

AILTON SILVA AMORIM

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA NA PENDÊNCIA DE RECURSOS
DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA: ENTENDIMENTO DO STF**

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

Orientador: Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos

BRASÍLIA

2011

Aos meus queridos pais (Cosme e Maria) pelo incentivo, dedicação e confiança depositada em mim. Aos meus irmãos Alexandre e Andreia pelo carinho e descontração. A minha namorada, Simone, pelo: acompanhamento, estímulo, compreensão e força para a conclusão do presente trabalho.

Ao meu orientador, Marcus Vinicius Reis Bastos, pela atenção, compreensão, disponibilidade de atendimento e acompanhamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	9
1.1 conceito e evolução histórica	9
1.2 surgimento da presunção de inocência no direito brasileiro	17
1.3 conseqüências para o processo penal.....	18
2 SENTENÇA E COISA JULGADA	21
2.1 conceito de sentença	21
2.2 modalidades de sentença.....	22
2.3 coisa julgada.....	25
2.3.1 <i>Coisa julgada formal</i>	26
2.3.2 <i>Coisa julgada material</i>	27
3 EXECUÇÃO PENAL	29
3.1 conceito	29
3.2 execução penal provisória	33
3.2.1 <i>a favor do réu</i>	34
3.2.2 <i>contra o réu</i>	35
4 EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	37
4.1 Natureza jurídica e histórico dos recursos extraordinário e especial.....	37
4.2 Efeitos dos recursos extraordinário e especial	45
4.3 Execução penal provisória na pendência de recurso extraordinário e especial	49
4.3.1 <i>entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça</i>	56
4.3.1.1 entendimento superado.....	56
4.3.1.2 entendimento atual	57
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIA	63

RESUMO

O presente trabalho irá buscar uma análise da execução penal provisória na pendência de recurso extraordinário e especial (a concessão ou não de efeito suspensivo), indagando se sua admissibilidade atenta ou não contra o princípio da presunção de inocência. Para tanto, examinar-se-á o postulado constitucional da presunção de não culpabilidade, cotejando-o com o instituto da coisa julgada. Será dada especial atenção à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Palavra-Chave: Presunção de Inocência; Execução Penal Provisória; Recurso Extraordinário e Especial; Efeito Suspensivo.

INTRODUÇÃO

O trabalho caracteriza-se por ser um estudo de conclusão do curso de direito, para o título de bacharelado, onde busca uma abordagem no campo do Direito Constitucional e Direito Processual Penal, partindo de um conceito e uma análise histórica sobre o princípio da presunção de inocência, definição de sentença e coisa julgada, entendimento sobre a execução penal provisória, para posterior chegar a abordagem principal: a execução penal provisória na pendência de recursos extraordinário e especial se fere o não o princípio da presunção de inocência.

A abordagem do tema deu-se posterior ao julgamento do HC 84.078/MG do Supremo Tribunal Federal, onde entendeu que a execução penal provisória na pendência de recurso extraordinário e especial, fere o princípio da presunção de inocência, o que abriu um leque para recursos protelatórios, devido a concessão de efeito suspensivo.

Trata-se de um tema bastante importante, visto que acarreta um prolongamento no fim a ser alcançado pelo processo (o direito de punir), abrange a morosidade da justiça, a impunidade, bem como a insatisfação da sociedade com o poder Judiciário, a prisão (concessões no âmbito da execução penal), a busca por um Estado mais justo, entre outros.

Despertou o interesse a busca quanto ao princípio da presunção de inocência, o surgimento e sua abrangência, bem como a conceituação, para posterior avançar sobre a questão afundo, percebendo o fim a ser buscado por tal princípio.

Durante a pesquisa, constatou-se que a grande maioria dos doutrinadores entendem que a execução penal provisória fere o princípio da presunção de inocência, o que

se buscou entender o que era execução. Após entender o que era execução, pensou-se em criar um capítulo sobre sentença e coisa julgada, para posterior análise quanto a execução.

A pesquisa se deu com artigos publicados na internet, diversos livros (encontrados na biblioteca e no acervo pessoal) e poucos julgados (encontrados nos sites do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça).

De início, buscou-se uma averiguação do histórico do princípio, com conceitos, surgimento e conseqüências para o processo penal, antes de ser inserido na Constituição Federal de 1988.

Saindo do princípio fez-se a abordagem da sentença, quais suas modalidades, sendo a condenatória a regra para o processo penal e a ser averiguada no presente trabalho, visto ser em decorrência desta que surgirá a execução penal, seja ele provisória ou definitiva.

Após entender sobre a sentença, em especial a condenatória, e os efeitos da coisa julgada, partiu-se para a execução penal, conceituando-a para entender sobre a execução penal provisória, seja a favor do acusado, seja contra o acusado, mas até aqui apenas o âmbito da apelação, não dos recursos extraordinários e especial.

De término, buscou unir o princípio, a sentença, bem como a coisa julgada, na análise da execução penal provisória, junto com o histórico e surgimento dos recursos extraordinários e especial e seus efeitos. E, por fim, o posicionamento sobre a execução penal provisória na pendência de recursos extraordinário e especial e a decisão final do Supremo Tribunal Federal, junto com o antigo pensamento.

O fundamento principal da pesquisa foi se fere ou não o princípio da presunção de inocência a execução penal provisória, concedendo ou não efeito suspensivo. Não limitamos a buscar apenas quanto a pena privativa de liberdade, mas sim uma abrangência como um todo, ou seja, não apenas a prisão, mas sim o intuito dos recursos extraordinário e especial no sistema brasileiro, bem como em histórico do princípio da presunção de inocência.

1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1 conceito e evolução histórica

Na medida em que os grupos sociais crescem, mais regras são criadas. Assim, os seres humanos celebraram desta forma o contrato coletivo, onde se abre mão de parte de sua liberdade para construir um corpo social. Porém antes do corpo social, a minoria fisicamente mais forte prevalecia. Para que se evitassem abusos o Estado se organizou politicamente e invocando para si o poder de punir, *jus puniendi*.

O Estado, ao chamar para si o *jus puniendi*, buscou a pacificação social e a conservação, imputando comportamentos e regras. Àqueles que não observassem as regras, aplicava-se uma pena, na maioria das vezes a restrição da liberdade, para que se retire do meio social os desajustados, afim de reprovar o mal criado (malcriado). Veja-se que não só para aplicar uma pena, mas principalmente (além de amputar as comunicações e afastar do meio social) estigmatizar. Como se percebe que os Estados tem o lema de prender e punir¹.

Os gestores tornaram o Estado a única fonte do direito, o qual era desconhecedor de limites e de outras fontes de direito que tivesse de respeitar. Assim havia a necessidade de estabelecer meios que impedisse esses abusos praticados pelo próprio Estado, o qual devia resguardar os direitos.

Assim ao invocar para si do *jus puniendi*, o Estado teve a necessidade de garantir os direitos fundamentais, para que se evitassem abusos. Assim, Fernandes explica:

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas

¹TÁVORA, Nestor; SAMPAIO, Alex. **Princípio da presunção de inocência**. In: Princípios penais constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 171-189. ISBN 859847160-7.

Constituições regras de cunho garantista, que impõe ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais (...)²

Nota-se que as garantias da sociedade devem ser obedecidas pelo Estado, mas o poder de punir ainda continua com o Estado, qualquer infrator e não fulano ou beltrano pode sofrer as sanções do Estado, desde que observados os direitos individuais. Demonstra-se, de tal forma, que o direito de punir é uma manifestação da soberania de um Estado, onde, este, deve impor alguma infração penal àquele que desrespeitar a ordem jurídica vigente, desde que respeite a própria sociedade, na forma do cidadão com seus direitos individuais³.

Devido a inobservância dos direitos individuais, os sistemas processuais do século XVIII eram bastante criticados, entre essas críticas, Cesare Beccaria mencionava sobre o futuro surgimento do princípio da presunção de inocência, onde fez referência a pessoas presas que posterior eram declaradas inocentes, assim:

A prisão não deveria deixar qualquer pecha de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes bárbaros, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberem do amor do povo os primeiros cargos do Estado? Por que razão, em nossos dias, é tão diversa a sorte de um inocente preso?

A razão está em que o sistema atual (...) é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; (...)⁴

Assim, o Estado há de se observar que, em matéria processual penal, o confronto entre os direitos individuais do acusado e a eficácia da prestação jurisdicional do Estado, tem que analisar “sempre com a idéia de inocência do aprisionado, cuja restrição da

² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007. p 17.

³ CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 9. ed. São Paulo: Paloma, 2003.

⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret 2000, p. 26-27

liberdade somente se legitima a partir da identificação de razões cautelares para o encarceramento provisório”.⁵

Após críticas, surge na Inglaterra em 1215, o princípio da presunção de inocência, decorrente do devido processo legal, para fins de coibir possíveis arbitrariedades dos detentores do poder em face dos menos favorecidos⁶.

Em 12 de janeiro de 1776, inspirada nas teorias de Locke, Rousseau, Montesquieu, surge a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, Declaração de Virginia⁷, priorizando não mais partir de uma presunção absoluta de culpabilidade, pois já entendia que o cidadão possivelmente podia ser inocente das imputações feitas a sua pessoa⁸.

Naquela época, século XVIII, consideravam a pessoa culpada mesmo sem a sentença de um juiz que o declarasse ser culpado era a regra, sendo a própria sociedade que impunha ao cidadão uma pena e não o Estado. Desta forma, Cesare Beccaria relatou:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado⁹.

Veja-se que, já naquele século, buscava-se a presunção de inocência ser a regra, visto que até o juiz o considerar culpado e lhe imputar uma pena, o acusado deveria ser presumidamente inocente. Observa-se que nos grandes delitos a inocência do acusado é mais

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.723.

⁶ BENTO, Ricardo Alves. **Princípio da presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

⁷ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 153

⁸ BENTO, Ricardo Alves. *Op. Cit.* p.37.

⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2 ed. São Paulo: Martin Claret 2000.

provável do que o crime, enquanto nos crimes menos vultosos, a inocência do acusado é menos provável, devido a impunidade ser menos perigosa¹⁰.

A influência do iluminismo teve reação contra o processo penal inquisitório, onde tinha prevalência o poder estatal em face da liberdade individual do cidadão e a presunção de culpabilidade não era a regra¹¹.

A observância ao devido processo legal, com as garantias e respeito ao acusado caminhou para inserir a presunção de inocência no cenário mundial¹².

A positivação da presunção de inocência se deu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 9º, reconhecendo os rigores caracterizados pelo abuso de poder, assim menciona o artigo: “Artigo 9º. Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão. Todo rigor desnecessário, empregado a efectuar dever ser severamente reprimido pela lei”¹³.

