



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
FAJS Curso de Direito - CD

FELIPE RIBEIRO CARDOSO

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
Um retrocesso no processo penal brasileiro

Brasília
2016

FELIPE RIBEIRO CARDOSO

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
Um retrocesso no processo penal brasileiro

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília, sob orientação
do Prof. MSc. Humberto Fernandes de
Moura, como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel.

Brasília
2016

FELIPE RIBEIRO CARDOSO

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
Um retrocesso no processo penal brasileiro

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília, sob orientação
do Prof. MSc. Humberto Fernandes de
Moura, como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel.

Brasília, _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. MSc. Humberto Fernandes de Moura

Examinador (a)

Examinador (a)

RESUMO

A variação de entendimento dos Tribunais Superiores, Turmas e Ministros, no que se refere ao tema do presente trabalho, qual seja, a verificação do momento em que o condenado deve iniciar o cumprimento da pena, é latente. Nessas mudanças, não raras as vezes Ministros requereram, antes de prolatar seu entendimento quanto ao tema, vista do processo, devido à complexidade do tema, que aborda vários princípios, conceitos, etc., e, também, mudaram de posicionamento entre um julgamento e outro. Assim, a monografia apresentará, com base na Metodologia de Análise de Decisões (MAD), algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), sem aprofundar-se, num primeiro momento, nos fundamentos utilizados pelos julgadores, após demonstração da instabilidade do tema, será apresentado alguns dos fundamentos utilizados, para que fique claro a abrangência de princípios, normas, etc., que o tema alcança e, por fim, concluir-se-á com uma reflexão crítica sobre o princípio da presunção de não culpabilidade e seus aspectos na ausência de efeito suspensivo nos recursos excepcionais, para a constatação do momento em que deve ser iniciado o cumprimento da pena, qual seja, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. ofensa. presunção de não culpabilidade. presunção de inocência. recurso especial. recurso extraordinário. Efeito suspensivo. jurisprudência. entendimento instável.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A CONSTRUÇÃO DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A RESPEITO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	10
1.1 METODOLOGIA DE ANÁLISE DAS DECISÕES (MAD)	10
1.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	12
1.2.1 Súmula nº 267 do Superior Tribunal de Justiça	12
1.2.2 Precedentes que deram origem à Súmula nº 267 do STJ	13
1.2.2.1 HC nº 2.884/MG, rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 09/11/94	13
1.2.2.2 RHC nº 6.681/MG, rel. Min. José Arnaldo, julgado em 07/10/97	13
1.2.2.3 HC nº 9.355/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 18/11/1999 14	
1.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	14
1.3.1 HC nº 69.964/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 18/12/92	14
1.3.2 HC nº 70.351/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 22/03/94	15
1.3.3 HC nº 83.592/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 10/02/2004	16
1.3.4 HC nº 84.677/RS, rel. Min. Eros Grau, julgado em 23/11/2004	16
1.3.5 HC nº 85.289/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 22/02/2005	17
1.3.6 HC nº 86.498/PR, rel. Min. Eros Grau, julgado em 18/04/2006	18
1.3.7 HC nº 90.645/PE, rel. Min. Menezes Direito, julgado em 11/09/2007	19
1.3.8 HC nº 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009	20
1.3.9 HC nº 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016	20
2 VERIFICAÇÃO DE COMO OS MINISTROS UTILIZARAM CONCEITOS, VALORES, INSTITUTOS E PRINCÍPIOS PARA FUNDAMENTAR SUAS DECISÕES	23
2.1 A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A EXECUÇÃO DAS PENAS	23
2.1.1 O legislativo condicionou a execução das penas [privativas de liberdade (art. 105, LEP), restritivas de direitos (147, LEP) e multa (164, LEP)] ao Trânsito em Julgado	23
2.1.2 A Lei de Execuções Penais não veda a expedição de guia de recolhimento provisório	25
2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE PREVISTO NO ART. 5º, LVII, CF/88	25
2.2.1 A presunção de inocência impossibilita a execução antecipada da pena	25
2.2.2 A presunção de inocência não impossibilita a execução antecipada da pena	30
2.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA NÃO PODE SER UTILIZADO DE MODO RESTRITO	33

