeitos desse recurso em face da presunção de não-culpabilidade.

Pois bem, estabelece o artigo 637 do Código de Processo Penal, norma de 1941 e, portanto, anterior à Constituição de 1988, que “o recurso extraordinário não tem efeito

<sup>90</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 837.

<sup>91</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 837.

suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”.

Embora posterior à Carta Política de 1988, o artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, manteve a ausência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, ao estabelecer que “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Tecendo críticas à essa norma, Lopes Júnior adverte que o problema já previsto no artigo 637 do CPP foi ainda mais agravado com a edição da Lei nº 8.038/90, pois incorreu a norma em três gravíssimos erros:

1º Pretendeu disciplinar, com igual tratamento, para o processo civil e para o processo penal, os recursos especial e extraordinário, desprezando a especificidade da complexa fenomenologia do processo penal, que em nada se assemelha ao processo civil; 2º ainda que sancionada após a Constituição de 1988, dela se olvidou (ou pouco caso fez), desconsiderando a existência da presunção de inocência e da “ampla” defesa, consagrando uma prisão obrigatória e sem o caráter cautelar exigido como requisito de legitimidade; 3º tratou como “efeito recursal devolutivo” (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038) uma situação processual que vai para muito além dessa frágil categoria do processo civil, absolutamente **inadequada** (por excessiva redução da complexidade) para disciplinar o direito de recorrer em liberdade no processo penal.<sup>92</sup>

Da interpretação literal dos artigos 637 do CPP e 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, conclui-se que os recursos especial e extraordinário possuem apenas efeito devolutivo, ou seja, não são capazes de suspender a execução do acórdão condenatório ou confirmatório da condenação recorrido.

Com base nesses dois dispositivos, a maioria da doutrina e jurisprudência era firme no sentido de inadmitir efeito suspensivo aos recursos de índole excepcional. Nesse diapasão, veja-se o acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 90.645/PE, de relatoria do Ministro Menezes Direito, assim ementado:

Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Execução provisória da pena. Pendência de julgamento dos Recursos especial e extraordinário. Ofensa ao princípio da presunção da inocência: não-ocorrência. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que

<sup>92</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 600.

isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência. 2. Habeas corpus indeferido.<sup>93</sup>

Esse entendimento restou inclusive consolidado na Súmula n° 267 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Júlio Fabbrini Mirabete, ao definir o recurso extraordinário, também ressalta que tal recurso não tem efeito suspensivo. Nas palavras do autor:

Nos termos atuais, o recurso extraordinário é aquele interposto perante o STF das decisões judiciais em que não mais caiba recurso ordinário, para tutelar os mandamentos constitucionais e uniformizar a jurisprudência, mantendo o predomínio da CR sobre as leis federais. Por expressa disposição legal, o RE só é recebido no efeito devolutivo (art. 27, § 2° da L. 8.038/90). Não impede, assim, a execução da pena.<sup>94</sup>

Além de fundamentarem sua corrente na interpretação literal dos artigos 27, § 2°, da Lei n° 8.038/90 e 637 do CPP, os doutrinadores que negam efeito suspensivo aos recursos de natureza excepcional defendem que o *periculum libertatis* foi presumido na lei pelo próprio legislador, e que não há ofensa ao princípio da presunção da inocência, pois contra o réu já existe acórdão condenatório ou confirmatório de condenação.<sup>95</sup>

Sustentam ainda que o acusado já exauriu todas as vias ordinárias recursais, dotadas de efeito suspensivo. Não haveria, portanto, qualquer óbice à expedição de mandado de prisão enquanto pendente julgamento do recurso de índole extraordinária.

Por fim, alegam que muito embora o artigo 105 da Lei de Execução Penal (Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984) condicione o início de cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a Lei 8.038/90 quebrou o modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984. Por ser mais recente e específica, esta se sobrepõe temporal e materialmente àquela, permitindo a imediata prisão do acusado.

Tais dispositivos devem ser analisados sob a nova ordem constitucional inaugurada com a Carta Magna de 1988, assim como qualquer outra regra jurídica. É

<sup>93</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 90.645/PE, Rel. Min. Menezes Direito, DJe-142, publicado em 14/11/2007.

<sup>94</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 687-688.

<sup>95</sup> BALLAN JÚNIOR, Octahydes. Liberdade provisória e recursos especial e extraordinário. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, f. 19, abr/mai. 2003, p. 38.

necessário buscar a harmonia das normas jurídicas com os princípios e garantias constitucionais, nesse caso especificamente com a presunção de não-culpabilidade.

Conforme anota Lopes Júnior, a problemática em torno do direito de recorrer em liberdade deve ser analisada sob outro enfoque, e não exclusivamente na ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário. A questão deve ser enfrentada à luz da presunção de não-culpabilidade e do direito à ampla defesa, bem como na cautelaridade da prisão processual, segundo já estudado no capítulo anterior, com todos os seus princípios. Nas palavras do autor:

Pensamos que a problemática em torno do direito de recorrer em liberdade está para muito além da categoria “efeito recursal”, tipicamente civilista e inadequada para o processo penal, situando-se noutra dimensão: a da eficácia do direito fundamental da ampla defesa e da presunção da inocência. [...] Tratar a questão como mera ausência de efeito suspensivo é, processual e constitucionalmente, um absurdo, pois é completamente inadmissível uma pena antecipada.<sup>96</sup>

Haveria, portanto, inconstitucionalidade do artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, e de igual sorte, a não-receptividade do artigo 637 do CPP pela Constituição Federal, pois a prisão cujo fundamento está lastreado na inexistência de efeito suspensivo ao recurso tem natureza eminentemente punitiva, constituindo flagrante violação aos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa. É uma forma injusta de atribuir ao condenado sua culpa, retirando-lhe sem o trânsito em julgado o seu estado de inocência e prejudicando sua defesa. Veja-se:

Daí porque, inexistindo prisão cautelar obrigatória, como já foi explicado à exaustão, não foi o artigo 637 recepcionado pela Constituição. Quanto ao disposto no art. 27, § 2º, da Lei 8.038, é substancialmente inconstitucional, devendo sua validade substancial ser afastada em sede de controle difuso.<sup>97</sup>

Essa suposta incompatibilidade entre a previsão contida no artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, bem como no artigo 637 do CPP, e a garantia do estado de inocência do acusado pode ser superada desde que o encarceramento provisório seja medida preventiva, de natureza cautelar. Ou seja, presentes uma das hipóteses do artigo 312 do CPP, a prisão cautelar poderá ser decretada sem violar a presunção de não-culpabilidade, pois o magistrado

<sup>96</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 601.

<sup>97</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 148.

privilegiará, nesses casos, a proteção do resultado útil do processo – e mediadamente da própria sociedade – em detrimento da liberdade individual do réu.

Todavia, se ausentes essas hipóteses, deverá o condenado aguardar solto o julgamento do recurso excepcional, sob pena de execução antecipada da pena eventualmente aplicada. Por isso a prisão decorrente de acórdão condenatório ou confirmatório de condenação deve ser pautada na existência do *periculum libertatis*, sendo que nesses casos o *fumus commissi delicti* já está demonstrado pela condenação. Nos ensinamentos de Lopes Júnior:

Toda discussão deve centrar-se na epistemologia cautelar, ou seja, havendo real necessidade da prisão preventiva – especificamente, o *periculum libertatis* – deve o tribunal decretá-la ou mantê-la, caso já exista, enquanto aguarda-se o julgamento do recurso especial ou extraordinário imposto. Não havendo *periculum libertatis* ou tendo ele desaparecido, deve prevalecer o valor liberdade. O que não se pode admitir é uma prisão “obrigatória”, antes do trânsito em julgado, sob o reducionista argumento de que o recurso não possui efeito suspensivo. Essa prisão não é cautelar e, portanto, inegavelmente inconstitucional.<sup>98</sup>

Desta forma o muro da presunção da inocência não impede a decretação da medida cautelar. E, de igual maneira, a atribuição apenas de efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário não impede que o condenado aguarde o julgamento deles em liberdade, mormente se respondeu a todo o processo solto, pois nesse caso o poder de punir do Estado poderá aguardar o trânsito em julgado da condenação já que não há ameaça à aplicação da lei penal. Nas palavras de Octahydes Ballan Júnior:

É que se não estiver demonstrados um dos mencionados pressupostos, não há efetiva necessidade de execução imediata da pena, podendo o Estado aguardar o trânsito em julgado da condenação para só então, aí sim com amparo constitucional, executar a sanção, pois, como mencionamos alhures, o *ius puniendi* do Estado encontra limites que devem ser respeitados.<sup>99</sup>

Para Fernando Capez, embora haja expressa vedação legal, seja no artigo 637 do CPP ou no artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, deve-se conceder efeito suspensivo aos recursos de índole extraordinária em matéria criminal, em todo e qualquer caso, ainda que se verifique a necessidade da prisão cautelar, pois os fundamentos da segregação provisória são

<sup>98</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 603.

<sup>99</sup> BALLAN JÚNIOR, Octahydes. Liberdade provisória e recursos especial e extraordinário. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, f. 19, abr/mai. 2003, p. 39.

distintos do encarceramento decorrente da ausência do efeito suspensivo desses recursos. Transcrevendo suas palavras:

Esta prisão, qual seja, a fundada na inexistência de efeito suspensivo de recurso possui natureza de pena privativa de liberdade, de sanção imposta a quem reconhecidamente praticou infração penal; em outras palavras, só pode ser, ou melhor, só poderia ser imposta a pessoa que já perdeu a condição de inocente, mediante decisão condenatória de natureza penal transitada em julgado. A prisão cautelar, por outro lado, funda-se na necessidade de se assegurar, mediante a privação do direito individual de liberdade, a eficácia da tutela jurisdicional a ser outorgada ao final do processo, sem que se questione a culpabilidade do investigado ou do acusado. Esta, por ser compatível com o mencionado art. 5º, LVII e LIV, da Constituição Federal, é que pode ser imposta antes do trânsito em julgado, não a decorrente da regra do art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038, que, por expressa disposição legal, constitui execução provisória da condenação (CPC, art. 475-0, incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).<sup>100</sup>

Segundo o autor acima mencionado, a decretação da prisão ou sua manutenção com base na inexistência de efeito suspensivo a esses recursos configura nítida violação à presunção de inocência, na medida em que equipara o acusado ao definitivamente condenado, caracterizando execução provisória da condenação, conduta vedada também na Lei de Execução Penal.<sup>101</sup>

Na mesma linha está o ensinamento de Roberto Delmanto Júnior. Segundo esse autor, o recolhimento automático ao cárcere do indivíduo condenado em segunda instância na pendência de recurso especial ou extraordinário afronta a Constituição Federal, pois significa, em última análise, execução antecipada da sanção sem que se tenha fixado em definitivo a culpa do acusado. Veja-se:

Sem dúvida, mandar prender o acusado que até então se encontrava solto (seja por ter respondido a todo o processo em liberdade, seja por ter prestado fiança, quiçá até quando da interposição da apelação, seja por ter-se verificado excesso de prazo em sua prisão cautelar, etc.), de maneira automática, sem fundamentação cautelar, única e exclusivamente em virtude da confirmação da sentença condenatória em segundo grau ou de reforma da sentença absolutória proferida pelo juízo monocrático, implica, na prática, verdadeira execução da sentença condenatória, independentemente de seu trânsito em julgado, ao arrepio da CR, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de Nova Iorque e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em dissonância com o CPP – em se tratando de acusado que tenha se livrado solto quando da prisão em flagrante, ou que tenha prestado fiança

<sup>100</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 843.

