



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

DANIELE A. L. RIBEIRO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA NÃO
CULPABILIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília

2017

DANIELE A. L. RIBEIRO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA NÃO
CULPABILIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: professor Marcus Vinícius Reis Bastos.

Brasília

2017

DANIELE A. L. RIBEIRO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA NÃO
CULPABILIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Brasília, 16 de novembro 2017.

Banca Examinadora

Prof. Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos

Prof. José Carlos Veloso Filho

Prof. Humberto Fernandes de Moura

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, professor Marcus Vinicius Reis Bastos, que tão cuidadosamente colaborou para a elaboração deste trabalho. Grata pela ajuda, ensinamento e dedicação!

A minha preciosa mãe, Edneusa Lopes Ribeiro, minha fonte de inspiração em todas as manhãs!

Ao meu amado esposo, João Alberto Neves Filho, pelo seu amor, companheirismo e por sempre incentivar-me a persistir na trilha dos meus sonhos! Com você sou mais forte!

Do mesmo modo, grata pela colaboração dedicada pelos Procuradores da República Mário José Guisi e Alexandre Camanho de Assis, e pelos Juízes Federais Leonardo Hernandez dos Santos Soares e Mateus de Freitas Cavalcanti Costa, por opinarem sobre as questões suscitadas no Apêndice A.

RESUMO

Pretende-se com este trabalho, analisar a problemática da execução provisória da pena e seu possível confronto com o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, fez-se uma detida análise do Habeas Corpus n. 126.292-SP, destacando-se os argumentos favoráveis e contrários à possibilidade da execução provisória da pena, a partir de acórdão penal condenatória de órgão colegiado. Do mesmo modo, cita-se as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, bem como a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246-SP, que assentaram ser possível executar-se a pena antes do trânsito em julgado, em conformidade com a Constituição Federal de 1988 e com a lei infraconstitucional – artigo 283 do Código de Processo Penal. Neste sentir, o presente trabalho pretende demonstrar os critérios adotados pelo STF para a adoção de mudança de entendimento de seu precedente, que antes era no sentido de não se admitir a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado – Habeas Corpus n. 84.078-MG. Neste condão, à vista da atualidade do tema, o presente trabalho elucida, de modo sucinto, os princípios constitucionais penais, a execução da pena conforme ordenamento jurídico brasileiro, o estudo da presunção de inocência e a análise da jurisprudência do STF quanto à temática deste trabalho, além de fomentar a discussão sobre alguns pontos controvertidos que emanaram das retrocitadas decisões.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Execução provisória da pena. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43 e 44. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246-SP.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS	16
1.1 Princípios e regras constitucionais	16
1.2 Garantias processuais penais	19
2 EXECUÇÃO PENAL E OS TIPOS DE PENA.....	40
2.1 Conceito de execução penal	40
2.2 Finalidade e objetivos da pena	41
2.3 Prisão-pena	42
2.4 Prisões sem pena	44
2.5 Prisão processual cautelar.....	44
2.6 Medidas cautelares	49
3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	51
3.1 Posição inicial	51
3.2 Primeira alteração jurisprudencial – Habeas Corpus n. 84.078-MG	52
3.3 Novo entendimento jurisprudencial – Habeas Corpus n. 126.292-SP	55
3.4 Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44.....	69
3.5 Decisão em sede de repercussão geral: ARE-RG n. 964.246-SP	75
4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TEMA.....	78
5 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	98
APÊNDICE A	103

INTRODUÇÃO

O estudo do princípio da não culpabilidade ou de presunção de inocência, bem como o tema da execução provisória da pena, voltou a ser tema debatido no meio jurídico e social com mais veemência, após o Supremo Tribunal Federal (STF) assentar – em fevereiro de 2016, por 7 votos a 4, no julgamento do Habeas Corpus (HC) n. 126.292-SP – que a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal” (BRASIL, 2016b).

A decisão proferida pelo STF, no entanto, foi motivo de crítica por muitos advogados, magistrados, entidades e partidos políticos, uma vez que o precedente firmado contrariava a jurisprudência da própria Corte, que consignou em fevereiro de 2009 – por 7 votos a 4, no HC n. 84.078-MG – a tese de que somente poder-se-ia prender após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com ressalvas às prisões cautelares, à luz do artigo 5, LVII da Constituição de 1988. Frise-se, por oportuno, que até o julgamento do retrocitado HC, a jurisprudência da Suprema Corte era no sentido de permitir-se a pena privativa de liberdade, ainda que na pendência de decisão definitiva (BRASIL, 2010).

Busca-se com este trabalho analisar a jurisprudência do STF quanto ao tema da presunção de inocência ou não culpabilidade e o instituto da execução da pena, a fim de verificar se a nova decisão é compatível com a Constituição Federal. Deste modo, a importância deste trabalho dar-se mediante a sua atualidade, ante uma possível postura pendular do STF sobre o tema, haja vista a afirmação do novo precedente – amplamente discutido no HC n. 126.292-SP, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n. 43 e n. 44, bem como na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE-RG) n. 964.246-SP, todos debatidos no ano de 2016 – encontrar dissenso na sua aplicação pelos Ministros da Suprema Corte.

Deste modo, no primeiro capítulo do presente trabalho, analisa-se, à luz da doutrina, os princípios constitucionais preponderantes do processo penal, bem como a distinção entre princípio e regra, dada a possível colisão entre princípios constitucionais. Após, examina-se o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade no seu contexto histórico, sua

previsão nas cartas internacionais e sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro, conceituação e aspectos preponderantes.

Ato contínuo, segue-se a análise doutrinária do conceito de execução penal, assim como o estudo da finalidade e objetivos da pena; logo após, faz-se uma breve incursão sobre os tipos de pena e as prisões de índole cautelar existentes no sistema penal brasileiro, no segundo capítulo.

Feita estas considerações doutrinárias, passa-se a demonstrar, de modo crítico, o posicionamento da Suprema Corte quanto ao tema, perpassando pelos julgados do HC n. 68.726-RJ, do HC n. 84.078-MG, do HC n. 126.292-SP, das ADCs n. 43-DF e n. 44-DF, e da ARE-RG n. 964.246-SP. Por sua vez, de modo mais detido, extrai-se do HC n. 126.292-SP os principais fundamentos favoráveis e contrários à execução provisória da pena, no terceiro capítulo.

Por último, passa-se a defesa do posicionamento adotado pela orientanda, a partir da leitura dos acórdãos do STF, bem como das lições doutrinárias. Apresente-se, neste mesmo capítulo, as respostas obtidas – por meio de questionário aberto sobre a temática aqui proposta – dos membros do Ministério Público Federal e da Magistratura Federal, com o objetivo de esclarecer algumas dúvidas que surgiram ao longo da elaboração deste trabalho.

Redigiu-se o trabalho essencialmente com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial – na orientação do entendimento do Supremo Tribunal Federal –, além da aplicação de questionário aberto aos especialistas da área sobre questões do tema aqui proposto – questionário disponível no Apêndice A.

1 PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS

1.1 Princípios e regras constitucionais

Primeiramente, importa salientar que se faz necessário uma breve explanação sobre os conceitos de norma, regra e princípio, a fim de um melhor entendimento quanto ao tema aqui proposto. Isto porque trataremos sobre o princípio da não culpabilidade – ou presunção de inocência – e sua possível colisão com os demais princípios constitucionais. Como se verá em capítulo específico, há posicionamento no Supremo Tribunal Federal de que o artigo 5, LVII da Constituição Federal é sobremaneira princípio; todavia, há quem defenda tratar-se de regra. Portanto, passa-se a análise dos conceitos jurídicos de norma, regra e princípio.

Há ressaltar antes de seguirmos, que as normas constitucionais também são dotadas de status de norma jurídica, resultante da supremacia constitucional, uma vez que passa a orientar todo o ordenamento jurídico, indicando seu sentido e seu alcance. Bem como, serve como parâmetro de validade e sua aplicação é direta e imediata, passando a ter papel decisivo no momento da fundamentação das decisões judiciais (BARROSO, 2013).

Para Barroso (2013, p. 283), “normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social. Dentre suas características encontram-se a imperatividade e a garantia”.

O mesmo autor salienta que antes de falar-se em norma há o que se denomina de enunciado normativo: este é o próprio texto escrito, a expressão linguística prescrita em lei, isto é, texto a ser interpretado. Com efeito, norma é texto após ser interpretado, pois, antes disso, trata-se tão somente de enunciado normativo. Portanto, “norma é o produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade [...], não existe norma em tese, mas somente norma interpretada” (BARROSO, 2013, p. 287).

Entendimento similar a de Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 758) ao afirmar que “a norma jurídica não se confunde com o seu texto. O texto, dispositivo ou enunciado normativo é o significante, a norma é o seu significado. Em outras palavras, o texto é algo que se interpreta; a norma é o produto da interpretação”.

Com efeito, as normas jurídicas subdividem-se, ainda, em duas espécies: regras e princípios. Nas palavras de Barroso (2013, p. 371), “o reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo”.

No tocante aos princípios, o reconhecimento de sua normatividade deu-se após a crise do positivismo jurídico, com o fim da II Guerra Mundial; bem como, com a nova tendência de mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade. Com efeito, a concepção de princípios com força normativa, iniciou-se na literatura jurídica brasileira na década de 90 (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Para Agra (2014, p. 103-104), os princípios “representam um norte para o intérprete que busca o sentido e o alcance das normas e formam o núcleo basilar do ordenamento jurídico. [...] têm a função de integração do Texto Constitucional, suprimindo aparentes lacunas existentes”.

Continua Agra (2014, p. 104):

Os princípios possuem também força normativa das regras jurídicas, como quaisquer outras normas contidas na Constituição, e as cominações que lhes forem contrárias devem ser declaradas inconstitucionais. Esta ressalva é importante para asseverar que seu papel não é apenas instrumental – possuem autonomia própria, sem necessitar para a sua incidência da aplicação de uma regra.

Os princípios fundamentais funcionam como elemento de conexão entre a realidade social e o texto constitucional, impedindo a proliferação de aparentes lacunas ou de antinomias, evitando que o choque entre a realidade fática e a realidade jurídica prejudique a eficácia das normas.

Ainda, concernente aos princípios, Souza Neto e Sarmento (2012, p. 792) relembra a teoria de Ronald Dworkin, um dos principais precursores sobre o tema:

Para Dworkin, a ausência de uma norma clara e precisa indicando a solução para um determinado caso não confere ao juiz o poder discricionário para decidi-lo, pois ele é obrigado a recorrer aos princípios, que, interpretados de forma adequada, apontarão a solução mais correta para o problema.

Concernente às regras, destaca Barroso (2013, p. 318) serem “comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão”. O mesmo autor, menciona, ainda, que “regras se aplicam na modalidade tudo ou nada:

ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. [...] uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida”.

Nesse sentir, destaca-se a teoria de Ronald Dworkin, citado por Souza Neto e Sarmiento, quanto à distinção de princípios e regras (2012, p. 807):

Para Dworkin, os princípios e regras apresentam uma distinção qualitativa que concerne ao seu modo de aplicação. As regras, segundo ele, são comandos disjuntivos, aplicados de acordo com o padrão do “tudo ou nada”. Se os fatos que a regra prevê ocorrerem, ela deve ser aplicada, com a produção integral das consequências nela estabelecidas, ou então será considerada inválida ou inaplicável ao caso. Depreende-se das lições de Dworkin que, no conflito entre regras, o intérprete deve socorrer-se de critérios formais para resolução de antinomia – cronológico, especialidade, hierárquico –, e, definida a norma aplicável, resolver a questão.

Já os princípios, para Dworkin, seguem uma lógica inteiramente distinta, por possuírem o que ele denominou de “dimensão de peso”. Esta dimensão de peso faz com que, em hipóteses de colisão de princípios apontando soluções divergentes, seja necessário analisar qual a importância assumida por cada um no caso em questão, para definir aquele que deverá prevalecer.

Igualmente, importante precursor sobre o tema é Robert Alexy. Mendes e Branco (2014), acentua que, para Robert Alexy, norma é princípio ou regra, sendo princípios comandos de otimização e regras comandos definitivos. Para ele, se uma regra é válida deve-se fazer exatamente o que prescreve; em caso de conflito entre elas, necessário declará-la inválida, ou tomá-la como cláusula de exceção da outra. Concernente aos princípios, “há que se apurar o peso (nisto consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 75).

Neste sentido, destaca Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 809-810):

Para Alexy, os princípios são “mandados de otimização”, que devem ser cumpridos na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso. [...] Já as regras não têm esta característica, pois não podem ser cumpridas de forma gradual: elas são cumpridas integralmente ou descumpridas.

Em outras palavras, para Alexy, os princípios são comandos *prima facie*, e não mandamentos definitivos, pois, mesmo quando válidos e incidentes sobre determinado caso, podem ter de ceder na sua solução, total ou parcialmente, em razão de colisão com outros princípios que apontem em direção contrária. Nesses casos, deve-se recorrer a uma ponderação entre os princípios, pautada pelos critérios da proporcionalidade. Já com as regras [...] são comandos definitivos, que, quando válidos e incidentes, devem ser integralmente aplicados. O conflito entre regras [...] é resolvido por meio da invalidação de uma delas, ou do reconhecimento da sua não incidência ao caso, pela introdução de uma cláusula de exceção.

Portanto, no tocante ao conflito de princípios constitucionais, deve-se recorrer ao método da ponderação, “que busca a otimização dos bens jurídicos em jogo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 810); em relação ao conflito entre regras, será “por intermédio de critérios lógicos, qual será a regra aplicável, e as respectivas consequências serão integralmente produzidas” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 810).

Passa-se agora, a análise dos princípios constitucionais em espécie.

1.2 Garantias processuais penais

Apresente-se, neste tópico, sobre as garantias processuais e sua aplicação no processo penal. Neste sentido, descreve-se sobre os princípios norteadores como o da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da legalidade, da motivação das decisões judiciais, da ampla defesa, do contraditório, da duração razoável do processo e da proibição de proteção deficiente.

Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana encontra-se expresso no texto constitucional, precisamente no artigo 1, III, como verdadeiro fundamento do Estado Democrático de Direito e valor fundamental da ordem jurídica. Está assim descrito:

Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Pode-se dizer que aludido princípio é direito fundamental autônomo e que todos os demais direitos fundamentais encontram o seu sentido nele. O princípio da dignidade da pessoa humana desempenha papel como elemento referencial – para aplicação e interpretação dos direitos fundamentais –, bem como condição de fundamento dos direitos fundamentais (SARLET, 2012).

Com efeito, o propósito da dignidade da pessoa humana é a preservação do ser humano – do início ao fim da vida –, assegurando-lhe o mínimo existencial e a autoestima. Neste contexto, importa consignar as duas perspectivas tecidas por Nucci (2015, p. 29-30) sobre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana:

[...] o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo art. 7, IV, da Constituição, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado.

Seja em sua dimensão objetiva ou subjetiva, o princípio da dignidade humana significa – como ideia básica – a proteção do valor pessoal intrínseco de todos os seres humanos. A despeito de ser um princípio de caráter fundamental, não há falar aqui em direito à dignidade, uma vez ser esta inerente ao ser humano; portanto, deve observá-la quando da aplicação dos direitos fundamentais, bem como na ponderação destes no momento de colisão.

Portanto, não deve o ser humano, à luz do referido princípio, ser tratado como mero objeto. Pois tal tratamento, subtrairia sua condição humana. Tratar o ser humano como objeto tiraria a humanidade da pessoa. Lembrar, neste sentido, a concepção de Immanuel Kant: prevalecer a autonomia do sujeito e o homem considerado como fim em si mesmo. Neste contexto, rememora Sarlet (2012, p. 99):

Destacam-se, neste período – séculos XVII e XVIII –, os nomes de Samuel Pufendorf, para quem o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e de agir conforme seu entendimento e sua opção, bem como o de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia), como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como mero objeto.

Continua Sarlet:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida que constitui

elemento que qualifica o ser humano com tal e dele não se pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade (SARLET, 2012, p. 100).

Ressalte-se, por oportuno, que “a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade” (SARLET, 2012, p. 101).

Há lembrar que a Carta Magna não admite pena de morte – a exceção de guerra declarada –, perpétua, tortura ou quaisquer outras modalidades atroztes (art. 5, III, XLVII, CF), haja vista a máxima do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito do processo penal, assegura ao acusado tratamento isonômico – igualmente a paridade de armas perante o *parquet* –, o direito de ser julgado por magistrado imparcial, o devido processo legal, a publicidade dos atos judiciais, o duplo grau de jurisdição, e, no mais a mais, o princípio fundamental da não culpabilidade.

Ora, como leciona Sarlet (2012, p. 101), “o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana parece residir [...] no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)”. Contudo, para que uma pessoa se autodetermine, há mencionar um outro princípio que decorre principalmente da exigência da dignidade da pessoa humana: a liberdade (SARLET, 2012). É por essa e outras razões que o constituinte originário fez menção – no artigo 5, LXV e LXVI, por exemplo – de que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, bem como a de que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988).

Por outro lado, importa ressaltar que o princípio fundamental ora em análise, protege outros direitos e garantias fundamentais, como a vida, a integridade física, a honra, a intimidade, o patrimônio, a liberdade, a segurança, entre outros. Justifica-se, desse modo, “a existência de tipos penais incriminadores, voltados à punição de quem violar os bens jurídicos por eles tutelados, consagra de que o delito, quando concretizado, ofende, de algum modo, a dignidade da pessoa humana” (NUCCI, 2015, p. 30).

Devido processo legal

O primado do devido processo legal está previsto no artigo 5, LIV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Conforme ressalta Tourinho Filho (2013, p. 71) “o devido processo legal, por óbvio, relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como a presunção de inocência [...]”.

Depreende-se deste princípio que a persecução penal deve ser conduzida mediante procedimento regular e legal, em que as provas sejam manifestadamente válidas, perante autoridade competente e respeitadas as garantias da ampla defesa e contraditório (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Na doutrina brasileira tem-se o sentido formal de devido processo legal, dado a Constituição considerar o processo como “autêntica garantia oponível contra o arbítrio estatal, disciplinando-o de modo a afastar o risco de privação da liberdade, bens e direito sem a observância de cautelas básicas fixadas em lei” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 310-311).

Indubitavelmente o princípio do devido processo legal identifica, conjuntamente, outros princípios processuais que lhe são imanentes. Quer dizer: não há falar em devido processo legal sem que haja observância aos princípios da presunção de inocência, do juiz natural, da imparcialidade do julgador, da ampla defesa e do contraditório, da dignidade humana, por exemplo.