2.4	PRISÕES PROCESSUAIS	34
2.5	JUSTIÇA PENAL EFICAZ.....	38
2.5.1	Justiça penal eficaz não permite a execução prévia da pena	38
2.5.2	Justiça penal eficaz possibilita a execução antecipada da pena.....	40
2.6	IMPOSSIBILIDADE DE RETORNO AO <i>STATUS QUO ANTE</i> DE INDIVÍDUO INOCENTE PRESO EM QUE RE OU RESP REVERTEM A CONDENATÓRIA	41
2.7	DEVIDO PROCESSO LEGAL	43
2.7.1	A execução antecipada da pena ofende o Devido Processo Legal	43
2.7.2	A execução provisória da pena não ofende o Devido Processo Legal	43
2.8	EFEITO SUSPENSIVO NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.....	44
2.8.1	A falta de efeito suspensivo do recurso impossibilita a execução antecipada da pena.....	44
2.8.2	A falta de efeito suspensivo possibilita a execução antecipada da pena ..	44
2.9	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	47
2.10	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	48
2.10.1	Princípio da Proporcionalidade veda a execução antes do trânsito em julgado 48	
2.10.2	Princípio da Proporcionalidade admite execução prévia	49
2.11	DUPLO GRAU	50
2.12	SANÇÃO PENAL E SUAS CARACTERÍSTICAS	50
2.13	RESPEITO ÀS DECISÕES DE 1ª E 2ª INSTÂNCIA	51
3	REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE O FUNDAMENTO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE	53
3.1	PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE.....	53
3.1.1	Pregresso da presunção de não culpabilidade	54
3.1.2	Fontes e terminologia.....	56
3.1.3	Sistema acusatório brasileiro	57
3.1.4	Prisão e suas modalidades relacionado com a presunção de não culpabilidade	59
3.1.5	Recurso Extraordinário e Especial frente a presunção de inocência.....	61
3.1.6	A problemática do efeito devolutivo dos recursos de índole extraordinária 62	
	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

Se observarmos o quadro histórico do Brasil, constataremos que esse passou por um governo autoritarista – Estado Novo -, e nessa forma de governo, de acordo com a legislação à época (Dec. Lei nº 88/37, art. 20, nº5), os cidadãos que praticavam supostos delitos contra a segurança nacional (o conceito de segurança nacional da época era totalmente diferente dos dias atuais, muito mais “frágil” e fácil de comprometê-la) eram tratados como se culpados fossem, sendo que a inocência era que dependia de comprovação (e não o contrário).

Após o fim do Estado Novo, surgiu a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, onde trouxe aos cidadãos brasileiros e não brasileiros (no território nacional), os tão sonhados Direitos Fundamentais, petrificados na Constituição, ou seja, tornando-se imutáveis. Houve esperança.

Concomitantemente ao surgimento dos Direitos Fundamentais dos cidadãos, surgiu, também com a Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito, onde as acusações passaram a não se presumirem comprovadas, sendo, necessariamente provadas por parte de quem acusa, e o acusado, necessita demonstrar que não é culpado perante às acusações feitas e comprovadas pelo Estado.

No referente a terminologia do princípio da presunção de não culpabilidade, deve ser ressaltado que a palavra “presunção” não deve ser interpretada no sentido técnico processual, pois se assim o fizer, haverá certo juízo de valor sobre o fato (inocência). Para que o princípio constitucional fique compreensível, é adequada a substituição do termo “presunção” por “*status de inocência*”.¹

A presunção de não culpabilidade não deve ser tratada como uma afirmação da inocência do acusado, pois, se assim o fosse, não caberia a prisão

¹ DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan. – fev. 2008

cautelar no ordenamento jurídico brasileiro², nesse sentido, o Min. Cezar Peluso, no voto prolatado no HC 84.078/MG, aduziu que:

[...] tampouco significa algum juízo antecipado sobre a culpabilidade ou inocência do réu. Quando se diz que se deve adotar, no processo, a *presunção* de inocência, não se diz que o Estado, mediante o ordenamento, considera o réu inocente. Isso seria juízo de fato, juízo empírico, que está longe do contexto, da finalidade e do alcance do princípio.³

Dito isso, alguns doutrinadores entendem que a terminologia correta para o princípio é, *presunção de inocência* e, para outros, *presunção de não culpabilidade*, dessa forma, utilizarei ambas as nomenclaturas, mas, sempre, respeitando o verdadeiro significado do postulado.⁴

Pelo explanado, resta evidente que a *presunção de inocência* é um dos princípios basilares e confirmatórios do Estado Democrático de Direito, onde o sujeito é presumidamente não culpado, antes que se confirme a culpa, de forma imutável (trânsito em julgado da condenatória).