<sup>101</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 843-844.

naquele momento ou ainda quando da apelação – e também, em descompasso com a Lei de Execução Penal.<sup>102</sup>

De fato, em se tratando de matéria criminal, parece haver conflito entre a Lei de Execução Penal e a Lei nº 8.038/90. Assim determina os artigos 105 e 107 daquele diploma normativo:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.<sup>103</sup>

Da simples análise desses dispositivos conclui-se ser imprescindível para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade a guia de recolhimento, cuja expedição pelo magistrado competente depende do trânsito em julgado da condenação que aplicar a medida constritiva. Portanto, sem a condenação definitiva não é possível recolher o réu à prisão para iniciar a execução da reprimenda.

Ora, percebe-se que a aplicação de prisão-pena depende da existência de condenação definitiva, ou seja, da qual não caiba mais recurso. Logo, qualquer outra espécie de prisão utilizada durante o curso do processo criminal deverá ter natureza cautelar e ser fundamentada em uma das hipóteses preconizadas no já mencionado artigo 312 do CPP.

Além dos argumentos acima apresentados, outros dois são levantados por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes. Para estes autores, o direito de aguardar o julgamento dos recursos especial e extraordinário em liberdade seria possível na medida em que a regra contida no artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90 seria genérica, aplicável tanto na seara civil e criminal, salvo, nesse último caso, quando se trata de execução da pena privativa de liberdade.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 226.

<sup>103</sup> BRASIL. *Lei de Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>104</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 300.

Também sustentam os doutrinadores supracitados que o recolhimento do condenado ao cárcere sem a demonstração definitiva de sua culpa pode acarretar-lhe graves danos em razão das condições penitenciárias a que será submetido. Veja-se:

Não parece razoável, à luz da disposição constitucional, que se possa falar em execução, definitiva ou provisória, do julgado penal ainda não definitivo, no tocante à aplicação da pena, especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito.<sup>105</sup>

Sem dúvida, tal medida parece ser ainda mais desproporcional quando a pena privativa de liberdade eventualmente aplicada pelo STJ ou STF puder ser iniciada em regime aberto ou semi-aberto, ou então ser substituída por uma restritiva de direito. Nesses casos, a prisão automática decorrente da interposição de recurso especial ou extraordinário se apresenta medida mais violenta que a própria condenação.

Ademais, ensina Antônio Scarance Fernandes que determinar a prisão do acusado no curso do processo sem a necessidade cautelar da medida viola também outra garantia fundamental: o duplo grau de jurisdição. Ao analisar o já revogado artigo 594 do CPP (que condicionava a apelação à prisão do condenado que não era primário e nem de bons antecedentes), explana o autor:

A atuação desse dispositivo não representa simplesmente indevido uso da prisão sem que tenha natureza cautelar. Representa problema de outra ordem e de maior magnitude. Exigir que alguém se recolha à prisão para poder apelar significa impedir o exercício do direito ao recurso. Se houvesse uma necessidade de cautela, bastava expedir mandado de prisão e aguardar o seu cumprimento. Aqui, é diferente. Usa-se a prisão para impedir o exercício do duplo grau de jurisdição, pois se impõe ao condenado o recolhimento à prisão como condição para exercer o seu direito legítimo ao recurso.<sup>106</sup>

Tal raciocínio pode ser aplicado também ao problema proposto neste estudo. Proibir o réu de aguardar solto o trânsito em julgado do procedimento criminal acusatório constitui cristalina ofensa ao direito de recorrer e, em última instância, afeta também a própria justiça perseguida pelo Direito.

---

<sup>105</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 300.

<sup>106</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Funções e limites da prisão processual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, f. 64, jan./fev. 2007, p. 243.

Para Antônio Scarance Fernandes<sup>107</sup>, essa medida configura também desproporcional condição dentro do processo. Ao condenado, se reincidente ou de maus antecedentes, exige-se o recolhimento à prisão para apelar, e no caso em tela, para interpor recurso extraordinário. Ao Ministério Público, por seu turno, não há nenhuma condição, podendo recorrer sempre que entender necessário. Essa situação caracteriza clara violação ao princípio da isonomia processual, não podendo vigorar na atual ordem constitucional.

Conclui-se, portanto, que a decretação da prisão ou sua manutenção em razão da interposição de recurso de índole extraordinária deverá ser fundamentada na necessidade cautelar da medida, sendo inadmissível, ante a nova ordem constitucional, qualquer previsão presumida em lei, como ocorre no artigo 637 do Código de Processo Penal. Ademais, a prisão automática *ex vi legis*, despedida de embasamento cautelar concreto, configura verdadeira antecipação da pena, afrontando a garantia de não-culpabilidade e da motivação dos atos judiciais. Nesse sentido também conclui Roberto Delmanto Júnior:

Seguramente, e com a máxima vênia às opiniões em contrário, entendemos que decisões nesse diapasão carecem de fundamentação convincente acerca da necessidade cautelar do aprisionamento, *que não pode ser presumida*, posto que tal presunção resulta, objetivamente, em ofensa aos arts. 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição da República (que exigem fundamentação aos atos decisórios proferidos pelo Poder Judiciário, mormente no que concerne à prisão provisória) e, substancialmente, em agressão ao art. 5º, LVII, da *Magna Carta* (que estipula a garantia da desconsideração prévia de culpabilidade), bem como ao arts. 8º, 2, 1ª parte, do Pacto de San José da Costa Rica e 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (que instituem a garantia da presunção de inocência), submetendo o acusado a verdadeira *probatio diabólica*, como salientado por Vicente Gimeno Sendra.<sup>108</sup>

Passa-se agora, no próximo capítulo, a análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, culminando no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, pelo Plenário da Excelsa Corte.

<sup>107</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Funções e limites da prisão processual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, f. 64, jan./fev. 2007, p. 243.

<sup>108</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 233-234.

### 3 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 3.1 Julgamento do *Habeas Corpus* n° 84.078/MG

O acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* n° 84.078/MG pôs termo à divergência existente entre as duas turmas da Excelsa Corte sobre a execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência de recurso de índole extraordinária.

Consoante já demonstrado no capítulo anterior, quando citada a ementa do *Habeas Corpus* n° 90.645/PE, de relatoria do Ministro Menezes Direito, a Primeira Turma entendia, com alguns julgamentos da própria turma em sentido contrário, que a prisão decorrente de acórdão condenatório ou confirmatório de condenação não ofenderia o princípio da presunção de não-culpabilidade, pois os recursos cabíveis seriam desprovidos de efeito suspensivo. Nesse sentido veja-se também a ementa do *Habeas Corpus* n° 91.675/PR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, *reformatio in pejus* pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado.<sup>109</sup>

Por seu turno, a Segunda Turma inadmitia a execução provisória da pena privativa de liberdade quando pendente de julgamento recurso especial ou extraordinário, pois tal hipótese afrontaria de modo transversal a presunção de não-culpabilidade e também a Lei de Execução Penal. Demonstra esse entendimento o acórdão proferido nos autos do *Habeas Corpus* n° 91.176/SP, de relatoria do Ministro Eros Grau, cuja ementa segue:

<sup>109</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 91.675/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe-157, publicado em 07/12/2007.

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, 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 a conclusão de 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. Disso resulta que 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. 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. 6. 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. 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.<sup>110</sup>

Consta nos autos do HC nº 84.078/MG que o paciente foi condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos/MG à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime integralmente fechado, pela prática do crime de homicídio tentado, conduta tipificada no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro.<sup>111</sup>

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu parcial provimento ao apelo defensivo, modificando apenas o regime de cumprimento de pena, fixando o regime

<sup>110</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 91.176/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe-165, publicado em 19/12/2007.

<sup>111</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1076-1077.

inicialmente fechado em detrimento do integralmente fechado, que fora estabelecido na sentença condenatória. Irresignada, a defesa interpôs recurso extraordinário e especial, sendo apenas este último admitido pelo Presidente do Tribunal Estadual.<sup>112</sup>

Como o réu permaneceu em liberdade durante todo o processo, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais requereu a prisão do paciente, alegando, em síntese, que o condenado estaria desfazendo-se de seu patrimônio com o intuito de empreender fuga, sendo necessária a segregação cautelar para garantir a aplicação da lei penal. Ademais, sustentou o *Parquet* que o recurso especial admitido não teria o condão de suspender a eficácia do acórdão recorrido, nos termos do artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90.<sup>113</sup>

O pedido de prisão foi acolhido pelo Tribunal Estadual, e mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do *writ* lá impetrado e autuado sob o número HC nº 19.676/MG, cujo acórdão restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada.<sup>114</sup>

Foi impetrado o HC nº 84.078/MG junto ao Excelso Supremo Tribunal Federal, autuado em 15 de março de 2004 e distribuído à Primeira Turma, ao então relator Ministro Nelson Jobim, que indeferiu a liminar. Ante o pedido de reconsideração, a liminar foi deferida pelo Ministro Relator, aduzindo que a venda de alguns bens do paciente deu-se em razão de mudança de sua atividade comercial, não caracterizando indícios de que pudesse estar com o intuito de fugir do distrito da culpa.<sup>115</sup>

Em 05 de junho de 2004 o processo foi atribuído ao Ministro Eros Grau, que na sessão Plenária da Primeira Turma, realizada em 26 de outubro de 2004, votou pela

<sup>112</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1077.

<sup>113</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1077.

<sup>114</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC nº 19.676/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJe publicado em 29/03/2004.