Ressalte-se a lição de Mendes (2014, p. 544), a fim de corroborar com o pensamento acima descrito:

“Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se do devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

Logo, o *due process of law* engloba uma série de subprincípios, garantias e prerrogativas, de modo a assegurar a liceidade na condução do processo.

Legalidade

Na dicção de Greco (2016), o princípio da legalidade está intimamente ligado ao conceito de Estado de direito, uma vez ter o condão de afastar o poder absoluto do soberano para dar lugar à imperatividade da lei.

Concernente ao princípio da legalidade na seara penal, Luisi (2003), ao discorrer sobre o tema, aduz que referido princípio desdobra-se em três postulados, isto é: da reserva legal, da determinação taxativa e da irretroatividade.

O postulado da reserva legal está expresso na Carta Política de 1988, precisamente no artigo 5, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Esse postulado dispõe, em outras palavras, que a criação de infrações penais só pode ser formulada a partir da existência de lei.

No tocante à determinação taxativa, “o postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas” (LUIZI, 2003, p. 24).

Todavia, não basta a existência de lei, nem tampouco que seja ela clara e precisa; faz-se necessário que seja anterior ao fato praticado pelo agente. Desse modo, “só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores” (LUIZI, 2003, p. 26).

Motivação das decisões judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais está previsto na Carta Magna, precisamente no artigo 93, IX, decorrente da Emenda Constitucional n. 45/2004, que assim dispõe:

Art. 93, IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

Oportuna a lição de Fernandes (2010, p. 127), que discorre sobre a evolução da análise do referido princípio:

Antes, era tratada como garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão: permitir aos órgãos judiciários de segundo grau o exame da legalidade e da justiça da decisão. Agora, é vista como garantia de ordem política, garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, pela motivação, tem condições de verificar se o juiz decide com imparcialidade e com conhecimento da causa.

Segundo Távora e Alencar (2015, p. 60), “trata-se de autêntica garantia fundamental, decorrendo da fundamentação da decisão judicial o alicerce necessário para a segurança jurídica do caso submetido ao judiciário”. Deste modo, o magistrado tem o dever constitucional de fundamentar a decisão, ficando obrigado a explicar/justificar as razões de seu convencimento.

Com efeito, a fundamentação é a justificativa racional dada pelo magistrado, apta a demonstrar os elementos fáticos e jurídicos valorados por ele no momento da prolação da decisão judicial, de modo que possa ser compreendida (GIACOMOLLI, 2015). Conforme dicção de Giacomolli (2015, p. 227):

A motivação se constitui na ação determinante da razão de ser da decisão, na instrumentalidade orientativa da explicação da decisão. É o motivo que direciona a ação (decidir) num sentido ou no outro (condenar, absolver, decretar a prisão, manter a liberdade, receber ou rejeitar a denúncia).

Por seu turno, o princípio da motivação das decisões judiciais está intrinsicamente ligado ao princípio do livre convencimento do juiz, uma vez a fundamentação da decisão judicial dar-se mediante análise dos fatos e provas trazidos ao processo. A previsão deste princípio – livre convencimento do juiz – encontra guarida no artigo 155 do Código de Processo Penal assim descrito:

Art. 155. O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Desta maneira, o juízo é livre para decidir; todavia, observará a regra da fundamentação da decisão jurisdicional, observadas as provas produzidas em contraditório judicial. Entretanto, releva mencionar, neste ponto, que “a limitação da convicção ao contraditório judicial, não significa supressão à análise do juiz de todos os elementos obtidos na investigação. [...] não se admite é fundar-se a sentença exclusivamente nesses elementos” (FERNANDES, 2010, p. 65).

Ampla defesa e contraditório

O princípio do contraditório e da ampla defesa encontram-se descritos na Constituição Federal no artigo 5, LV, assim mencionado: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Importante ressaltar que os conceitos de ampla defesa e contraditório não se confundem; aquele não é medida deste. A ampla defesa desdobra-se, ainda, em defesa técnica, autodefesa, defesa efetiva e, por fim, podendo ser feita por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado. Enquanto que, no contraditório, assegura-se a garantia da participação no processo, permitindo às partes o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao seu interesse, com paridade de armas (OLIVEIRA, 2014).

Concernente ao princípio do contraditório, Nucci (2014, p. 37) assevera:

Quer dizer que a toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado (art. 5, LV, CF).

Conforme lição de Fernandes (2010, p. 62), exige-se somente a “observância do contraditório, no processo penal, na fase processual, não na fase investigativa”. Isto ocorre, pois, o inquérito policial sequer é considerado procedimento, uma vez que não obedece a um

conjunto ordenado de atos determinados em lei. Ao revés, trata-se tão somente de “atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 103).

Neste rumo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a violação do princípio do contraditório não se aplica à fase da investigação preliminar

Contudo, o Egrégio Tribunal prevê, na Súmula Vinculante n. 14, que:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (BRASIL, 2009).

Há lembrar que mencionado princípio assegura a validade do processo, sob pena de nulidade absoluta quando possível prejuízo ao acusado. Constitui, portanto, pedra fundamental de todo o processo (OLIVEIRA, 2014).

Por seu turno, a ampla defesa tem a ver com a proteção da parte hipossuficiente do processo, uma vez o Estado estar amparado por órgãos constituídos e preparados, tendo acesso a informações e dados de todas as fontes. Dessa maneira, busca-se compensar a força do Estado, ao propiciar ao acusado um tratamento diferenciado e justo (NUCCI, 2014).

Com efeito, o interrogatório é meio de defesa, isto é, direito ao acusado – após inquirição das testemunhas e peritos – de manifestar-se sobre as alegações designadas pela acusação. Fala-se em autodefesa. Assente-se, todavia, que o acusado poderá manter-se calado, por força do texto constitucional (CF, art. 5, LXIII), não estando obrigado a gerar provas contra si mesmo (OLIVEIRA, 2014).

Segundo Távora e Alencar (2015, p. 56), a autodefesa abrange o seguinte desdobramento:

A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, “oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório”, e no direito de presença, “consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas”.

Denomina-se defesa técnica aquela feita por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, exigência esta do artigo 261, do Código de Processo Penal, que menciona “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (BRASIL, 1941).

No que se refere a defesa efetiva, aduz Oliveira (2014, p. 45) que “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado”.

Concernente a possibilidade de ampla defesa por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado, o mesmo autor ressalta que “é possível, também, atribuir à ampla defesa o direito ao aproveitamento, pelo réu, até mesmo de provas obtidas ilicitamente, cuja introdução no processo, em regra, é inadmissível” (OLIVEIRA, 2014, p. 46).

É imperioso destacar que a Constituição Federal de 1988 faz referência no artigo 5, XXXVIII, a chamada plenitude de defesa no âmbito do Tribunal do Júri. Sobre este assunto, Nucci (2014, p. 36) esclarece a diferença entre ampla defesa e plenitude de defesa:

Os vocábulos são diversos e também o seu sentido. *Ampla* quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; *pleno* significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo é, evidentemente, mais forte que o primeiro.

Sobre os efeitos singulares da plenitude de defesa no Tribunal do Júri, destaca o mesmo autor:

a) o juiz, no júri, deve preocupar-se, de modo particularizado, com a qualidade da defesa produzida em plenário, não arriscando a sorte do réu e, sendo preciso, declarando o acusado indefeso, dissolvendo o Conselho e redesignando a sessão (art. 497, V, CPP); b) havendo possibilidade de tréplica, pode a defesa inovar nas suas teses, não representando tal ponto qualquer ofensa ao contraditório, princípio que deve ceder espaço à consagrada *plenitude de defesa*; c) caso a defesa necessite de maior tempo para expor sua tese, sentindo-se limitada pelo período estabelecido na lei ordinária, poderá pedir dilação ao magistrado presidente, sem que isso implique igual concessão ao representante do Ministério Público – desde que haja real necessidade (NUCCI, 2014, p. 37).

Duração razoável do processo

O princípio da duração razoável do processo está expresso na Constituição Federal de 1988, artigo 5, LXXVIII, introduzido por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Com efeito, referido princípio, há muito, encontra-se previsto em convenções internacionais sobre direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

Por seu turno, Mendes e Branco (2014, p. 404) assinala: “a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana. Desse modo, percebe-se ser indissociável a ideia de duração razoável do processo com a máxima da dignidade da pessoa humana, uma vez que a duração desarrazoada se torna verdadeiramente “uma persecução estigmatizadora e cruel, que simboliza, no mais das vezes, verdadeira antecipação de pena” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 69).

Segundo Moraes (2017, p. 84):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Mister destacar que enquanto perdura o processo – sem condenação com trânsito em julgado – o réu é considerado inocente, por força do mencionado artigo 5, LVII, da Constituição Federal. Desse modo, o processo deve se dar em prazo razoável, a fim de inibir possíveis atos desmensurados da autoridade competente em desfavor do indivíduo. É por esta razão que, em casos de segregação ilegal – quando ultrapassa-se determinado prazo da custódia provisória –, determina-se o relaxamento da prisão cautelar, quando não atribuível, excesso prazal, à defesa (MENDES; BRANCO, 2014). Ressalte-se que o excesso de prazo

leva à ilegalidade da prisão cautelar, independente de qual seja a infração, seja ele hediondo ou não (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Com efeito, o direito a celeridade pertence tanto à vítima como ao réu. À vista disso, há a denominada colisão de princípios, conforme preleciona o Ministro Gilmar Mendes e Gonet Branco:

A questão se apresenta como um quadro de colisão de princípios de direitos fundamentais. De um lado o direito da coletividade de ver as normas jurídicas aplicadas e o direito coletivo à segurança, simbolicamente concretizado com o resultado de um processo penal efetivo. De outro lado o direito fundamental a não ser processado indefinidamente e sem qualquer objetividade, que está contido no direito à razoável duração de um feito criminal contra si movido. Também é corolário natural do direito à razoável duração do feito criminal o direito à liberdade garantido contra prisão com excesso de prazo não justificado (MENDES, BRANCO 2014, p. 404).

Logo, para Távora e Alencar (2015 apud Rosito, 2008 p. 36), “o processo deve demorar exatamente o tempo necessário para atender a sua finalidade de resolver o conflito com a justiça”.

Duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição visa ao reexame da causa por órgão jurisdicional superior. Trata-se, verdadeiramente, de princípio básico no processo penal, com previsão implícita na Constituição Federal, haja vista a estrutura do Poder Judiciário em instâncias (NUCCI, 2014).

Mister destacar que referido princípio encontra guarida no Pacto de São José da Costa Rica, adotado pelo Brasil por meio do Decreto n. 678 de 06.11.1993. Discorre no artigo 8, item 2, h, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (ONU, 1948).

Vê-se, portanto, que tanto a Convenção Americana quanto à Constituição Federal de 1988, consagraram referido princípio a fim de propiciar que as decisões proferidas em primeiro grau, fossem reavaliadas por órgão superior competente. Como se sabe, a Constituição de 1988 estabelece a existência de juízes e tribunais, bem como indica a existência de recursos para as Cortes Superiores – como, por exemplo, ordinários

constitucionais, especial, extraordinário. Todavia, não há obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição (MORAES, 2017).

Neste sentido, ressalta Mendes e Branco (2014, p. 401):

O direito ao duplo grau de jurisdição não se realiza em todos os feitos e em todas as instâncias. [...] o Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito, como nas hipóteses em que outorga possibilidade de recurso ordinário ou apelação para instância imediatamente superior (arts. 102, II; 104, II; 108, II) [...] Se a Constituição consagra a competência originária de determinado órgão judicial e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode cogitar de um direito ao duplo grau de jurisdição, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados e convenções internacionais.

Portanto, vê-se que a regra constitucional implícita do duplo grau de jurisdição exige uma dupla análise – uma de caráter monocrática, outra colegiada –, com o propósito de revisar a matéria e verificar possíveis equívocos na decisão proferida em primeiro grau. Notadamente, a revisão dos fatos e das provas pelo órgão colegiado não quer dizer ser este melhor que o juízo monocrático. Trata-se de regra constitucional, com o objetivo de assegurar a segurança jurídica das decisões; bem como, a prevalência do instituto fundamental da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Publicidade do processo

O princípio da publicidade é consectário do princípio da proteção judicial efetiva. Com efeito, propicia – as partes litigantes e a sociedade – a garantia de controle dos atos judiciais praticados no curso processual, podendo ser restringida somente quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, conforme previsão constitucional – artigo 5, LX (MENDES; BRANCO, 2014). Inconteste a correlação intrínseca do referido princípio com a previsão constitucional do artigo 93, IX, da Constituição, que declara:

Art. 93. **Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação** (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Releva consignar a distinção que a doutrina faz entre publicidade geral e publicidade específica. A primeira, “é o acesso aos atos processuais e aos autos do processo a qualquer pessoa”; a segunda, “o acesso restrito aos atos processuais e aos autos do processo às partes envolvidas, entendendo-se o representante do Ministério Público [...] e o defensor (NUCCI, 2014, p. 41).

Proporcionalidade como proibição de proteção deficiente

No capítulo 01, estudamos as normas, regras e princípio, e na temática deste último, estudamos o princípio da proporcionalidade. Aqui, veremos o princípio da proibição de proteção deficiente que decorre do princípio da proporcionalidade.

Ressalte-se decorrer do princípio da proporcionalidade a ideia da proibição do excesso – como atuação negativa do Estado –, bem como a proibição da proteção deficiente – atuação positiva do Estado. Neste sentido, destaca-se a lição de Mendes e Branco (2014, p. 228):

[...] se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (utermässig), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (unverhältnismässig im engeren Sinn).

Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade está previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, assim dispondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Tourinho Filho (2013, p. 73):

Esse princípio nada mais representa que o coroamento *due processo of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre, como bem disse A. Castanheira Neves (Sumários de processo penal, Coimbra: s. n., 1967, p. 26).

Todavia, antes de expor os conceitos doutrinários no tocante ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, necessário uma breve incursão sobre o contexto histórico sobre o referido princípio.

Evolução histórica da presunção de inocência

A doutrina aponta o princípio da presunção de inocência ainda no Direito Romano; todavia, com o advento da Inquisição na Idade Média, esse princípio foi continuamente atacado, dando lugar à presunção de culpabilidade do acusado, conforme aduz Aury Lopes (2016, p. 102-103):

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na Inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade.

Rangel (2017, p. 24) consigna que o princípio da presunção de inocência consagrou-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tendo como marco principal os ares do Iluminismo. Menciona-se em seu artigo 9º: “todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”.

Sobre este assunto, referido autor salienta:

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema, o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado (RANGEL, 2015, p. 23).

Desta maneira, vê-se, portanto, assentar o princípio da presunção de inocência com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; bem como, com o surgimento do sistema acusatório – a partir do declínio do sistema inquisitório –, que possibilitou ao acusado ser tratado com mais dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção (RANGEL, 2015).

Entendimento similar a de Tourinho Filho que aduz:

O princípio remonta ao art. 9, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico-humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve a frente, dentre outros, o Marquês de Beccaria, Voltaire, Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e das torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. (2013, p. 73).

Seguindo o curso da história, ao término da Segunda Guerra Mundial, percebeu-se a necessidade de proteger os direitos e garantias individuais de possíveis abusos; diante disso, impulsionou-se a criação de órgãos de fiscalização internacional e tratados de proteção dos direitos humanos. Em 1945 estabeleceu-se a Organização das Nações Unidas (ONU) a qual instituiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. De igual modo, reafirma o princípio da presunção de inocência no seu artigo XI:

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

Importante frisar que a referida Declaração, conforme sedimenta Flávia Piovesan (2016, p. 223), tem o condão de demarcar as balizas de uma ordem pública mundial no tocante à dignidade da pessoa humana, ao consagrar valores básicos universais. À vista disso, é possível constatar que o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade está intrinsecamente envolto pelo supraprincípio da dignidade humana.

Deste modo, notório o reconhecimento do princípio da presunção de inocência como direito universal do indivíduo, resultante do princípio da dignidade humana. Importante salientar a existência de previsão do referido princípio em outros documentos internacionais, conforme pontua Renato Marcão (2017, p. 78):

Nessa mesma linha de pensamento, diz o art. 8, p. 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada pelo Brasil por meio do decreto n. 678 de 6-11-1993, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprovar legalmente sua culpa”, regra também disposta em outros textos internacionais.

No tocante à presunção de inocência no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, Mendes e Branco (2014) alude que a discussão sobre o princípio da não culpabilidade é anterior à Carta Magna de 1988.

Releva, em sua obra, o caso concreto em que se discutiu, primeiramente no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a possível inconstitucionalidade de lei federal (LC n. 5, de 1970, artigo 1, I, n) frente ao dispositivo constitucional do artigo 153, p. 36, da Constituição de 1967, dado este prever que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Há lembrar, neste ponto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, que, segundo o autor, teria sido incorporada à ordem constitucional brasileira, por meio da cláusula constante do art. 153, p. 36 da Constituição de 1967/1969 (MENDES; BRANCO, 2014).

No caso em análise, o autor discorre que o TSE decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo da lei por contrariar o princípio da presunção da inocência, uma vez que a lei federal dispunha que cidadãos denunciados pela prática de crime não eram elegíveis.

O Supremo Tribunal Federal, em julgado de 17 de novembro de 1976, reformou a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, conforme aduz o autor:

O Supremo Tribunal Federal não aderiu a esse entendimento e, por maioria de votos, reformou a decisão, sem negar, no entanto, que o princípio da presunção da inocência poderia encontrar aplicação na ordem jurídica brasileira. Seria legítimo, todavia, o estabelecimento de restrições legais ao direito do cidadão, ainda que na ausência de decisão judicial definitiva sobre a sua culpabilidade (MENDES; BRANCO, 2014, p. 535).

Logo, é possível verificar que o debate acerca do princípio da presunção de inocência no Brasil é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Frisa-se: referido princípio encontra guarida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948),

incorporada à ordem constitucional brasileira por meio do dispositivo 153, p. 36, da Constituição de 1967/1969.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inseriu-se no texto constitucional, de maneira expressa, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, estabelecendo no artigo 5, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Neste sentido, corrobora Barbagalo (2015, p. 48):

Apesar de as constituições republicanas brasileiras previrem um capítulo referente a “direitos e garantias individuais”, nenhuma delas, antes da Constituição de 1988, acolheu expressamente a garantia da presunção de inocência. A Constituição “cidadã” foi pioneira nessa normatização.