Assim sendo, ocorreram grandes debates nos tribunais superiores para a verificação do momento exato que o condenado, cuja condenação ainda está passível de revisão (recurso), iniciaria o cumprimento pena. Dessa forma, o tema passou por vários períodos em que se manteve estático no sentido de que poderia haver o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, como houve tempos em que o tema foi pacificado no sentido contrário (impossibilidade de execução provisória).

O tema estava pacificado desde 2009, com o advento do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, no sentido de que a pena só poderia ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença que condenou o acusado. Porém, em julgamento recente, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que o início desse cumprimento pode se dar mesmo a condenatória estando mutável.

² BASTOS, Marcus Vinicius Reis. *Aula 03: Direito Processual Penal III*. Brasília, p.7-11, mar. 2015.(Texto Digitado).

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, p. 1162 (grifo do autor)

⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau. *Revista Consultor Jurídico*. fevereiro 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

As prisões brasileiras estão extremamente cheias, o cenário político e econômico atual é de crise, o desemprego está altíssimo (e cada dia cresce mais), o Poder Judiciário está transbordando com a quantidade de processos existentes, sendo que cada dia esse número aumenta, e observa-se, que a Suprema Corte brasileira entendeu, recentemente, que a melhor solução para a verificação do momento inicial para o cumprimento de uma pena advinda de um processo criminal (refiro-me aqui à todos os tipos de pena, privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa) se dá após a confirmação da condenatória pelo Tribunal ordinário, mesmo ausente o trânsito em julgado dessa decisão, ou seja, ainda passível de modificação.

A execução provisória no país é um tema muito delicado e vem sendo debatido à longa data, mesmo após uma gama de artigos legislativos afirmando que, para que uma execução seja iniciada, deve, obrigatoriamente, haver o trânsito em julgado da condenação penal.

Porém, a discussão se dá em várias aspectos e argumentos, alguns alegam que as interpretações devem ser feitas sob um prisma mais amplo e não apenas observando a letra da lei, ou seja, deve ser levado em conta a situação crescente em que os crimes vêm ocorrendo, com o ordenamento jurídico brasileiro, a perspectiva de uma justiça penal eficaz, as características da sanção penal (prevenção e retribuição), entre outros.

As turmas dos tribunais superiores divergem muito quanto ao tema, os ministros mudam de entendimento constantemente e ainda há revisão do tema quando este já foi pacificado nos plenários dos tribunais.

Dessa forma, na primeira seção, apresentarei alguns julgados e entendimentos desses tribunais para demonstrar a instabilidade quanto ao entendimento de quando deve se iniciar o cumprimento da pena. Pois, observando os artigos que tratam do tema e a interpretação que é dada a esses, nota-se que o simples enunciado literal da lei, as vezes não é tão simples, e é necessária certa reflexão quanto as palavras trazidas na norma.

Já na seção de número dois, os fundamentos utilizados pelos Ministros em seus votos serão apresentados. Ademais, vale ser ressaltado que os Ministros

nem sempre se utilizam de fundamentos iguais ou até mesmo contrapostos, dessa forma, há uma gama de fundamentações notória.

Bem como dito, há várias fundamentações que tratam do mesmo tema (execução antecipada da pena), dessa forma, na terceira seção será feito uma crítica aos principais fundamentos utilizados pelos Ministros.

Pelo dito, em que momento deverá ser iniciado o cumprimento da pena?

1. A CONSTRUÇÃO DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A RESPEITO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A execução provisória no Brasil é um tema muito delicado e vem sendo debatido à longa data, mesmo após uma gama de artigos legislativos⁵ afirmando que, para que uma execução seja iniciada, deve, obrigatoriamente, haver o trânsito em julgado da condenação penal.

Nesse sentido, as Turmas dos Tribunais Superiores divergem muito quanto ao tema, os ministros mudam de entendimento constantemente e ainda há revisão do tema quando este já está pacificado nos plenários dos tribunais.

Dessa forma, apresentarei alguns julgados, entendimentos e principais fundamentos utilizados por esses Tribunais.

1.1 METODOLOGIA DE ANÁLISE DAS DECISÕES (MAD)

A execução provisória da pena é um tema muito delicado, e bem como será demonstrado nos julgados expostos abaixo, verifica-se que os fundamentos que embasam os votos dos ministros quanto ao tema são múltiplos, tanto no sentido de que há possibilidade de se executar a pena antes do trânsito em julgado, como os fundamentos pela inadmissibilidade de tal execução.