<sup>115</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 320-324.

denegação da ordem e cassou a liminar concedida, tendo sido o julgamento suspenso pelo pedido de vista do Ministro Carlos Britto.<sup>116</sup>

Prosseguindo o julgamento, os ministros da Primeira Turma decidiram afetar o julgamento do *writ* ao Plenário, acolhendo o pedido do Ministro Carlos Britto, devido a divergência de entendimento sobre o tema entre as Turmas, vencidos os Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, conforme acórdão proferido em 24 de novembro de 2004.<sup>117</sup>

O ministro Eros Grau alterou o seu voto, que foi apresentado na sessão Plenária realizada em 09 de abril de 2008, concedendo a ordem. Contudo, o julgamento foi suspenso mais uma vez, em razão do pedido de vista do Ministro Menezes Direito.<sup>118</sup>

Retomado o julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal concedeu a ordem, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármem Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, consoante acórdão proferido e publicado em 05 e 26 de fevereiro de 2009, respectivamente.<sup>119</sup>

Passa-se agora à demonstração dos principais argumentos expostos pelos Ministros, nos seus votos e durante os debates, para, ao final, tecer alguns comentários sobre o resultado desse histórico julgamento.

### *3.1.1 Voto do Ministro Eros Grau*

Pois bem, o Ministro Eros Grau, relator do HC nº 84.078/MG, apresentou um novo voto no Tribunal Pleno, concedendo a ordem. Para ele, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal Estadual ganha contornos de execução antecipada da pena, pois o então Ministro Relator Nelson Jobim, ao conceder a liminar, afastou o fundamento da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal.<sup>120</sup>

Segundo o Ministro Relator, a Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984, condicionou a execução da pena privativa de liberdade (artigo 105) e da restritiva de

<sup>116</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1075.

<sup>117</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1075.

<sup>118</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1096.

<sup>119</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1212.

<sup>120</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1079.

direitos (artigo 147) ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Além disso, determina o artigo 164 da referida norma que a certidão da sentença condenatória valerá como título executivo judicial.<sup>121</sup>

A Constituição Federal, por sua vez, consagra em seu artigo 5º, inciso LVII, “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>122</sup>

Desta forma, conclui o Ministro Relator que as disposições constantes da LEP são adequadas à nova ordem constitucional vigente e sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP, cuja redação data de 03 de outubro de 1941.<sup>123</sup>

Anota o Ministro Eros Grau que a jurisprudência do Supremo é uníssona no que diz respeito à impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos. Por conseguinte, e com maior razão, a Corte também deve coibir a execução da pena privativa de liberdade sem o trânsito em julgado da condenação, pois é medida mais grave. Admitir o contrário importaria dupla violação: ao princípio da presunção de não-culpabilidade, negando préstimo à própria Constituição, bem como ao princípio da isonomia, pois se estaria aplicando o direito de modo desigual a situações paralelas.<sup>124</sup>

Citando Tucci, defende o Ministro que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva.<sup>125</sup>

Admitir a execução da sentença após o julgamento da apelação também constitui restrição ao direito de defesa do acusado, do qual decorre verdadeiro desequilíbrio entre a pretensão estatal punitiva e o direito do réu afastar essa pretensão, pois na lição de

---

<sup>121</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1080.

<sup>122</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1080.

<sup>123</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1080.

<sup>124</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1080-1082.

<sup>125</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1083.

Eros Grau, a ampla defesa engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.<sup>126</sup>

Dando continuidade a sua argumentação, ressalta Eros Grau que a Lei nº 8.038/90, assim como a Lei de Crimes Hediondos, é fruto de uma produção legislativa penal e processual penal reacionária, repressiva e casuística, que, cedendo aos anseios populares, busca punições severas e imediatas, relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários.<sup>127</sup>

Ao estabelecer que os recursos especial e extraordinário serão recebidos no efeito devolutivo, a Lei nº 8.038/90 adota um política criminal vigorosamente repressiva e altera a política garantista inaugurada na década de 80 – especialmente com a reforma penal de 1984, na qual se inclui a Lei de Execução Penal – cujo ápice é a Constituição Cidadã de 1988.<sup>128</sup>

Ressalta o Ministro Relator que cabe ao Supremo Tribunal, no exercício da prudência do direito, fazer prevalecer a força normativa da Constituição sobre qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, especialmente nos momentos de exaltação, ainda que contra os anseios populares. Nas palavras de Eros Grau:

É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao “olho por olho, dente por dente”. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso somos feitos, para tanto aqui estamos.<sup>129</sup>

Acrescenta Eros Grau que a execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição do Brasil, sendo a presunção de não-culpabilidade mais que um princípio explícito de direito. Trata-se de regra expressa, afirmada, em todas as suas letras, no próprio texto constitucional.<sup>130</sup>

<sup>126</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1083.

<sup>127</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1083-1084.

<sup>128</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1084-1085.

<sup>129</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1086.

<sup>130</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1086-1087.

Esclarece ainda o douto Ministro que a presunção de inocência é verdadeira garantia de tratamento do acusado, sendo vedada qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado. Tal se faz necessário em razão da dignidade da pessoa, que passou a ser premissa fundamental da atividade repressiva do Estado, assegurada a todas as pessoas, inclusive aos criminosos, os quais são sujeitos de direitos, e não meros objetos processuais.<sup>131</sup>

Lembra Eros Grau que a interposição de recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado, e, conseqüentemente, a execução da reprimenda. Aceitar a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que o acusado cometeu a infração penal viola também a dignidade da pessoa humana, pois ele sofrerá os efeitos da condenação, como se culpado fosse, mesmo sem o trânsito em julgado do édito condenatório.<sup>132</sup>

Além disso, afirma Eros Grau que a antecipação da execução penal somente se justificaria em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. Os argumentos comumente utilizados para justificar a execução provisória da pena, segundo os quais o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça seriam inundados por recursos e que “ninguém mais seria preso”, são característicos de uma “jurisprudência defensiva”, que reduzem a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais.<sup>133</sup>

Outro argumento comum invocado pelos defensores da imediata execução da pena privativa de liberdade enquanto pendente recurso de índole extraordinária é que em muitos casos o réu recorre sem qualquer base legal, apenas para retardar o andamento da execução e alcançar a prescrição, consagrando-se, em definitivo, a impunidade.<sup>134</sup>

Embora sejam argumentos significativos, e verificados nos Tribunais, adverte o Ministro Relator que eles não podem prevalecer contra o texto da Constituição. Do contrário, sugere Eros Grau que seria melhor abandonar o recinto e sair por aí, cada qual com o seu porrete, arrebrandando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1087-1088.

<sup>132</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1088.

<sup>133</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1088-1089.

<sup>134</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1089.

<sup>135</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1089.

Por fim, Eros Grau faz referência ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 482.006/MG, quando a Corte julgou inconstitucional preceito de lei estadual mineira que determinava a redução de vencimentos dos servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo criminal pela suposta prática de crime funcional. Assentou-se no julgamento desse recurso que a referida lei implicava flagrante violação a presunção de não-culpabilidade, pois ao se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem a observância do devido processo legal.<sup>136</sup>

Portanto, se a Suprema Corte vigorosamente prestigia o princípio da inocência em nome da propriedade, de igual maneira, e com maior razão, deverá prestigiá-lo em nome da liberdade, sob pena de se admitir que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade.<sup>137</sup>

### *3.1.2 Voto do Ministro Menezes Direito*

O Ministro Menezes Direito, por seu turno, votou pela denegação da ordem, mantendo-se alinhado à jurisprudência histórica da Excelsa Corte, que, embora questionada, permite o recolhimento à prisão do acusado condenado à pena privativa de liberdade enquanto pendente recurso de índole extraordinária.<sup>138</sup>

Segundo este Ministro, a regra consagrada no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna não tem o alcance que alguns pretendem conferir e não significa proibir o encarceramento antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial, pois esses recursos prestam tão somente para análise da tese jurídica do acórdão ou da decisão recorrida. A matéria de fato esgota-se nas instâncias ordinárias, razão pela qual tais recursos possuem efeitos limitados, isto é, não suspendem a execução.<sup>139</sup>

Para ele, o princípio da presunção da inocência não abrange as fases recursais extraordinárias, e, por isso, não seria violado com a execução da pena após o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias.<sup>140</sup>

<sup>136</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1090-1091.

<sup>137</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1091.

<sup>138</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1101.

<sup>139</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1101.

<sup>140</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1101.

Destaca que admitir o contrário implica em reconhecer que o julgamento penal proferido pelas instâncias ordinárias sempre estaria subordinado ao julgamento dos recursos extraordinários, tornando o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça em novas instâncias regulares, não excepcionais, situação que, na opinião do Ministro, não encontra guarida no sistema constitucional brasileiro.<sup>141</sup>

Ademais, defende o Ministro que a ordem de prisão decorrente de sentença ou acórdão condenatório é a melhor e mais fundamentada, pois decretada por uma autoridade judiciária que examinou, de forma profunda, as provas produzidas, e que se convenceu da materialidade e autoria delitivas. Melhor inclusive que a prisão cautelar, aceita de forma unânime pelos Tribunais e decretada em um juízo sumário e não exauriente.<sup>142</sup>

Entende Menezes Direito não haver diferença entre a prisão lastreada em uma faculdade processual – prisão cautelar – e a decorrente da aplicação da lei penal – prisão decretada na sentença ou no acórdão condenatório –, pois ambas envolvem a privação da liberdade do acusado antes da condenação definitiva. Assim, se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado, a execução da pena privativa de liberdade também deve ser, porque não é possível dizer que a privação da liberdade sem o trânsito em julgado da condenação ora viola ora não viola o princípio da inocência.<sup>143</sup>

Nas lições do eminente Ministro, a execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência exclusiva de recursos extraordinários não afronta o sistema jurídico de proteção do cidadão subordinado a processo penal, pois há outros meios de defesa postos à disposição dos réus para suspender a execução. Dentre eles o *habeas corpus*, previsto na própria Constituição, muito mais amplo e apto – eficaz – para proteger os direitos fundamentais dos condenados.<sup>144</sup>

Por expressa disposição legal, constante do artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, a interposição do recurso especial ou extraordinário não obsta a execução da prisão decretada pelo magistrado na sentença ou no acórdão condenatório, pois é a interpretação que

---

<sup>141</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1101.

<sup>142</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1102.

<sup>143</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1102-1103.