Ainda, Barbagalo (2015, p. 50-51) ao discorrer sobre o trabalho da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, destaca o discurso do professor Cândido Mendes, que abordou em sua exposição, os direitos e garantias processuais penais, bem como o princípio da presunção de inocência:

Como trazer a nossa experiência em alguns princípios, dentro dos quais o problema do direito do preso e o problema, sobretudo – já que não se pode evitar – ao nefando inquérito policial, para que se estabeleçam algumas novas garantias, de modo a poder, efetivamente preservá-lo? Quais são essas garantias? Primeiro, e essa é a grande lição da Suprema Corte Americana, é presumir-se que o silêncio do detido não é por si mesmo incriminatório. Essa é a maneira de se acabar com o crime do camburão, ou seja: com a pancadaria, para que se possa extrair determinadas frases ou palavras que se transformam, sob coação das mais arbitrárias, em veredicto e em libelo para a efetiva escarmentação de um possível condenado. Que se identifiquem os interrogadores, que se possa, sobretudo, permitir que o advogado de defesa do preso seja de sua escolha, que se comunique à família o local da detenção e que se inverta a presunção que hoje caracteriza a posição do Estado dentro da limitação dos direitos das pessoas. E qual é? É a de que hoje se presume a culpabilidade, não a inocência. O princípio da implementação dos direitos humanos, neste aspecto fundamental das garantias, deveria dizer: “presume-se a inocência do cidadão, ou do acusado, até a declaração judicial da sua condenabilidade, ou de sua condenação”. Essa inversão de um princípio da prova, invertida ou alterada, parece-nos um princípio fundamental, que gostaria de trazer à consideração dos Srs. Constituintes.

Entretanto, o mesmo autor acentua que não ocorreu um debate suficiente no tocante às matérias constitucionais – inclusive sobre o tema da presunção de inocência – pela Assembleia Constituinte; antes, quando ocorreram, “foram igualmente superficiais e descompromissados. Aduz: “Pode-se dizer que o texto do art. 5, LVII, da Constituição

Federal reflete tais incoerências. Afinal, qual a exata compreensão daquele: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”? (BARBAGALO, 2015, p. 50).

Por oportuno, é válido mencionar que a redação do artigo 5, LVII, da CF, aprovada pela Assembleia Constituinte, foi apresentada pelo constituinte José Ignácio Ferreira, sob a justificativa, conforme aponta Barbagalo (2015, p. 52): “a proposta visa apenas caracterizar mais tecnicamente a presunção de inocência, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo”.

Adiante, pretende-se demonstrar o posicionamento doutrinário relativos à presunção de inocência e seu reflexo no processo penal.

Análise doutrinária da Presunção de Inocência ou da não culpabilidade

Quanto à nomenclatura do princípio – presunção de inocência ou não culpabilidade – surge a questão se há ou não distinção entre eles. Há posicionamento no sentido de que a “presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina. Não há utilidade prática na distinção” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51).

Neste rumo, elucida Barbagalo (2015, p. 63-64):

Entre nós, alguns doutrinadores entendem que foi adotada a presunção de inocência, mas para outros, o postulado acolhido pela Carta constitucional brasileira foi da não culpabilidade. Há ainda aqueles que afirmam que “a norma constitucional em questão do inciso LVII, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal e outros ainda que afirmam não haver diferença entre os dois.

Com efeito, Badaró, citado por Dezem (2016, p. 195), consigna que “as expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo”. Acentua, ainda, ser inútil e contraproducente a tentativa de distinção entre as duas expressões.

Entretanto, para Lima (2016, p. 19), o texto constitucional previu o princípio da não culpabilidade, sendo este “mais amplo, na medida em que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Superada essa questão, passa-se a análise do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Conforme já mencionado, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade está expresso no artigo 5, LVII, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, um dos princípios basilares da garantia processual penal. Deveras, trata-se de preceito fundamental, devendo ser observado pelo Estado na condução da persecução criminal, uma vez ser o referido princípio informado pelos valores de respeito à dignidade e à liberdade da pessoa humana.

Neste sentido, Alexandre de Moraes (2017, p. 91) aduz:

Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente.

Desse modo, vê-se que o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade visa assegurar ao acusado que – na condução de investigações e na tramitação da ação penal – seja tratado como inocente, pois, ao contrário, transgredir-se-iam o primado da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Ressalte-se: na ausência de decisão definitiva de condenação, o réu deverá ser considerado inocente.

Caberá ao Ministério Público, como acusador, demonstrar as provas suficientes em desfavor do réu, uma vez ser dele o ônus material de provar os fatos narrados na denúncia e não do réu de demonstrar a sua inocência. O réu não poderá ser constrangido a fim de gerar provas contra si mesmo. Neste ponto, lembrar que a Carta Magna consagra, no artigo 5, LXIII, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

Imperioso destacar a lição de Oliveira (2014, p. 48) sobre o tema:

[...] o princípio da inocência, ou *estado ou situação jurídica de inocência*, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. A defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Neste rumo, Aury Lopes Jr. (2016, p. 58) destaca, quanto à fase probatória, as seguintes regras:

a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); **b)** a necessidade comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado **c)** tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); **d)** impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio).

Não obstante, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade não impede a possibilidade de abertura de inquéritos policiais – para investigação de possíveis delitos cometidos –, bem como de prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado (MORAES, 2017).

Entendimento similar a de Tourinho Filho (2014, p. 73), que aduz:

Claro que a expressão “presunção de inocência” não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não serial toleráveis, visto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente. Sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela.

Observe-se que o Código de Processo Penal contempla, em seu artigo 283, similitude com o artigo 5, LVII da Constituição Federal ao proclamar:

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

condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

É válido ressaltar que a redação acima aludida foi dada pela Lei n. 12.403/2011, após a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante ao tema da presunção de inocência no HC n. 84.078 de 2009.

Ressalte-se que em capítulo específico abordar-se-á o princípio da não culpabilidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Adiante, passa-se a análise da execução provisória e os regimes de pena previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

2 EXECUÇÃO PENAL E OS TIPOS DE PENA

Neste capítulo, discorre-se a respeito da aplicação da execução penal no ordenamento jurídico brasileiro, indicando o conceito, finalidades e objetivos, e, ainda, discrimina-se cada uma das espécies de prisão-pena e sem pena: prisões cautelares.

2.1 Conceito de execução penal

A execução penal é desdobramento da fase processual penal, uma vez ser dada nesta etapa a imposição efetiva da pena cominada na sentença penal condenatória, podendo ela ser pena privativa de liberdade, restritiva de direitos, pecuniária ou, ainda, imposição de mandado de segurança. Devidamente a sentença que condenou o acusado torna-se título executivo judicial, passando-se do processo de conhecimento para processo de execução (NUCCI, 2014).

A execução penal, diferentemente da execução civil, instaura-se *ex officio*, isto é, por iniciativa do juiz (art. 674, CPP); bem como, será sempre forçada, uma vez a sujeição à sanção não ser ato voluntário do réu, antes imposição do Estado, decorrência da pretensão punitiva estatal – na qual tornar-se-á pretensão executória. Além disso, não será necessário citar novamente o réu para que se dê início a execução penal – a exceção da pena pecuniária –, mas sim intimação da sentença (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2013).

No tocante à natureza jurídica da execução penal, Nucci (2014, p. 940) assevera que se trata de “[...] processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa”. O mesmo autor (NUCCI, 2014, p. 941) aduz:

O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efeito cumprimento se dê em estabelecimentos administrativos, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento.

Neste contexto, salienta Marcão (2014, p. 33), à luz da jurisprudência, que “a execução tem incontestável caráter de processo judicial contraditório. É de natureza jurisdicional”. Note-se que, do mesmo modo que o processo penal está sujeito à observância dos princípios e garantias constitucionais, igualmente a execução penal. Assim, todas as garantias inerentes ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao direito de não se auto incriminar, entre outros, regem a execução penal. Como destaca Nucci (2014, p. 943), “o estudo da execução penal deve fazer-se sempre ligados aos princípios constitucionais penais e processuais penais”.

Ressalte-se, por oportuno, importante princípio na esfera da execução penal: da humanidade e o da intranscendência. O primeiro, diz respeito a observância de preceitos constitucionais penais, como a proibição de penas de morte – exceto em caso de guerra declarada –, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, e cruéis. Além disso, a garantia constitucional de assegurar ao preso o respeito à sua integridade física e moral e as presidiárias o direito de amamentar seus filhos – art. 5, XLVII, XLVIII e L, CF (NUCCI, 2014).

2.2 Finalidade e objetivos da pena

A finalidade da pena pode variar a depender da teoria. Neste sentir, as teorias chamadas absolutas (retribucionistas ou de retribuição), tem a pena como castigo, um meio de pagar-se pelo crime praticado. Para as teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas), a finalidade da pena subdivide-se em: prevenção especial e geral – a primeira relacionado ao condenado e a segunda com relação a todos. Passa-se a ver conceber a pena não mais como castigo, mas sim como oportunidade ressocializar o criminoso e proteger a sociedade. Há as teorias mistas (ecclética ou intermediária): finalidade preventiva, um misto de educação e correção (MIRABETE, 2004).

Para Nucci (2014), a pena tem caráter retributivo e preventivo nos prismas positivo geral e individual, além do sentido negativo geral e individual. Assim dispõe:

[...] o Estado promove a prevenção geral positiva (demonstra a eficiência do Direito Penal, sua existência, legitimidade e validade) e geral negativa (intimida a quem pensa em delinquir, mas deixa de fazê-lo para não enfrentar as consequências decorrentes da punição). Quanto ao sentenciado,

objetiva-se a prevenção individual positiva (reeducação e ressocialização, na medida do possível e da sua aceitação), bem como a prevenção individual negativa (recolhe-se, quando for o caso, o delinquente ao cárcere para que não torne a ferir outras vítimas.

2.3 Prisão-pena

Para Tourinho Filho (2013, p. 644), prisão-pena “é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”. O mesmo autor (TOURINHO FILHO, 2013, p. 644) faz uma crítica quanto à finalidade da pena-prisão, discorrendo que:

Por mais que se queira negar, a pena é castigo. Diz-se, também, que a sua finalidade precípua é reeducar para ressocializar, reinserir, reintegrar o condenado na comunidade. O cárcere, contudo, não tem função educativa; é simplesmente um castigo, e, como já se disse, esconder sua verdadeira e íntima essência sob outros rótulos é ridículo e vitoriano. Os condenados vivem ali como farrapos humanos, castrados até à esperança.

O artigo 32, do Código de Penal, prevê três espécies de pena, sendo elas as privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. O procedimento para implementação delas está prevista na Lei de Execução Penal (LEP). Passa-se ao estudo, em síntese, de cada modalidade.

Privativa de liberdade

O juiz estabelecerá – na sentença condenatória, atendidos os pressupostos do artigo 59 do Código Penal – o regime inicial de liberdade aplicada. Conforme previsão no Código Penal, art. 33, “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado” (BRASIL, 1940).

Nesse sentir, tem-se a pena privativa de liberdade é como “a sanção penal correspondente à supressão da liberdade de locomoção por determinado período de tempo fixado em decisão condenatória”. A pena de reclusão é direcionada àqueles que cometem crimes mais graves; por outro lado, a pena de detenção é uma pena mais branda, podendo ser cumprida somente nos regimes semiaberto e aberto. (AVENA, 2014, p. 192;195).

Neste contexto, conforme elucida Avena (2014) o regime fechado dar-se-á em estabelecimento prisional, máxima ou média; semiaberto, executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, ou aberto, sendo executada em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Restritiva de direito

A pena restritiva de direitos (PRD) e a transação penal são também chamadas de “penas alternativas”, sendo, portanto, verdadeiras alternativas ao encarceramento. Deste modo, “elas estão intimamente ligadas a uma tendência moderna de abrandamento do rigor punitivo do Estado, e reflexões garantistas colocam-nas à frente do que se revela uma nova postura penal” (MARCÃO, 2014, p. 563). Seu procedimento está previsto nos artigos 147 e diante, da LEP.

Ensina Nucci (2014), que as penas restritivas de direitos podem se dar por prestação de serviço à comunidade, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos – e, no seu curso, o juiz da execução poderá alterá-las, conforme às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento (art. 148, Lei de Execução Penal – LEP).

Pena pecuniária

O procedimento que trata da execução de pena de multa está previsto nos artigos 164 a 170 da LEP. Conforme preceitua Marcão (2014, p. 569), a pena de multa “consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com

destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos”.

Ressalte-se que a pena de multa é considerada dívida de valor, portanto, observar-se as regras contidas na Lei n. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), e sua competência é a do juízo cível. Cabe a Procuradoria Fiscal, propor a execução das multas (NUCCI, 2014, p. 991).

2.4 Prisões sem pena

Visto a modalidade prisão-pena, passa-se a análise da prisão sem pena, isto é, aquela que não deflui de condenação. Com efeito, temos como modalidades de prisão sem pena a prisão civil – aquela decorrente de prisão por inadimplemento de prestação alimentícia, artigo 528, p.3, Lei n. 13.105 –, a prisão pertinente à expulsão e extradição – artigos 69 a 81 da Lei n. 6.815/1980 –, a de natureza constitucional admitida durante o estado de sítio – artigo 139, II da CF, além daquelas de natureza cautelar processual: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e prisão domiciliar (TOURINHO FILHO, 2013).

Para este trabalho, contudo, faz-se necessário o estudo das prisões de natureza cautelar.

2.5 Prisão processual cautelar

Em um Estado Democrático de Direito prima-se para que os direitos e garantias constitucionais sejam sempre observados; mormente na seara penal, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da não culpabilidade. Por esta razão tem-se que a liberdade é a regra, a prisão a exceção. Desta forma, a prisão-pena somente deve ser aplicada quando houver condenação com trânsito em julgado. Ressalte-se, todavia, ser possível a aplicação de prisão cautelar, porém em caráter excepcional, a fim de assegurar o andamento do processo, além de assegurar, em alguns casos, segurança à sociedade (NUCCI, 2014).

Concernente à prisão processual cautelar, Fernandes (2010, p. 284) ressalta que, para sua decretação, deve estar sustentada por dois requisitos, sendo eles:

[...] o *fumus boni iuris*, ou *fumus comissi delicti*, a fumaça do bom direito, que se concretiza no processo penal condenatório pela verificação da presença de elementos indicadores de existência do crime e da autoria; o *periculum in mora*, ou *periculum libertatis*, ou seja, o perigo, o risco de que, com a demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva.

Importa consignar que as prisões cautelares também observam a regra constitucional do artigo 5, LXI e 93, IX da CF, ou seja, sempre devem ser decretadas por autoridade judiciária, devendo ser fundamentadas.

Prisão Temporária

A prisão temporária, de natureza cautelar, encontra-se regulada pela Lei n. 7.960/1989, bem como expressa no artigo 283, do Código de Processo Penal, assim descrita:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, **em virtude de prisão temporária ou** prisão preventiva (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Esta modalidade de prisão cautelar só é cabível, exclusivamente, na fase de investigações de inquérito policial, comportando função de instrumentalidade. Há mencionar que o prazo para o seu estabelecimento é determinado por lei – art. 2, Lei n. 7.960, art. 2, p. 4, Lei n. 8.072/90 –, sendo de 5 (cinco) dias prorrogáveis unicamente por mais 5 (cinco) dias; bem como, de 30 (trinta) dias prorrogáveis apenas por mais 30 (trinta) dias nos casos de crime hediondo e a outros a este comparado. Neste caso, sempre deverá demonstrar a sua extrema necessidade (OLIVEIRA, 2014).

Há ressaltar, todavia, que a decretação de prisão temporária somente dar-se-á após decisão fundamentada de autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, conforme disposição legal prevista no artigo 2, da

Lei n. 7.960/1989. Desse modo, destaca-se que o juiz não pode decretar *ex officio* a prisão temporária (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Os requisitos da prisão temporária estão previstos no artigo 1, incisos I, II e III da Lei n. 7.960-1989, dispondo que a referida medida só será cabível “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”; “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”; ou “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado [...]”, neste último, elenca as hipóteses taxativas de seu cabimento.

Há, entretanto, discussão na doutrina quanto ao cabimento da prisão temporária, isto é, se seria necessário o preenchimento dos três requisitos para justificar a decretação da medida. Távora e Alencar (2015, p. 864 e 865) aponta, quanto ao posicionamento majoritário da doutrina:

Francamente majoritária, admite a temporária com base no inciso III obrigatoriamente, pois ele materializa a fumaça do bom direito para a decretação da medida (*fumus commissi delicti*), por exigir os indícios da concorrência nas infrações (previstas no rol do art. 1, III, Lei n. 7.960/1989), e além dele, uma das hipóteses dos incisos I ou II: ou é imprescindível para as investigações, ou o indiciado não possui residência fixa, ou não fornece elementos para a sua identificação (grifo do autor).

Desta maneira, defende-se, majoritariamente, ser possível a decretação da prisão temporária quando presentes um dos crimes descritos no inciso III mais o inciso I ou II da lei que trata da prisão temporária.

Há entendimento no sentido de que os incisos isoladamente autorizam a medida, outro de ser necessário a conjugação dos três incisos, outro de ser necessário os pressupostos da preventiva para autorizar-se a temporária e outro, ao considerar a inconstitucionalidade formal da medida, por considerar antecipação dos efeitos da sentença condenatória (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Prisão preventiva

Nucci (2014, p. 64) denomina prisão preventiva como “medida cautelar, privativa de liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal, seja no tocante à instrução, seja no referente à segurança pública e aplicação concreta da lei penal”.

Importante ressaltar que a prisão preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5, LVII, CF), uma vez sua decretação destinar-se somente nos casos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, assim descrito:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (BRASIL, 1941).

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “o princípio da não culpabilidade direciona a ter-se a prisão preventiva como exceção. Incumbe, de regra, apurar para, depois de formada a culpa, prender, executando-se a pena” (BRASIL, 2013). Relevante assentar, mais uma vez, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

[...] inexistente, no arcabouço normativo, a segregação automática tendo em conta o delito possivelmente cometido, levando à inversão da ordem do processo-crime, que direciona, presente o princípio da não culpabilidade, a apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução de pena. [...] O clamor social surge como elemento neutro, insuficiente a respaldar a preventiva (BRASIL, 2017).

As hipóteses da prisão preventiva estão previstas nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. É, todavia, no artigo 312 que se extrai o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro, da regra de demonstrar-se a existência do crime e indício mínimos de autoria; o segundo, das hipóteses autorizadoras da prisão: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (FERNANDES, 2010).