Dessa forma, vejamos a diversificação dos argumentos, pois alguns ministros argumentam que recursos de índole extraordinária não possuem efeitos suspensivos, que as decisões proferidas pelos juízos de 1ª e 2ª instância devem ser respeitados, haja vista que eles analisam fatos e provas, a execução provisória é fundamental para o elemento preventivo da sanção penal, etc., assim sendo, não seria coerente analisarmos quando deve ser iniciado a execução da pena, sem considerarmos algumas dessas fundamentações.

Para que o trabalho expresse o seu objeto, e demonstre a fragilidade do tema, haja vista que existe uma divergência muito grande entre os ministros e uma mudança de entendimento que ora está pacificado, ora não, será utilizado como

⁵ Como por exemplo o art. 105, 147 e 164 da LEP e art. 283, do CPP.

metodologia a “Metodologia de Análise de Decisões” (MAD) para melhor expressar esse escopo.

A MAD é uma metodologia voltada aos trabalhos acadêmicos no campo do Direito, onde estabelece um caminho para que seja feita uma apreciação dos julgados gerando resultados. Dessa forma, estabelece um percurso à ser traçado para que se atinja a finalidade.⁶

Pelo dito, o primeiro passo, que será visto nesta seção, a ser dado para que as decisões sejam analisadas, é a separação de um “banco de dados” de forma criteriosa, sem qualquer reflexão profunda sobre o tema, para com isso, se tenha uma gama de informações que o pesquisador deverá abordar.⁷

Nesta primeira seção, será exposto alguns julgados dos tribunais superiores, de forma simples, para que fique claro a divergência entre os tribunais, turmas e ministros.

O segundo passo – leia-se capítulo dois-, portanto, é a verificação, de forma mais profunda, dos alicerces utilizados pelos ministros em seus votos, demonstrando quais foram os conceitos, princípios, institutos, valores, etc. utilizados. Dessa forma, o capítulo dessa etapa será exibido por fundamento, e não por Ministro.⁸

Por fim, a terceira seção será feita sob uma ótima reflexiva e crítica à alguns fundamentos dos ministros utilizando a doutrina, para demonstrar o meu posicionamento quanto ao tema (impossibilidade de execução provisória da pena).⁹

Vale ser ressaltado que a quantidade de argumentos é vasta, mas o trabalho não deve se limitar apenas à um argumento, haja vista a fragilidade da pesquisa se assim o fosse, mas também não haveria possibilidade de se fazer um trabalho abordando todos os fundamentos trazido nos votos, pois cada argumento

⁶ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010

⁷ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010

⁸ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010

⁹ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010

merece uma reflexão crítica e restaria inviável aborda-los todos de forma contundente num único trabalho.

Dessa forma, a seção terceira será uma análise crítica ao principal fundamento utilizado, qual seja, o princípio da presunção de não culpabilidade, haja vista que tal fundamento foi utilizado por quase todos os Ministros nos julgamentos apresentados.

1.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.2.1 Súmula nº 267 do Superior Tribunal de Justiça

Após inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁰ irem no mesmo sentido, qual seja, pela possibilidade da execução do condenado, se pendente apenas os recursos de índole excepcionais, tais quais, recurso especial e extraordinário, o tribunal superior editou a Súmula nº 267 que dispunha do seguinte texto: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”¹¹.

Pelo dito, os julgados supervenientes do tribunal superior passaram a adotar, de forma majoritária, tal entendimento nos casos similares, restando assim, a possibilidade da execução provisória dos condenados pelo *juízo a quo* e confirmados pelo tribunal, haja vista que os recursos extraordinários e especiais são recebidos apenas sob o efeito devolutivo e não com o efeito suspensivo.

Dessa forma, vejamos os julgados que precederam tal súmula nas subseções a seguir.

Vale ser ressaltado que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendia que a execução antecedente ao trânsito em julgado era possível, pois se outro fosse o entendimento firmado, o único efeito dos recursos excepcionais seria majorado, no sentido de que seria acrescido o efeito suspensivo também a esses e ainda não seria observado a inteligência dos artigos 542, §2º, do Código de Processo Civil de

¹⁰ Precedentes: HC nº 2884/MG, HC nº 5362/MG, HC nº 7730/GO, HC nº 9355/RJ, RHC nº 4351/SP e RHC nº 6681/MG.

¹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 04 de abr. 2016. 20:05.

1973 e artigo 637, do Código de Processo Penal, onde prevê apenas o efeito devolutivo desses.