<sup>144</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1105.

melhor identifica o papel das instâncias ordinárias e que melhor dá resposta tempestiva à sociedade, cuja ordem é gravemente violada pelo delito.<sup>145</sup>

Acrescenta ainda que a execução provisória da pena privativa de liberdade é essencial para se atingir o fim repressivo da pena. Nas palavras de Menezes Direito:

A sanção penal tem duplo caráter, especialmente na forma de privação da liberdade. A retribuição e a prevenção se conjugam na sua essência e disputam os seus efeitos. Se o elemento retributivo compreende uma compensação à sociedade pela violação de uma de suas regras mais caras e não ganha sentido sem a definição da culpa, o elemento preventivo coaduna-se com a execução provisória da pena privativa de liberdade na medida em que revela um componente essencial do sistema repressivo. É esse componente que pode justificar a privação da liberdade do condenado mesmo antes do esgotamento das instâncias extraordinárias que por definição não suspendem o julgado proferido nas instâncias ordinárias.<sup>146</sup>

Citando Douglas Fischer, procurador da república, reconhece o douto Ministro que há no processo criminal um tensionamento entre os direitos fundamentais do réu processado, especialmente a presunção de inocência, e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção, decorrente do direito à segurança social, e à efetividade do Poder Jurisdicional.<sup>147</sup>

Segundo Menezes Direito, permitir o imediato cumprimento da sanção privativa de liberdade após o julgamento da apelação é a posição que melhor sopesa estes direitos. Isso porque não afronta o estado de não-culpabilidade do condenado e, ao mesmo tempo, protege os interesses sociais constitucionalmente garantidos e a efetividade das decisões judiciais, na medida em que inibe as manobras utilizadas pelos advogados que se destinam a procrastinar os julgamentos e evitar a execução da condenação, buscando sempre a prescrição das penas e, por conseguinte, a impunidade.<sup>148</sup>

Por fim, recorre o Ministro Menezes Direito ao direito comparado, afirmando que a prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Alemanha.<sup>149</sup>

<sup>145</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1103-1104.

<sup>146</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1104.

<sup>147</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1105.

<sup>148</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1105.

<sup>149</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1104.

### 3.1.3 Voto do Ministro Celso de Mello

Votando pela concessão da ordem, destaca o Ministro Celso de Mello que a prisão cautelar de qualquer pessoa é marcada pela nota da excepcionalidade, devendo estar fundamentada em fatos que concretamente justifiquem a indispensabilidade da medida. Não basta a mera afirmação de que ela seria necessária para assegurar o resultado útil do processo, invocando uma das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, pois, nesse caso, o encarceramento provisório funda-se em juízo meramente especulativo e deixa de ser corroborado por necessária base empírica.<sup>150</sup>

Embora seja de caráter extraordinário, a segregação provisória pode ser decretada de forma legítima, desde que tenha fundamentação substancial baseada em elementos concretos e reais que se ajustem às hipóteses definidas em lei, independentemente da modalidade que assuma – prisão temporária, prisão preventiva, prisão fundada em decisão de pronúncia e prisão decorrente de condenação penal recorrível.<sup>151</sup>

Por tal razão, continua o Ministro, é que a Suprema Corte tem admitido que uma vez comprovada a materialidade delitiva e constatada a existência de meros indícios de autoria, que são os pressupostos da prisão preventiva, torna-se legítima a prisão cautelar, desde que ocorra concretamente qualquer uma das situações referidas no artigo 312 do Código de Processo Penal.<sup>152</sup>

Destaca o eminente Ministro que a prisão cautelar – *carcer ad custodiam* – é de natureza exclusivamente processual, ou seja, é um instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal, e não se confunde com a prisão pena – *carcer ad poenam*. Por conseguinte, o instituto da prisão cautelar não pode ser utilizado com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, sob pena de causar grave comprometimento ao princípio da liberdade.<sup>153</sup>

Ademais, Celso de Mello adverte que o indivíduo submetido à investigação policial ou mesmo ao processo criminal não perde a condição de sujeito de direitos e de titular

<sup>150</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1107-1108.

<sup>151</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1107-1108.

<sup>152</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1108.

<sup>153</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1108-1109.

de garantias indisponíveis, não podendo ser privado do exercício pleno das prerrogativas constantes do sistema de proteção institucionalizado na Carta Política e concebido em favor de qualquer pessoa. Nas lições do Ministro:

O fato de alguém – independentemente de sua situação pessoal, social, política, econômica ou funcional – ostentar a condição jurídica de pessoa submetida a atos de persecução penal, mesmo perante os órgãos da Polícia Judiciária, não lhe suprime nem lhe afeta a posição de sujeito de direitos e de titular de garantias indisponíveis, cuja intangibilidade há de ser preservada pelos magistrados e tribunais, especialmente por este Supremo Tribunal Federal.<sup>154</sup>

Com base nesse enunciado, a jurisprudência da Suprema Corte tem se posicionado no sentido de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse, antes que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação penal, sob pena de transgressão ao princípio da presunção de não-culpabilidade e do devido processo legal.<sup>155</sup>

Celso de Mello conclui esse argumento afirmando que a utilização da prisão cautelar com fins punitivos, além de deformação do instituto processual, importa manifesta violação às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. De um lado, equipara-se o acusado àquele condenado por decisão transitada em julgado. De outro, importa a aplicação de uma pena com ofensa às garantias processuais asseguradas ao acusado.<sup>156</sup>

Segundo o Ministro, compete ao Excelso Tribunal proteger e defender a supremacia da Constituição, especialmente os direitos dos cidadãos sujeitos à persecução penal do Estado, dentre eles o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecurável.<sup>157</sup>

No desempenho desse mister, e apoiando-se na presunção de inocência, é que o Supremo Tribunal Federal veda a execução provisória da condenação criminal ou impede a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa, despida de base empírica idônea para justificar a real necessidade dessa medida constritiva, arbitrariamente usada para antecipação da pena.<sup>158</sup>

<sup>154</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1111.

<sup>155</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1111-1112.

<sup>156</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1113-1114.

<sup>157</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1115.

<sup>158</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1115-1116.

Mais uma vez, Celso de Mello ensina que a adoção da presunção de inocência pela Corte Suprema não inviabiliza a prisão cautelar de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece a possibilidade de utilização das diversas modalidades de tutela cautelar penal, desde que presentes razões concretas que as justifiquem, preservando e protegendo os interesses da coletividade em geral, bem como os interesses particulares dos cidadãos.<sup>159</sup>

Reforçando sua argumentação, destaca o Ministro que a prerrogativa do estado de inocência está presente nas Constituições democráticas de inúmeros países e em importantes declarações internacionais de direitos humanos, como na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).<sup>160</sup>

Para Celso de Mello, a presunção de inocência, além de regra de tratamento, diz respeito também à distribuição do ônus da prova. Cabe à acusação comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do réu, e não a este demonstrar a sua inocência.<sup>161</sup>

Desta feita, representa uma verdade provisória, com caráter probatório, reconhecida em favor de qualquer pessoa sujeita à persecução criminal, impedindo suposições ou juízos antecipados de culpabilidade, enquanto não transitada em julgado a condenação.<sup>162</sup>

Por expressa disposição constitucional, somente com o trânsito em julgado da sentença condenatória é que se afasta a presunção de não-culpabilidade, a qual não se esvazia, por conseguinte, com o esgotamento das instâncias ordinárias, isto é, com a sucessão dos graus de jurisdição. Veja-se as palavras do Ministro:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os grau 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.<sup>163</sup>

<sup>159</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1116-1117.

<sup>160</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1117-1118.

<sup>161</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1118.

<sup>162</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1119.

<sup>163</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1120.

Continua o Ministro dizendo que a presunção de inocência é um verdadeiro obstáculo constitucional a decisões estatais, evitando que episódios processuais ainda não definidos repercutam, de modo irreversível, sobre o exercício de direitos básicos, como a liberdade e o direito de participação política na gestão dos negócios públicos. Corrobora esse entendimento o artigo 15, inciso III, da Carta Magna, que ao tratar da suspensão dos direitos políticos, erige como requisito inafastável a existência de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.<sup>164</sup>

Por fim, conclui Celso de Mello que o *status poenalis* e o estatuto da cidadania não podem sofrer restrições que afetem a esfera jurídica da pessoa por situações jurídico-processuais ainda não definidas. Assim, inquéritos policiais em andamento, processos criminais, arguições de inelegibilidade ou processos civis por improbidade administrativa ainda em curso, ou até mesmo condenações criminais recorríveis, inclusive passíveis de recurso de natureza extraordinária, não afastam a presunção de inocência, pois são situações processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório.<sup>165</sup>

#### 3.1.4 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Seguindo o voto do Ministro Menezes Direito, Joaquim Barbosa denegou a ordem. Aduz, primeiramente, que a execução da pena privativa de liberdade depois de esgotadas as duas instâncias ordinárias de jurisdição é medida que se faz necessário para dar efetividade e utilidade ao processo, respeitando e levando a sério as decisões de mérito proferidas pelos órgãos judiciários.<sup>166</sup>

Considerando que os juízos de primeiro e segundo graus são presumidamente idôneos para prolatar decisão condenatória dotada de efetividade, cabe ao Supremo Tribunal permitir a pronta execução da reprimenda, evitando que essa decisão torne-se despicienda. Do contrário, seria melhor que o próprio Supremo processasse e julgasse todas as ações.<sup>167</sup>

Adverte Joaquim Barbosa sobre o risco de se causar um verdadeiro estado de impunidade ao se permitir a execução penal somente depois de transitada em julgado a

<sup>164</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1120-1121.

<sup>165</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1122-1123.

<sup>166</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1142.

<sup>167</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1142.

condenação, criando um sistema penal de “faz-de-conta”, no qual o processo jamais chegaria a seu fim. Tal se deve ao grande número de recursos postos à disposição do acusado, deles se valendo para adiar o trânsito em julgado, causando a prescrição e, por conseguinte, gerando a impunidade. Nas lições do eminente Ministro:

Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade – considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema Corte –, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos (e nisto o nosso ordenamento é rico), de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas.<sup>168</sup>

Segundo Joaquim Barbosa, o princípio do estado de inocência do acusado não é absoluto e incontestável, pois a Excelsa Corte considera legítimos os institutos da prisão preventiva e da prisão temporária. Logo, a execução provisória da pena privativa de liberdade não ofenderia esse princípio, já que fundada na existência de decisões judiciais condenatórias, calcada nos exames dos fatos, e não no reconhecimento da culpa incontestada do réu.<sup>169</sup>

Não significa, pois, reconhecer a culpa do acusado ou tratá-lo como se culpado fosse, mas apenas velar pelo cumprimento provisório de provimento condenatório, já exaustivamente decidido nas instâncias ordinárias.<sup>170</sup>

Além disso, destaca o Ministro que os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo no ordenamento jurídico pátrio, consoante previsto no artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, e no artigo 637 do Código de Processo Penal. Desta feita, por possuírem efeito meramente devolutivo, os recursos de natureza extraordinária não impedem o recolhimento do condenado ao estabelecimento prisional apropriado.<sup>171</sup>

Tal posicionamento não viola, segundo Joaquim Barbosa, o princípio da presunção de inocência, e nem representa maiores riscos ao *ius libertatis* do réu. Primeiro

<sup>168</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1143.