Será cabível a prisão por garantia da ordem pública quando manifestada prática de infrações penais pelo acusado, ou quando ser ele agente perigoso, podendo praticar novos delitos. A preventiva para assegurar a ordem econômica visa impedir atuação criminosa do

agente à ordem econômica. No tocante a preventiva por conveniência da instrução criminal, dar-se-á nos casos em que há ameaça a testemunhas ou risco do acusado desfazer-se de provas importantes para a instrução do processo, enquanto que a preventiva para aplicação da lei penal dar-se, geralmente, para evitar a fuga ou o desaparecimento do acusado (FERNANDES, 2010).

Prisão em flagrante

A prisão em flagrante encontra-se prevista nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal; bem como, no artigo 5, LXI da Constituição Federal. Trata-se de modalidade de prisão cautelar que, inicialmente, tem natureza administrativa – podendo ser feita por qualquer pessoa do povo (flagrante facultativo) ou por agentes policiais (flagrante obrigatório). Após, o juiz deverá ser comunicado rapidamente, a fim de mantê-la – tornando-a de natureza judicial – ou decretar-lhe a liberdade provisória. Ressalte-se: somente o juiz pode manter a prisão (NUCCI, 2014).

Neste sentido, Nucci (2014, p. 54) aduz:

A autorização constitucional para a concretização de uma prisão cautelar, sem ordem judicial, decorre da legítima defesa da sociedade, em função da ocorrência delituosa. Não teria sentido algum, diante do gritante fato criminoso, aguardar-se qualquer providência da autoridade judicial, que, ademais, não seria encontrada tão rapidamente quanto demanda a situação.

Fernandes (2010) acentua que os elementos essenciais da prisão em flagrante são a atualidade e a visibilidade. No caso da primeira hipótese, a prisão ocorrerá no momento em que o ato criminoso é praticado ou quando ocorre logo após; verifica-se a segunda hipótese, quando alguém possa certificar a ocorrência do delito, uma vez por estar, no exato momento do crime, no local do fato cometido (FERNANDES, 2010).

O flagrante delito pode ser, ainda, dividido da seguinte maneira, à luz do artigo 302, CPP: flagrante real ou autêntico (inciso I e II – está cometendo a infração penal ou ter acabado de cometê-la), flagrante impróprio, irreal ou não autêntico (inciso III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração) e flagrante presumido (inciso IV – é encontrado, logo após,

com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser autor da infração) (NUCCI, 2014).

Quanto às formalidades da prisão em flagrante, Nucci (2014, p. 55) destaca:

Deve-se apresentar o preso à autoridade competente (como regra, o delegado da área onde ocorreu o crime), que ouvirá os envolvidos: o condutor (pessoa que deu a voz de prisão ao autor), as testemunhas do fato ou, no mínimo, da apresentação do preso à autoridade, bem como o acusado, que possui, por óbvio, o direito ao silêncio, ou seja, presta declarações se quiser.

Essa ordem de inquirição não pode ser invertida ou deturpada, pois macula o auto, permitindo considera-lo ilegal.

Prisão domiciliar

A prisão domiciliar foi inserida no Código de Processo Penal pela Lei n. 12.403/2011, artigos 317 e 318 do citado diploma. Trata-se de medida alternativa à prisão que determina o recolhimento do indiciado ou acusado em sua própria residência. Entretanto, a despeito de cumprir a pena em sua residência, não tira o caráter de seu confinamento, dado a restrição de maior liberdade de locomoção pelo agente (TOURINHO FILHO, 2013).

Entretanto, a lei específica os casos em que poderá ser concedida a prisão domiciliar, em seu artigo 318 do CPP. Neste contexto, narra Tourinho Filho (2013, p. 697):

Permite-se, também, seja a prisão preventiva convalidada em domiciliar nas hipóteses de o indiciado ou réu ser maior de 80 anos de idade, de estar extremamente debilitado por motivo de doença grave, imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos e idade ou com deficiência, e no caso da gestante, a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta e alto risco, ante a exibição de prova idônea comprobatória dos requisitos supracitados.

2.6 Medidas cautelares

As medidas cautelares estão previstas no Código de Processo Penal em seu artigo 319. Trata-se de medida alternativa ao encarceramento, introduzida pela Lei n. 12.403/2011. Nesta linha, consigna Távora e Alencar (2015, p. 946):

Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP).

Entretanto, conforme preceitua Tourinho Filho (2013, p. 703) as “medidas cautelares recém-criadas são de difícil controle, e o Estado sente-se impotente para exigir que as obrigações impostas ao investigado ou réu sejam cumpridas”. O mesmo autor ressalta, ainda, que as medidas cautelares são “como prova de que no nosso ordenamento procuramos preservar o princípio da presunção de inocência” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 703).

3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Discorre-se, neste capítulo, sobre os principais julgados relacionados ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, analisando-se detidamente os argumentos basilares de cada decisão, com o propósito de verificar se a mitigação deste princípio é constitucional ou, ao contrário, fere o preceito constitucional.

Neste sentido, faz-se primeiramente uma análise das decisões tomadas pela Corte, para, logo após, verificar à luz do julgado HC n. 126.292, os argumentos favoráveis e contrários a execução provisória da pena.

3.1 Posição inicial

A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal antes da Constituição de 1988 e até meados de fevereiro de 2009, era no sentido de possibilitar a execução provisória da pena privativa de liberdade, isto é, permitia-se a prisão antes mesmo do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira – datado em 28 de junho de 1991 – posicionou-se da seguinte maneira no Habeas Corpus n. 68.726-DF assim ementado:

Habeas Corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. **A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia privativa, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o p. 2 do art. 27, da Lei n. 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo.** Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, **não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu.** Habeas Corpus indeferido (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Com efeito, os argumentos pautavam-se sobre o fato de os recursos extraordinário e especial serem recebidos tão somente no efeito devolutivo; bem como, a ordem de prisão a

partir de decisão de tribunal ter natureza processual. A finalidade desta prisão considerava a garantia da aplicação da lei penal ou a execução da pena imposta, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa (BRASIL, 1992).

Decisão semelhante foi dada ao Habeas Corpus n. 72.366/SP – Dj. 26.11.1999. Analisava-se a compatibilidade do artigo 594 do Código de Processo Penal (atualmente revogado pela Lei n. 11.719/2008) *versus* o princípio da presunção de inocência. A Suprema Corte assentou, mais uma vez, a tese de que o artigo 5, LVII da Constituição de 1988 não havia revogado o artigo 594 do CPP, dada a exigência de ser primário e ter bons antecedentes para apelar em liberdade. Neste julgado, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, assentou-se que a fundamentação da decisão que condena o acusado em órgão de segundo grau, não se exige a demonstração dos requisitos listados no artigo 312 do Código de Processo Penal. Aqui, a fundamentação para a decretação da prisão decorre tão somente para assegurar a aplicação da lei e a execução da pena aplicada. Veja-se trecho do voto do Ministro Relator:

É bem de ver, desde logo, que, em favor do paciente, não são invocáveis a primariedade e bons antecedentes, requisitos previstos no art. 594 do CPP. Dir-se-á que, durante a instrução criminal, não se vislumbrou necessidade de manter o acusado sob custódia, não havendo surgido fato novo a aconselhar o decreto de prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Dá-se, porém, que a prisão do paciente resulta de causa superveniente à instrução criminal, qual seja, a sentença condenatória. Para desta recorrer, eis que não preenche os requisitos do art. 594 do CPP, prevê a lei há de recolher-se à prisão. Não cabe, por isso mesmo, afirmar que a restrição à liberdade do paciente não está motivada. Prevista em lei, dado que o réu não preenche os pressupostos legais a apelar em liberdade, **não há exigir que adote, na sentença, o magistrado fundamentação, “ad instar”, do decreto de prisão preventiva, com base no art. 312 do CPP, pois, deste, aqui, não se cuida; a prisão decorre da lei processual penal que esta Corte tem como válida** (BRASIL, 2017, grifo nosso).

3.2 Primeira alteração jurisprudencial – Habeas Corpus n. 84.078-MG

Quando do julgamento do Habeas Corpus – HC – n. 84.078, datada de 5 de fevereiro de 2009, importante frisar que a jurisprudência do Supremo Tribunal quanto ao tema da presunção de inocência já não era uníssona, dada a nova composição da Corte. Por este motivo, a primeira turma decidiu afetar ao Tribunal Pleno a orientação dada pelo Ministro Relator Eros Roberto Grau, o qual ampliava o sentido do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade no cumprimento do mandado de prisão.

Com efeito, assentou-se que a prisão somente dar-se-ia após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, à luz do princípio da presunção de inocência. Defendeu-se, contudo, a possibilidade de prisão cautelar para garantia do processo, nas hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Destaca-se a ementa do acórdão:

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 delinquente**".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a 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 quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida (BRASIL, 2010, grifo nosso).

De modo sucinto, destaca-se alguns dos argumentos favoráveis e contrários a nova tese.

Dentre os argumentos favoráveis a mudança, colocava-se que a Lei de Execução Penal condicionava a prisão privativa de liberdade ao trânsito em julgado, aplicando-se a mesma concepção à pena restritiva de direitos. Quanto esta última, o entendimento do STF era no sentido de somente aplicar-se a pena restritiva de direitos após o trânsito em julgado. Nesta perspectiva, defendeu o Relator Ministro Eros Grau:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – indubitavelmente mais grave – enquanto não sobrevier título condenatório definitivo (BRASIL, 2010).

Aqueles que se posicionaram a favor da ampliação do princípio da presunção de inocência, tinham o artigo 5, LVII da Constituição como regra expressa, além de consagrar o mencionado princípio.

Lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski que o STF decidiu que a imposição de redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em virtude de crime funcional, implicava ofensa ao preceito do artigo 5, LVII da CF. Neste ponto, ressaltou o eminente Relator:

Ora, se a corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas (BRASIL, 2010).

Por outro lado, de modo contrário a nova tese, argumentou-se no sentido de que a ausência de efeitos suspensivos – dos recursos especial e extraordinário – operava-se como título de legitimação da execução provisória de sentença penal condenatória; além disso, alegou-se o esgotamento de matéria de fatos e provas nas instâncias ordinárias, sendo de competência das instâncias superiores tão somente a análise de matéria de direito. Ressaltou-se a exigência da repercussão geral no caso dos recursos extraordinários, pretendendo-se demonstrar seu acesso restrito (BRASIL, 2010).

Para os ministros que defendiam a continuidade da jurisprudência vigente, o princípio da presunção de inocência poderia ser ponderado com os demais princípios constitucionais, à luz dos ensinamentos de Dworkin e Alexy. Além disso, destacou-se que o entendimento proposto tornaria a Suprema corte em instância regular, não excepcional (BRASIL, 2010).

A decisão caminhou no sentido de somente permitir-se a prisão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, isto é, após exauridos todos os recursos oponíveis pela defesa, sejam eles ordinários ou extraordinários; ressaltando-se, todavia, que o novo entendimento não impedia a prisão cautelar. Os ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes foram favoráveis ao novo entendimento; vencidos os ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ellen Gracie. Vê-se, portanto, um placar de 7 votos favoráveis e 4 divergentes (BRASIL, 2010).

3.3 Novo entendimento jurisprudencial – Habeas Corpus n. 126.292-SP

A discussão inicial em torno do Habeas Corpus n. 126.292/SP, deu-se, primeiramente, na Segunda Turma da Corte, em que presidia o Ministro Dias Toffoli, sendo relator do referido HC o saudoso Ministro Teori Zavascki. Por indicação do Ministro Teori, optou-se, por decisão unânime da Turma – presentes também os Ministros Celso de Mello, Gilmar

Mendes e Ricardo Lewandowski –, afetar o julgado ao Tribunal Pleno, com a finalidade de rediscutir a matéria, em dezembro de 2015.

Assim foi feito: em 17 de fevereiro de 2016 a mais alta Corte do Brasil reuniu-se com o propósito de rediscutir o postulado do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade no tocante a sua possível relativização, bem como o seu alcance na esfera da execução penal.

Releva mencionar o caso concreto para melhor compreensão do caso. A defesa impetrou HC após decisão do Superior Tribunal de Justiça que denegou o pedido liminar em HC apresentado. O objetivo da defesa era o de afastar decisão do Tribunal de Justiça que expediu mandado de prisão contra o acusado. Este foi sentenciado a uma pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pelo cometimento de crime previsto no artigo 157, p. 2, I e II do Código Penal. Extraí-se do voto do eminente Relator, trecho que demonstra às alegações da defesa:

Neste habeas corpus, a impetrante alega: (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade. (BRASIL, 2016b).

A despeito dos argumentos apresentados pela defesa, o Pleno decidiu, por um placar apertado de 7 (sete) votos a 5 (cinco), pelo indeferimento do pleito, ou seja, pela possibilidade de mitigar o princípio da presunção de inocência e, conseqüentemente, pela execução provisória da pena.

Destaca-se a ementa do julgado sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5, LVII). SENTENÇA PENAL

CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2016b, grifo nosso).

Vê-se, portanto, nova orientação jurisprudencial concernente à matéria. Imperioso ressaltar os aspectos favoráveis e contrários postulados nesta decisão, demonstrada adiante.

Argumentos favoráveis à modificação da jurisprudência

Presunção de inocência – um princípio constitucional em colisão com outros princípios fundamentais constitucionais

Como vimos no capítulo I, subitem 1.1 do item 1, concernente ao estudo de princípios e regras constitucionais, regra opera-se pela aplicação do “tudo ou nada”, enquanto que princípio pode ser ponderado frente a outros princípios constitucionais. No caso sob análise, ressaltou-se que a presunção de inocência é princípio e não regra, e, deste modo, pode-se aplicar a técnica da ponderação quando da ocorrência de colisão entre princípios constitucionais.

Releva mencionar o ensinamento de Gonet Branco (2008, p. 175-176) sobre o tema da ponderação:

O juízo de ponderação [...] vincula-se a ideia de que as normas podem assumir a forma de princípios, comportando, por isso, mitigação na intensidade de sua incidência sobre casos concretos, quando em conflito com outras normas, mantendo, contudo, a sua validade jurídica.

Nesta perspectiva, asseverou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto:

Os direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculadas sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Correndo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se

uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.

Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação tendo como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* (BRASIL, 2016b).

Com efeito, o eminente Ministro Barroso defendeu ser a presunção de inocência um princípio, e, como tal, ser restringido frente à outra garantia constitucional por meio da ponderação de princípios, desde que o seu núcleo essencial não seja infringido. De acordo com o saudoso Ministro Teori Zavascki, o núcleo essencial do mencionado artigo não é transgredido quando “o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual” (BRASIL, 2016b).

Posto está a colisão de direitos fundamentais constitucionais: de um lado o princípio da presunção de inocência – ou não culpabilidade – assegurado no artigo 5, LVII; doutro a efetividade da lei penal, endossados no artigo 5, caput, LXXVIII e 144, todos da Constituição. Sobre este último, retira-se do voto do Ministro Barroso:

De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros (BRASIL, 2016b).

Diante disso, o eminente Ministro Relator, Teori Zavascki, ressaltou a imprescindibilidade de se buscar o equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a

efetividade da função jurisdicional penal, uma vez que este último atende a “valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade” (BRASIL, 2016b).

Também ponderou o Ministro Edson Fachin, ao afirmar que o “princípio da presunção de não culpabilidade [...], em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo” (BRASIL, 2016b).

Deste modo, sustentou-se a possibilidade da gradação do princípio da presunção de inocência, conforme o andamento processual nas instâncias; em outras palavras, afirmou-se que o referido princípio adquire peso gradativamente menor diante de condenações nas instâncias ordinárias, desde que respeitadas as garantias da ampla defesa e contraditório no momento da produção de provas.

Neste rumo, o Ministro Gilmar Mendes consignou:

[...] é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.

Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado (BRASIL, 2016b).

Neste sentido, o voto do Ministro Barroso:

[...] na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas (BRASIL, 2016b).

Neste aspecto, mencionou-se a necessidade de observar o princípio da proporcionalidade, haja vista a colisão de princípios constitucionais fundamentais. Neste ponto, destacou-se que o princípio da proporcionalidade não é tão somente instrumento para controle de excessos no exercício do poder estatal, mas também tutelam bens jurídicos e valores que devem ser protegidos diante de riscos de terceiros. Sendo, portanto, dever do Estado protegê-los.

Ministro Barroso (BRASIL, 2016b) aduz em seu voto:

Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*.

O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e a princípios constitucionalmente tutelados. **A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes** (grifo nosso).

Além disso, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou ser o caso de mutação constitucional, sendo este “mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto” (BRASIL, 2016b), dada a possibilidade de revisão da jurisprudência assentada na Corte (HC n. 84.078-2009-MG).

Os Recursos excepcionais nas Cortes Superiores

Outro argumento favorável à alteração da jurisprudência até então vigente, é a de que os recursos extraordinários – no âmbito do Supremo Tribunal Federal – e especial – impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça – não são dotados de efeitos suspensivos. Isto é, os recursos de natureza extraordinária não suspendem a eficácia do acórdão proferido pelo órgão de segundo grau; além do mais, as Cortes Superiores não revisam fatos e provas, tão somente matéria de direito (BRASIL, 2016b).

É dizer, noutras palavras, que os recursos extraordinário e especial – com previsão nos artigos 102, III e 105, III da Constituição de 1988 – devem somente ser utilizados em casos excepcionalíssimos, conforme as hipóteses listadas na Constituição e observados os pressupostos estabelecidos no plano infralegal (Código de Processo Civil, artigos 1.029 e seguintes) (BRASIL, 2016b).

Há, ainda, concernente ao recurso extraordinário, a exigência de demonstrar-se a repercussão geral (art. 102, p. 3, CF), devendo o recorrente apontar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Com efeito, “o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto” (BRASIL, 2016b).

Neste rumo, consignou o Relator:

[...] os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 6378 do Código de Processo Penal e o art. 27, p. 2, da lei 8.038/1990 (BRASIL, 2016b).

Dessa maneira, asseverou-se que é no juízo de apelação que se exaure o exame da matéria de fatos e de provas, e que é ali que se concretiza o duplo grau de jurisdição, isto é, o reexame da decisão judicial em sua integralidade. Do mesmo modo, asseverou o Ministro Edson Fachin:

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição as versões fáticas apresentadas pelas partes (BRASIL, 2016b).