1.2.2 Precedentes que deram origem à Súmula nº 267 do STJ

1.2.2.1 HC nº 2.884/MG, rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 09/11/94

No julgamento do *Habeas Corpus* em análise, os ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de forma unânime, entenderam pela impossibilidade de Recurso Especial obstar início do cumprimento da pena após confirmação da condenação pelo tribunal, haja vista a falta do efeito suspensivo desse recurso.¹²

No voto do Min. Relator, no qual foi acompanhado pelos demais ministros, foi dito que “a execução da decisão condenatória não está condicionada a decisão terminativa de última instância e não pode ser esvaziada pela simples interposição de um recurso”.¹³

1.2.2.2 RHC nº 6.681/MG, rel. Min. José Arnaldo, julgado em 07/10/97

De forma, também unânime, os ministros da 5ª Turma, acordaram no sentido de que fosse respeitado a determinação legal do art. 542, §2º, do CPC, os recursos especiais e extraordinários não possuem efeito suspensivo, pois esses são recebidos apenas com efeito devolutivo, desse modo, a sentença e acórdão condenatório são passíveis de execução, mesmo quando as decisões condenatórias estão sendo analisadas por meio desses recursos.¹⁴

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 2.884/MG. 5ª Turma. Paciente: Acir Soares de Araújo. Impetrante: Geraldo Eustaquio Castro Liboreiro. Impetrado: Des. Rel. da apelação n. 180752 da segunda câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Relator(a): Min. Edson Vidigal. Brasília, 23 de novembro de 1994. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199400295146&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 6.681/MG. 5ª Turma. Paciente: Elton Guelber de Mendonça. Recorrente: Wagner Antônio Policeni Parrot. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. José Arnaldo. Brasília, 07 de out. de 1997. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700565572&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

1.2.2.3 HC nº 9.355/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 18/11/1999

No mesmo sentido em que o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo, tal qual, pela possibilidade da execução prévia do condenado, haja vista a não suspensão processual advinda de interposição de recurso especial e ou extraordinário, votaram os ministros da 6ª Turma, por unanimidade, pela execução provisória do impetrante.¹⁵

1.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como visto, o STJ proclama suas decisões quanto ao objeto deste trabalho – execução provisória da pena -, verificando a possibilidade da execução antecipada da pena, devido ao fato dos recursos extraordinário e especial não possuírem o efeito suspensivo, o que acabou gerando o entendimento sumulado (Súmula nº 267/STJ) desse tribunal.

Porém, os julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) vão além da análise dos efeitos dos recursos, pois, bem como veremos a seguir, os julgadores da suprema corte analisam a possibilidade ou não da execução provisória com base, além da verificação dos efeitos recursais, mas também com os conceitos, princípios, entre outros.

Dito isso, é notório a diversificação em que pode ser fundamentado uma decisão decretando ou não a execução provisória da pena.

1.3.1 HC nº 69.964/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 18/12/92

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 69.964, cuja relatoria foi do Min. Ilmar Galvão, o plenário do Supremo Tribunal Federal, acordou, de forma divergente, no sentido de que é possível a execução da pena antes do trânsito em julgado, após confirmação pelo tribunal da sentença condenatória prolatada pelo juízo *a quo*, haja

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 9.355/RJ. 6ª Turma. Paciente: Glorinha Clemente de Vasconcellos. Impetrante: Clevis Fernando Corsato Barboza. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de nov. de 1999. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=19990397401&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 03 de mar. de 2016.

vista que os recursos de índole excepcionais não possuem efeito suspensivo para impossibilitar a execução da condenação.¹⁶

Outrossim, os Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence votaram no sentido de que não é possível esse tipo de execução.¹⁷

O min. Marco Aurélio alegou que não poderia ser possível a execução provisória do condenado pelo fato dessa modalidade de execução ir no sentido contrário ao art. 5º da Constituição Federal e devido a necessidade do trânsito em julgado da condenação.¹⁸

O min. Sepúlveda Pertence alegou que as prisões cautelares, por se tratarem de prisões processuais, não ofendem o princípio constitucional trazido pelo art. 5º, LVII, Constituição Federal, mas se a prisão deixar de ser cautelar (processual) e passar a ser uma execução prévia da pena, passará a ofender o princípio que diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal.¹⁹

Os demais ministros alegaram que os recursos de índole extraordinária (especial e extraordinário) não possuem efeitos suspensivo e, deste modo, há a possibilidade de se iniciar a execução da pena antes mesmo do trânsito em julgado.²⁰

1.3.2 HC nº 70.351/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 22/03/94

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 70.351, cuja relatoria foi do Min. Paulo Brossard, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, acordou, de forma divergente, no sentido de que é possível a execução da pena antes do trânsito em julgado, após confirmação pelas vias impugnativas ordinárias da sentença

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.964/RJ. Plenário. Paciente: Jorge Raimundo Martins. Impetrante: George Tavares. Relator(a): Min. Ilmar Galvão. Brasília, 18 de dez. de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+69964%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+69964%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cl62uo8>>. Acesso em: 05 de mar. de 2016.