<sup>169</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1143.

<sup>170</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1143.

<sup>171</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1144-1145.

porque os recursos de índole extraordinária não se prestam a análise de fatos e provas discutidos nos autos, sendo rara a possibilidade do cometimento de arbitrariedades pelas instâncias ordinárias, restando sempre ao condenado a via do *habeas corpus*, caso entenda sofrer constrangimento ilegal contra sua liberdade de locomoção decorrente de nulidade na ação penal a que respondeu, podendo solicitar a suspensão do cumprimento da pena.<sup>172</sup>

Segundo porque com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, poucos são os recursos extraordinários admitidos pela Corte Suprema, e menor ainda o número de providos. A necessidade de demonstração da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário, além de racionalizar a atividade jurisdicional, corrobora o entendimento de que é possível executar a pena após esgotadas as instâncias ordinárias, pois nem todas as demandas serão apreciadas pelo Supremo Tribunal, que só está autorizado a conhecer dos recursos que tratem de questões jurídicas transcendentais ao interesse subjetivo do recorrente.<sup>173</sup>

Prosseguindo sua argumentação, o eminente Ministro entende não fazer sentido interpretar os recursos excepcionais como uma nova apelação, deixando de executar o acórdão condenatório pela interposição de um recurso que, na maioria das vezes, será inadmitido por ausência dos pressupostos recursais. Do contrário seria admitir a existência do direito ao triplo grau de jurisdição.<sup>174</sup>

A própria Carta Magna restringe a garantia ao duplo grau de jurisdição na medida em que estabelece a competência originária do Supremo para processar e julgar em única instância algumas demandas. Também o Pacto de San Jose da Costa Rica não garante a existência de um terceiro grau de jurisdição, pois conforme estabelece no seu artigo 8º, número 10, a garantia do duplo grau de jurisdição está restrita ao direito de recorrer de sentença condenatória.<sup>175</sup>

Quanto ao artigo 105 da Lei de Execução Penal, entende Joaquim Barbosa que esse dispositivo impede apenas a expedição da guia de recolhimento definitivo antes do trânsito em julgado da condenação, não criando nenhum óbice à emissão da guia provisória.

---

<sup>172</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1147-1148.

<sup>173</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1144-1145.

<sup>174</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1147.

<sup>175</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1144.

Ressalta que a execução da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos excepcionais será sempre provisória em razão da ausência do trânsito em julgado e do “estado de inocência”. Logo, seria afronta ao princípio da presunção de inocência a expedição da guia definitiva enquanto não transitado em julgado o édito condenatório.<sup>176</sup>

Outra questão levantada pelo Ministro diz respeito aos termos em que o juiz de primeiro grau concede o direito de recorrer em liberdade. Se simplesmente concede o direito de recorrer em liberdade, como ocorreu no caso trazido à baila, entende-se que o magistrado está referindo-se a possibilidade de apelar em liberdade, não cabendo ao juiz assegurar efeito suspensivo aos recursos de natureza especial e extraordinária.<sup>177</sup>

Todavia, se o juiz concede o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória, cabe ao Ministério Público recorrer dessa decisão, caso discorde, sob pena de transitar em julgado para a acusação, não podendo posteriormente haver *reformatio in pejus* nesse ponto.<sup>178</sup>

Por fim, Joaquim Barbosa acredita que os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão completamente comprometidos caso tenha que se aguardar o julgamento de todos os recursos interpostos pela defesa para executar o decreto condenatório, porque o lapso temporal compreendido entre a data do fato e o início de cumprimento da pena prejudica a percepção da necessidade da pena, seja para a ressocialização do apenado, seja para a vida em uma sociedade pacífica e ordeira.<sup>179</sup>

Conclui que a regra é a pronta execução da sentença condenatória, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias, sendo que o cumprimento da pena poderia ser suspenso pelos Tribunais Superiores, excepcionalmente, por meio de *habeas corpus*, caso tenha ocorrido erro grave ou nulidade insanável no julgamento de primeiro ou segundo graus, demonstrados de plano.<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1146.

<sup>177</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1148-1149.

<sup>178</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1149.

<sup>179</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1149.

<sup>180</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1148.

### 3.1.5 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto

Votando pela concessão da ordem, o Ministro Ayres Britto concebe a regra matriz da liberdade inculpada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal como sendo um direito substantivo, isto é, um direito material, cujo conteúdo é a presunção de não-culpabilidade.<sup>181</sup>

Ressalta que a presunção de não-culpabilidade vai além da presunção de inocência. Não basta a prova em contrário para que a pessoa perca o seu estado de inocência. Mais do que isso, é necessário que a prova seja validamente produzida em juízo, sob o crivo do devido processo legal, com o respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo ao final acolhida por uma sentença penal condenatória irrecorrível.<sup>182</sup>

Segundo Ayres Britto, a liberdade de locomoção é a prima-dona dos direitos individuais, havendo no próprio texto constitucional o remédio heróico do *habeas corpus* para sua proteção, o qual é o primeiro de todos os *mandamus* ou das ações de urgência. Portanto, a regra estabelecida na Constituição Federal é a liberdade de locomoção.<sup>183</sup>

Corroborando esse entendimento o fato de que o direito à presunção de não-culpabilidade foi relativizado somente em uma passagem da Carta Magna: no artigo 5º, inciso LXI, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.<sup>184</sup>

O flagrante delito mitiga, pois, o direito à presunção de não-culpabilidade para o fim de prisão, que será efetuada automaticamente, inclusive por qualquer do povo, desde que presente uma das modalidades de flagrante. Referido dispositivo constitucional não elenca, contudo, como causa automática de privação da liberdade de locomoção a interposição de recursos de natureza extraordinária – recurso especial e extraordinário. Somente o flagrante delito é causa de prisão automática.<sup>185</sup>

<sup>181</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1151.

<sup>182</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1151-1152.

<sup>183</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1152.

<sup>184</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1152-1153.

<sup>185</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1152-1153.

De igual maneira, o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal autoriza a privação da liberdade de locomoção por ordem escrita e fundamentada do juiz da causa, em qualquer fase da persecução penal do Estado, seja no inquérito policial ou no processo penal. Também está constitucionalmente permitida a prisão nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei.<sup>186</sup>

Nos ensinamentos do eminente Ministro, a prisão corporal do indivíduo acarreta-lhe graves e irreparáveis danos, projetando seus efeitos numa dimensão quádrupla. Primeiro, gera um abalo psíquico, afetando a autoestima do preso. Segundo, causa um desprestígio familiar. Terceiro, é causa de desqualificação profissional, reduzindo as oportunidades de emprego daquele que foi submetido ao cárcere. Quarto, a prisão também leva ao desprestígio social. Por tais razões, segundo o Ministro, é que a Carta Política confere ênfase na defesa da liberdade de locomoção.<sup>187</sup>

Combatendo o argumento já exposto pelos Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa, segundo o qual a sociedade ficaria desguarnecida com a impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade após o julgamento da apelação, defende o Ministro Carlos Ayres Britto que basta o juiz decretar, com base no artigo 312 do CPP, a prisão cautelar do acusado, demonstrando a imprescindibilidade da medida.<sup>188</sup>

Nesse caso, qual seja a decretação da prisão preventiva, cabe ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça prestigiar as instâncias ordinárias, porque são elas que conhecem e que lidam com os fatos, estando mais próximas deles que as instâncias excepcionais.<sup>189</sup>

Por fim, conclui o Ministro que ao se aceitar a decretação da custódia provisória somente quando indispensável e necessária, desde que presente uma das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, a Excelsa Corte concilia a liberdade individual e o postulado da justiça penal eficaz, dois valores constitucionais de primeira grandeza.

---

<sup>186</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1153.

<sup>187</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1153-1154.

<sup>188</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1154.

<sup>189</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1154-1155.

Adverte, porém, que justiça penal eficaz não se alcança com o sacrifício do devido processo legal e de suas garantias.<sup>190</sup>

### *3.1.6 Voto do Ministro Cezar Peluso*

Acompanhando integralmente o relator, o Ministro Cezar Peluso votou pela concessão da ordem. Depois de fazer um breve apanhado histórico do princípio consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, aduz esse Ministro que o princípio de inocência decorre de uma reação política contra o tratamento desumano e injusto que era dispensado ao réu pelo Estado no processo, representando verdadeira regra de tratamento.<sup>191</sup>

Posteriormente, a garantia do estado de inocência foi utilizada como norte para decidir o modelo de processo penal adotado pelo Estado. De um lado, o processo penal seria instrumento utilizado para a defesa do réu e da cidadania, corrente liderada por Carrara. De outro, seria instrumento de defesa da sociedade e do Estado, tendo essa corrente Ferri um de seus principais defensores.<sup>192</sup>

Em um terceiro momento, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a presunção de inocência ganhou novo alcance, regulando o ônus da prova no processo penal.<sup>193</sup>

Segundo Cezar Peluso, o princípio da presunção da inocência não representa nenhuma presunção. Primeiro porque não decorre de algum dado estatístico de que a grande maioria dos réus seria inocente e não é forma de raciocínio do juiz. Segundo porque não significa nenhum juízo antecipado sobre a culpabilidade ou a inocência do réu, que é juízo de fato.<sup>194</sup>

Portanto, a referida garantia não se presta para afirmar que o réu é inocente ou culpado, cometeu ou não cometeu o ilícito que lhe é imputado. Trata-se de postulado jurídico que resguardar a dignidade da pessoa sujeita à persecução criminal. Nas lições do Ministro:

---

<sup>190</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1156.

<sup>191</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1158-1160.

<sup>192</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1160-1161.

<sup>193</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1161.

<sup>194</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1161-1162.