De acordo com o Relator e, no mesmo sentido aqueles que o seguiram, a impetração dos recursos excepcionais, muita das vezes tem caráter protelatório, com o fim único de se alcançar a prescrição dos delitos cometidos. No seu voto, o Ministro Barroso apontou que somente 1,12% dos recursos criminais impetrados pela defesa são providos, sendo que, na maioria deles, discute-se a progressão de regime, a óbice quanto à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a dosimetria, o reconhecimento de prescrição, entre outros. Destacou que casos de absolvição são raríssimos (BRASIL, 2016b).

Zavascki e Barroso defenderam outros meios aptos a corrigir possíveis injustiças, quando da ocorrência de equívocos pelas instâncias ordinárias: o *habeas corpus* e medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário (BRASIL, 2016b).

O artigo 5-LVII da CF não veda à prisão antes do trânsito em julgado

Uníssonos entre os ministros – que votaram favorável à relativização do princípio da presunção de inocência – é de que não se exige o trânsito em julgado para decretar-se a prisão provisória. Neste sentido, o Ministro Roberto Barroso defendeu que o artigo 5, LVII da Constituição condiciona a culpabilidade ao trânsito em julgado, não a prisão – sendo este condicionado pelo inciso LXI do mesmo artigo (BRASIL, 2016b).

Importante a leitura do artigo 5, LVII e LXI para melhor compreensão:

XI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por **ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

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

Destaca-se a reflexão do Ministro Barroso (BRASIL, 2016b):

Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, conforme se extrai do art. 5, LXI, da Carta de 1988 (grifo do autor).

Do mesmo modo, para a Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2016b), a interpretação a ser dada ao inc. LVII, do artigo 5 da CF, é no sentido de que ninguém será considerado culpado, porém não condenado. Extrai-se trecho do seu voto:

Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive

com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte (BRASIL, 2016b).

Não obstante, o Relator posicionou-se no sentido de que é possível decretar a prisão antes do trânsito em julgado, uma vez que é “nas instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado” (BRASIL, 2016b). Ademais, trouxe a memória a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), aduzindo que:

[...] há o exemplo da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) que, em seu art. 1, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidos por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado (BRASIL, 2016b).

Por outro lado, o Ministro Luiz Fux argumentou na perspectiva de que há coisa julgada em capítulo – não definitivo – quando se exaure a análise de fatos e provas pelas instâncias ordinárias. Menciona o proeminente Ministro:

A coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão.

E é exatamente o que ocorre no processo penal [...], com relação àquela matéria fático-probatória. Há uma coisa julgada singular, porque, aquilo ali, em regra, é imutável, indiscutível, porque não é passível de análise no Tribunal Superior. Só se devolvem questões constitucionais e questões federais.

Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitem em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável de sorte que nada impede, ainda aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento (BRASIL, 2016b).

A Posição das Cortes Superiores e a valorização das instâncias ordinárias

O Ministro Edson Fachin fez uma reflexão, em seu voto, quanto ao papel das Cortes Superiores. Ressaltou que a Suprema Corte é a guardiã da Constituição, cujo dever é a de formular “teses jurídicas, orientando e conferindo segurança jurídica na aplicação das normas constitucionais pelas instâncias jurisdicionais que a precedem” (BRASIL, 2016b), de modo que o papel do Superior Tribunal de Justiça é o de unificar a interpretação das leis federais, no plano infraconstitucional.

Ressaltou que há um “agigantamento” das atribuições da Suprema Corte e, como exemplo citou a competência originária decorrente do foro por prerrogativa de função, a qual não se trata de matéria de uma Corte de Teses Constitucionais. Ainda, destacou que as Cortes Superiores não revisam os recursos interpostos no intuito de revisar as injustiças do caso concreto, dado “um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantando de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças” (BRASIL, 2016b).

Desse modo, pontuou que o acesso às Cortes Superiores é de absoluta excepcionalidade, não procedendo como terceira ou quarta instâncias; ao revés, “seus papéis [serão] de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional” (BRASIL, 2016b).

Quanto às instâncias ordinárias, o emitente Ministro destacou que “as instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes” (BRASIL, 2016b).

Neste rumo, discorreu o Ministro Barroso no tocante ao equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal:

[...] restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil. Aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode presumir, como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto. Em verdade, não direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição: a apreciação pelo STJ e STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental. Desse modo, a mudança de orientação prestigia, ao mesmo tempo, a própria Suprema Corte, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que, deve ter seu tempo e recursos

escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios (BRASIL, 2016b).

Argumentos contrários à modificação da jurisprudência

Limites de ordem semântica: a interpretação literal do artigo 5, LVII da Constituição de 1988

Em posição contrária, a Ministra Rosa Weber abriu a divergência e decidiu pela preservação da jurisprudência até então firmada na Corte. Acentuou sua dificuldade de rever a posição pela só alteração dos integrantes da Corte (BRASIL, 2016b).

De igual modo, o Ministro Marco Aurélio posicionou-se contrário à mudança de entendimento quanto à relativização do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. O ministro demonstrou grande preocupação com a possibilidade de revisão da jurisprudência da Corte, afirmando que o novo posicionamento esvaziava o modelo garantista resultante da Constituição. Para o Ministro, o texto do artigo 5, LVII da Constituição é claro ao declarar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; desta maneira, não comporta interpretações além de sua leitura literal do texto. Conforme subtrai-se do seu voto:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção (BRASIL, 2016b).

Nessa trilha, também seguiu o Ministro Lewandowski, ao discorrer que o texto do inciso LVII, art. 5 da Constituição é taxativo, categórico, não podendo ser interpretado de outra maneira, isto é, deve-se aguardar o trânsito em julgado para prender.

Impacto no sistema carcerário brasileiro

Com razão argumentou-se sobre os prováveis impactos no sistema carcerário com a respectiva mudança de entendimento pela Corte. Neste sentido, lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski que o Brasil hoje ocupa a quarta posição em população carcerária no mundo – atrás somente dos Estados Unidos, da China e da Rússia –, com um total de seiscentos mil presos, sendo que 40% trata-se de presos provisórios (BRASIL, 2016b). Diante desses fatos, o eminente Ministro ponderou:

Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos (BRASIL 2016b).

Neste interim, rememorou-se importantes julgados da Corte – na medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 e no Recurso Extraordinário n. 592.581, de 9 de setembro de 2015 – sobre o estado degradante do sistema carcerário brasileiro, afirmando-se que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2016b).

À vista disso, o Ministro Ricardo Lewandowski criticou o posicionamento daqueles que defendiam a execução provisória da pena – uma vez decisão tão recente que destacava o quão falido estava o sistema penitenciário. Indagou a Corte se facilitariam a entrada de pessoas no sistema prisional, do que ele nomeou, metaforicamente, de Inferno de Dante. Releva mencionar trecho do voto do referido Ministro:

Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, data vênica, me causa a maior estranheza (BRASIL, 2016b).

A lei de execução penal: determinação do trânsito em julgado

O Ministro Celso de Mello trouxe em seu voto importante reflexão sobre a determinação da Lei de Execução penal (LEP) de se aguardar o trânsito em julgado para só após prender – ressalvadas os casos de prisão cautelar. Segundo ele, a LEP impõe “como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado” (BRASIL, 2016b).

Para melhor entendimento, releva mencionar os artigos 105 e 147 da LEP que aduz:

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

Art. 147. **Transitada em julgado** a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, **promoverá a execução**, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares (BRASIL, 1984, grifo nosso).

Nesta perspectiva, há interpretação no sentido de que, ainda que não se aceite os fundamentos basilares do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, há postulado evidente no sentido de somente permitir-se a prisão após o trânsito em julgado, seja ela de caráter de restrição de direitos ou privativa de liberdade.

A impossibilidade de restituir-se a liberdade quando inocente o acusado

Outro aspecto aludido pelos eminentes Ministros é de que há um risco ao decidir-se pela prisão antes do trânsito em julgado, qual seja: tolher a liberdade de um inocente. É dizer: a formação da culpa de uma determinada pessoa somente dar-se após o trânsito em julgado, isto é, após exaurimento das instâncias ordinárias e extraordinárias; caso decida-se pela prisão a partir de decisão que condena em órgão de segundo grau, há o risco de verificar-se, posteriormente, a inocência do acusado, recorrendo-se a absolvição. Neste sentido, ilustrou o Marco Aurélio da seguinte maneira:

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa (BRASIL, 2016b).

Nesta perspectiva, lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski de que há uma preponderância do bem propriedade sobre o bem liberdade no sistema jurídico brasileiro. À luz disso, destacou os crimes de roubo e furto que possuem pena superior aos crimes de lesão corporal ou contra a honra (calúnia, difamação, injúria). Além disso, ressaltou que na seara cível “o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores” (BRASIL, 2016b).

Com efeito, a fim de corroborar seu argumento, mencionou os incisos II e IV do artigo 520, do Código de Processo Civil (CPC) assim descritos:

Art. 520-IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Art. 520-II. fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos (BRASIL, 2015).

Nestes termos, ressaltou a incongruência entre o novo dispositivo do CPC e a possibilidade de executar-se a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, uma vez que, no primeiro, o legislador definiu medidas para se evitar ao máximo prejuízo à parte, enquanto que, na segunda, não seria possível a mesma cautela, dado não ser possível devolver-se a liberdade a quem de direito. Extrai-se do voto do eminente Ministro Lewandowski:

[...] em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de ¼ de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo (BRASIL, 2016b).

Sobre este tema ironizou o Ministro Marco Aurélio, ao mencionar que o “Estado está muito bem financeiramente, poderá indenizar o inocente colocado, por erro Judiciário, atrás das grades (BRASIL, 2016b).

3.4 Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44

A partir do novo entendimento adotado pela Suprema Corte, muitas entidades, partidos políticos, advogados, magistrados, entre outros, expressaram a sua total contrariedade ao novo precedente firmado. Apontaram, dentre diversos contrassensos, a disparidade entre a jurisprudência firmada e a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) que assim dispõe:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Importa consignar que a redação do disposto acima foi dada pela Lei n. 12.403/2011, após o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no precedente HC n. 84.078 que condicionou a prisão ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Diante disso, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram, respectivamente, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n. 43 e n. 44, a fim de que o STF declarasse a constitucionalidade do dispositivo. Para as entidades, o postulado condiciona o início do cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Partido Ecológico Nacional argumentou, em síntese, que o preceito 283 do CPP alcança o princípio da não culpabilidade, uma vez a consonância com o texto constitucional do artigo 5, LVII da Constituição; além de que o cumprimento de pena antes do trânsito em

julgado não figurar no ordenamento jurídico brasileiro. Destacou importante julgado do STF no bojo da ADPF n. 347, em que se declarou o estado inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Bem como, sinalizou que no tocante à temática criminal, as funções constitucionais exercidas pelo STF e STJ não se coadunam, uma vez que as atribuições deste último são “plenamente compatíveis com o perfil institucional de Tribunal de Cassação, resultando na necessidade de condicionar a execução antecipada da pena ao crivo do Superior” (BRASIL, 2016a).

Neste sentido, requereu, em caráter cautelar, a suspensão das execuções provisórias de sanção de prisão até o trânsito em julgado, a não deflagração de novas execuções provisórias, bem como a aplicação das medidas alternativas à prisão para aqueles que sofreram a constrição mediante execução provisória da pena. Subsidiariamente, pleiteou o condicionamento da execução provisória ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial (BRASIL, 2016a).

De igual modo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pleiteou a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP, mediante a tese da constitucionalidade espelhada, “segundo a qual se reconhece a compatibilidade de dispositivo infraconstitucional no que reproduz a ordem da Carta Federal” (BRASIL, 2016a). Consignou tratar-se de “mutilação constitucional” a nova interpretação dada pelo Supremo ao artigo 5, LVII da CF. Asseverou serem nulas as decisões que determinam a execução provisória de decisão condenatória, uma vez não afastada expressamente pelo Plenário da Corte a inconstitucionalidade do dispositivo 283 do CPP, evidenciando, desta maneira, afronta ao postulado 97 da Constituição Federal que dispõe sobre a reserva do plenário. Pleiteou-se em caráter liminar a suspensão da execução antecipada da pena, haja vista ofensa à cláusula de reserva de plenário.

Com efeito, dada a similitude dos objetos das respectivas ações, determinou-se o apensamento da ADC n. 44 à ADC 43.

Em outubro de 2016 o Supremo Tribunal Federal, em decisão apertada de 6 a 5, indeferiu os pedidos cautelares, e mui se utilizou dos argumentos já apresentados no bojo do HC n. 126.292. O Relator das ações, Ministro Marco Aurélio, ponderou, mais uma vez, a interpretação restrita do artigo 5, LVII da CF ao afirmar que “a literalidade do preceito não

deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior” (BRASIL, 2016a).

Neste sentido, deferiu os pedidos cautelares, ao afirmar a tese de que a execução provisória da sentença penal condenatória ser incompatível com o direito do réu de ser presumido inocente até o trânsito em julgado de sua condenação criminal, conforme disposição do artigo 5, LVII da CF. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Rosa Weber e Dias Toffoli – com algumas ponderações – acompanharam o Relator.

Releva consignar que o Ministro Dias Toffoli posicionou-se de modo contrário ao que estabelecera no HC n. 126.292. Neste último, defendeu a execução provisória de sentença condenatória a partir de decisão de segundo grau que confirma a condenação. Por sua vez, nas ADC’s n. 43 e 44, assentou ser inequívoca a compatibilidade do artigo 283 do CPP com o artigo 5, LVII da CF, sendo necessário uma interpretação conforme à Constituição Federal. Neste contexto, defendeu que “a execução provisória da pena, por tratar o imputado como culpado e configurar punição antecipada, violaria a presunção de inocência como “norma de tratamento, bem como a expressa disposição do art. 283 do Código de Processo Penal”. (BRASIL, 2016a).

Por seu turno, o referido Ministro lembrou que a via do recurso extraordinário transcende os interesses subjetivos do recorrente, dada a exigência constitucional da repercussão geral – artigo 102, p. 3, da CF. Desse modo, não se prestaria à correção de ilegalidades de cunho meramente individual. Ao revés, o recurso especial “embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual” (BRASIL, 2016a). Defendeu a não execução da pena provisória, enquanto pendentes o recurso especial (REsp) ou o recurso especial com agravo (AREsp).

Neste sentir, assentou o Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2016a):

Na esteira dessa interpretação, se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável – **reputo viável a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça** (grifo do autor).

Por sua vez, o Ministro Fachin salientou novamente um dos argumentos já defendidos no HC n. 126.292: o princípio da proibição de proteção insuficiente. Neste sentido, lembrou que os organismos internacionais de tutela direitos humanos têm advertido o Brasil quanto ao sistema de proteção penal a direitos humanos básicos. Ressaltou em seu julgado alguns casos emblemáticos que serão transcritos a seguir:

O caso mais notório, julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, teve como autora Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte de seu marido, que tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas durante toda sua vida matrimonial. O Ministério Público ofereceu denúncia contra o agressor em 28.09.1984, porém passados dezessete anos da data dos fatos, sem que o Poder Judiciário brasileiro tivesse proferido uma sentença definitiva sobre o caso que se aproximava da prescrição, a Comissão condenou o Brasil, por reconhecer a ineficiência da proteção penal à vítima, a uma série de medidas que resultaram, por exemplo, na conhecida Lei n. 11.340/2006.

[...] o caso Sétimo Garibaldi versus Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 23 de setembro de 2009. A Corte condenou o Brasil por reconhecer a inefetividade do Estado brasileiro em oferecer uma resposta para a morte de Sétimo Garibaldi, ocorrida em 27 de novembro de 1998, no Município de Querência do Norte no Estado do Paraná, onde foi vitimado. Considerou a Corte que há direito de obter uma resposta justa e efetiva sobre o acontecido.

A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos levou à condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, no caso Ximenes Lopes versus Brasil. Damião Ximenes Lopes era deficiente mental e foi vítima de maus tratos em uma casa de repouso no Município de Sobral/CE, os quais foram causa de sua morte. Na condenação, dentre outras razões, a Corte considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Considerou-se que após 06 (seis) anos não havia sequer sentença de primeiro grau.

[...] o Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão. Entre 1991 e 2003, uma série de homicídios foi praticada no Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos. Apurou-se o total de 28 homicídios, tendo a maioria dos corpos sido encontrada com as genitais mutiladas. O Brasil firmou acordo reconhecendo uma série de compromissos em decorrência disso (BRASIL, 2016a).

O Ministro Fachin quis demonstrar, por meio dos casos concretos em que o Brasil foi notificado pela Corte Interamericana, que o novo posicionamento nada tem a ver com o clamor punitivista da sociedade em razão dos crimes de colarinho branco. Na realidade, sobrevém à luz do princípio da proibição de proteção deficiente e a atenção dada as diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2016a).

O Ministro mais uma vez lembrou que os recursos extraordinários e especial não são dotados de efeito suspensivo, conforme preceitua o artigo 617 do CPP e, por força do artigo 3 do CPP, o artigo 995 c/c artigo 1.029, p. 5 do Código de Processo Civil (haja vista a revogação expressa do artigo 27, p.2 da Lei n.8.038/90, após a entrada em vigor do CPC, as regras passaram a ser disciplinas por esse diploma). Neste rumo, deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 283 do CPP, no sentido de que é “coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”. (BRASIL, 2016a). Neste sentir, também se posicionaram os Ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Teori Zavascki, Cármen Lúcia.

A fim de corroborar o seu posicionamento, o Ministro Barroso apresentou dados da assessoria de gestão estratégica do STF – concernente ao período de 01.01.2009 a 19.04.2016 – de que apenas 1,12% são providos em favor da defesa – consistindo em provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria. No tocante às decisões absolutórias, pontuou não ultrapassarem o percentual de 0,1% – identificadas 9 (nove) decisões absolutórias no período retrocitado, o que representa 0,035%. No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro apontou o percentual de 9,1% de provimento de recursos especiais – aqui não há como saber o que resultou em absolvição –, de acordo com estudos da Fundação Getúlio Vargas (BRASIL, 2016a).

Em síntese, os Ministros favoráveis ao novo posicionamento assumido pela Corte, conferiram interpretação conforme à Constituição ao artigo do 283 do CPP, para concluir pela possibilidade de execução provisória da pena após decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em síntese, pelos seguintes fundamentos: a não possibilidade de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário; aplicação do princípio da proporcionalidade da proibição insuficiente; ponderação entre bens jurídicos constitucionais; trânsito em julgado condiciona a culpabilidade e não a prisão e o baixo índice de provimento de recursos extraordinários nas Cortes Superiores.