Desta forma, nos dizeres de Bento esta previsão:

Pode ser constatada como uma reação contra abusos que legitimavam o uso da tortura como forma de obtenção de confissão, destruídas de quaisquer garantias de defesa, além da atribuição de poderes absolutos ao juiz e aos órgãos de investigações e de acusação¹⁴.

¹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2 ed. São Paulo: Martin Claret 2000

¹¹ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 32.

¹² Ibidem. p. 28.

¹³ Ibidem. p. 38-39.

¹⁴ Idem.

Nota-se, também, que no período da inquisição, ao contrário dos ditames constitucionais, não havia sequer o exercício das garantias de um processo justo e célere. Os julgamentos eram desproporcionais, desfavoráveis e inexistia a paridade de armas¹⁵.

Como já mencionado, a presunção de inocência teve derivação direta do devido processo legal. A justificativa da existência do princípio era retirar a regra de culpa e submeter o acusado ao processo em que o juiz possa sentenciar o acusado, para posterior ser considerado culpado, uma forma mais justa¹⁶.

A inversão da presunção de culpa, que antes dominava no processo penal, passou a priorizar a presunção do cidadão, evitando os abusos nas medidas restritivas contra a liberdade do acusado¹⁷.

Assim começou a ser difundido a presunção de inocência pelo mundo. A Constituição Italiana aprovou em seu texto, no ano de 1948 que o acusado não é considerado culpado, senão após a sentença definitiva¹⁸. No mesmo ano a presunção de inocência foi repetida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas¹⁹.

Do mesmo modo, Editada em 1950 a convenção Européia para proteção dos Direitos do homem, no artigo 6.2 prevê: “Artigo 6.2 – Qualquer pessoa acusada de uma infração penal deverá ser presumida inocente até provada a sua culpabilidade de acordo com a

¹⁵ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.p. 31.

¹⁶ Ibidem. p. 35-36

¹⁷ Ibidem. p. 40.

¹⁸ Ibidem. p. 55.

¹⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinários e especial e execução penal provisória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 16, n.º 70, janeiro-fevereiro. 2008. ISSN 1415-5400

lei”²⁰. Assim também o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, em 1966, assegura que: “Artigo 14.2. Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”²¹.

Três anos após, em 1969, foi a vez da Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o qual foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, estabeleceu expressamente o princípio da presunção de inocência, vejamos:

Art. 8º, I - Toda pessoa tem direito de ser ouvida dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal, com as devidas garantias, competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal.

II – Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa²².

No ano de 1976, a Constituição Portuguesa inseriu o princípio da presunção de inocência, assim prevendo: “Artigo 32º. n.º 2 – Todo o argüido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”²³.

Na mesma linha a Constituição Francesa de outubro de 1958, inseriu no preâmbulo, nos seguintes termos: “Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para garantir sua integridade, deve ser severamente reprimido pela lei”²⁴.

A presunção de inocência é princípio basilar, garantia processual penal de um Estado Democrático de Direito, onde só se admitirá a culpa após o trânsito em julgado de

²⁰ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 43

²¹ Ibidem. p. 44.

²² Ibidem. p. 46-47.

²³ Ibidem. p. 58.

²⁴ Ibidem. p. 61.

sentença penal condenatória, devendo, só assim o Estado comprovará a culpa do indivíduo, constitucionalmente presumido inocente.²⁵

No Brasil, o Constituinte de 1988, inseriu no artigo 5º, inciso LVII, que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”²⁶.

Assim, tem-se que o princípio da presunção nos dizeres de Jesus é:

O princípio do estado de inocência ou, como preferem, da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII), determina, antes de sentença condenatória transitar em julgado, a impossibilidade de se impor, ao acusado de um crime qualquer, medida de coação pessoal ao seu direito de liberdade, que se revista de características de execução de pena. Proíbe-se a denominada “pena antecipada”, exceção às providências de natureza cautelar, como a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária²⁷.

Segundo o princípio da presunção de inocência aquele que não transitado em julgado é presumidamente inocente, desta forma, como pode, durante a persecução penal ter meios coativos contra o infrator se ele é presumidamente inocente.

O que se tem em mente, quanto a aplicação do princípio da presunção de inocência, levado ao pé da letra, é que não se autoriza a investigação de um provável suspeito, tornando o Estado ineficaz para justificar uma resposta social.

Nesta linha, tem-se que o princípio não pode ser utilizado sem restrições, caso não existiria as prisões durante o curso do processo, ou antes do processo, tais como as prisões cautelares. Assim Jesus explica:

²⁵ MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005. p.112.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08 jan. 2011

²⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Princípio da presunção de inocência**. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, n.º 50, p. 221. 2008.

Podem, assim, ser utilizados meios coativos contra o infrator penal, ainda que seja mero suspeito, durante a persecução punitiva, mesmo antes de ser instaurado inquérito policial. São legítimos, de modo que, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, não podem ser tomadas contra o suspeito, indiciado ou réu medidas que seriam próprias da fase de execução, a não ser quando vinculadas à sua natureza cautelar, provisória e necessária²⁸.

Assim sendo, o princípio da presunção de inocência não pode ser entendido literalmente e sim em conjunto com todos os outros princípios, bem como as obrigações e deveres, deste modo Tourinho Filho menciona:

Enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Claro que a expressão ‘presunção de inocência’ não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente (...).²⁹

Contudo, na área criminal, deve o Estado verificar se a presunção de inocência está realmente sendo obedecidas e não apenas existir, mas devendo ser observado o referido princípio. Assim novamente menciona Jesus que: “Nos casos criminais, não é suficiente que pareça que estão sendo obedecidas as regras da dignidade e da presunção de inocência do acusado: é necessário que isso esteja realmente ocorrendo”³⁰.

Contudo, deve-se autorizar, constitucionalmente, o modo de atuação da persecução penal, para que se evite a impunidade, mas não deixe os princípios basilares afastados, conciliando tanto o princípio da presunção de inocência quanto a aplicação das penalidade.

²⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Princípio da presunção de inocência**. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, n.º 50, p. 221. 2008.

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.29.

³⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. Op. cit.

1.2 surgimento da presunção de inocência no direito brasileiro

Com o surgimento do Código de Processo Penal, em 1941, trouxe a regra de que o indivíduo deve ser preso durante o processo e continuar preso durante a fase do recurso. Sendo, de tal sorte, que a exceção era manter a liberdade, nesta linha Fernandes menciona que: “No Código de Processo Penal de 1941 (...), a regra era prender o indivíduo durante o processo e mantê-lo preso durante o recurso. A liberdade era a exceção”³¹.

O princípio da presunção de inocência tem previsão em diversos países. Conforme dito, surgiu nos postulados da Revolução Liberal do século XVIII, mais específico na Declaração de Virginia (1776) e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), bem como no Pacto de São José da Costa Rica (1969).

Tal princípio é de tamanha importância que foi inserido no nosso ordenamento jurídico, pelo Legislador originário, no corpo do texto da Constituição Federal de 1988, nas cláusulas pétreas, ficando assim inseridas no artigo 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³². Deste modo, aquele que ainda não teve a sentença, transitada em julgado, é considerado presumidamente inocente.

O princípio da presunção de inocência também criou força no ordenamento jurídico brasileiro em 25 de setembro de 1992, com a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, conforme já ficou aqui explanado. Atualmente, este princípio tomou grande repercussão, principalmente, perante os Tribunais Superiores, onde analisou alguns artigos do

³¹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Funções e limites da prisão processual**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.º 70, p. 240. 2008.

³² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum RT. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

Código de Processo Penal e Leis extravagantes se estão, ou não, em consonância com a Constituição Federal de 1988, em especial a presunção de inocência.

1.3 conseqüências para o processo penal

A importância do princípio da presunção de inocência é tamanha que pode acarretar diversas conseqüências, para o processo penal brasileiro. A partir deste princípio o acusado assume a posição de sujeito de direitos na relação processual³³, onde caberá à acusação o ônus de provar a ligação do crime com o acusado, bem como evitar a prisão processual, presumindo que antes do trânsito em julgado o acusado seja inocente.

A pretensão punitiva do Estado deve assumir um equilíbrio entre a liberdade do cidadão de direitos e a restituição de sua liberdade, só podendo ser considerado como culpado depois de sentença definitiva, transitada em julgado³⁴.

Segundo os dizeres de Nucci, o princípio da presunção de inocência tem por objetivo:

garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensáveis que o Estado-acusação evidencie, com provas suficiente, ao Estado-juiz a culpa do réu³⁵.

A implantação do princípio em comendo é que deve o órgão acusador provar a culpa do acusado, não devendo ser este que deva demonstrar sua inocência e sim aquele órgão que prove se o réu culpado. Nestes termos menciona Fernandes:

Uma, mais restritiva, vincula-o exclusivamente ao ônus de provar, entendendo-se que, por ostentar o réu em virtude do princípio enfocado o *status* de inocente, até decisão final, impõe-se ao Ministério Público, ou

³³ RAYMUNDO, Ana Lúcia; BEZERRA, Jeanne Karenina Santiago. **Princípio da Presunção de inocência**. Disponível em: < <http://www.mp.rn.gov.br/bibliotecapgj/artigos/artigo24.pdf> > Acesso em: 26 out. 2010.

³⁴ Idem.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008

querelante, o ônus de demonstrar os fatos imputados na denúncia ou queixa. Em outras palavras, não é o acusado que deve demonstrar sua inocência, mas é o Ministério Público quem deve provar a sua culpa³⁶.

Uma das características do processo penal que contenha o princípio da presunção de inocência é assegurar ao acusado o procedimento público, legal, com a efetivação da ampla defesa e do contraditório³⁷.

Em matéria processual penal há um confronto entre a liberdade do acusado e a eficácia da prestação jurisdicional do Estado, devendo trabalhar sempre com a idéia de inocência do aprisionado, cuja restrição da liberdade somente se legitima a partir da identificação de razões cautelares para o encarceramento provisório³⁸.

Assim sendo, há exceções a prisão, no caso, da prisão processual, mas devidamente prevista em lei e com hipóteses de aplicações restritas, jamais utilizando esta modalidade de prisão como medida de antecipar a pena. Vislumbra que se presume o réu ser inocente, mas também se tem o interesse social, na figura no Estado-Juiz, em impedir que pessoas delinquem e continuem na rua, o que em exceções poderá encarcerar, desde que previsto as hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Percebe-se, também, que a presunção de inocência é um dos princípios mais violados, até mesmo pela sociedade, considerando a simples situação de acusado para apenas o indivíduo, ao ponto de que, mesmo absolvido, a sanção já terá se aplicado erroneamente³⁹.