O que é afinal, esse princípio? É apenas um dos mais importantes valores político-ideológicos que o ordenamento jurídico assume em tutela da dignidade da pessoa humana, que é a do réu no processo penal. Noutras palavras: que a pessoa humana, que seja réu no processo penal, não perde sua dignidade por sê-lo. O Estado adota o princípio para resguardar essa condição de dignidade do réu no curso do processo, até que lhe sobrevenha sentença penal condenatória em caráter definitivo.<sup>195</sup>

Seria o princípio da presunção de inocência, portanto, uma garantia no sentido substancial, e não mero remédio processual, porque obsta que se inflija ao acusado qualquer medida que, baseada em juízo antecipado de culpabilidade, afete sua esfera ou patrimônio jurídico enquanto não sobrevenha sentença condenatória definitiva.<sup>196</sup>

Tal se faz necessário ante a irreversibilidade das medidas gravosas, especialmente da prisão, e os riscos de privar a liberdade do indivíduo que ao final do processo venha a ser declarado inocente. Em um dos debates, sustenta Cezar Peluso que ninguém é capaz de repor a integridade pessoal ao estado anterior daquele que foi segregado no curso do processo e depois teve reconhecida, em definitivo, sua inocência. Nada poderia repor-lhe a integridade anterior.<sup>197</sup>

Valendo-se dos ensinamentos de Beccaria, continua o eminente Ministro aduzindo que nem a sociedade e nem a humanidade ganham coisa alguma com a restrição da liberdade de alguém inocentado ao final do processo. Além disso, esse fato ofende o sentimento inato de justiça, presente até nas crianças, que são capazes de se revoltarem contra uma punição injusta.<sup>198</sup>

Para Cezar Peluso, a extensão ou o alcance do princípio da presunção de inocência é determinado por outro princípio constitucional, qual seja o princípio do devido processo legal. De origem anglo-saxão, o *due process of law* é o postulado jurídico que determina que o processo seja regulado pela lei e, ao mesmo tempo, que seja devido. Devido no sentido de responder às exigências de uma concepção de justiça num dado momento, isto é, que seja justo.<sup>199</sup>

<sup>195</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1162.

<sup>196</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1163.

<sup>197</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1128.

<sup>198</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1163.

<sup>199</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1164.

Ensina o Ministro que não parece ser justo um processo no qual se permita a execução provisória da pena, no qual se aplique ao acusado medida gravosa e de caráter irremediável, como é a segregação, pelo simples fato de ser réu, sem juízo definitivo de sua culpabilidade, ou seja, sem condenação transitada em julgado.<sup>200</sup>

Quanto à ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, enfatiza o Ministro que essa regra não pode prevalecer contra o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo inaplicável, sem eficácia, não incidindo na matéria criminal.<sup>201</sup>

Do contrário, ressalta Ayres Britto, a regra do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República seria esvaziada ou rebaixada a ordem secundária, inútil, sem conseqüências práticas. Seria considerá-la como mero enunciado de ordem moral.<sup>202</sup>

O Ministro Carlos Ayres Britto conclui seu voto afirmando que está impedido de tomar outra posição, sob pena de contradição, pois no julgamento do RE nº 482.006, ele firmou o entendimento de que o princípio da presunção de inocência vedaria a imposição de medida pecuniária ao processado antes de transitada em julgado a condenação. Com maior razão, deve-se manter o alcance desse princípio para proteger a liberdade física, um dos mais importantes bens jurídicos que caracterizam a dignidade da pessoa humana.<sup>203</sup>

O eminente Ministro, durante os debates, já havia alertado os demais Ministros dessa possível contradição, defendendo ser necessário que a Excelsa Corte mantenha a coerência ao julgar situações semelhantes. Veja-se:

Quero mostrar minha preocupação com a coerência com que a Corte deve tratar temas tão próximos. Não vejo como os destinatários das decisões sejam capazes de entender que a Corte reprima a inflição de uma medida de ordem puramente pecuniária no curso do processo penal, e por conta dessa mesma pendência, admita a mais grave de todas as penas no ordenamento jurídico-constitucional: a restrição, a privação da liberdade. Isto é, não admitimos que se possa impor pena de caráter pecuniário, ou medida gravosa de caráter pecuniário, mas admitimos se possa impor medida absolutamente irreversível: a privação da liberdade!<sup>204</sup>

Por todos estes argumentos, votou o Ministro pela concessão da ordem.

<sup>200</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1165.

<sup>201</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1165.

<sup>202</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1165.

<sup>203</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1165-1166.

<sup>204</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1128.

### 3.1.7 Voto da Ministra Ellen Gracie

A Ministra Ellen Gracie, alinhando-se aos argumentos expostos pelos Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa, votou pela denegação da ordem. Inicialmente, destaca a Ministra que, com o novo posicionamento, a Corte vai alterar a jurisprudência de vinte anos, construída em regime plenamente democrático, reconhecendo que todos os antecessores estariam equivocados.<sup>205</sup>

Segundo a eminente Ministra, em se estabelecendo a impossibilidade da execução provisória da pena após o julgamento da apelação, as decisões de primeiro e segundo graus somente teriam eficácia quando também decretada a prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Conquanto não examinada pelo Plenário, haveria nos autos, no entender da Ministra, hipótese concreta para a segregação cautelar, pois o paciente estaria vendendo todo seu patrimônio, preparando-se para fugir e, por conseguinte, furtar-se à aplicação da lei penal.<sup>206</sup>

Tal raciocínio é de todo equivocado, pois apenas em raríssimas vezes o Supremo Tribunal concederá qualquer valia às decisões das instâncias ordinárias, as quais possuem ampla liberdade para analisar as provas e definir a certeza dos fatos.<sup>207</sup>

Em relação ao alcance da presunção de não-culpabilidade, Ellen Gracie entende que essa garantia está restrita à instrução criminal, referindo-se a distribuição do ônus da prova. Ou seja, apenas estabelece que os acusados sejam considerados inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, cabendo ao órgão acusatório provar a responsabilidade penal do acusado.<sup>208</sup>

Incide, portanto, na disciplina jurídica da prova. O acusado deve ser considerado inocente durante toda a instrução criminal, não cabendo fazer prova de sua inocência. De igual forma, o suspeito não precisa colaborar para comprovar a veracidade das acusações que lhe são imputadas, podendo inclusive calar para ocultar fatos tidos por desfavoráveis.<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1167.

<sup>206</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1167-1168.

<sup>207</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1168.

<sup>208</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1169.

<sup>209</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1171.

Por ser mera presunção, a regra do estado de não-culpabilidade pode ser invalidada, quebrada, havendo provas em contrário. Assim, a sentença condenatória ou o acórdão condenatório sobrepõem-se a essa garantia, pois são juízos de culpabilidade, formados após ampla dilação probatória. Embora passíveis de revisão, esses juízos condenatórios são aptos para afastar a referida presunção.<sup>210</sup>

Ellen Gracie adverte que a interpretação extremada da presunção de não-culpabilidade, vale dizer, sustentar a impossibilidade do recolhimento ao cárcere depois de julgada a apelação, conquanto seja compreensível pelos antecedentes históricos vivenciados no Brasil e em outras civilizações, pode levar a inutilidade da persecução penal, gerando insegurança e sensação de impunidade. Veja-se:

Pois bem, é dessa situação historicamente documentada, cuja memória deve permanecer como advertência constante, que, em movimento pendular, alguns propõem que se vá até o extremo oposto. Em suma, para sustentar a inviabilidade do recolhimento à prisão, após sentença condenatória confirmada pelo tribunal. Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte total inanidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosas e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressentem.<sup>211</sup>

Continua a Ministra que a presunção de inocência não implica que a sentença condenatória somente poderá ser executada depois de esgotada a infinidade de recursos previstos na legislação brasileira, razão pela qual o legislador ordinário conferiu apenas o efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário. Do contrário, nenhuma prisão poderia haver no Brasil após a confirmação do édito condenatório pelo tribunal, aumentando ainda mais a sensação de impunidade que a morosidade da justiça provoca na sociedade brasileira.<sup>212</sup>

Ademais, a regra do artigo 5º, inciso LVII, da Carta Maior deve ser interpretada em consonância com os dispositivos constantes dos incisos LIV e LXVI desse mesmo artigo, os quais autorizam a privação da liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a lei não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança.<sup>213</sup>

<sup>210</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1169.

<sup>211</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1170-1171.

<sup>212</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1171-1172.

<sup>213</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1172.

Quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos, argumenta a Ministra que o Pacto de São José da Costa Rica não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade. Garante tão só o direito de a pessoa sentenciada recorrer para juiz ou tribunal superior.<sup>214</sup>

Além disso, o referido Pacto não veda a prisão. Somente determina que a privação da liberdade física seja efetuada nas hipóteses autorizadas pelas Constituições e na forma e nas condições estabelecidas pela legislação interna de cada país, editadas em conformidade com suas respectivas Constituições.<sup>215</sup>

Quanto ao princípio da proporcionalidade, destaca Ellen Gracie que se trata de uma via de mão dupla: proíbe o excesso, e, da mesma forma, a insuficiência. Na esfera penal, a insuficiência refere-se à falta de proteção, por parte do Estado, dos bens jurídicos violados pelo ilícito penal.<sup>216</sup>

Segundo a douta Ministra, não há excesso quando a lei assegura eficácia à sentença condenatória mantida pelo Tribunal, pois se parte do pressuposto que a condenação foi correta, sendo mínima a possibilidade de reforma da decisão condenatória pelas instâncias extraordinárias.<sup>217</sup>

O princípio da proporcionalidade seria violado se a Corte impedisse a execução da pena privativa de liberdade depois do pronunciamento do Tribunal, pois nesse caso, admite-se a prisão do acusado no curso do processo, de forma preventiva, quando não há certeza sobre a materialidade e autoria delitiva. Contudo, proíbe a prisão quando já existente juízo de certeza, fundamentado em larga dilação probatória, e não em mera presunção ou indícios.<sup>218</sup>

Encerrando o seu voto, a Ministra Ellen Gracie argumenta que a prisão do condenado enquanto pendente o julgamento do recurso especial ou extraordinário não configura antecipação da pena, porque o recorrente aguarda em presídio próprio o trânsito em

---

<sup>214</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1173-1174.

<sup>215</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1173.

<sup>216</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1175.

<sup>217</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1175.