Efeitos da decisão na Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade está prevista na Lei n. 9.868/1999, cuja finalidade é declarar a constitucionalidade – ou não – de uma lei ou ato normativo federal, produzindo efeitos erga omnes (contra todos) e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e Executivo (MORAES, 2017).

Sobre os efeitos da decisão, aduz a Constituição (BRASIL, 1988):

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (grifo nosso).

Conforme preceitua Gilmar Mendes (2014) a medida cautelar em ADC tem a sua origem, inicialmente, por construção jurisprudencial no STF, que a admitiu no bojo da ADC n. 4, com fundamento no poder geral de cautela. Atualmente está prevista na Lei n. 9.868/99 em seu artigo 21, assim dispondo:

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Ressalte-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADC n. 43 e n. 44 deu-se em caráter cautelar. Por sua vez, há controvérsias quanto à possibilidade de se estender ou não os efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões decididas em medida cautelar, uma vez a Constituição Federal falar em decisões definitivas de mérito.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADC n. 4 (BRASIL, 2016a), entendeu, por maioria de seus membros, ser cabível a atribuição de efeito vinculante e erga omnes em sede de liminar na ação declaratória de constitucionalidade.

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello, entende não ser possível, conforme pontuou no ARE-RG n. 964.246-SP (item a ser visto logo em seguida), ao tratar sobre o novo entendimento adotado pelo STF quanto à execução provisória da pena a partir de decisão recursal. Aduziu:

Não reconheço, contudo, que esse entendimento **constitua expressão** de diretriz jurisprudencial prevalecente no Supremo Tribunal Federal, **pois, a tal respeito, somente há uma** decisão proferida em “*habeas corpus*” (HC 126.292/SP) e duas outras, sem efeito vinculante, **proferidas, em sede meramente cautelar**, em ações declaratórias de constitucionalidade (ADC 43-MC-DF e ADC 44-MC-DF) (BRASIL, 2016d, grifo do autor).

No entanto, conforme preceitua Lenza (2016), a posição majoritária é no sentido de estender-se o efeito vinculante e contra todos na medida cautelar em ação de declaração de constitucionalidade.

3.5 Decisão em sede de repercussão geral: ARE-RG n. 964.246-SP

Em novembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a repercussão geral da matéria. Por meio do Plenário Virtual o STF reafirmou a atual jurisprudência assentada no HC n. 126.292 e nas ADC-s n. 43 e n. 44. Por tratar-se de reafirmação de jurisprudência, o STF proferiu a decisão de mérito no próprio Plenário Virtual, de modo a autorizar a execução provisória do acórdão penal condenatório a partir de decisão de segundo grau, ainda que pendentes os recursos extraordinário e especial.

A ementa do julgado ficou assim redigida:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica **reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal**

condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5o, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2016d, grifo nosso).

Efeitos da decisão em recurso extraordinário com repercussão geral

A Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe a previsão da repercussão geral, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário em que se deve demonstrar a relevância constitucional da matéria e o interesse público em discuti-la, prevista no artigo 102, p. 3 da Constituição.

Com efeito, questiona-se quais os efeitos da decisão do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Monnerat (2014, p. 233) aduz possuir efeitos erga omnes, e efeito similar ao vinculante. Conforme preceitua o autor:

É possível falar-se em efeito erga omnes dado que a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da repercussão geral de determinada questão constitucional será aplicada a todos aqueles que se encontrarem na mesma situação processual, isto é, que discutam em um determinado recurso extraordinário a mesma questão constitucional

Quanto ao efeito vinculante, se o mesmo não está previsto na Constituição Federal nem na lei tal como os efeitos da súmula vinculante, é certo que um efeito muito próximo disso será alcançado na prática.

Entretanto, Coelho (2015, p. 57) defende que a repercussão geral possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. Conforme suas palavras:

A introdução do requisito da repercussão geral inaugurou uma nova forma de controle de constitucionalidade que se dará em um processo híbrido. Ora como feições objetivas (participação do *amicus curiae*, eficácia erga omnes e efeito

vinculante da decisão), ora com feições subjetivas (os interesses concretos do processo e estão em verdadeiro contencioso constitucional).

Importante consignar que, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os efeitos das decisões em controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos expansivos, de modo a expandir os efeitos dos precedentes judiciais, conforme decisão na Reclamação n. 4335-AC. O acórdão em questão ficou assim ementado:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2, p. 2, da Lei n. 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP; Rel. Min. Marco Aurélio, Dj 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. **Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão.** 6. Reclamação julgada procedente (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

Deste modo, sendo o recurso extraordinário com repercussão geral ação deflagrada no curso do controle incidental, entende-se ter efeitos expansivos – não vinculante. Lembrar que o artigo 1.035, p. 1 do Código de Processo Civil (CPC) ressalta que “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. É dizer: a análise de recurso extraordinário com a repercussão geral somente dar-se-á quando relevante objetivamente, de modo a instituir efeitos não somente entre as partes do processo, mas efeitos gerais, sendo efetivo instrumento de efetivação da jurisdição constitucional.

Frise-se que o novo CPC, em seus artigos 926 e 927, reclama pela observância das decisões proferidas pelas Cortes Superiores, com o intento de estabelecer-se a cultura dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TEMA

O tema aqui proposto é, indubitavelmente, complexo: de um lado temos a possível taxatividade do artigo 5, LVII da CF aduzindo não ser possível considerar o réu culpado sem antes transitar em julgado a sentença definitiva; doutro, à alegação da efetividade jurisdicional em face dos bens jurídicos igualmente protegidos pela Constituição. Seria audacioso da parte da orientada dizer que determinada posição é a correta e a outra errada; na esfera jurídica, deve-se ater aos argumentos expostos e verificar sua coerência com o ordenamento jurídico – precipuamente com sua Carta Maior. Percebe-se, todavia, que ambos os argumentos são sobremodo fundamentados, inspirados na vasta doutrina e jurisprudência, utilizando-se, contudo, modos diversos na técnica hermenêutica.

Após vasta leitura sobre o tema, a aluna posiciona-se favorável a execução provisória da pena posta como está, pelas razões apresentadas adiante.

Para Bonavides (2014, p. 447), a interpretação de normas jurídicas é “evidentemente de operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa”. O autor ressalta que não há norma jurídica que prescindia de interpretação e defende que “a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade” (BOVAVIDES, 2014, p. 448).

Desse modo, a fim de assentar o posicionamento, recorre-se a estudo da técnica hermenêutica sistêmica – método clássico de interpretação –, bem como aos estudos mais recentes da teoria de direito fundamentais quanto à definição de regras e princípios constitucionais.

Ora, não se deve realizar a leitura isolada de determinada norma, ao revés, tem de se considerar todo o arcabouço jurídico, sob pena do intérprete alcançar resultado insuficiente na resolução dos conflitos trazidos à sua análise. Sobremodo, na interpretação da Constituição, deve-se considerar todo o texto constitucional, a fim de atingir o verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica. É dizer: a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, devendo-se interpretá-la sistematicamente, à luz do princípio da unidade da Constituição.

Sobre o método lógico sistemático, elucida Bonavides (2014, p. 455)

A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema.

É a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica, tomando em conta, como já evidenciara Enneccerus, ‘a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos’, até alcançar ‘o laço que une todas as regras e instituições num todo coerente’.

Deste modo, o princípio da não culpabilidade não pode ser interpretado isoladamente; deve-se, todavia, ser compreendido a partir da leitura do texto constitucional como um todo. Ora, caso opte-se pela leitura insulada do artigo 5, LVII da Constituição que aduz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não poder-se-ia, do mesmo modo, admitir as prisões cautelares – que muitas vezes ocorre antes mesmo da primeira decisão condenatória –, prisão em decorrência de extradição, para fins de expulsão, deportação, militar e cível (no caso de inadimplemento de pensão alimentícia).

Como bem salientou o Ministro Barroso, a Constituição distingue o regime da culpabilidade e o da prisão. Para decretar-se a prisão, necessário antes ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5, LXI, CF) – com exceção das disciplinares militares. Deste modo, à luz deste inciso, é possível estabelecer as prisões supracitadas no parágrafo anterior (BRASIL, 2016b).

Entretanto, à luz da sistemática da Constituição, deve-se evitar a indevida restrição à liberdade, devendo esta, se necessário, ser escrita e fundamentada (art. 5, LXI, CF): no caso de prisão ilegal, imperioso relaxá-la imediatamente (art. 5, LXV, CF); concessão de liberdade provisória quando a lei assim admitir (art. 5, LXV, CF).

Outra técnica hermenêutica que leva à compreensão de ser possível a execução provisória da pena, já muito discutida nos acórdãos acima aludidos, é a distinção entre regras e princípios constitucionais. À vista disso, tem-se que, na realidade, o artigo 5, LVII da CF, é princípio, não regra, devendo ser balizado com os demais princípios e garantias

constitucionais. É dizer: o princípio da culpabilidade não é absoluto. Deveras, quando do julgamento do réu pelas vias ordinárias, o princípio constitucional da não-culpabilidade deve preponderar; contudo, após exauridas as instâncias ordinárias – obedecida à regra constitucional do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, bem como asseguradas todos os meios de defesa ao réu – manifesta-se a colisão de princípios constitucionais, reclamando, portanto, que o princípio da presunção de inocência esmaieça ante o princípio da efetividade penal – em favor dos objetivos da prevenção geral e específica do Direito Penal e dos bens jurídicos igualmente tutelados pela Constituição como a vida, dignidade da pessoa humana, integridade física e moral (art. 5, caput, CF), a duração razoável do processo (art. 5, LXXVIII), bem como a segurança pública (art. 144, CF).

Como bem ilustrou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADC n. 44/DF:

A cláusula não obsta que a lei regule os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam fundadas razões; para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (BRASIL, 2016a).

Por seu turno, a Constituição de modo algum afirma ser necessário o exaurimento de toda a via recursal – recursos ordinários e extraordinários – para decretar-se a prisão. Como se sabe, os recursos extraordinários não possuem efeitos suspensivos. Conforme preceitua Barbagalo (2015) o recurso extraordinário desde a sua origem no Brasil jamais foi acompanhado de efeito suspensivo. Ora, com o advento da repercussão geral no recurso extraordinário, patente que as questões ali versadas devem transcender às questões subjetivas das partes.

Repisa-se: os recursos excepcionais não possuem efeitos suspensivos (artigo 617, CPP e artigo 1.029, p. 5, CPC, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do artigo 3 do CPP). Entendimento diverso pela Corte conferiria aos recursos excepcionais efeitos suspensivos para todo e qualquer recurso contra decisão penal condenatória de forma indistinta. Neste caso, há contrassensos: pode o Poder Judiciário contrariar a vontade do legislador e conferir efeitos suspensivos aos recursos extraordinários, malgrado previsão expressa em sentido contrário? Caso entender-se possível, far-se-ia a declaração de inconstitucionalidade tácita de tais normas e aqui ocorreria o denominado ativismo judicial.

Por sua vez, a Constituição traz em seu texto, implicitamente, o denominado princípio do duplo grau de jurisdição. O objetivo deste preceito é que seja assegurado ao réu que a decisão de juízo monocrático seja revista por órgão julgador competente. No caso dos réus que detém o foro de prerrogativa de função e que são julgados unicamente pela instância competente, entende-se não haver transgressão deste postulado, uma vez que seu julgamento far-se-á pelo colegiado, isto é, por juízes capacitados e mais experientes. Não obstante, a Constituição não fala em 3 (terceiro) ou 4 (quarto) graus de jurisdição.

Ora, não cabe às Cortes Superiores revolverem a análise de fatos e provas já amplamente debatidos nas vias ordinárias. Entendimento diverso tornaria os tribunais e os juízos de primeiro grau meras instâncias de passagem, retirando-lhe a credibilidade e a efetividade de suas decisões.

Conforme aludiu o Ministro Barroso (BRASIL, 2016a):

[...] a) sempre que houver um tribunal acima de outro, com poder de revisão, haverá reforma. A questão, portanto, é de competência, e não de justiça; e [...] o tratamento de desprezo e desprestígio que tem sido dado aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais, como instâncias incapazes de aplicar o direito com competência e seriedade, é preocupante. **Ou estes tribunais funcionam muito mal e precisamos voltar nossa atenção para eles; ou a crítica é injusta e deve ser revista.** Em qualquer caso, a solução não é o modelo de processos que não terminam nunca (grifo nosso).

Nesta senda, o Ministro Fachin consignou na decisão do HC n. 133.387/DF:

Afinal, se a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, após devido processo legal, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente **estariamos a afirmar que a Constituição erigiu um a presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias** (BRASIL, 2016c, grifo nosso).

Inconteste que a Constituição adotou o sistema penal para reprimir as ações ilícitas contra bens jurídicos relevantes, quer se queira ou não. Como vimos, a finalidade da pena tem caráter retributivo e preventivo, tendo por objetivos a prevenção geral e especial. A primeira, cuida-se em demonstrar a eficiência do Direito Penal à sociedade (perspectiva positiva), bem como intimidar possíveis atos ilícitos (perspectiva negativa); a segunda é direcionada ao

implicado, com o intuito de ressocializá-lo (prevenção positiva) e de impedir que cometa novos crimes (prevenção negativa).

Ora, os objetivos da pena perdem seu real sentido no momento em que ocorrem as prescrições dos delitos cometidos, ou quando sobrevém a prisão somente anos depois, quiçá décadas. A fim de ilustrar tal assertiva, sobreleva mencionar o caso concreto julgado no HC n. 84.078/MG, paradigma em que se assentou o entendimento de executar-se a pena apenas quando do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme expõe Barbargalo (2015):

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

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

É o retrato de mais um Recurso Especial que sequer foi conhecido pela instância especial em decorrência da prescrição. Não houve recurso e os autos baixaram ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (grifo nosso).

Frise-se, igualmente, o caso Pimenta Neves, conforme consigna o Ministro Barroso (BRASIL, 2016a) no julgamento da ADC 43 e 44:

Um jornalista matou a sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, continuava em liberdade passados mais de dez anos do fato, vivendo uma vida normal. Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai a vítima narra “um dia eu liguei para a casa dele e disse: ‘você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar o seu pescoço’. Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar R\$5 mil a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados”. **O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e estimulava as pessoas a voltarem ao tempo da vingança privada e quererem fazer justiça com as próprias mãos** (grifo do autor).

Vê-se, portanto, que o sistema que sobreleva o princípio da presunção de não culpabilidade – ou de inocência – acima de quaisquer circunstâncias, colando-o no patamar de princípio absoluto, agride frontalmente o princípio da prestação jurisdicional efetiva, precipuamente a diretriz da proibição de proteção deficiente.

Ora, conforme visto no último caso, a sensação de impunidade no caso de Pimenta Neves levou o pai de Sandra Gomide a perscrutar a possibilidade de fazer justiça por ele mesmo, dada a impressão que neste país o crime compensa. Não se pode rejeitar a dupla função do processo penal que, conforme ressalta Barbagalo (2015) é de “**garantia de defesa individual e de persecução penal**” (grifo nosso).

Frise-se, por seu turno, que o nosso sistema sempre admitiu a execução provisória – mesmo com o advento do julgamento do HC n. 84.078. A súmula 716 do Supremo Tribunal Federal assim dispõe: “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo determinada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” (BRASIL, 2003). Não resta dúvidas de que se trata de execução provisória.

Desta feita, não há impedimento para executar-se provisoriamente a pena para progressão de regime do acusado, mesmo antes do trânsito em julgado; tem-se, do mesmo modo, não haver embaraço na efetivação da execução provisória de sentença penal recorrível. Na linha do que entende Barbagalo (2015, P. 204) “[...] antes de ofender a Constituição, a execução provisória, nos termos propostos, convergiria com os ditames constitucionais de efetividade da jurisdição sem fazer soçobrar as garantias processuais”.

Pontos controvertidos da nova decisão do STF: algumas considerações

Da detida leitura dos acórdãos sobre o tema proposto neste trabalho, surgiram algumas dúvidas sobre alguns pontos controvertidos nas decisões – ADCs n. 43 e n. 44, ARE-RG n. 964246-SP e HC n. 126.292. Com efeito, a fim de esclarecê-los, a orientanda utilizou-se do método de questionário aberto e direcionou-o à especialistas da área, todos com vivência e prática na atividade criminal. Foram elaboradas 5 (cinco) questões concernentes à necessidade de fundamentação de órgão que julga a apelação para decretar-se a prisão, à natureza jurídica da execução provisória da pena, à possível inobservância ao princípio da não *reformatio in pejus*, ao local de prisão deste preso provisório, bem como sobre as possíveis consequências ou benesses de eventual mudança de entendimento pela Corte.

Participaram deste trabalho o Dr. Leonardo Hernandez dos Santos Soares – Juiz Federal da Vara Federal de Bom Jesus da Lapa/BA –, Dr. Mateus de Freitas Cavalcanti Costa – Juiz Federal, atualmente assessorando a Ministra Rosa Weber no Supremo Tribunal Federal –, Dr. Alexandre Camanho de Assis – Procurador Regional da República da 1 Região – e Dr. Mário José Gisi – Subprocurador da República. Ressalte-se, por seu turno, que as respectivas respostas baseiam-se na convicção particular de cada um sobre o tema.

Adiante, apresenta-se o inteiro teor das respostas obtidas e as respectivas questões encontram-se no Apêndice A.

Sobre a necessidade de fundamentação específica pelo órgão julgador para decretar-se a execução provisória da pena

O Supremo Tribunal Federal consignou ser possível a expedição de mandado de prisão a partir de decisão condenatória de segundo grau sem a imposição de fundamentação específica desta decisão. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2016a):

Com o esgotamento das instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP), necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Nessa

hipótese, dispensa-se a motivação específica pelo magistrado da necessidade de “garantia da ordem pública” e do não cabimento de medidas cautelares alternativas (grifo nosso).

Deste modo, questionou-se aos especialistas, se esta orientação do Supremo transgredir o imperativo constitucional da motivação das decisões judiciais, à luz dos artigos 5, LXI e 93, IX, todos da Constituição Federal.