¹⁷*Ibidem*.

¹⁸*Ibidem*.

¹⁹*Ibidem*.

²⁰*Ibidem*.

condenatória prolatada pelo juízo *a quo*, haja vista que os recursos de índole excepcionais não possuem efeito suspensivo para impossibilitar a execução da condenação e a regra de se exigir o trânsito em julgado a sentença condenatória prevista no art. 675, do Código de Processo Penal só deve ser observado, se tal sentença estiver sendo analisada por recurso com efeito suspensivo e não apenas passível de análise sob os recursos especiais e ou extraordinários.²¹

Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio votou no sentido oposto, ou seja, de que não é possível esse tipo de execução. Alegando que não poderia haver a execução da pena antes do trânsito em julgado por ofender o art. 5º da CF/88, que previu o princípio da presunção de inocência.²²

1.3.3 HC nº 83.592/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 10/02/2004

O *Habeas Corpus* nº 83.592/RJ, cuja relatoria foi do Min. Joaquim Barbosa, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, acordou, de forma unânime, no sentido de que não é possível a execução da pena antes do trânsito em julgado, pois antes do trânsito em julgado a custódia do condenado só pode ser decretada cautelarmente em observância ao art. 312 do Código de Processo Penal e não como execução da pena.²³

1.3.4 HC nº 84.677/RS, rel. Min. Eros Grau, julgado em 23/11/2004

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 80.535, cuja relatoria foi do Min. Eros Grau, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, acordou, de forma divergente, no sentido de que não é possível a execução da pena antes do trânsito em julgado, após confirmação pelo tribunal da sentença condenatória prolatada pelo juízo *a quo*,

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70.351/RJ. 2ª Turma. Paciente: Carlindo Gurgel. Impetrante: Rovane Tavares Guimaraes. Relator(a): Min. Paulo Brossard. Brasília, 22 de mar. de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2870351%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hjsqlux>>. Acesso em: 06 de mar. de 2016.

²²*Ibidem*.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.592/RJ. 1ª Turma. Paciente: Zuleino dos Santos Soares. Impetrante: Eduardo de Moraes. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 10 de fev. de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883592%29&ENUME%2E+O+U+83592%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zy949aa>. Acesso em: 07 de mar. de 2016.

pois se fosse outro o entendimento, haveria a violação ao princípio da presunção de inocência e ao art. 147, LEP.²⁴

O min. Relator Eros Grau votou seguindo a linha de raciocínio que o plenário do STF vinha tomando, ou seja, de que haveria a possibilidade da execução prévia da pena, cuja condenação aguarda apenas o julgamento de recurso especial ou extraordinário, haja vista que os recursos de índole excepcionais não possuem efeito suspensivo para impossibilitar a execução da condenação.²⁵

Posto isso, os Min. Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio votaram no sentido de que não é possível esse tipo de execução (provisória).²⁶

O min. Marco Aurélio alegou que não poderia ser possível a execução provisória do condenado pelo fato dessa modalidade de execução ir no sentido contrário ao art. 5º da Constituição Federal e devido a necessidade do trânsito em julgado da condenação prevista pelo art. 147 da Lei de Execuções Penais (LEP). Sendo que os demais ministros, salvo o min. Relator Eros Grau, votaram no mesmo sentido.²⁷

1.3.5 HC nº 85.289/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 22/02/2005

O *Habeas Corpus* nº 85.289, julgado pela 1ª Turma do STF, cuja relatoria foi do Min. Sepúlveda Pertence, acordou, de forma unânime, no sentido de não ser possível a execução da pena antes do trânsito em julgado, pois se fosse outro o entendimento, haveria a violação ao art. 147, LEP.²⁸

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.677/RS. 1ª Turma. Paciente: Élcio Mossi. Impetrante: Luis Carlos Dias Torres. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 23 de nov. de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884677%2E%2E+O+U+84677%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kl7jwng>. Acesso em: 07 de mar. de 2016.

²⁵*Ibidem*.

²⁶*Ibidem*.

²⁷*Ibidem*.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.289/SP. 1ª Turma. Paciente: Dirceu Silvestre Zaloti. Impetrante: Dirceu Silvestre Zaloti. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 22 de fev. de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885289%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gm7ux8q>. Acesso em: 07 de mar. de 2016.