<sup>218</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1175.

julgado da condenação. O réu só começa a cumprir a pena no regime prisional fixado na sentença depois de emitida a carta de guia, cuja emissão dá-se após o trânsito em julgado do decreto condenatório. Trata-se, portanto, de uma prisão provisória, decorrente do acórdão condenatório ou confirmatório da condenação.<sup>219</sup>

### 3.1.8 Voto do Ministro Marco Aurélio

Para o Ministro Marco Aurélio, a questão a ser enfrentada no HC n° 84.078/MG não diz respeito aos efeitos dos recursos de natureza extraordinária, porque não há dúvidas de que são desprovidos de efeito suspensivo, sendo necessário o ajuizamento de ação cautelar para suspender o acórdão recorrido.<sup>220</sup>

O grande cerne do caso *sob judice* refere-se à possibilidade ou impossibilidade de acatar, na seara criminal, a execução definitiva e provisória da pena. No campo patrimonial a questão é uníssona: sendo o recurso dotado de tríplice efeito – impedir a coisa julgada, devolver a matéria ao Poder Judiciário e suspender a execução da decisão objurgada – não cabe qualquer tipo de execução; se desprovido de efeito suspensivo, admite-se a execução provisória, precária, desde que tomadas as cautelas necessárias, como a garantia do juízo ou a caução a ser prestada pelo exequente.<sup>221</sup>

Nota-se, então, que é possível retornar ao *statu quo* ante, caso o recurso modifique a decisão vergastada. Contudo, adverte Marco Aurélio que na esfera penal é impossível retornar ao estado anterior, pois sobrevindo alteração do título condenatório, para absolver o acusado, não poderá a liberdade individual ser devolvida ao indivíduo. Nesse caso, a prisão anteriormente decretada mostra-se alheia à ordem jurídica, ou seja, é um ato ilegal.<sup>222</sup>

Ademais, o Ministro afirma ser possível a decretação da prisão preventiva em qualquer fase do processo, inclusive quando prolatado o acórdão condenatório, desde que seja medida excepcional e indispensável, calcada em uma das hipóteses contidas no artigo 312 do Código de Processo Penal.<sup>223</sup>

---

<sup>219</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1175-1176.

<sup>220</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1178.

<sup>221</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1178-1179.

<sup>222</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1179.

<sup>223</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1179.

Segundo Marco Aurélio, a execução de sentença ou acórdão condenatório passível de reforma mediante recurso é, sem sombra de dúvidas, execução da pena, contrariando o princípio de não-culpabilidade. Mesmo no quadro de delinquência maior vivenciado pela sociedade brasileira, as garantias constitucionais devem ser respeitadas, evitando-se o justicamento. Nas lições do douto Ministro:

[...] Surge o aspecto alusivo à quadra vivenciada pela sociedade brasileira – quadra que admito de delinquência maior. Mas, nessas horas em que se busca com afinco a persecução criminal, para não se descambar para o justicamento, há de haver o apego às franquias constitucionais e legais, geralmente acionadas por aqueles que, ante as vicissitudes da vida, cometeram um desvio de conduta.<sup>224</sup>

Com base nos argumentos apresentados, o Ministro Marco Aurélio votou pela concessão da ordem, e ainda considerou como conflitante com a Constituição Federal a Súmula nº 267 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.<sup>225</sup>

### 3.1.9 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes, então presidente do Supremo Tribunal Federal, votou pela concessão do *writ*, apresentando dois votos. Um foi proferido, oralmente, na própria sessão plenária do Tribunal Pleno. Já o outro, seu voto escrito, cuja leitura foi dispensada pelo Ministro, apenas foi juntado aos autos.

Em suas considerações, Gilmar Mendes aduz ser importante a questão da efetividade no combate a criminalidade. Para tanto, o magistrado pode valer-se da prisão preventiva, em qualquer fase do processo.<sup>226</sup>

Quanto á inefetividade do processo criminal, alega o douto Ministro que os dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2008, mostram que há um elevado índice de presos no Brasil. Eram quatrocentos e quarenta mil presos, dos quais cento e oitenta e nove mil presos provisórios, muitos deles encarcerados há mais de dois, três anos, alguns sequer com denúncia oferecida.<sup>227</sup>

<sup>224</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1179-1180.

<sup>225</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1180.

<sup>226</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1181.

<sup>227</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1182-1183.

Socorrendo-se do número de *habeas corpus* conhecidos e concedidos pelo Excelso Tribunal no ano de 2008, Gilmar Mendes afirma que mais de um terço das ordens foram concedidas, mesmo após as demandas já terem passado pelas instâncias ordinárias e pelo Superior Tribunal de Justiça. Além disso, as discussões jurídicas na Suprema Corte travam-se não em sede de recursos extraordinários, mas em sede de *habeas corpus*, muito mais amplo e sem tantas restrições para o seu conhecimento.<sup>228</sup>

Desta forma, a efetividade da justiça criminal deve ser lidada de outra forma, a partir da adoção de uma perspectiva ampla da prisão preventiva, tornando-a ainda mais precisa, e que seja capaz de evitar o uso desenfreado e abusivo da segregação cautelar, como tem ocorrido.<sup>229</sup>

Adotar nova posição sobre a execução da pena privativa de liberdade enquanto não transitada em julgado a condenação não significa, na visão do Ministro, ignorar os precedentes históricos da Corte, que não vinculam a atual composição. Trata-se de nova interpretação, gerando a chamada mutação constitucional, necessária para adequar o texto constitucional ao novo contexto social.<sup>230</sup>

No seu voto escrito, juntado aos autos, o Ministro Gilmar Mendes faz uma análise da orientação tradicional do Supremo Tribunal, que considerava legítima a exigência do recolhimento à prisão para interposição de recurso, inclusive para apelar, nos termos do já revogado artigo 594 do Código de Processo Penal. Regra posteriormente repetida em algumas legislações especiais, como na Lei de Crime Hediondos.<sup>231</sup>

Embora majoritária, essa orientação sofria forte oposição, havendo diversos votos vencidos concebendo como incompatível com a nova ordem constitucional a necessidade da prisão para recorrer, pois sendo forma de antecipação da pena, violaria a presunção de inocência e o direito ao exercício da ampla defesa.<sup>232</sup>

---

<sup>228</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1183.

<sup>229</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1184.

<sup>230</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1184-1186.

<sup>231</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1188-1189.

<sup>232</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1190-1193.

Para Gilmar Mendes, a presunção de não-culpabilidade é um limite teleológico da prisão provisória. Significa dizer que a prisão decretada no curso do processo somente será legítima enquanto medida cautelar, proibindo-se sua utilização com finalidade retributiva, ou seja, para infligir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si. Reforçando seus argumentos, o Ministro cita precedentes da Corte Constitucional da Espanha e da Alemanha.<sup>233</sup>

Além disso, a execução penal provisória configura, segundo Gilmar Mendes, grave atentado contra a dignidade humana, pois transforma o ser humano em objeto dos processos e das ações estatais. O Estado tem o dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. Citando Norberto Bobbio, continua o Ministro alegando que o respeito dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é que distingue os regimes democráticos daqueles totalitários, a civilização da barbárie.<sup>234</sup>

Não se harmoniza com a idéia de dignidade humana o recolhimento à prisão decorrente de uma fórmula abstrata, prevista pelo legislador, seja em razão dos maus antecedentes, do tipo de delito ou da ausência de efeito suspensivo do recurso.<sup>235</sup>

Quanto ao princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição de excesso, Gilmar Mendes afirma que se trata de uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer “um limite do limite”. É, nesse sentido, o limite último no qual se apresenta legítima a restrição de determinado direito fundamental.<sup>236</sup>

O princípio da proporcionalidade é composto por três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Diz-se que uma medida é adequada quando apta para produzir o resultado desejado; necessária quando insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; proporcional em sentido estrito quando estabelece uma relação ponderada entre os princípios contrapostos.<sup>237</sup>

---

<sup>233</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1193-1195.

<sup>234</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1196-1198.

<sup>235</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1198.

<sup>236</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1198-1199.

<sup>237</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1199.

Nos ensinamentos do Ministro, o cumprimento provisório da pena enquanto pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo resulta ofensa ao princípio da proporcionalidade, na sua acepção da necessidade, ou seja, sobre a existência de outro meio igualmente eficaz e menos gravoso. O magistrado dispõe, por exemplo, da prisão provisória, caso entenda ser necessária a decretação ou manutenção da segregação do condenado após o julgamento da apelação.<sup>238</sup>

Desta forma, a execução da pena privativa de liberdade sem o trânsito em julgado da condenação, com base em dispositivo legal, transgride os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. Veja-se a lição de Gilmar Mendes:

Feitas essas considerações, parece-me que o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, sem qualquer necessidade de fundamentação, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade. Justamente porque não se trata de uma custódia cautelar, tal como prevista no art. 312, do Código de Processo Penal, que pode efetivar-se a qualquer tempo, desde que presentes os motivos dela ensejadores, o recolhimento à prisão por força legal, tal como se vem aplicando por interpretação da Lei n° 8.038/90, afigura-se-me uma antecipação da pena não autorizada pelo texto constitucional.<sup>239</sup>

O Ministro Gilmar Mendes, notável constitucionalista, reconhece que o Supremo estava diante de uma proposta de revisão de sua jurisprudência, amplamente consolidada na Excelsa Corte e aplicada nos demais tribunais do país.<sup>240</sup>

A evolução da jurisprudência, e em especial, à possível mutação constitucional, apresenta-se, na visão do Ministro, como um dos temas mais ricos da moderna teoria constitucional. Valendo-se de doutrinadores estrangeiros, ensina Gilmar Mendes que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, porque o sentido e o alcance dessas regras são definidos apenas no momento em que são aplicadas ao caso concreto. A norma jurídica existe enquanto norma jurídica interpretada, sendo que interpretar a norma é colocá-la no tempo ou integrá-la na realidade pública.<sup>241</sup>

<sup>238</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1199-1200.

<sup>239</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1200-1201.

<sup>240</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1201.

<sup>241</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1201-1204.

Postas estas premissas, conclui Gilmar Mendes que a norma jurídica tem duração temporal limitada, na medida em que o seu texto, uma vez confrontado com novas experiências, transforma-se em outro texto. Desta forma, cabe ao Supremo, diante da mudança de valoração, reconhecer a inconstitucionalidade de situações até então consideradas legítimas. Nas palavras do eminente Ministro:

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá  *fingir*  que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma  *mutação normativa*  ou a  *evolução na interpretação* , permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.<sup>242</sup>

Corroborando sua argumentação, Gilmar Mendes menciona alguns casos de mutação constitucional ocorridos nos Estados Unidos e na Alemanha. O mais relevante, do ponto de vista histórico, ocorreu em 1896, no caso  *Plessy versus Ferguson* . A Suprema Corte Americana reconheceu ser legítima a separação entre brancos e negros em vagões de trens. Posteriormente, em 1954, no caso  *Brown versus Board of Education* , a mesma Corte afirmou ser incompatível com os princípios básicos da igualdade qualquer forma de separação racial.<sup>243</sup>

Diante de todos os motivos apresentados, o Ministro Gilmar Mendes votou pela concessão da ordem, reafirmando que a prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando desprovida de natureza cautelar, afronta diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.<sup>244</sup>

### 3.1.10 Votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cármem Lúcia

Imperioso destacar que os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cármem Lúcia não constam do inteiro teor do acórdão disponibilizado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal e utilizado para elaboração do presente capítulo. Desta forma, os argumentos expostos por esses Ministros não serão analisados. Entretanto, conforme já fora mencionado, o Ministro Ricardo Lewandowski votou pela concessão da ordem. A Ministra Cármem Lúcia, por seu turno, votou pela denegação do  *writ* .