De acordo com Leonardo Hernandez:

As decisões do Supremo Tribunal Federal que assentaram acerca da possibilidade da execução provisória da pena após confirmação da segunda instância não dispensam a fundamentação da sua necessidade da constrição da liberdade. Primeiro caso e contrassenso, o réu respondeu a todo o processo em liberdade e teve a sua condenação mantida em segunda instância seria razoável o Estado Juiz mandá-lo para o cárcere? Entendo que não e este caso necessitaria de fundamentação a fim de evitar uma nítida incongruência no sistema, qual seja, uma mera confirmação em segunda instância ir além do juízo originário que entendeu pela desnecessidade do cárcere provisório. Segundo caso e contrassenso, o réu teve sua prisão cautelar decretada em primeira instância, sobreveio a condenação, mas em segunda instância ou instância especial ou extraordinária teve um HC deferindo a sua liberdade. Nessa situação hipotética, ainda manteríamos o contrassenso, pois novamente foi entendido pela manutenção da liberdade do réu e a mera confirmação sem fundamentação seria incongruente com o sistema de garantias e liberdade individuais estabelecido pela Declaração Universal de Direitos Humanos e Declaração Americana de Direitos Humanos. Terceiro caso e contrassenso, o réu respondeu a todo o processo segregado cautelarmente e teve a sua condenação mantida em segunda instância. Neste caso, também defendo a motivação específica para manter o réu encarcerado. Afinal, o réu tem o direito subjetivo de ter constantemente reanalisada a sua necessidade de encarceramento, como disposto no art. 316 do CPP. Por tais razões, a meu ver o entendimento do STF não afasta a necessidade de motivação do encarceramento provisório pela segunda instância e um “norte” seria a avaliação de subsunção do caso concreto aos artigos 311 a 313 do CPP. Entendimento diverso, pode levar a República Federativa do Brasil a ser responsabilizada na Corte Interamericana de Direitos Humanos por afronta aos artigos 7 e 8 do Pacto de São José de Costa Rica.

Por sua vez, Alexandre Camanho consigna:

O atual entendimento não agride a regra constitucional da motivação das decisões judiciais, uma vez que “a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da ação penal é mero efeito da declaração da responsabilização criminal ocorrida em primeiro e, se houver recurso, em segundo grau. É dizer: o que fundamenta a expedição do mandado de prisão é a própria sentença ou acórdão que, amparado nos fatos e provas amplamente examinados à luz do imperativo constitucional da não-culpabilidade e dos imperativos do devido processo legal – em especial, da ampla defesa e do contraditório –, declarou a existência de **prova da autoria e materialidade do crime** e, em consequência, a necessidade de imposição para cumprimento da sanção penal ali imposta. Uma vez fundamentada a decisão que condena o réu, não há falar, portanto, em ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais, já que daí decorre a necessidade da prisão.

Além disso, vale lembrar que a legitimidade da execução provisória da pena em casos que tais foi analisada no ARE 964246 pelo STF em sede de repercussão geral,

a afastar, desse modo, a alegação de que a execução provisória da pena em observância ao julgamento proferido pelo juízo de 1º ou 2º graus ofende o princípio constitucional da não-culpabilidade”.

Neste sentido ponderou Mário Gisi:

“Considero que a dispensabilidade de motivação específica decorre de que já houve adequada instrução probatória em primeira instância, que foi devidamente revisada em segunda. Portanto os fundamentos da prisão foram amplamente considerados em ambas as decisões condenatórias”.

Por seu turno, Mateus Cavalcanti esclarece que:

O entendimento de que a prisão decorre imediatamente após a decisão condenatória de segunda instância, conforme decisão do STF, integra a própria fundamentação/motivação desse procedimento adotado pelos Tribunais. Seria uma espécie de “fundamentação remissiva” (*per relationem ou aliunde*). Observe: a decisão do STF autoriza a decisão após a decisão de Segundo Grau. O Tribunal que a efetiva não descumpra o dever de motivação. Evidentemente que a remissão a este fundamento – decisão do STF – deve restar consignado no acórdão.

A proibição da reformatio in pejus e a execução provisória da pena

O caso concreto aludido no HC n. 126.292/SP trata de réu condenado na primeira instância, porém com possibilidade de recorrer em liberdade. Quando sobreveio decisão condenatória do órgão julgador, determinou-se a imediata expedição de mandado de prisão; deste modo, questionou-se aos especialistas se houve inobservância ao princípio da proibição da *reformatio in pejus* (art. 617, CPP).

Aduz Leonardo Hernandez:

Bem, no relatório do HC n. 162.292 constata-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo não alterou a pena imposta pelo juiz de primeira instância, mas tão somente desproveu o recurso da defesa e determinou o cumprimento provisório da pena imposta do réu. Nesse caso concreto, entendo pela possibilidade da segunda instância determinar a execução provisória da pena, ainda que, em recurso apenas da defesa face ao caráter devolutivo dos recursos em geral. De igual forma, entendo que não exista afronta ao princípio insculpido no art. 617 do CPP ante a existência de cláusula rebus sic stantibus prevista no art. 316 do CPP em se tratando de prisão provisória. Ademais, é possível o controle de eventual decisão através de Habeas Corpus. Frise-se que no sistema processual penal pátrio é cabível, excepcionalmente, ao juiz decretar de ofício a prisão preventiva nos termos do art. 311 do CPP. Assim, percebo que a situação ensejaria a motivação da decisão para validade da segregação no cárcere, conforme exposto na resposta anterior e em consonância com o item 3 do art. 7 do Pacto de São José da Costa Rica.

Igualmente, Mário Gisi entende “que não há *reformatio in pejus* porque o réu esgotou as instâncias ordinárias e foi vencido. Resta somente a execução.”

Alexandre Camanho conduz sua posição no sentido de que:

O princípio da vedação da *reformatio in pejus* diz respeito à proibição de reforma da pena aplicada em prejuízo do réu, nos casos de recurso exclusivo da defesa. Ora, o Tribunal manteve a pena imposta, não reduzindo, nem aumentando aquela declarada pelo juízo sentenciante.

A prisão do acusado decorreu, por outro lado, de deliberação quanto ao **momento** em que a pena imposta seria, de fato executada. O Tribunal de Justiça de São Paulo, à luz da legislação vigente, que não confere aos recursos excepcionais (RESP e RE) efeito suspensivo, reconheceu os efeitos decorrentes da sanção penal anteriormente imposta, viabilizando a execução provisória da pena. Não há, pois, falar na incidência do referido princípio.

Por sua vez, Mateus Cavalcanti consigna:

Poderia se cogitar de ofensa ao princípio da (*non*) *reformatio in pejus* se a sentença houvesse condicionado a prisão ao trânsito em julgado. Aliás, nesse sentido o STF vem concedendo alguns HC's, sobretudo por via do Ministro Lewandowski (vide HC 140.217, por exemplo). O caso que você menciona trata de situação um pouco diversa, na medida em que a sentença condicionou o recurso em liberdade, mas não a prisão após o trânsito em julgado. São coisas diversas.

Julgado o recurso, deu-se cumprimento à decisão do STF. Não me parece ter havido afronta ao princípio da (*non*) *reformatio in pejus*. Mas a questão é interessante!

Natureza jurídica da execução provisória da pena

Tema que muito dá azo à conflito, é quanto à natureza jurídica da execução provisória da pena. Sobre este assunto, há posição que defende ser modalidade cautelar, outra no sentido de ser prisão-pena.

Neste sentir, alude Alexandre Camanho:

A questão é bastante polêmica e, provavelmente, ainda ensejará muita discussão pela doutrina. A prisão para execução provisória da pena em casos que tais decorre de dois imperativos: um de índole processual – uma vez que a lei não confere efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial – e outro de caráter material – necessidade de se conferir efetividade ao pronunciamento de mérito feito pelo juízo que teve amplo conhecimento da causa. Entendo, pois, tratar-se de uma prisão processual, portanto, de natureza cautelar – uma vez que sua finalidade está

amparada na garantia da aplicação da lei penal ou da execução penal –, mas que, diante da circunstância em que proferida – após decreto condenatório proferido pelo juiz de 1º ou 2º graus, nos casos em que houver recurso – e do próprio mérito da decisão, que reconhece a responsabilidade criminal, dispensa fundamentação à luz do artigo 312 do Código de Processo Penal.

De tal maneira, Leonardo Hernandez entende que:

A execução provisória da pena determinada por segunda instância com a segregação cautelar insere-se no gênero das prisões provisórias e pode ser caracterizada como prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. Afinal, a manutenção da condenação ou condenação em segunda instância, em órgão colegiado, revela uma análise do caso concreto por magistrados mais experientes e conclui pela prova robusta de existência de crime e o indício suficiente de autoria, com peso institucional em comparação com o juízo singular. Já deparei com situações concretas incongruentes a respeito da efetividade da pena, por exemplo, quando uma marcha processual morosa conduziu um réu a ser encarcerado mais de 20 anos após o cometimento do crime. Seria este sistema justo também.

Já para Mateus Cavalcanti, “a resposta está no julgamento do próprio HC n. 126.292: execução provisória de acórdão penal condenatório. Ou seja, não é prisão cautelar. É “prisão-pena”, executada provisoriamente”.

Neste rumo, igualmente Mário Gisi: “penso que a partir da confirmação da sentença condenatória em segunda instância, a execução é da pena já imposta, visto que já se encerraram os questionamentos probatórios, ou seja, ‘transitou em julgado’ as questões de fato relativas ao caso”.

Local para cumprimento da pena provisória à luz da Lei de Execução Penal

A Lei de Execução Penal estabelece, em seu artigo 84, que “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”. Diante disso, indagou-se sobre o local em que se deve dar a prisão contra aquele que se expediu mandado imediato de prisão: se em cadeia pública (art. 102, LEP), destinada aos presos provisórios, ou penitenciária (art. 87, LEP), designado para os condenados à pena de reclusão, em regime fechado.

Leonardo Hernandez entende que:

Deverá ser feita a separação dos presos com condenação transitada em julgado, do que não tiveram condenação transitada em julgado. Afinal está é a exegese da LEP.

Agora, é cediço que na situação concreta revela-se desafiador o cumprimento deste mandamento. Começamos pelo de não existirem penitenciárias e cadeias públicas na maioria das comarcas brasileira. Por exemplo, em Bom Jesus da Lapa/BA existe uma cadeia pública e as penitenciárias mais próximas ficam em Barreiras/BA e em Vitória da Conquista/BA. Frise-se que as penitenciárias distam mais de 350 km de Bom Jesus da Lapa, como ficaria um preso definitivo e pobre com residência em Serra do Ramalho – 35 km de Bom Jesus da Lapa e quase 400 km destas localidades? Assim, nos processos sob minha análise, entendo que a segregação deve ocorrer em cárcere mais próximo ao seu local de residência a fim de possibilitar o contato familiar do preso e uma maior dignidade humana, bem como precedida de oitiva do condenado. Dessa forma, a escolha entre penitenciária ou cadeia pública deve ser antecedida de oitiva do preso e deve ser pautar pela proximidade com sua residência de origem, devendo a separação dos preso ser organizadas no respectivo estabelecimento penal.

Por seu turno, Mateus Cavalcanti pontua:

Na medida em que é uma “prisão-pena” (resposta acima), aquele recolhido com base no procedente do HC 126.292 não deve ser tratado como um preso provisório, nos termos da LEP. A execução é que é provisória, mas o preso deve ser tratado como “condenado”.

A LEP, como se sabe, trata do “condenado” ou do “preso provisório”. Assim, a “prisão-pena” deve ser executada provisoriamente na forma destinada aos condenados. Observe, porém, que nem todo condenado cumpre pena em penitenciária, a qual somente destinada, como regra, àqueles condenados em regime fechado à pena de reclusão superior a 8 (oito) anos (artigo 87 da LEP c/c artigo 33, § 2º, do CP).

De modo similar, Mário Gisi: “penso que a execução da pena – nos casos de condenados em segunda instância que já tem em seu desfavor decisão definitiva de formação de culpa – deve se dar na penitenciária”.

Neste sentido, igualmente Alexandre Camanho: “penitenciária, dada sua peculiar circunstância de ser efeito da própria sentença/ acórdão condenatório. Todavia, em louvor ao princípio da individualização da pena, devem os presos provisórios, em tais circunstâncias, ficar separados daqueles que estejam cumprindo a pena de forma definitiva”.

Oscilação na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: possível nova mudança de entendimento face à execução provisória da pena

Como foi abordado neste trabalho, o STF mantinha o entendimento de executar-se a pena provisória a partir de decisão de acórdão condenatório; todavia, em 2009 com o julgamento do HC n. 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, assentou-se que tal conduta afrontava o princípio da presunção de inocência, devendo, portanto, decretar-se a prisão privativa de liberdade somente quando transitada em julgado a sentença penal condenatória – ressalvadas as prisões cautelares. Entretanto, no ano de 2016, o STF alterou o seu entendimento a partir da análise do HC n. 126.292, “represtinando-se” o entendimento antecedente.

Entretanto, apesar da recente mudança de entendimento pela Corte, alguns ministros já têm sinalizado uma possível alteração novamente da jurisprudência. Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes, que, por sua vez, tem adotado entendimento de modo diverso do que defendeu no julgamento do HC n. 126.292 e nas medidas cautelares das ADC’s n. 43 e n. 44, bem como no ARE n. 964246: no sentido de não se executar a pena quando pendente Recurso Especial (REsp) ou Agravo em Recurso Especial (AREsp), no mesmo sentido do voto do Ministro Dias Toffoli.

Dante disso, indagou-se sobre as possíveis consequências ou benesses da revisão atual da jurisprudência do STF, bem como o ponto de vista dos especialistas quanto à oscilação jurisprudencial do STF quanto a esta temática.

Leonardo Hernandez aduz:

Inicialmente, tenho minhas reservas ao recorrente ativismo judicial no Poder Judiciário Brasileiro. Entendo que esta situação deveria ser enfrentada e votada pelo Parlamento Brasileiro, por implicar numa restrição ao direito de ir e vir. A revisão da posição do Supremo Tribunal Federal seria benéfica para os réus. Todavia, significa a ampliação da competência do Superior Tribunal de Justiça por via oblíqua, qual seja, sem Emenda Constitucional e afrontando-se o disposto no art. 105 da Constituição Federal, que não prevê esta competência a Corte Superior, ampliando-se a taxa de congestionamento e afastando-se de sua natureza de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional em âmbito nacional. Por sua vez, quando o STF reapreciar a questão teremos que ver se trata de *overruling* ou *distinguishing*. Se for mais um caso de *overruling* do STF em tão curto espaço de tempo, entendo que a oscilação jurisprudencial recorrente é danosa ao princípio da segurança jurídica, tumultua a aplicação do direito no âmbito nacional e demonstra a necessidade do tema ser tratado pelo Parlamento Brasileiro. Ademais, caso o tema seja considerado vinculante pelo STF – como em outras situações –, entendo que o cumprimento será cogente às instâncias judiciais brasileiras, porém não se afastaria a

possibilidade do órgão julgador ressaltar expressamente a sua discordância com a posição firmada pelo STF, bem como solicitar a sua reanálise. Por fim, entendo que a fundamentação da necessidade da segregação cautelar em segunda instância seria o melhor caminho para a execução provisória da pena.

De acordo com Alexandre Camanho:

Seria um novo e gravíssimo retrocesso. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Embargos de Declaração opostos no HC 126.296, reconheceu não apenas a necessidade de se conferir força ao acórdão condenatório recorrível, mas também demonstrou a ineficácia do ajuizamento do recurso extraordinário, para sanar eventual questão jurídica que prejudique o réu. Com efeito, o habeas corpus tem demonstrado ser muito mais hábil e eficaz neste aspecto, já que célere e de reconhecida largueza. A natureza do recurso extraordinário é idêntica a do recurso especial, não havendo, igualmente, conferir-se tal distinção. Além disso, como reconhecido no voto do relator do HC 126292, em nenhum país do mundo a execução da pena está adstrita ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Entendimento diverso acabaria para retornar ao retrocesso havido desde 2009 e já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em sua decisão, pois, como bem dito no voto do Ministro Teori Zavascki, lamentavelmente, o que a defesa busca na maioria das vezes, ao interpor o Recurso Especial e Extraordinário, é o “benefício secundário da falta de presteza no julgamento”, o que não se pode admitir em tempos atuais, a fortiori depois da EC/45 e dos crescentes reclamos da sociedade civil por eficiência e efetividade da prestação jurisdicional.

Não vejo esta oscilação tal como apresentada: parece-me mais uma discussão pontual decorrente do debate. Entendo que o comprometimento do Judiciário com a efetividade do processo deve ser cada vez maior e que os julgadores da Suprema Corte estão atentos muito mais a isso do que a um apego preciosista à redação equivocada do dispositivo constitucional.

Curiosamente, o voto do ministro Teori amparou-se em doutrina do próprio ministro Gilmar Mendes, na ocasião em que ele reconheceu que o âmbito de conformação do princípio da não-culpabilidade se ajusta à medida que o processo penal caminha. Afinal, a presunção de inocência guarda intrínseca relação com a repartição do ônus da prova, estabelecendo o dever de o acusador provar a prática do crime. A inocência, portanto, desaparece após a condenação monocrática, em que se analisou amplamente a prova produzida e conferiu-se às partes ampla defesa e contraditório. Não há, pois, fundamento a se criar um novo obstáculo, exigindo julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça: afinal, a prova só pode ser conhecida em sua amplitude no primeiro e segundo graus. O Superior Tribunal de Justiça, tal qual o Supremo Tribunal Federal, não visa a reconhecer a justiça ou injustiça da decisão. Além disso, os indesejáveis efeitos da inefetividade da prestação jurisdicional retornariam, uma vez que os julgamentos do STJ tendem a demorar anos, dada a quantidade de processos ali em curso. Além disso, não há porque não se assegurar efetividade aos pronunciamentos jurisdicionais de 1º e 2º graus como se houvesse razão para desconfiar permanentemente do Judiciário.

Mário Gisi posiciona-se, dizendo que “é natural a oscilação de posições em órgãos colegiados, mas considero que a revisão do posicionamento para incluir o STJ, seria um tremendo retrocesso diante do histórico de impunidade decorrente da deliberada lentidão do judiciário brasileiro”.

Por seu turno, Mateus Cavalcanti consigna: “muito ruim. Qualquer Suprema Corte precisa de estabilidade e não deve mudar seus posicionamentos em decorrência da simples mudança de seus integrantes”.

Considerações sobre as questões suscitadas

Frisou-se neste trabalho, a defesa do posicionamento atual emitido pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja: a execução provisória da pena a partir de decisão de órgão de segundo grau não afronta o princípio da presunção de inocência.