Deste modo, todos os min. presentes na sessão votam juntamente com o relator, sendo que estavam presentes o min. Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto e Eros Grau.²⁹

Bem como demonstrado na subseção anterior a esta, onde foi abordado o HC nº 84.677, cuja relatoria foi do min. Cezar Peluso, a 1ª Turma passou a entender, mesmo por maioria dos votos, pela impossibilidade da execução provisória da pena. A 2ª Turma também vinha adotando o mesmo posicionamento, bem como disposto no HC nº 86.498.

1.3.6 HC nº 86.498/PR, rel. Min. Eros Grau, julgado em 18/04/2006

Neste *Habeas Corpus*, julgado pela 2ª Turma do STF, de forma unânime, cuja relatoria foi do min. Eros Grau, o entendimento que vinha sendo tomado por essa turma mudou, passando a acompanhar o entendimento que vinha sendo tomado desde o HC 86.498 da 1ª Turma, ou seja, passou a entender pela impossibilidade da execução provisória da pena, devido ao fato do art. 147 da LEP condicionar o trânsito em julgado para o início da execução penal.³⁰

Destaca-se, portanto, que o entendimento do min. Eros Grau quanto a interpretação do art. 147 da LEP mudou, pois no julgamento do HC 84.677, onde a 1ª Turma alterou o entendimento quanto ao tema, ele foi vencido, pois entendia que a interpretação ao art. 147 da referida lei deveria ser feita sob um prisma mais amplo, visando não apenas a literalidade da lei, mas também com observância ao ordenamento jurídico brasileiro, passando a entender que de fato esse artigo impossibilita a execução provisória.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.289/SP. 1ª Turma. Paciente: Dirceu Silvestre Zaloti. Impetrante: Dirceu Silvestre Zaloti. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 22 de fev. de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885289%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gm7ux8q>. Acesso em: 07 de mar. de 2016.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 86.498/PR. 2ª Turma. Paciente: José Geraldo Nonino. Impetrante: Amir José Finochiaro Sarti. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 18 de abr. de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2886498%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kgxwqv9>. Acesso em: 07 de mar. de 2016.

1.3.7 HC nº 90.645/PE, rel. Min. Menezes Direito, julgado em 11/09/2007

A 1ª Turma que estava decidindo de forma reiterada, bem como demonstrado nas subseções anteriores a esta, decidiu, neste *Habeas Corpus*, por maioria, pela possibilidade de execução prévia da pena.

Desse modo, o Min. Marco Aurélio manteve o seu posicionamento dos demais julgados que envolviam esse tema – execução prévia da pena – e votou no sentido de que não é possível esse tipo de execução. Pois, alegou que não poderia ser possível a execução provisória do condenado pelo fato dessa modalidade de execução ir no sentido contrário à Constituição Federal, tornando, bem como dito por ele em seu voto, “letra morta aos princípios da inocência e da não culpabilidade”.³¹

Ressalta ainda que mesmo o Estado prevendo indenização aos condenados por erro judicial, nunca o indivíduo terá sua liberdade restituída, ou seja, o indivíduo condenado erroneamente pelo Estado não terá o retorno ao *status quo* que outrora possuía – antes da indevida condenação e execução prévia da pena.³²

O min. Menezes Direito alegou que os recursos especiais e extraordinários não possuem efeitos suspensivo e, deste modo, há a possibilidade de se iniciar a execução da pena antes mesmo do trânsito em julgado, sem que se verifique ofensa ao princípio da não culpabilidade previsto na Constituição Federal.³³

Os demais ministros seguiram a divergência, acrescentando ainda, o argumento de que desse modo – possibilidade de execução provisória -, haveria uma valoração às instâncias ordinárias e uma observância ao princípio do juiz natural.³⁴

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90.645/PE. 1ª Turma. Paciente: Regiene de Souza Pereira. Impetrante: Wendell Siqueira Ferraz. Relator(a): Min. Menezes Direito. Brasília, 11 de set. de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2890645%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa9e3hc>>. Acesso em: 07 de mar. de 2016.

³²*Ibidem*.

³³*Ibidem*.

³⁴*Ibidem*.

1.3.8 HC nº 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009

O Supremo Tribunal Federal prolatou, no dia 05 de fevereiro de 2009, decisão no Plenário mudando o entendimento quanto à execução provisória da pena, sob a relatoria do Min. Eros Grau.