³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007. p.327.

³⁷ BENTO, Ricardo Alves. **Princípio da presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 42.

³⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 723.

³⁹ JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: RT, 2009. p.66

Tem-se, assim, que o princípio obsta a execução da sentença, ou acórdão, visto que até o trânsito em julgado será considerado inocente devido a inexistência da sentença penal condenatória surtir seus efeitos⁴⁰.

⁴⁰ JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: RT, 2009.

2 SENTENÇA E COISA JULGADA

2.1 conceito de sentença

Para que possamos dissertar sobre execução penal, temos que tratar antes de sentença, visto que diante desta, ou de uma decisão, haverá a causa determinante da escolha do recurso que será interposto, ou não sendo recurso, que seja os meios de impugnação⁴¹.

As reivindicações liberais fizeram surgir a separação dos poderes, passando as funções básicas do Estado a serem exercidas pelo Judiciário, Legislativo e Executivo. Deste modo a função de proferir a sentença ficou por conta do Judiciário⁴².

O Judiciário irá, por intermédio do juiz, proferir uma sentença, esta nos dizeres de Tourinho Filho vem da: “(...) palavra do latim *sententia*, que, por sua vez, vem de *sentiendo*, gerúndio do verbo *sentire*, dando a idéia de que, por meio dela, o juiz declara o que sente (...)”⁴³.

O juiz ao decidir a demanda irá colocar na sentença:

(...) dois elementos básicos: a exteriorização do resultado de um juízo lógico, que consiste em uma operação mental do juiz, e a declaração de vontade. Ela procura a verdade para depois tomar suas conclusões.

Mas ela não é apenas um ato de inteligência, um lavor intelectual, mas, também, um ato de vontade⁴⁴.

Partindo desta linha, tem-se que o conceito de sentença é um ato onde o representante do Estado, o Juiz, dá uma resposta ao pedido formulado pelo autor (no caso a

⁴¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 496. v.1

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v4.

⁴³ Ibidem. p. 238.

⁴⁴ Ibidem. p. 240-241.

acusação feito pelo Ministério Público ou Assistente de acusação), assim como a resistência oposto pelo réu⁴⁵.

Em outros dizeres, Capez sustenta ser a sentença:

Uma manifestação intelectual lógica e formal emitida pelo Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, com a finalidade de encerrar um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, mediante a aplicação do ordenamento legal ao caso concreto.

(...)

Sentença em *sentido estrito* (ou em sentido próprio) é a decisão definitiva que o juiz profere solucionando a causa. Melhor dizendo, é o ato pelo qual o juiz encerra o processo no primeiro grau de jurisdição, bem como o seu respectivo ofício⁴⁶.

De forma parecida, Nucci menciona que: “É a decisão terminativa do processo e definitiva quanto a mérito, abordando a questão relativa a pretensão punitiva do Estado, para julgar procedente ou improcedente a imputação”⁴⁷.

2.2 modalidades de sentença

As sentenças dividem-se em: declaratória, condenatória, constitutiva e mandamental ou executiva “*lato sensu*”⁴⁸, estas últimas duas sendo admitida apenas por parte da doutrina brasileira⁴⁹.

As sentenças meramente declaratórias tem como fim declarar a existência, ou inexistência da relação jurídica, no âmbito penal são exemplos dessas sentenças: os habeas corpus ou declaração de extinção da punibilidade, ou seja, aquelas em que apenas declara se

⁴⁵ ALVIM, Arruda. **Manual de processo civil: processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. p.530, v2.

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 509-510

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 638

⁴⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002. p. 303-306.

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 450

existe coação (no caso do habeas corpus) ou se existe prescrição (no extinção da punibilidade), apenas se reconhece ou se declara⁵⁰.

A modalidade declaratória compreende, *latu sensu*, todos os casos em que à sentença do juiz não pode seguir uma execução, resumido-se em uma realização do direito, mas limitando-se a pedir que se declare a existência de direito seu ou a inexistência de direito de outrem, seja ela positiva ou negativa⁵¹.

Temos, também, as sentenças condenatórias, onde visão uma condenação do acusado, afirmando se há existência do direito e qual foi a sua violação, aplicando uma pena prevista em lei⁵².

Segundo os dizeres de Cintra, Grinover e Dinamarco, a modalidade de sentença condenatória é a regra no processo penal, vejamos:

(...) na esfera penal, o processo condenatória é a regra, de vez que a pretensão do Estado configura normalmente pretensão punitiva; ou condenatória (CP, arts. 102-107). É, pois, tipicamente condenatória a sentença criminal que se impõe ao réu a pena cominada pela lei em virtude do ilícito penal cometido.
(...)⁵³

Noronha ao dissertar sobre sentença condenatória afirma que:

(...) a condenatória há de indicar os motivos de fato e de direito em que se fundar, na forma imperativa do art. 381, III, (...). A sentença condenatória é, pois, a forma porque a norma abstrata se concretiza. Pressuposto seu é que a imputação tenha ficado provada, ou que o fato típico, antijurídico, e culpável esteja demonstrado. Proferida a sentença condenatória, produz desde logo certos efeitos, embora comporte recurso (...)⁵⁴.

⁵⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: BookSeller, 1998. p. 260

⁵² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 303-306

⁵³ Idem.

A sentença constitutiva é aquela que “visa um provimento que constitua, modifique ou extinga uma relação ou situação jurídica”, tal como a revisão criminal⁵⁵. Esta modalidade de sentença se aproxima muito da condenatória e da declaratória, nesta linha são os dizeres de Chiovenda:

(...) a sentença constitutiva se apresenta como figura distinta. Avinha-se, por um lado, da sentença de condenação, não propriamente porque o juiz (...) determine, com ela, ao réu que não dê execução ao negócio ou relação rescindido ou anulado (determinação que não existe nem sequer é concebível, dado que a rescisão ou anulação exclui a possibilidade de execução), mas porque prepara uma mudança no estado de coisas atual. De outro lado, aproxima-se das sentenças declaratórias uma vez que, produzindo-se a mudança em virtude da sentença mesma, não é necessário nenhum outro ato ulterior de execução. No entanto, a sentença declaratória verifica uma vontade de lei preexistente e não ensarta outro efeito que não o de fazer cessar a incerteza do direito; a sentença constitutiva verifica uma preexistente vontade de lei, que visa à mudança doutra vontade de lei e traz consigo aquela mudança mesma⁵⁶.

As duas últimas modalidades de sentença são as mandamentais e as executivas “lato sensu”, estas são um desdobramento da condenatória, onde não se depende que um novo processo executório, ao contrário da sentença condenatória que depende de um processo executório próprio⁵⁷, tal como a execução penal (tem-se a expedição da guia para pode executar, com exceção do preso provisório), ou seja, permiti a execução no mesmo processo.

Entendimento diverso é de que as sentenças no âmbito penal são condenatórias ou absolutórias. A primeira julga, no todo ou em parte a pretensão punitiva deduzida, em regra na denúncia, imputando ao responsável uma pena. A segunda julga improcedente a pretensão punitiva, sendo própria (quando a imputação não ficar comprovada,

⁵⁴ NORONHA, Ernesto Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.223.

⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 303-306.

⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: BookSeller, 1998. p. 245.

⁵⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit

seja pelo fato ser atípico, seja porque o autor não concorreu para o crime) ou imprópria (é aquela em que impõe uma medida de segurança, trata-se de uma decisão condenatória, visto que não deixa de ser uma sanção)⁵⁸.

Do mesmo modo, entendem que as sentenças também podem ser executáveis (transitou em julgado e torna executável), não executáveis (sujeita a recurso), ou condicional (a execução depende de um acontecimento incerto ou certo, exemplo do *sursis*)⁵⁹.

Temos que a sentença depois de proferida deve ter seus efeitos, ou de nada seria válida. Estes efeitos podem ser tanto para o futuro (*ex tunc*), quanto para reporta-se ao passado (*ex tunc*). A regra é que tenham seus efeitos para o futuro (*ex tunc*)⁶⁰.

Assim, a sentença tem como função declarar o direito (por intermédio do juiz no âmbito do direito penal) de punir do Estado, julgando procedente o *jus puniendi* e infligindo-lhe uma sanção. Enquanto a absolutória declara o direito de punir, *jus puniendi*, inexistente. Deste modo tornando executáveis, não executáveis ou condicionais, podendo, a sentença, produzir efeitos para o futuro, ou se reportar ao passado⁶¹.

2.3 coisa julgada

Trata-se de forma de fim do processo, a imutabilidade do que tenha sido decidido como forma de gerar segurança nas relações jurídicas individualizadas⁶².

Na Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º, § 3º, tem-se que: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão de que já não caiba recurso”⁶³.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 235. v4

⁵⁹ Ibidem. p. 237

⁶⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. Cit.

⁶² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 519.

Segundo os dizeres de Tourinho Filho, a coisa julgada:

Produz somente se tornam efetivos e imutáveis depois de preclusas as vias recursais ou após percorridas e esgotadas as vias impugnativas. Se não houver recurso, a decisão torna-se definitiva, inalterável e, então, com eficácia, passa a produzir todos os demais efeitos, além daqueles produzidos com a simples publicação.

Já agora, não mais podendo ser impugnada, seja pela preclusão dos prazos para a interposição de recursos, seja porque se esgotaram os meios de impugnação, a sentença se torna imutáveis, inimpugnável, inalterável. Fala-se, então, em *coisa julgada*, (...) ⁶⁴.

Assim sendo, a coisa julgada assume o significado de imperatividade e imutabilidade da sentença, visto que o poder Judiciário tem que alcançar uma certeza, para com seus jurisdicionados, da mais próxima verdade (não uma verdade pura, mas sim a maior ou menor proximidade dela) ⁶⁵.

A coisa julgada pode ser tanto formal, quanto material, as duas espécies se formam da decisão extintiva do processo, onde não cabe mais recurso.

2.3.1 *Coisa julgada formal*

A sentença que não tem como ser reformada, por intermédio de recurso, insuscetível de reforma, transita em julgado, tornando-se imutável dentro do processo, esta modalidade é a configuração da coisa julgada formal ⁶⁶.

A coisa julgada formal é aquela onde não cabe mais recurso, seja porque não se manifestou no prazo previsto, seja porque foram interpostos todos os recursos previstos, o que torna a decisão proferida indiscutível naquele processo ⁶⁷.

⁶³ BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil. Vade Mecum RT. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

⁶⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 290

⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Campinas: Bookseller, 2004. v.4

⁶⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.306

A modalidade de coisa julgada formal sempre irá ocorrer, porém não será sempre que estará acompanhada da coisa julgada material⁶⁸.