Nesta perspectiva, sobre as indagações e posicionamentos levantados no tópico anterior, tem-se que a decisão de segundo grau que confirma condenação imposta pelo juízo monocrático e determina expedição imediata de mandado de prisão prescinde de fundamentação específica, dado tratar-se de mero efeito da responsabilização criminal do acusado, porquanto supõe-se o devido exame aprofundando das provas produzidas – em que o ônus da prova cabe à acusação – nas instâncias ordinárias e a certeza jurídica quanto à autoria e materialidade do delito. Conforme exposto pelo Ministro Barroso, autoriza-se a dispensabilidade de motivação específica dada a necessidade de garantia da ordem pública e do não cabimento de medidas cautelares alternativas. Pondera que na jurisprudência do STF, um dos fundamentos de preservação da ordem pública é a credibilidade da Justiça (BRASIL, 2016a).

No que toca à alegada reforma prejudicial ao acusado, conforme caso apontado na questão, não se caracterizou, uma vez que o Tribunal não majorou a pena do implicado. Ora, o princípio da *non reformatio in pejus* implica que o *quantum* da pena originariamente aplicada não deve ser agravado, quando de recurso unicamente da defesa ao órgão revisional.

No que concerne a natureza jurídica da execução provisória da pena, filia-se ao entendimento exposto pelo Juiz Leonardo Hernandez e pelo Procurador Alexandre Camanho, considerando-a de natureza processual, porém com a divergência de não se tê-la como cautelar. Com efeito, tratar-se-ia de uma execução provisória de natureza processual *sui generis*, não cautelar – uma vez que não se faz necessário o reconhecimento dos requisitos do artigo 312 do CPP para decretar-se a prisão em decorrência de condenação por órgão julgador. Decorre do próprio desencadeamento processual, uma vez confirmada a autoria e a

materialidade do delito nas instâncias ordinárias e os recursos excepcionais não serem dotados de efeitos suspensivos.

Quanto ao local de cumprimento da pena, acolhe-se o posicionamento do Juiz Leonardo Hernandez e do procurador Alexandre Camanho, devendo o preso ser separado daquele preso por sentença definitiva, com as ressalvas expostas pelo primeiro.

Por fim, no que diz respeito a última questão, acredita-se haver, de fato, oscilação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria. Na linha do que defendeu o Ministro Barroso, a mutação constitucional faz-se necessário quando ocorrer “mudança na realidade fática ou de nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo” (BRASIL, 2016b). Neste ínterim, considerou que a necessidade de mutação constitucional fazia-se presente devido ao “impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação” (BRASIL, 2016b).

Depreende-se, contudo, que uma mudança de sentido tão rapidamente da jurisprudência assentada pela Corte, como propõe o Ministro Gilmar Mendes – de não se executar a pena enquanto pendente recurso especial ou agravo em recurso especial no STJ, na linha do voto do Ministro Dias Toffoli nas ADCs n. 43 e n. 44 –, provoque insegurança jurídica e instabilidade nas decisões emitidos pelo Supremo. Recentemente o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2017) em decisão monocrática, na medida cautelar em HC n. 146.815-MG, decidiu pela suspensão até o julgamento do mérito do citado HC, para o início da execução provisória da pena, contrariando seu próprio posicionamento emitido nos autos do HC n. 126.292, do processo paradigma ARE-RG n. 964.246 e nas ADCs n. 43/44.

Data venia, entendimento equivocado, uma vez que os recursos excepcionais não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, não possuindo efeitos suspensivos, tão somente devolutivos. Há ressaltar que a Superior Tribunal de Justiça é considerada uma instância extraordinária, assim como o STF. O acesso ao STF, bem como ao STJ deve se dar em casos excepcionalíssimos, dada a sua atribuição de Corte Superior.

5 CONCLUSÃO

Após a explanação sobre o tema, tece-se algumas considerações finais sobre os principais pontos deste trabalho.

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade é, decerto, uma conquista histórica, tendo como marco os ares do Iluminismo, previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), bem como em demais Cartas Internacionais como a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana (ONU, 1948) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969), a Convenção Europeia (1950), e outros. Em nosso sistema jurídico, adotou-se o preceito, expressamente, a partir da Constituição Federal de 1988, precisamente no artigo 5, LVII. Estabeleceu-se em nossa Carta Maior o trânsito em julgado como marco temporal para considerar-se réu culpado, a exemplo das Constituições portuguesa e italiana.

A Constituição Federal, apoia-se no sistema penal para inibir atos atentatórios e ilícitos contra bens jurídicos por ela tutelados. Deste modo, as penas imputadas àquele que comete crime podem ser privativas de liberdade, restritivas de direito e/ou de multa. Com o fim de assegurar a marcha processual, a lei infraconstitucional prevê prisões cautelares, como a prisão temporária, preventiva e domiciliar, além das medidas cautelares.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inicialmente, era no sentido de executar-se provisoriamente a pena do implicado, ainda que pendentes recursos excepcionais – isso mesmo após a Constituição de 1988. Todavia, o Pleno do STF decidiu – sob a relatoria do ministro Eros Grau, por 7 (sete) votos a 4 (quatro) – em 2009, que tal postura afrontava o princípio da presunção de inocência, dada a sua previsão taxativa na Constituição de que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2010). Deste modo, assentou-se ser possível a prisão privativa de liberdade antes do trânsito em julgado somente a título cautelar, pois, ao revés, seria considerada inconstitucional.

Entretanto, o STF decidiu – em fevereiro de 2016, igualmente por 7 (sete) votos a 4 (quatro) – que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal” (BRASIL, 2016b).

Neste sentir, firmou-se o entendimento nas ADCs n. 43 e n. 44, em sede preliminar, de que o novo entendimento não afronta o artigo 283 do CPP; ao contrário, estaria em consonância com a Constituição. Assim, fez-se interpretação conforme à Constituição para elidir a possibilidade de que a norma mencionada obstaria a execução provisória da pena após decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Do mesmo modo, afirmou-se, agora em sede de repercussão geral no ARE-RG n. 964.246-SP, a possibilidade de executar-se provisoriamente a pena antes do trânsito em julgado.

Os principais fundamentos aduzidos no HC n. 126.292 contrários à modificação da jurisprudência foi no sentido de que: (i) há limitações de ordem semântica no texto constitucional, uma vez que o artigo 5, LVII é taxativo e não dá margem para interpretações e que, se fosse dada tratativa diferente, tratar-se-ia de mutilação constitucional; (ii) a de que o novo precedente impactaria o sistema carcerário brasileiro, bem como iria à contramão do que havia decidido a Corte na ADPF n. 347 sobre o estado de coisas inconstitucional que se encontra o sistema prisional brasileiro; (iii) a previsão nítida da lei de Execução Penal sobre a necessidade de trânsito em julgado para aplicar a pena privativa de liberdade – ressalvados os casos em que caibam as prisões processuais; (iv) a impossibilidade de restituir-se a liberdade daquele que foi julgado erroneamente pelo sistema.

Por outro lado, defende-se neste trabalho a possibilidade da execução provisória da pena, e ser esta constitucional, à luz dos argumentos favoráveis apresentados, quais sejam: (i) a presunção de inocência é princípio e não regra; deste modo, pode ser ponderado com outros princípios de mesma estatura constitucional; (ii) os recursos excepcionais – extraordinário e especial – não são dotados de efeitos suspensivos, conforme aduz o artigo 617 do CPP e, mais recentemente, o artigo 1.029, p. 5 do CPC-2015 – aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do artigo 3 do CPP; (iii) o artigo 5, LVII trata da culpabilidade e não da prisão – esta é tratada pelo inciso LXI, art. 5, CF; (iv) as Cortes Superiores não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, somente tratam de casos excepcionalíssimos; com isso, haverá uma valorização das instâncias ordinárias.

Em tópico específico, defendeu-se a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, e salientou-se outros argumentos como o da interpretação sistemática da Constituição Federal, sob à luz do princípio da unidade da Constituição. Ora, conforme aludido, a Constituição deve ser considerada em sua inteireza, a fim de atingir-se seus objetivos, sendo

temerário lê-la por trechos; bem como, reforçou-se o entendimento de que o postulado do artigo 5, LVII é princípio e não regra. Conforme visto, a regra é baseada na teoria do tudo ou nada, enquanto que um princípio constitucional pode ser ponderado com os demais princípios constitucionais. Diante disso, reforçou-se a ideia de que nenhuma norma de caráter principiológico, como a da presunção de inocência, pode ser interpretada a passos largos das demais normas constitucionais igualmente estabelecidas pela Constituição, como se fosse um “superprincípio” a ofuscar a eficácia dos demais direitos e garantias constitucionais.

Noutro rumo, a lei estabelece que os recursos excepcionais possuem amplamente efeitos devolutivos, não suspensivos. Deste modo, defendeu-se que, caracterizar os recursos de índole excepcionais com efeitos suspensivos, *a contrario sensu* do que dispõe a lei infraconstitucional – artigos 617 do CPP e 1.029, p. 5 do CPC-2015 – subverte a vontade do legislador, figurando verdadeiro ativismo judicial.

Repise-se novamente, pois faz-se necessário, que as Cortes Superiores não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, como se 3 (terceira) ou 4 (quarta) instâncias fossem: o acesso dar-se somente em caráter de absoluta excepcionalidade.

Por sua vez, há lembrar que os objetivos da pena – prevenção geral e especial – perdem totalmente seu sentido quando sobrevém a prescrição dos crimes ou quando a pena é imposta anos e anos depois; diante disso, a sociedade passa a ter a percepção de que o crime compensa neste país. Entre outros exemplos, este trabalho trouxe à lembrança o caso concreto julgado no HC 84.078-MG, em que se estabeleceu que a execução provisória da pena, a partir de decisão de órgão de segundo grau, fere o princípio da presunção de inocência. Pois bem: constatou-se pelas instâncias ordinárias índices suficientes de autoria e materialidade do acusado, porém, firmado o novo entendimento do STF, o acusado não pôde ser preso após esgotadas as vias ordinárias; impetrou-se vários recursos no âmbito do STJ até que sobreveio a prescrição.

Por sua vez, destacou-se que o nosso sistema jurídico admite a execução provisória da pena, uma vez a possibilidade de progressão de regime antes mesmo do trânsito em julgado. Deste modo, tem-se não haver embaraço na efetivação da execução provisória de sentença penal recorrível.

Por fim, mediante questionário aberto enviado a magistrados da Justiça Federal e membros do Ministério Público, questionou-se sobre a necessidade ou não de fundamentação

específica de Tribunal quando da emissão de mandado imediato de prisão, sobre a possível afronta ao princípio da *non reformatio in pejus*, sobre o local em que se deve dar a prisão do preso provisório, sobre a natureza da execução provisória da pena, bem sobre a oscilação na jurisprudência do STF sobre o tema.

Concernente às respostas, há posicionamento no sentido de que a ausência de fundamentação específica não afronta a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, e também no sentido de exigir-se fundamentação para decretar-se a prisão. Todos foram unânimes no sentido de que não se configurou *reformatio in pejus* no caso concreto HC n. 126.292-SP, uma vez que o Tribunal não majorou a pena do implicado. Quanto à natureza da execução provisória da pena, há posicionamento no sentido de ser processual, outra prisão-pena. No tocante a oscilação da jurisprudência do STF e a possível mudança novamente de seu precedente – haja vista que os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes defenderem a suspensão da execução provisória quando pendentes REsp e AREsp – uníssonos no sentido de que uma mudança em tão curto prazo de tempo, acarretaria numa instabilidade nas decisões da Corte, posicionando-se, em sua maioria, como verdadeiro, retrocesso.

Quanto às indagações fomentadas, posiciona-se sendo possível a expedição de mandado imediato de prisão, ainda que ausente fundamentação específica, uma vez ser, na dicção do Procurador Alexandre Camanho, “mero efeito da declaração da responsabilização criminal ocorrida em primeiro grau e, se houver recurso, em segundo grau”. Alinha-se ao entendimento que não houve afronta ao princípio da *non reformatio in pejus*; que a prisão deve se dar em penitenciária, porém com as ressalvas muito bem trazidas pelo Magistrado Leonardo Hernandez. Que a natureza da execução provisória da pena é processual, porém não cautelar, isto é, *sui generis*. E, quanto a última questão, uma possível mudança de entendimento tão recente pelo STF, desencadeará insegurança jurídica e instabilidade nas decisões judiciais emitidas pela Corte.

Por todo o exposto, defende-se ser constitucional e não contrariar o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade a tese afirmada pelo Supremo Tribunal Federal de que a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal” (BRASIL, 1988).

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**: esquematizado. São Paulo: Forense,

2014.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Lei n. 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. **Lei n. 7.210 de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 4 set. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848**. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716**. Plenário. Brasília, 24 de novembro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=716.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 14**. Plenário. Brasília, 9 de fevereiro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 1 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 72.366/SP**. Plenário. Paciente: Nelson de Salvi Júnior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Néri da Silveira. Brasília, 26 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73718>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC n. 43 e 44**. Requerentes: Partido Ecológico Nacional e Ordem dos Advogados do Brasil. Rel.Min. Marco Aurélio, Brasília (observação: o acórdão ainda não está liberado no site do

STF; os votos foram acessados a partir da intranet do site do Supremo Tribunal Federal, em 20 de maio de 2017). (2016a)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade. ADC n. 4-DF**. Plenário. Requerente: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados. Rel. Min. Sydney Sanches. Brasília, 30 de outubro de 2014a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 113.283-SP**. Primeira Turma. Paciente: Marcelo Carvalho Fontes. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Min. Rel. Marco Aurélio. Brasília, 8 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4290997>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 126.292-SP**. Plenário. Paciente Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de maio de 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 1 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 139.612-MG**. decisão monocrática em sede liminar. Paciente: Bruno Fernandes das dores de Souza. Coator: Relator do HC n. 363.990 do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de março de 2017a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+139612%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gok436u>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 68.726-DF**. Plenário. Paciente: Marco Antônio da Fonseca Loureiro. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Néri da Silveira. Brasília, 20 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em 2 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 84.078-7-MG**. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC. n. 133.387-DF**. Paciente: Benedito Augusto Domingos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 16 de junho de 2016c. Disponível em: <<ESCLA%2E+E+133387%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gmmfm84>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação. RCL n. 4335-AC**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 de outubro de 2014b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 2. ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 133719-SP**. Segunda Turma. Agravante: Rauph Aparecido Ramos Costa. Agravado: Ministério Público Federal. Min Rel. Dias Toffoli. Brasília, 15 de maio de 2017b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12886119>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 146.815-MC-MG**. Decisão monocrática. Paciente: Vicente de Paula Oliveira. Coator: Relator do HC n. 408.932 do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de agosto de 2017c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000361966&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE-RG n. 964.246-SP**. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, 25 de novembro de 2016d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

COELHO, Damares Medina. **Linha pesquisa acadêmica**: a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. Brasília, junho de 2008. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp148973.pdf>. Acesso em: 2 de agosto de 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Efeitos objetivos do julgamento do recurso extraordinário. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, São Paulo, P. 222-249. primeiro semestre de 2014. p. 222-249. Disponível em: <<https://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/19-fabio-monnerat.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penas e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

APÊNDICE A

Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos

Aluna: Daniele A. L. Ribeiro

Tema do trabalho:

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA NÃO
CULPABILIDADE: uma análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.**

Objetivo

Busca-se, com as questões aqui suscitadas, esclarecer se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – no âmbito do HC n. 126.292 – está em consonância com o texto constitucional e com as regras processuais penais.

As perguntas foram definidas pela aluna diante de pontos que considerou obscuros nas decisões proferidas pelo STF sobre o tema. Por esta razão, optou-se pelo método de questionário aberto a ser enviado para especialistas da área.

O questionário será inserido no trabalho de conclusão de curso de Direito da aluna, a ser defendido no segundo semestre de 2017.

Breve contexto acerca do tema.

Em março de 2016, o Supremo Tribunal Federal adotou novo entendimento quanto à execução provisória da pena. No Habeas Corpus n. 126.292 proferiu a seguinte tese: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5, LVII da Constituição Federal.

Concernente às Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e n. 44 – em decisão preliminar –, o Egrégio Tribunal sustentou a mesma tese afirmada no referido HC. Ainda, em sede de repercussão geral – ARE n. 964246 – reafirmou o entendimento supracitado.

Seguem-se as questões.

Questão 1:

Consolidou-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que é possível a expedição de mandado de prisão a partir de decisão condenatória de segundo grau, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias.

Todavia, tribunais têm autorizado a prisão sem qualquer fundamentação, a despeito da previsão constitucional que aduz: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente** [...]”. Ao revés, defendeu-se a dispensabilidade de motivação específica pelo magistrado (ADC 44/DF).

A CF também menciona – artigo 93, IX – que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade,** [...]”. Trata-se, portanto, de imperativo constitucional.

- a. Diante disso, o novo entendimento afronta a regra constitucional da motivação das decisões judiciais?

Questão 2:

O caso concreto aludido no HC n. 126. 292/SP trata de réu condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão – em regime inicial fechado pela prática de crime previsto no artigo 157, 2, I e II do Código Penal –, com possibilidade de recorrer em liberdade. Desta decisão somente a defesa impetrou recurso.

Entretanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o acusado e determinou a expedição imediata de mandado de prisão. Não há aqui uma inobservância ao princípio da proibição da *reformatio in pejus* (art. 617, CPP), dada a decisão de recorrer em liberdade e o fato do Ministério Público não ter se insurgido contra a decisão de primeiro grau?

Questão 3:

No tocante à execução provisória, a partir de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, o STF já consignou não se tratar de antecipação de pena – uma vez a ausência de trânsito em julgado. Do mesmo modo, afirmou não ser o caso de prisão preventiva, dada a não exigência dos pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Ora, se essa execução não é a própria prisão-pena, tampouco cautelar, qual seria a natureza jurídica desta execução?

Questão 4:

A Lei de Execução Penal estabelece que o preso provisório ficará separado daquele condenado por sentença transitada em julgado (art. 84). Menciona, além disso, ser a cadeia

pública destinada aos presos provisórios e a penitenciária aos condenados à pena de reclusão em regime fechado. Assim, a execução da pena – nos casos de condenados em segunda instância que ainda não tiveram contra si decisão definitiva de culpa – deve se dar na penitenciária ou em cadeia pública?

Questão 5:

O Supremo Tribunal Federal afirmou no HC n. 126.292 e reafirmou nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, bem como em sede de repercussão geral – ARE n. 964246 –, a possibilidade de execução provisória decorrente de acórdão condenatório em grau recursal. Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes já sinalizou uma possível mudança do novo entendimento, consignando a execução provisória da pena somente após decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça – na linha do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli na ADC 44.

Neste contexto, quais seriam as possíveis consequências (ou benesses) da revisão do posicionamento atual do STF sobre o tema?

Como vê a oscilação jurisprudencial, no âmbito da Suprema Corte, sobre o tema da execução provisória da pena?