<sup>242</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1204.

<sup>243</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1207.

<sup>244</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1211.

### 3.2 Comentários

Parece acertada a decisão histórica tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n° 84.078/MG. Executar a pena privativa de liberdade enquanto pendente recurso extraordinário, pela simples ausência de efeito suspensivo desse recurso, configura odiosa forma de antecipação da pena, afrontando a presunção de não-culpabilidade insculpida no artigo 5°, inciso LVII, da Constituição Federal.

Com este julgamento, a Excelsa Corte reafirmou o princípio da presunção de não-culpabilidade, impedindo a execução provisória da pena privativa de liberdade, assim como já fazia com a pena restritiva de direitos. Exceção feita quando a execução penal provisória seja favorável ao réu, nos termos da Súmula n° 716 do Supremo.

Ficou assentado, ademais, que esse princípio abrange todas as fases do processo, ou seja, não se limita à instrução criminal e nem se esgota nas instâncias ordinárias, pois por expressa disposição constitucional, a garantia do estado de inocência somente pode ser quebrada com a superveniência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Muito mais que regra relativa à distribuição do ônus da prova, a presunção de não-culpabilidade representa verdadeira regra de tratamento, vedando que o acusado seja considerado, para qualquer fim, como se culpado fosse. Impede também que se aplique qualquer castigo àquele submetido à persecução criminal sem que se tenha fixado, de forma definitiva, sua culpabilidade. Tal se faz necessário porque situações jurídico-processuais indefinidas não podem afetar a esfera jurídica do acusado, na medida em que são passíveis de pronunciamento absolutório.

Além disso, o acusado deve ser concebido como sujeito de direitos, e não como mero objeto do processo. Por mais grave e repugnante que seja o delito perpetrado, o acusado deve ter respeitados os seus direitos e as suas garantias constitucionais, concebidos a todos, inclusive aos criminosos. Dentre eles, as garantias processuais da presunção de não-culpabilidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como o direito substancial da liberdade de locomoção.

A execução penal provisória atenta contra a dignidade humana, pois transforma o ser humano em objeto dos processos e das ações estatais. O Estado tem o dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

Em razão dos graves e irreparáveis danos causados pela restrição da liberdade individual, inclusive com a impossibilidade de retorno ao estado anterior, a prisão no curso do processo, isto é, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é medida excepcional, devendo estar fundamentada em fatos que concretamente justifiquem a indispensabilidade da medida.

Desta forma, a regra é a liberdade durante o curso do processo criminal, sendo exceção o encarceramento cautelar, o qual pode ser decretado em qualquer fase do processo, desde que demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A regra do artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, fruto de uma política criminal repressiva e casuística, não se aplica na seara penal, em razão dos bens tutelados. Assim, ela não pode prevalecer sobre os direitos e as garantias constitucionais, conquistadas tão caras à democracia brasileira. Mesmo nos momentos de crise e diante dos anseios populares pela justiça imediata, os Tribunais devem manter a força normativa da Constituição, ou seja, devem observar e fazer valer as garantias e os direitos fundamentais, sob pena de torná-los meros enunciados morais, desprovidos de caráter prático.

Parece também que o Excelso Tribunal não poderia tomar outra decisão, sob pena de completa incoerência. Ao julgar o RE nº 482.006/MG, a Corte, por unanimidade, firmou o entendimento de que o princípio da presunção de inocência veda a imposição de medida pecuniária ao processado antes de transitada em julgado a condenação. Com maior razão, manteve o alcance desse princípio para proteger a liberdade física, um dos mais importantes bens jurídicos que caracterizam a dignidade da pessoa humana.

Não merecem prosperar, como não prosperaram, os argumentos declinados nos votos vencidos, que autorizavam a execução da pena privativa de liberdade na pendência de recurso de natureza extraordinária.

Um deles é o argumento de que a presunção de inocência não é absoluta e não se aplica às fases recursais, sendo que o próprio Supremo Tribunal Federal admite a prisão antes do trânsito em julgado. Contudo, conforme já fora exaustivamente dito, a segregação cautelar, decretada no curso do processo, é medida excepcional, de cunho processual, destinada a assegurar o resultado útil do processo, protegendo direito da sociedade à garantia de proteção, decorrente do direito à segurança social, e à efetividade do Poder Jurisdicional.

A pronta execução da reprimenda depois do julgamento da apelação seria necessária, também, para coibir a impunidade e assegurar a efetividade das decisões judiciais, pois caso se aguardasse o julgamento de todos os recursos, ninguém seria preso e haveria a prescrição do crime. Mais uma vez parece equivocado o argumento. O magistrado possui outros meios para assegurar o resultado útil do processo e evitar a impunidade, como a prisão preventiva.

Ademais, a efetividade do processo penal não pode ser lograda com o sacrifício de direitos e garantias do acusado. Não é razoável que o excesso de recursos previstos no sistema jurídico e eventuais deficiências no Poder Judiciário afetem a esfera jurídica do acusado. Se há recursos em demasia, que se faça uma reforma processual! Se o Judiciário está abarrotado de processos, que se instalem novos juízos!

Também se justificaria a segregação do condenado em segundo grau para atingir os fins de prevenção geral e especial da pena. Caso se aguardasse o trânsito em julgado da condenação para só então executar a pena privativa de liberdade, o transcurso do tempo apagaria da memória do acusado e da sociedade a necessidade da sanção. Novamente é descabido o argumento. A morosidade do Poder Judiciário não é motivo idôneo para justificar a prisão. Faz-se necessário, além da reforma processual, o aparelhamento do Poder Judiciário para que a tutela jurisdicional seja prestada a tempo e modo, ou seja, de forma célere e sem supressão de direitos.

Aliás, a morosidade do Poder Judiciário é mais um motivo para impedir a prisão decretada ou mantida no acórdão condenatório, atribuindo efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial. Em alguns casos, não muito raros, os recursos especiais e extraordinários perdem o objeto antes mesmo de serem julgados.

Por fim, a mudança de orientação da Suprema Corte sobre o tema não significa desprezar a jurisprudência anterior. Conforme bem anotou o Ministro Gilmar Mendes, a evolução da jurisprudência é necessária para adequar o texto constitucional ao novo contexto social em que é aplicado.

## CONCLUSÃO

A presunção de não-culpabilidade, consagrada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, encerra verdadeira regra de tratamento em favor do indivíduo acusado de determinada infração penal, estendendo-se por todas as fases do processo, inclusive às recursais de natureza extraordinária. Por esse postulado, o acusado deve ser tratado como sujeito de direitos, assegurando-lhe todos os direitos e as garantias fundamentais, não perdendo essa qualidade pelo fato de estar submetido aos atos de persecução criminal. Somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é que se afasta a presunção de inocência, consoante expressa disposição constitucional.

Outro corolário dessa garantia é que o acusado não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica, especialmente em sua liberdade, sem o reconhecimento definitivo de sua culpabilidade, ou seja, sem condenação irrecorrível. Vale dizer, não pode suportar qualquer medida ou castigo que configure antecipação da pena.

Excepcionalmente, admite-se a segregação do acusado durante a persecução criminal, desde que a medida constritiva seja dotada de natureza cautelar, ou seja, para assegurar o resultado útil do processo penal, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Uma vez demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, está legitimada a segregação cautelar em qualquer fase do processo, cabendo ao juiz, diante das peculiaridades do caso posto a seu julgamento, sopesar, de um lado, a liberdade do acusado enquanto corolário do estado de não-culpabilidade e, de outro, a necessidade da prisão para garantir os interesses do processo criminal.

Tomando como premissas ser a liberdade do acusado a regra no curso do processo criminal e que a ele não pode ser infligido castigo antecipado, conclui-se que a norma do artigo 637 do Código de Processo Penal não subsiste ante a presunção de não-culpabilidade. Vale dizer, é inadmissível, ante a nova ordem constitucional, a execução da pena privativa de liberdade enquanto pendente de julgamento os recursos extraordinários.

O simples fato dos recursos excepcionais serem desprovidos de efeito suspensivo não permite a pronta execução da reprimenda corporal depois de proferido acórdão condenatório ou confirmatório de condenação, pois configura odiosa forma de antecipação da pena e, por conseguinte, de violação da dignidade da pessoa humana.

Esse foi o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* n° 84.078/MG, no qual a Excelsa Corte concedeu a ordem para que o acusado aguardasse em liberdade o julgamento do recurso especial interposto contra a apelação.

Desta forma, a regra no processo penal é a liberdade do acusado, mesmo depois de esgotadas as instâncias ordinárias, sendo permitida, entretanto, a segregação cautelar, desde que a medida seja imprescindível e devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Por fim, conclui-se ser possível a execução penal provisória favorável ao réu. Sendo-lhe negado o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso excepcional, em virtude da necessidade de sua prisão cautelar, e tendo a decisão condenatória transitada em julgada para a acusação, é necessário que seja dada pronta execução ao acórdão condenatório, podendo o acusado ser posto regime nele fixado. Ademais, terá direito a todos os benefícios da execução penal conferidos aos definitivamente condenados, como a progressão de regime, o livramento condicional, a remissão da pena, dentre outros, sendo esta a orientação firmada na Súmula n° 716 do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BALLAN JÚNIOR, Octahydes. Liberdade provisória e recursos especial e extraordinário. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, f. 19, p. 34-40, abr/mai. 2003.
- BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 06 de maio de 2010.
- \_\_\_\_\_. *Lei de Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. A prisão cautelar e o princípio da presunção da não-culpabilidade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 54, n. 349, p. 123-130, nov. 2006.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 16, f. 70, p. 269-290, jan./fev. 2008.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_, Antônio Scarance. Funções e limites da prisão processual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, f. 64, p. 239-252, jan./fev. 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. revisada e ampliada São Paulo: RT, 2006.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 02, abr./jun. 1993.

LARANJEIRA, Alexandre Jorge Fontes. *O preso provisório e os benefícios da execução penal*. 1999. 77 f. Dissertação (Especialização *lato sensu*) – Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, Universidade de Brasília, Uberlândia, 1999.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago; SOUZA, Gelson Amaro de. Prisão processual e presunção de inocência: um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 9, f. 51, p. 57-76, ago./set. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n° 19.676/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJe publicado em 29/03/2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, DJe-035, publicado em 26/02/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 90.645/PE, Rel. Min. Menezes Direito, DJe-142, publicado em 14/11/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 91.675/PR, Rel. Min. Cármem Lúcia, DJe-157, publicado em 07/12/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 91.176/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe-165, publicado em 19/12/2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.