2.3.2 Coisa julgada material

Verifica-se, a coisa julgada material, quando se tratar de sentenças de mérito, não se podendo discutir em outro processo o que já tenha sido decidido por esta sentença de mérito⁶⁹.

Em específico, quando tratarmos de recurso teremos que não ocorre coisa julgada material a sentença ou acórdão que extinguir o processo sem o julgamento do mérito⁷⁰, ou seja, não havendo em que se falar em coisa julgada material quando não conhecido do recurso.

Nesta mesma linha Cintra, Grinover e Dinamarco, entendem que:

(...) Só as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor produzem a coisa julgada material. Não tem essa autoridade (embora se tornem imutáveis pela preclusão) as sentenças que não representam a solução do conflito de interesses deduzido em juízo – ou seja, as que põem fim à relação processual sem julgamento de mérito, as proferidas em procedimento de jurisdição voluntária, as medidas cautelares - assim como certas decisões interlocutórias⁷¹.

Na coisa julgada formal torna imutável a sentença (ou acórdão), já a material torna imutável os efeitos produzidos naquele processo. Os efeitos da coisa julgada

⁶⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 519-520.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Ibidem, p. 521.

⁷¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 307

material é que nem o juiz, nem as partes, podem litigar sobre a mesma causa decidida (sentença, visto que a material só ocorre em sentenças com mérito) naquele processo⁷².

Sendo assim, a coisa julgada material impede qualquer indagação ou reexame do que se tenha julgamento ou dado prestação jurisdicional, ou seja, é a imutabilidade do julgamento fora do processo⁷³.

Desta forma, pode-se extrair que a coisa julgada (tanto formal, quanto material) é o bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz, ou seja, é o bem julgado que se torna incontestável, com o fim de assegurar a vida social e garantir o resultado do processo, não tendo em vista a afirmação da verdade dos fatos, mas da vontade da lei ao caso concreto⁷⁴.

⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁷³ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003. p. 518

⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 447-449

3 EXECUÇÃO PENAL

3.1 conceito

Na busca de satisfazer o direito de punir o autor de uma infração penal, o Estado desenvolve a persecução (perseguição) penal, iniciando com o inquérito policial (seguido da propositura da ação penal)⁷⁵ e encerrando-se com a decisão (decisão interlocutória ou sentença). Sendo o caso de acolhimento da ação penal encerrando-se com o efetivo cumprimento da execução da pena.

Ao se ter conhecimento do direito infringido, o Estado visa o direito de punir, no caso o juiz profere uma sentença criminal, obedecendo aos procedimentos para concretizá-la e efetivá-la. Desta forma, executam-se as sentenças, seja ela condenatória, absolutória, imprópria ou terminativa de mérito para dar o efetivo cumprimento⁷⁶.

Para se chegar a uma sentença absolutória o juiz tem que declarar o acusado inocente, ou seja, assim tem que o declarar. Do mesmo modo, para se chegar a uma sentença condenatória o juiz tem que estar convencido da culpa do acusado, condenando-o⁷⁷.

Tal mecanismo, serve para garantir que o processo evite cometer erros, não se pode dar uma garantia absoluta, visto que cada sentença de absolvição, excluída a de insuficiências de provas, é um descobrimento de um erro judiciário e a condenatória o resultado de uma transgressão as regras de condutas mais importantes⁷⁸.

Partindo da absolvição ou condenação, o processo terminará com a absolvição ou mesmo a revisão criminal. Assim menciona Carnelutti, “termina, certamente,

⁷⁵ CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Paloma, 2003. p. 16

⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. Atlas: São Paulo, 2007. p. 289

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Russell Editores, 2007.

⁷⁸ Idem.

com a absolvição, quero dizer quando a absolvição converte-se em coisa julgada” e sendo o condenado, ainda tem direito à revisão criminal (preenchido os requisitos) para reabrir o processo, ou seja, a condenação quer dizer que o processo continua⁷⁹.

Divergindo do entendimento de Carnelutti, Mirabete entende que o fim do processo se dá com o encerramento da pretensão punitiva e o início da fase da execução penal, onde visa propiciar a sofisticação efetiva e concreta do direito de punir do Estado, agora denominada pretensão executória, tendo em vista a sentença transitada em julgado⁸⁰.

Nucci afirma que a execução penal é a fase do processo penal: “(...) em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária”⁸¹.

Trata-se, a execução penal, de uma atividade complexa. Assim menciona Mirabete:

(...) Ada Pellegrini Grinover, não se nega que a execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo, e não se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e estabelecimentos penais⁸².

Após a fase do trânsito em julgado da sentença, onde de regra tem início, ao culpado consistirá na restrição ou privação de um bem jurídico, em regra a liberdade, onde tem o fim de retribuir o delinqüente⁸³.

⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Russell Editores, 2007. p. 65-71.

⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. Atlas: São Paulo, 2007

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2008.

⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini. Apud GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução Penal**. 11. ed. Atlas: São Paulo, 2007.

⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit.

O processo de execução penal não é autônomo, depende do processo de conhecimento para satisfazer o poder-dever de punir do Estado, mas com o devido processo penal, visto que todos os direitos que não foram restringidos pela sentença serão assegurados na fase de execução penal⁸⁴.

Tem-se que o início do processo de execução penal, após o título executivo (a sentença penal condenatória), é um processo integrado ao processo condenatório, para efetivar a fase final⁸⁵. Contudo, o juiz que proferir a sentença não será competente para executar a pena, sendo, portanto, um processo autônomo⁸⁶.

O Estado, apenas este, é que poderá efetivar a sanção penal, mesmo nos casos de ação penal privada, inexistindo outro que irá fazer cumprir, executar o comando derivado da sentença penal condenatória, ou absolutória imprópria. Sendo assim a execução será sempre de natureza pública⁸⁷.

Desta forma, imposta a pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou a pecuniária, a sentença se torna um título executivo judicial, onde irá passar do processo de conhecimento para o processo de execução, isso depois de transitada em julgado⁸⁸.

Após o trânsito em julgado da sentença, aplica-se uma pena privativa de liberdade (assim como todo processo, o de execução garante ao sentenciado o devido processo legal), todos os direitos que não foram atingidos pela sentença serão assegurados (art. 3 da Lei de Execução Penal)⁸⁹.

⁸⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007

⁸⁵ SILVA, Haroldo Caetano. **Manual da Execução Penal**. Campinas: Bookseller, 2001.

⁸⁶ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa. **Execução criminal: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007

⁸⁷ MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008

⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. Op. Cit.

Deste modo, a execução no Brasil, tem a finalidade, de dar a correta efetivação mandamental a sentença penal condenatória e as condições para readaptação social, com o intuito preventivo e a reincorporação do infrator a sociedade⁹⁰.

Partindo do entendimento acima, quanto ao artigo 1º da Lei de Execução Penal, Mirabete menciona:

Contém o art. 1º da Lei de Execução Penal duas ordens de finalidades. A primeira delas é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir os delitos. Ao determinar que a execução penal “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal”, o dispositivo registra formalmente o objetivo de realização penal concreta do título executivo constituído por tais decisões. A segunda é a de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, instrumentalizada por meio da oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social⁹¹.

No entendimento de Nogueira a execução é a fase mais importante do direito punitivo, vejamos:

A *execução* é a mais importante fase do direito punitivo, pois de nada adianta a *condenação* sem que haja a respectiva execução da pena imposta. Daí o *objetivo* da execução penal, que é justamente tornar exequível ou efetiva a sentença criminal, que impôs ao condenado determinada sanção pelo crime praticado⁹².

Desta forma, em síntese, entende-se como execução penal o conjunto de princípios e regras que regulam as execuções, bem como as medidas de segurança, onde a atividade jurisdicional objetiva o cumprimento das penas estabelecidas na sentença. Compreende, ainda, a efetivação das decisões judiciais e administrativas, garantindo os deveres e os direitos do preso provisório (é o autor do fato que se encontra preso em decorrência de prisão em flagrante, prisão temporária ou preventiva), do condenado (é o réu

⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007

⁹¹ Ibidem. p. 28

⁹² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execuções Penais**. São Paulo: Saraiva, 1990.

que teve uma sentença condenatória em seu desfavor sujeita aos recursos ordinários, especial e extraordinário), do internado (é o submetido à medida de segurança detentiva em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico) e do egresso (é o preso liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento, o liberado condicional, durante o período de prova), instituído a execução uma autonomia frente às demais disciplinas jurídicas⁹³.

3.2 execução penal provisória

Trata-se de uma modalidade de execução penal ocorrida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, onde o réu está cautelarmente detido⁹⁴.

Em regra, a execução penal tem início após o trânsito em julgado, mas se admite a chamada execução penal provisória (em alguns casos), ou seja, o preso provisório que estiver cautelarmente recolhido poderá executá-la provisoriamente, como, por exemplo, a mudança do regime fechado para o regime semi-aberto⁹⁵.

A execução penal provisória é o fim que se busque a garantia dos direitos do preso provisório, visto que estamos diante de uma mera pretensão punitiva do Estado contra o princípio da presunção de inocência garantido ao réu. Não se trata a execução penal provisória como uma forma de tutela antecipada (vai de encontro a presunção de inocência), mas sim de uma medida cautelar⁹⁶.

A execução penal provisória poderá ocorrer de duas formas: a favor do réu (quando este estiver preso cautelarmente, mas que preenchidos alguns requisitos para a concessão de benefícios, além do trânsito em julgado para a acusação), ou contra o réu

⁹³ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa. **Execução Criminal: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007

(quando ainda não transitada em julgado a sentença penal condenatória, mas o recolhe a prisão como forma de antecipar a aplicação da pena)⁹⁷.

3.2.1 a favor do réu

Atualmente se admite a execução penal provisória em favor do condenado, desde que, a sentença condenatória, referente a pena, tenha transitado em julgado para o Ministério Público ou para o Assistente de acusação⁹⁸.

Assim, quanto a execução penal provisória em favor do condenado, menciona de Mirabete:

Com fundamento no art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, que manda aplicá-la ao preso provisório, passou-se a entender, com razão, que nada impede que se providencie a execução da sentença na pendência de recurso do acusado, quando transitada em julgado a decisão condenatória para a acusação. (...) ⁹⁹.

Frisa-se que a execução penal provisória só poderá ocorrer em favor do condenado se transitado em julgado para o Ministério Público, visto que caso este tenha recorrido e o recurso seja provido, poderá ocorrer o afastamento de alguns benefícios para o condenado, ou mesmo mudança de pena¹⁰⁰.

Assim sendo, não havendo recurso da acusação que busque aumento de pena, tem que ser admitida a execução provisória em favor do condenado para preservar o direito de liberdade do condenado, desde que com recurso exclusivo do condenado e preenchidos os requisitos para a obtenção dos benefícios¹⁰¹.

⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008

⁹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 295

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ MESQUITA JUNIOR, Sídio. **Execução criminal: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

De forma mais abrangente, Queiroz admite a execução provisória até sem o trânsito em julgado para a acusação, na seguinte hipótese:

Mas mesmo na presença de recurso da acusação que objetive majorar a pena, temos que possível, excepcionalmente, a execução provisória, quando se verificar que o eventual provimento do apelo não tiver qualquer repercussão sobre o direito que se pretende ver reconhecido (...). (...) Numa palavra: somente o recurso que possa alterar a situação do sentenciado, prejudicando o reconhecimento do direito que postula especificamente, pode ter o condão de inviabilizar a execução provisória, não o impedindo apelação que em nada modifique tal situação¹⁰².

Deste modo, a execução penal, em regra, terá lugar após o trânsito em julgado da sentença condenatória e, excepcionalmente, antes do trânsito em julgado com a execução provisória, mas dependendo de análise do recurso da defesa e com trânsito em julgado para a acusação, ou mesmo sem o trânsito em julgado, na hipótese que o recurso não altere a situação do condenado, evitando, assim, que o condenado se prejudique com a possível demora na apreciação de seu recurso¹⁰³.

3.2.2 *contra o réu*

Em contrapartida a execução penal a favor do condenado, temos a execução penal contra o condenado, onde a doutrina entende que fere o princípio da presunção de inocência a execução, visto que o condenado ainda está sob o manto do referido princípio¹⁰⁴.

Do mesmo modo, Mirabete menciona que a expedição de guia de recolhimento provisória contra o acusado:

(...) é homenagem ao princípio da presunção de não-culpabilidade e não pode ser interpretada em detrimento do acusado. (...)

¹⁰² QUEIROZ, Paulo. **Execução provisória da sentença e garantismo**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/execucao-provisoria-da-sentenca-e-garantismo/>> Acesso em: 18 mar. 2011.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008

(...) Por outro lado, não havendo trânsito em julgado para a defesa, é inadmissível a imposição de sanções ou deveres impostos exclusivamente àquele que foi irrecorrivelmente condenado diante do imperativo constitucional de que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* (art. 5º, LVII da CF). (...) ¹⁰⁵.

Na mesma linha de raciocínio acima, Mesquita Junior relata que: “(...) o réu é inocente até que a sentença condenatória transite em julgado; desta forma, não é possível executar provisoriamente a sentença penal condenatória (...)” ¹⁰⁶.

¹⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 295

¹⁰⁶ MESQUITA JUNIOR, Sídio. **Execução criminal: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 213

4 EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 Natureza jurídica e histórico dos recursos extraordinário e especial

Os modernos sistemas penais visam encontrar um equilíbrio entre o máximo de reexame das decisões, mas com a máxima brevidade ao processo. De tal sorte a análise por um novo órgão tende a revisar e atender (subjetivamente) ao inconformismo com a decisão¹⁰⁷.

O reexame deverá ocorrer antes da formação da coisa julgada (material ou formal) e não se instaura uma nova relação processual, dar-se-á um mero prosseguimento, este reexame se chama recurso¹⁰⁸.

O recurso é uma continuação do procedimento exercitado dentro do mesmo processo (uma faculdade e não um ônus) e cumprido no segundo grau de jurisdição, quando ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado¹⁰⁹.

Segundo os dizeres de Grinover, Gomes Filho e Fernandes, recurso é: (...) o meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão¹¹⁰.

No conceito de Barbosa Moreira, recurso é:

(...) no direito processual civil brasileiro, como remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna. Atende-

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. Cit. p. 27

se bem: dentro do mesmo processo, não necessariamente dos mesmos autos (...)¹¹¹.

A extensão da matéria a ser impugnada pode ser total (abrange todo o conteúdo da sentença recorrida) ou parcial (quando o recorrente impugna apenas parte) e com base na fundamentação poderá ser livre (todo e qualquer erro da decisão) ou vinculada (deve atacar apenas o erro que a lei aponte) e, por fim, são ordinários (os que tem por objeto a proteção de direito subjetivo) ou extraordinários (protege o direito objetivo)¹¹².

Os recursos extraordinário e especial para a sua interposição não bastam terem apenas uma decisão desfavorável, visto não se tratar de um terceira instância, somente devolve a questão constitucional ou federal violada, não qualquer injustiça que tenha sido julgado¹¹³.

Assim, os recursos de natureza extraordinária tem fundamentação vinculada (o direito objetivo), não permitindo um reexame da material fática, tal qual a apelação, estes recursos não tem por fim corrigir injustiça (reconstruir os fatos), visto não se tratar de um terceiro grau de jurisdição e sim de uniformização de entendimentos¹¹⁴.

Nesta linha, os recursos de natureza extraordinária não tem a finalidade de corrigir injustiça de decisões já proferidas por outros tribunais de instância ordinária, visto

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 233.

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

¹¹³ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2005.

¹¹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: RT, 2007.

que não analisam questões de matéria fática e sim processual e constitucional (direito objetivo)¹¹⁵.

Deste modo, menciona Jorge que é indiscutível que esses recursos não tem a finalidade de corrigir injustiças de decisões, vejamos:

Os recursos extraordinários, por tutelarem direito objetivo, são considerados recursos de estrito direito ou mesmo excepcionais. Não buscam a correção da injustiça da decisão. Visão, tão somente, averiguar se a lei foi corretamente aplicada ao caso vertente¹¹⁶.

Assim também é o entendimento de Nery Junior, quanto ao recurso especial, vejamos:

O recurso especial se presta a uniformizar o entendimento da lei federal no País, (...).

Trata-se de Juízo de censura dos tribunais inferiores feito pelo STJ, a quem incumbe reexaminar apenas as matérias de que fala o texto constitucional. A instância do recurso especial não é um terceiro grau de jurisdição, porquanto esse recurso é excepcional e não se presta à correção de injustiça eventualmente cometida pelos tribunais federais regionais e tribunais estaduais¹¹⁷.

Quanto a estes recursos, não há que se falar em corrigir injustiças derivadas de inadequada reconstrução de fatos da causa, este cabe a apelação, mas não os recursos extraordinário e especial¹¹⁸.

Em sede de fases recursais, não a que falar em recurso sem que se fale em duplo grau de jurisdição, visto que esta garantia é um reexame, agora por pessoas mais experientes (Tribunal), para que assegure ao acusado, réu e agora recorrente, o máximo de

¹¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹¹⁶ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 33.

¹¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 441

¹¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9.ed. São Paulo: RT, 2007.

garantia possível, evitando assim que ocorram equívocos, e que estes equívocos não levem os acusados a pagarem por erros do próprio Estado¹¹⁹.

O princípio do duplo grau de jurisdição garante o seu alcance apenas as instâncias ordinárias, esgotando-se a um único exame. Quanto às instâncias extraordinárias, estas não estão abrangidas por tal garantia, o duplo grau de jurisdição só alcança os recursos ordinários, não os recursos extraordinários¹²⁰.

Assim, quando um acusado busca o reexame do tribunal, deve-se ater a exigência do duplo grau de jurisdição, enquanto garantia individual, mas observando os recursos extraordinários e os ordinários, para que se permita, ao interessado, a revisão do julgado contrário aos seus interesses, aludindo o direito à obtenção de uma nova decisão em substituição à primeira, o Juízo *a quo*¹²¹.

Uma segunda análise da decisão adquire um caráter de direito fundamental do réu, garantia constitucional. Não se deve confundir, contudo, o direito a recorrer com o uso protelatório, meramente para evitar o trânsito em julgado, visando apenas a retardar o andamento do processo e a decisão judicial.

Deste modo temos que os recursos extraordinários (Recurso Extraordinário e Especial) não se enquadram no princípio do duplo grau de jurisdição, visto que são meios de impugnações de cunho político, primordialmente quanto ao direito objetivo, não podendo avaliar questões de fato (reexame de provas), motivo este para se evitar que as instâncias

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Idem.

extraordinárias se transformem em uma segunda apelação, contrariando diretamente a natureza e a destinação dessas instâncias¹²².

Não se trata os recursos extraordinário e especial de um terceiro grau de jurisdição, visto serem de fundamentação vinculada, o que não propicia um mero reexame da já decidida matéria¹²³.

O surgimento desses recursos extraordinários deu-se em 22 de junho de 1890 (inspirado no *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1789, nos Estados Unidos)¹²⁴, o Governo Provisório, por intermédio de um decreto, criou um recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, onde as sentenças das justiças dos estados, em última instância, caberia o devido recurso, mantendo-se, ainda, nas Constituintes de 1934, artigo 76, III; 1937, artigo 101, III; 1946, artigo 101, III; 1967, artigo 114, III; EC 1/69, artigo 119, III; e a atual Constituição de 1988, artigo 102, III¹²⁵.

O antigo Recurso Extraordinário versava de matéria federal e constitucional, com essas duas hipóteses foi gerando acúmulo de processo. Assim, em 1891, teve o primeiro RE; 1904 a média anual chegou a 26; 1933, a média anual chegou a 55; 1960, foram julgados 5.946; 1985, foram julgados 17.798 processos, tanto RE, quanto outros processos; 1994, foram julgados 16.250 RE e 16.758 REsp¹²⁶.

Visando, com a tentativa de cada vez mais, agir rápido na busca de inovações para solução desses excessos. o Recurso Extraordinário começou a ter obstáculos,

¹²² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 201

¹²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007

¹²⁶ Idem.

advindos de diversos modos que tentasse enxugar o excesso de processos. Mas, ainda, mantendo-se longe de resolver o problema do Supremo em relação ao número de processos¹²⁷.

Pensava-se, até então, que a quantidade de ministros era a solução. Percebeu-se depois que a crise do Supremo não era o número de Ministros e sim o excesso de processos (já havia aumentado e não resolveu nada). Assim era a composição do Supremo após diversas mudanças: no Império eram 17 (dezesete) Juízes Letrados; em 1891, 15 (quinze); 1934, 11 (onze); 1937 e 1946, 11 (onze); 1966, com o AI – 2, elevou-se para 16 (dezesesseis); 1967, 17 (dezesete); 1969, AI – 6, 11 (onze) permanecendo até a Constituição de 1988, artigo 101¹²⁸.

Com a crise do Supremo Tribunal Federal tornou-se necessário a implantação de outro tribunal para evitar o acúmulo de processos, visto que no decorrer dos anos, a demanda processual foi só aumentando, impossibilitando que o Supremo analisasse todos de forma rápida e que garantisse uma segurança para a sociedade¹²⁹.

Em 1965 foi criada uma Comissão de Juristas para planejar um novo Tribunal Superior, que cuidasse da Justiça Comum e, em última instância, de direito federal, mas que evitasse a diminuição do Supremo e que a quantidade de resposta em massa fosse evitada, para não gera prejuízos aos jurisdicionados¹³⁰.

Contudo foi em 18 de julho de 1985, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais gerou o Superior Tribunal de Justiça; em 30 de março de 1989, a Lei 7.746

¹²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Idem.

organizou a composição e instalação do STJ. Sendo consagra pela atual Constituição, passando o Recurso Extraordinário para versar sobre a interpretação da constituição e o recurso especial para uniformizar direito federal¹³¹.

Após essa carga, criou-se o Superior Tribunal de Justiça, assim menciona Capez:

Dado o crescente volume das demandas judiciárias a sobrecarregar os ministros do Supremo Tribunal Federal, tornando quase inviável o desempenho satisfatório do ofício jurisdicional, houve por bem o legislador constituinte, atendendo constante apelo dos profissionais do foro e da doutrina, criar o Superior Tribunal de Justiça (...) ¹³².

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme demonstrado, após uma crise, motivada pelo exorbitante número de processos, estimulou a criação o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A pretensão estatal referente ao STJ ficou: (1) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (2) julgar válida lei ou ato do governo local, contestado em face de lei federal; (3) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Enquanto o STF é declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. Para regular o procedimento nesses Tribunais foi editada a Lei ordinária 8.038/1990, regulamentando a interposição desses recursos, além das previsões dos Regimentos Internos destes Tribunais¹³³.

A mudança foi justamente esta, a alteração advinda na Constituição de 1988, de algumas atribuições do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, antes o Supremo analisava as questões constitucionais e infraconstitucionais. Após

¹³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007

¹³² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 851.

¹³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

essa divisão o Supremo ficou a cargo das atribuições constitucionais, por intermédio do recurso extraordinário, e o Superior Tribunal de Justiça com as atribuições de direito infraconstitucional, recurso especial¹³⁴.

Assim sendo, as hipóteses de cabimento desses recursos (Extraordinários e os Especiais) são restritas as previsões dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal¹³⁵, tornando-se um recurso que visa proteger o direito objetivo, por ser vinculado¹³⁶.

Após a promulgação da Carta Magna de 1988, a legislação sobre procedimentos nas instâncias extraordinárias ficou a cargo da Lei Ordinária n.º 8.038, de 28 de maio de 1990 (esta revogou os artigos 541 a 546 do Código de Processo Civil e a Lei 3.396¹³⁷), além dos próprios regimentos internos dos referidos Tribunais. O rol da Constituição, desta forma, é extremamente taxativo (nos artigos 102 e 105), bem como requisitos de admissibilidade a quem dos recursos ordinários¹³⁸.

Atualmente, mesmo posterior a criação desse Tribunal, continua a grande quantidade de processos, infringindo diretamente na qualidade de julgamentos a serem proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, composto por 33 (trinta e três) ministros, ou pelo Supremo Tribunal Federal, composto por 11 (onze) ministros. Notadamente se percebe que o

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

¹³⁵ Para leitura dos artigos vejam, BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08 jan. 2011

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. Cit.

¹³⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. Cit.

número quantitativo de ministros não é a solução e sim os números de demandas processuais¹³⁹.

Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal foi criado com o intuito de manter as vontades emanadas pelos constituintes das Cartas Magnas brasileira, hoje, este Tribunal é conhecido como corte constitucional, que por intermédio do recurso extraordinário busca essa proteção. Assim como o Superior Tribunal de Justiça visa a unificação da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal, por meio do recurso especial (a outros meios para se alcançar essas instâncias, esses recursos são um deles), e eles não analisam a questão fática, apenas o direito objetivo, visto se tratarem de um tribunal político¹⁴⁰.

De tal sorte, para se buscar um ideal de Justiça, os julgados devem ser precisos e bem elaborados, com análise minuciosa e tempo, devendo ter um reexame, para que se evite erros e prejuízos (duplo grau). Enquanto os Tribunais de natureza extraordinária tenham um filtro para os excessos no interesse de recorrer, buscando os anseios de sua criação, visto que a sua função é de uniformização da lei federal e interpretação da Constituição Federal, não tribunal de terceiro ou quarto graus.

4.2 Efeitos dos recursos extraordinário e especial

Os recursos tem como principal fundamento o impedimento da coisa julgada e evitar a prorrogação dos efeitos da litispendência (efeitos esses referentes ao conteúdo dos recursos), mas em harmonia com os princípios recursais. Porém o recurso por si

¹³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

só não produz o efeito de obstar o trânsito em julgado, apenas prolonga o estado de ineficácia¹⁴¹.

A princípio temos que os recursos, quantos aos seus efeitos, são devolutivos ou suspensivos¹⁴². O suspensivo é quando suspende a eficácia da decisão e o afastamento da preclusão, para que a decisão recorrida não surta nenhum efeito contra o recorrente; devolutivo: “o recurso devolve a outro órgão jurisdicional a competência para reexame da matéria apreciada na decisão recorrida”¹⁴³.

Nos dizeres de Nery Junior, temos quanto aos efeitos que:

A doutrina tradicional identifica dois efeitos dos recursos: o devolutivo e o suspensivo. O primeiro, que todo e qualquer recurso possui, consiste na devolução do conhecimento da matéria impugnada ao órgão *ad quem*, a fim de que possa reexaminar a decisão recorrida. Pelo segundo, impede-se que a decisão recorrida produza efeitos desde logo, somente podendo produzi-los depois do julgamento do recurso e do respectivo trânsito em julgado dessa decisão¹⁴⁴.

A concessão e o recebimento dos recursos, quantos a esses efeitos, designará o modo pela qual o tribunal irá decidir sobre a execução ou não da sentença¹⁴⁵.

Do modo mencionado assim, tem-se que ao tratar desses efeitos, os principais são: o devolutivo e o suspensivo, sendo que o devolutivo é peculiar em todo o recurso (se partimos da análise que o recurso é um reexame da matéria já decidida), pois

¹⁴¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁴² Para maior estudo sobre outros efeitos leia: ASSIS, Arakem. **Manual de recursos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 216-265.

¹⁴³ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 608.

¹⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 428

¹⁴⁵ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

devolve toda a matéria para o reexame (apenas nos recursos de natureza ordinária)¹⁴⁶ e o suspensivo suspende a eficácia da decisão proferida.

Assim o efeito devolutivo deve ser entendido “como a obtenção de outro pronunciamento do Poder Judiciário por intermédio do órgão competente” e, tendo como papel relevante, adiar o trânsito em julgado, a coisa julgada formal. Porém a parte que não se insurgiu o recurso, torna-se imutável¹⁴⁷.

O efeito devolutivo decorre do termo de origem romana, *tantum devolutum quanto appellatum*, através da qual se compreende que somente se devolve ao conhecimento do judiciário a matéria contra a qual se insurgiu o recorrente¹⁴⁸. Assim, com base no efeito devolutivo a matéria a ser apreciada pelo Tribunal será apenas a impugnada no recurso.

Nesta linha é o entendimento de Barbosa Moreira, vejamos: “- Chama-se devolutivo ao efeito do recurso consistente em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição. (...)”¹⁴⁹.

No caso dos recursos extraordinário e especial, não basta ser apenas a matéria contra a qual o recorrente se insurgiu, será apenas quanto à insurgência que alegar a violação de lei federal ou constitucional, não sendo todas as questões, a matéria se limita ao que pode ser conhecido pelo tribunal¹⁵⁰, devido ser de fundamentação vinculada.

¹⁴⁶ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007

¹⁴⁷ Ibidem. p. 233

¹⁴⁸ Ibidem. p. 235

¹⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.259.

¹⁵⁰ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Deste modo, quanto aos recursos de natureza extraordinária, o fundamento que não for atacado pela via de recurso, não será levado ao conhecimento do tribunal superior, ocasionando a preclusão¹⁵¹.

O artigo 27, § 2º, da Lei 8.038 de 1990, prevê que os recursos extraordinários e especial serão recebidos no efeito devolutivo, não impedindo a execução da decisão judicial¹⁵². Assim é o artigo 27, § 2º, vejamos: “(...) § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.”¹⁵³.

Assim, ambos os recursos (extraordinário e especial) são desprovidos de efeito suspensivo, o que não impede que a decisão produza seis efeitos¹⁵⁴.

Sendo assim, os efeitos suspensivo e devolutivo definem o modo pelo qual o tribunal irá opera em relação a execução provisória da pena, assim, ao receber o recurso, apenas no efeito devolutivo, a matéria a ser debatida será apenas a recorrida, e quanto ao efeito suspensivo irá tornar inaplicável a execução da sentença (até ocorrer o trânsito em julgado de sentença pena condenatória)¹⁵⁵.

Com o surgimento de decisões entendendo que a não concessão de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária viola o princípio da presunção de inocência, os tribunais superiores vem se tornando tribunais de terceiro e quarto graus, o que não é a política desses tribunais.

¹⁵¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007

¹⁵² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁵³ BRASIL. Lei Ordinária (8038). **Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm> Acesso em: 08 jan. 2011

¹⁵⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁵⁵ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Op. Cit.

4.3 Execução penal provisória na pendência de recurso extraordinário e especial

Devido ao seu histórico, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tem as hipóteses de cabimento dos recursos muito restrita. As hipóteses previstas, em nenhum momento, afetam acerca da culpa ou inocência do condenado¹⁵⁶.

Analisando a doutrina, temos que o fundamento principal, para concessão de efeito suspensivo aos recursos Extraordinário e Especial, é a ofensa ao princípio da presunção de inocência, aqui abordado no primeiro capítulo.

Percebe-se, do histórico, que devido a inobservância de direitos individuais, onde consideravam as pessoas culpadas, mesmo sem a sentença de um juiz, caminhou-se para inserir o princípio da presunção de inocência no cenário mundial.

Pretende-se o Estado conferir um equilíbrio entre os direitos do acusado no processo penal, mas também atender a vontade da sociedade de requerer uma Justiça mais eficaz¹⁵⁷, devido ter invocado o *jus puniendi* para si, tendo de ter a necessidade de garantir direitos e evitar abusos, demonstrando respostas à sociedade.

O Estado não deve levar em conta apenas a aplicação dos direitos fundamentais, mas sim a necessidade de garantir a eficiência e segurança, a fim de evitar a

¹⁵⁶ FISCHER, Douglas. **Execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente.** Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/docs_institucional/eventos/execucao-da-pena/4_execucao_provisoria_e_proibicao_protecao_deficiente_09_de_julho_de_2008.pdf> Acesso em: 15 abr. 2011

¹⁵⁷ MORO, Sérgio Fernando. **Presunção de inocência e efeitos de recurso.** Disponível em: <http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2008_08/noticias/presuncao%20de%20inocencia%20efeitos%20recurso%20-%20Sergio%20Fernando%20Moro.pdf> Acesso em: 07 jan. 2011

impunidade, visto que uma interpretação mais apurada deve considerar todas as normas, não apenas uma isolada¹⁵⁸.

Com o advento da Constituição de 1988, o princípio ficou expresso de que apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é que o acusado pode ser considerado culpado, devendo o Estado comprovar a culpa do indivíduo, conciliando o princípio com as aplicações das penalidades. Assim é o artigo 5º, LVII, vejamos: “(...)LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”¹⁵⁹.

Assim, o princípio exige, acima de tudo, uma prova, por parte da acusação, de responsabilidade do acusado quanto ao crime, para se evitar abusos do Estado. Não se trata de mera aplicação de uma regra em favor do acusado, mas sim de uma garantia constitucional.

Deste modo, o acusado assume uma posição de sujeito na relação processual, onde caberá a acusação provar a ligação do crime com o acusado, de forma pública e legal, com a efetiva ampla defesa e o contraditório.

Demonstra-se, desta forma, que o princípio da presunção de inocência está vinculado a questão probatória, até mesmo pelo exame do direito comparado¹⁶⁰. Assim, novamente, é o entendimento de Moro, vejamos: “Um exame do Direito comparado reforça a vinculação do princípio da presunção de inocência com a questão probatória (...)”¹⁶¹.

¹⁵⁸ FISCHER, Douglas. Op. Cit.

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08 jan. 2011

¹⁶⁰ Para leitura mais detalhada, sobre o direito comparado frente a princípio da presunção de inocência, vejam: MORO, Sérgio Fernando. **Presunção de inocência e efeitos de recurso**. Disponível em: <http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2008_08/noticias/presuncao%20de%20inocencia%20efeitos%20recurso%20-%20Sergio%20Fernando%20Moro.pdf> Acesso em: 07 jan. 2011

¹⁶¹ Idem.

Novamente Moro menciona quanto à vinculação do princípio com a questão probatória: “(...) o princípio da presunção de inocência está vinculado à questão probatória, e não aos efeitos dos recursos no processo penal.”¹⁶².

Não se tem, da análise histórica do princípio, que seja necessário o esgotamento de todas as instâncias recursais (tanto as ordinárias, abrangidas pelo duplo grau, quanto as extraordinárias, desprovidas do duplo grau e de possíveis correções de injustiças) para o reconhecimento de sua culpa, visto que sua destinação não é referente a culpa ou inocência do condenado¹⁶³.

O posicionamento de que fere o princípio, em análise, está fundado diretamente na garantia dos direitos fundamentais, para se evitar condenações indevidas, obedecendo o devido processo legal. Entretanto esse garantismo tem que ser interpretado em um conjunto e de acordo com os interesses de todos, bem como o objetivo do direito de punir do Estado, evitando de tornar ineficaz, no caso, o direito penal e processo penal¹⁶⁴.

Os recursos extraordinário e especial não analisam questão fática, por este motivo, a questão não será debatida nas instâncias extraordinárias.

Em certos casos ocorrem erros que serão submetidos a estas Instâncias, mas não é a regra, devido a isto, tem-se que a regra é receber no efeito devolutivo e, excepcionalmente, no efeito suspensivo.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ FISCHER, Douglas. **Execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente.** Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/docs_institucional/eventos/execucao-da-pena/4_execucao_provisoria_e_proibicao_protecao_deficiente_09_de_julho_de_2008.pdf> Acesso em: 15 abr. 2011

¹⁶⁴ Idem.

Para os que entendem que a execução provisória da pena (aquela antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória) contra o condenado não pode, eles admitem o recolhimento para o cumprimento da pena somente se preenchidos os requisitos da prisão preventiva, o que torna a regra, a concessão do efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, caso contrário fere o princípio da presunção de inocência. Do posicionamento contrário, admissão da execução antes do trânsito em julgado, eles entendem que os recursos extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo¹⁶⁵, o que pode ocorrer a execução provisória da pena.

Da análise de uma leitura objetiva, superficial, e isolada do dispositivo constitucional que prevê o princípio da presunção de inocência, há de se concluir que não se recolhe a prisão (forma mais comum, mas não a única) sem que tenha transitado em julgado, a não ser que preenchidos os requisitos da prisão preventiva¹⁶⁶.

Contudo, de uma análise subjetiva, e interpretativa, temos que a execução penal provisória na pendência de recurso extraordinário e especial (ausentes de efeito suspensivo), não viola o princípio da presunção de inocência¹⁶⁷.

Àqueles que entendem que o princípio está ofendido, não analisam as finalidades destas instâncias, tem-se uma visão restrita. Assim menciona Fischer: “Entretanto, exigir o esgotamento das instâncias extraordinárias (recurso extraordinário ou especial) – sem

¹⁶⁵ FISCHER, Douglas. **Execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente.** Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/docs_institucional/eventos/execucao-da-pena/4_execucao_provisoria_e_proibicao_protecao_deficiente_09_de_julho_de_2008.pdf> Acesso em: 15 abr. 2011

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Idem.

analisar suas finalidades – em nossa compreensão importa numa visão não-sistêmica do ordenamento constitucional, (...)”¹⁶⁸.

No Brasil está garantido ao acusado recorrer da decisão do primeiro grau sem que a sentença seja executada, visto a observância do duplo grau de jurisdição, ampla defesa, contraditório e presunção de inocência. Porém recorrer para as instâncias extraordinárias (STF e STJ) alegando ofensa a presunção de inocência é exagerar¹⁶⁹, não se tem destas instâncias terceiro ou até mesmo quarto graus.

Fere, sim, o princípio da presunção de inocência a execução penal provisória na pendência de recursos (em desfavor do acusado) sob a análise do duplo grau de jurisdição, visto que além da presunção, todos tem direito a uma análise por um segundo grau, não por um terceiro ou quarto. A análise do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não é funcionar como uma segunda apelação, mas sim como uma instância que visa interpretar a constituição e a lei federal.

Neste ponto, temos que o efeito suspensivo não se enquadra, em regra, aos recursos extraordinários e especial, Assim menciona o artigo 637 do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 27, § 2º da Lei n.º 8.038/1990, vejamos:

Art. 637. 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 sentença¹⁷⁰.

Art. 27 (...) § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo¹⁷¹.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ MORO, Sérgio Fernando. **Presunção de inocência e efeitos de recurso**. Disponível em: <http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2008_08/noticias/presuncao%20de%20inocencia%20efeitos%20recurso%20-%20Sergio%20Fernando%20Moro.pdf> Acesso em: 07 jan. 2011

¹⁷⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n.º 3689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 08 jan. 2011

Contudo, nos recursos extraordinário e especial, não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência o recebimento destes recursos apenas no efeito devolutivo, o que não irá coibir de executar a pena provisoriamente, eles surgiram para que se evite de julgados sejam elaborados em grande quantidade, afetado, assim, a qualidade dos julgados, estes Tribunais visam interpretar a Constituição e a Lei Federal, e não simples forma de revisão.

No entendimento de Bastos, não fere o princípio da presunção de inocência a execução penal provisória na pendência de recurso extraordinário e especial, vejamos:

(...) A divergência maior reside na admissão (ou não) da execução provisória da sentença condenatória, pendente de exame de recurso de índole extraordinária (recurso extraordinário propriamente dito recurso especial), visto que tais apelos não possuem efeito suspensivo.

Semelhante solução não agride o princípio da presunção de não-culpabilidade, o qual convive com a segregação antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (...)”¹⁷².

Tanto da análise histórica, bem como do direito comparado, o princípio da presunção de inocência não impede a execução penal provisória, visto que o princípio vincula à questão probatória. Isto não quer dizer que o recurso não possa excepcionalmente ser recebido no efeito suspensivo, desde que por medida cautelar ou habeas corpus¹⁷³, não o recebimento como regra, mas sim quando perceber uma questão jurídica relevante e a possível probabilidade de provimento do recurso.

¹⁷¹ BRASIL. Lei Ordinária (8038). **Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm> Acesso em: 08 jan. 2011

¹⁷² BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Princípio da presunção de inocência e a execução da sentença condenatória sob recurso excepcional. Crimes hediondos**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/vol25/tema08.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2011.

¹⁷³ MORO, Sérgio Fernando. **Presunção de inocência e efeitos de recurso**. Disponível em: <http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2008_08/noticias/presuncao%20de%20inocencia%20efeitos%20recurso%20-%20Sergio%20Fernando%20Moro.pdf> Acesso em: 07 jan. 2011

A sentença condenatória reconhece expressamente o direito punitivo e o declara, ela é definitiva, no sentido processual e não precisa para sua eficácia de subordinação do resultado de outro processo¹⁷⁴, o não reconhecimento da execução penal provisória (na pendência de recursos extraordinário e especial, não apelação) retira toda eficácia da sentença condenatória, o que não é o fim do princípio, bem como das instâncias extraordinárias.

Assim sendo, a execução provisória na pendência de recurso especial e extraordinário não ofende ao princípio da presunção de inocência. O quadro jurídico brasileiro atual retirou a eficácia da sentença condenatória. Não se compara a situação do acusado antes do julgamento (sem ter analisado todo o conjunto probatório, sob o crivo do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, duplo grau de jurisdição), com o já condenado¹⁷⁵ e mais, revisado por um segundo grau.

Como já visto, não se fazia distinção entre o inocente suspeito e o criminoso convicto. O homem não pode ser considerado culpado antes da sentença de um juiz¹⁷⁶, visto que o princípio foi inserido no cenário mundial em decorrência do devido processo legal¹⁷⁷, pois é acolhida todas as provas para depois declarar (por intermédio de uma sentença condenatória) o acusado culpado.

A sentença condenatória não é uma mera acusação, mas sim uma análise, observando os princípios constitucionais, para se chegar aos motivos de fato e de direito em que se apóia a acusação, tendo como pressuposto que a imputação tenha sido provada.

¹⁷⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível**. Disponível em: <www.justitia.com.br/revistas/5C3www.pdf> Acesso em: 18 mar. 2011

¹⁷⁵ MORO, Sérgio Fernando. **Presunção de inocência e efeitos de recurso**. Disponível em: <http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2008_08/noticias/presuncao%20de%20inocencia%20efeitos%20recurso%20-%20Sergio%20Fernando%20Moro.pdf> Acesso em: 07 jan. 2011

¹⁷⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

¹⁷⁷ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Desta forma, a execução penal provisória na pendência de recurso extraordinário e especial está de acordo com o histórico do princípio e o surgimento destas instâncias extraordinárias, tendo por fim diminuir a morosidade e a ineficácia do processo penal brasileiro, com a devida observância dos direitos fundamentais, tais como: duplo grau, contraditório, ampla defesa, devido processo legal.

4.3.1 entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

4.3.1.1 entendimento superado

Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, tinham o entendimento de que o recurso extraordinário e especial eram desprovidos de efeitos suspensivo, desta forma poderia ocorrer a execução penal provisória na pendência destes recursos.

Assim é a súmula número 267 do Superior Tribunal de Justiça, vejamos: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”¹⁷⁸.

Nesse sentido decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RHC 85.024/RJ, Relatora Min. Ellen Gracie, DJ 10-04-2004. p. 00053, vejamos:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. 1. Confirmada a condenação, em segundo grau de jurisdição, e considerando que os recursos, eventualmente cabíveis, especial e extraordinário, não têm efeito suspensivo, legítima é a expedição do mandado de prisão. 2. RHC improvido¹⁷⁹.

¹⁷⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 267. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=205>> Acesso em: 08 jan. 2011.

¹⁷⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 85.024/RJ, Relatora Min. Ellen Gracie, DJ 10-04-2004. p. 53

4.3.1.2 entendimento atual

O Supremo Tribunal federal em recentes decisões vem entendendo que a execução penal provisória na pendência de recurso extraordinário e especial fere o princípio da presunção de inocência.

Neste sentido decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 84078/MG, Relator Min. Eros Grau, DJe-035, divulgado 25-02-2010, vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n.

2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida¹⁸⁰.

Desta forma fechando o novo entendimento e modificando o antigo que era no sentido de que não feria o princípio da presunção de inocência a execução penal provisória na pendência de recursos extraordinário e especial restou inviabilizada, visto não terem efeito suspensivo.

¹⁸⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 84.078/MG, Relator Min. Eros Grau, DJe-035, divulgado em 25-02-2010

CONCLUSÃO

O trabalho inicia-se com o conceito e evolução histórica do princípio da presunção de inocência, bem como de suas conseqüências para o processo penal, seguindo do conceito de sentença (suas modalidades), assim como coisa julgada formal e material. Passa-se à abordagem do conceito de execução penal e execução penal provisória, tanto a favor do réu, quanto contra o réu. Por fim, fez-se um histórico e natureza dos recursos extraordinário e especial, para posterior adentrar nos efeitos e, terminando, com a execução penal provisória na pendência de recursos extraordinário e especial, bem como a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na análise do HC 84.078/MG.

Com o fim de se evitar abusos por parte da minoria mais forte, o Estado se organiza e invoca o direito de punir para sim, tornando-se apenas este o possuidor do direito, surge, assim, a necessidade de garantir os direitos fundamentais. Após diversas críticas, os movimentos já mencionavam sobre a positivação do princípio da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência se origina na Inglaterra em 1215, decorrente do devido processo legal, mas no período do século XVIII, ainda era a regra considerar culpado e era a sociedade que impunha uma pena ao acusado, e não o Estado. Com a influência do Iluminismo, teve-se a reação contra esse processo inquisitório, onde não se obedeciam aos exercícios das garantias de um processo justo e célere.

É na declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que o princípio é positivado. Inverteu-se a presunção de culpa, passando a priorizar a presunção de inocência do cidadão.

A Constituição Italiana inclui em seu texto a presunção por volta de 1948; A Convenção Européia em 1950; a Convenção Americana em 1969; a Portuguesa em 1976; a Francesa em 1958; e no Brasil em 1988, no artigo 5º, LVII.

O princípio passa a ser entendido em um conjunto e não isoladamente, tendo criado força no Brasil em 1992, com a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica (a Convenção Americana de 1969), isto acarreta, para o processo penal brasileiro, que o acusado assume uma posição de sujeito na relação processual, onde deverá à acusação provar a ligação do crime com o acusado, bem como evitar a prisão processual antes do trânsito em julgado, trazendo, desta forma, um procedimento público, legal, com a efetiva ampla defesa e contraditório. O referido princípio obsta a execução da sentença até que ocorra o trânsito em julgado, o que leva a sentença não surtir seus efeitos antes que isso ocorra.

A regra no processo penal quanto a sentença, é condenatória, onde o Judiciário, por intermédio de um juiz, profere-a, declarando o que sente, dando resposta ao pedido formulado pelo Ministério Público com a resistência oposto pelo réu, indicando os motivos de fato e de direito, afirmando, ou não, a existência de um direito.

A sentença produz seus efeitos assim que ocorre a coisa julgada formal, ou material, para se tornar imutável e garantir que se gere segurança nas relações jurídicas, devido o judiciário ter de alcançar uma certeza. Assim onde a sentença não tenha como ser reformada, transita em julgado, configurando-se, deste modo, coisa julgada formal e, não permitindo a discussão da mesma matéria em outro processo, trata-se de coisa julgada material. No exame da execução penal trabalhou-se com a coisa julgada formal.

A execução penal tem início, em regra, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (aquela em que ocorreu a coisa julgada formal), buscando

propiciar a satisfação efetiva e concreta do direito de punir do Estado. Contudo, a execução penal poderá ocorrer de forma provisória (uma modalidade que foge a regra por ocorrer antes da coisa julgada formal, trânsito em julgado), a favor do réu (quando transitado para a acusação), mas não contra por ofender o princípio da presunção de inocência, isto no segundo grau de jurisdição.

Deste modo, em análise perante o Supremo Tribunal Federal, entendeu-se que não pode executar provisoriamente a pena, antes que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando pendente de recurso extraordinário e especial, o que está sendo acompanhado pela nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Após análise da natureza jurídica dos recursos extraordinário e especial, temos que a matéria impugnada por estes recursos são parcial e vinculada, visto que eles não são uma terceira instância, por não ter como fim a correção de injustiças. A análise por uma segunda instância é direito fundamental e garantia constitucional do acusado, mas não uma terceira e até, as vezes, quarta instância.

O Supremo Tribunal Federal foi criado para manter as vontades emanadas das constituintes e não de inconformismos pessoais, bem como o Superior Tribunal de Justiça unificar a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Estado e do Distrito Federal, são instâncias de cunho político e não de incorreções de injustiças.

Os recursos tem o fundamento de impedir a coisa julgada formal, porém ele por si só não produz efeito de obstar o trânsito em julgado, apenas prolonga o estado de ineficácia da sentença.

No caso dos recursos extraordinário e especial, a matéria a ser impugnada será apenas a violação a constituição ou lei federal, não sendo toda as questões, devido a vinculação da fundamentação, o que não foi levado ao conhecimento destas instâncias ocasiona a preclusão. Desta forma, estes recursos são recebidos no efeito devolutivo (a matéria apreciada é apenas a impugnada no recurso).

Assim sendo, devido ao histórico destas instâncias extraordinárias e a análise do princípio da presunção de inocência (que impõe o ônus de prova para a acusação), não há que se falar em conceder efeito suspensivo, como regra, aos recursos extraordinário e especial, visto que o sujeito passou por uma acusação de forma pública, legal, com ampla defesa e contraditório. O princípio da presunção de inocência está vinculado a questão probatória, o que o mero reexame não é matéria a ser apreciada pela via destes recursos. Os recursos extraordinário e especial não são referentes a culpa ou inocência do acusado, o que de uma forma mais ampla não ofende o princípio da presunção de inocência contido na Constituição Federal de 1988 e no Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992.

REFERÊNCIA

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2005.

ALVIM, Arruda. **Manual de processo civil: processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

ASSIS, Arakem. **Manual de recursos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Princípio da presunção de inocência e a execução da sentença condenatória sob recurso excepcional. Crimes hediondos**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/vol25/tema08.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BENTO, Ricardo Alves. **Princípio da presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum, RT. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 08 jan. 2011.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n.º 3689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 08 jan. 2011

_____. Lei Ordinária (8038). **Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm> Acesso em: 08 jan. 2011

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Vade Mecum RT. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 267. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=205>> Acesso em: 08 jan. 2011.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 84.078/MG, Relator Min. Eros Grau, DJe-035, divulgado em 25-02-2010

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 85.024/RJ, Relatora Min. Ellen Gracie, DJ 10-04-2004. p. 53

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 9. ed. São Paulo: Paloma, 2003.

_____. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Russell Editores, 2007

_____. **Lições sobre o processo penal**. Campinas: Bookseller, 2004

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: BookSeller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinários e especial e execução penal provisória**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 16, n.º 70, janeiro-fevereiro. 2008. ISSN 1415-5400.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Funções e limites da prisão processual**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 70, p. 249. 2008.

FISCHER, Douglas. **Execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente**. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/docs_institucional/eventos/execucao-da-

pena/4_execucao_provisoria_e_proibicao_protecao_deficiente_09_de_julho_de_2008.pdf>
Acesso em: 15 abr. 2011.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. **A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível**. Disponível em: <www.justitia.com.br/revistas/5C3www.pdf> Acesso em: 18 mar. 2011

JESUS, Damásio Evangelista. **Princípio da presunção de inocência**. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, n. 50, p. 221. 2008.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: RT, 2009.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e Recurso especial**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa. **Execução Criminal: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. Atlas: São Paulo, 2007.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. **Presunção de inocência e efeitos de recurso**. Disponível em: <http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2008_08/noticias/presuncao%20de20%inocencia%20efeitos%20recurso%20-%20Sergio%20Fernando%20Moro.pdf> Acesso em: 07 jan. 2011

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execuções Penais**: São Paulo: Saraiva, 1990.

NORONHA, Ernesto Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.223.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Execução provisória da sentença e garantismo**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/execucao-provisoria-da-sentenca-e-garantismo/>> Acesso em: 18 mar. 2011.

RAYMUNDO, Ana Lúcia; BEZERRA, Jeanne Karenina Santiago. **Princípio da Presunção de inocência**. Disponível em: <<http://www.mp.rn.gov.br/bibliotecapgj/artigos/artigo24.pdf>> Acesso em: 26 out. 2010.

SILVA, Haroldo Caetano. **Manual de Execução Penal**. Campinas: Bookseller, 2001.

TÁVORA, Nestor; SAMPAIO, Alex. **Princípio da presunção de inocência**. In: Princípios penais constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 171-189. ISBN 859847160-7

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Processo penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v4.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo.
Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.
9. ed. São Paulo: RT, 2007.