Cumprе salientar que o entendimento predominante na Suprema Corte, entre 1992 e 2005, era de que havia a possibilidade da execução da pena antes da análise dos recursos de natureza excepcionais, tais quais, Recurso Extraordinário e Recurso Especial. Sendo que, entre 2004 e 2009 o entendimento começou a mudar nas Turmas – a partir do *Habeas Corpus* nº 83.592 em 2004 -, mas esse não estava pacificado.

A partir da divergência das decisões que estavam sendo tomadas pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2009, o *Habeas Corpus* (HC) nº 84.078 foi julgado pelo plenário do tribunal e restou decidido, por maioria, que a execução provisória da pena ofendia o princípio da presunção de não culpabilidade que dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição Federal.³⁵

Pelo dito, se destaca o entendimento firmado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal de que não seria possível a execução prévia de condenação ainda não transitada em julgado, mesmo pendente de recursos sem efeitos suspensivos, e indo no sentido contrário do que vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça, que fundamentava suas decisões em sua Súmula nº 267.

1.3.9 HC nº 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016

Após longo entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, o julgamento realizado no dia 17 de fevereiro de 2016, acarretou a mudança do entendimento pacificado, entendimento este de que não era possível o condicionamento do condenado para fins executórios sem que antes houvesse o trânsito em julgado, apenas para fins cautelares.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

Desse modo, o HC nº 126.292/SP, julgado pelo Tribunal Pleno do STF, acordou, de forma não unânime, pela possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado.

Assim sendo, ficaram vencidos os min. Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, sendo que os demais presentes votaram juntamente com o relator.

Por todo o explanado, verifica-se a mudança, novamente, do entendimento do Supremo quanto ao tema da execução da pena. E, além da mudança de entendimento feita pela Corte, averigua-se que o Min. Gilmar Mendes, mudou seu posicionamento, que já estava pacificado pela não possibilidade de se executar a pena antes do trânsito em julgado da condenatória.

O Min. Marco Aurélio, ao prolatar o seu voto na sessão de julgamento, lamentou o novo entendimento tomado pelo Plenário do Tribunal, *in verbis*: “Não vejo uma tarde feliz em termos jurisdicionais na vida deste Tribunal, na vida do Supremo”³⁶. Acrescentou ainda que a mesma Suprema Corte há pouco tinha dito que não poderia haver a execução provisória do acusado, em se tratando da liberdade de ir e vir, sob a interpretação do mesmo diploma constitucional (art. 5º, LVII, CF/88), mas agora passou a entender pela possibilidade, “de uma forma diametralmente oposta, por uma maioria”³⁷

Aurélio ressaltou ainda que, *in verbis*:

"o preceito ao meu ver não permite interpretações, e há uma máxima em termos de noção de interpretação e hermenêutica segunda a qual onde o texto é claro e preciso, cessa interpretação sob pena de se reinscrever a norma jurídica e no caso uma norma constitucional"³⁸

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Plenário. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

Nesse sentido, o Min. Ricardo Lewandowski afirmou que: “A antiga escola da exegese afirmava que: *in claris cessat interpretatio*. E estamos em claro no art. 5º [inciso LVII, Constituição Federal de 1988], não podemos interpretar”³⁹

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Plenário. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

2 VERIFICAÇÃO DE COMO OS MINISTROS UTILIZARAM CONCEITOS, VALORES, INSTITUTOS E PRINCÍPIOS PARA FUNDAMENTAR SUAS DECISÕES

A execução provisória da pena é um tema muito delicado, pois os fundamentos que embasam os votos dos ministros quanto ao tema são vastos, tanto no sentido de que há possibilidade de se executar a pena antes do trânsito em julgado, como os fundamentos pela inadmissibilidade de tal execução.

Como existe uma multiplicidade de argumentos, não seria lógico ponderarmos quando deve ser iniciado a execução da pena, sem analisarmos essas fundamentações, mas também não é possível, num único trabalho, tratarmos de forma criteriosa de todas as fundamentações. Dessa forma, vejamos alguns dos argumentos trazidos pelos Ministros em seus votos.

2.1 A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A EXECUÇÃO DAS PENAS

2.1.1 O legislativo condicionou a execução das penas [privativas de liberdade (art. 105, LEP), restritivas de direitos (147, LEP) e multa (164, LEP)] ao Trânsito em Julgado

O Min. Eros Grau argumentou que independentemente do art. 637 do Código de Processo Penal (CPP) estabelecer que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, se verifica que a Lei nº 7.210 de 1984 – Lei de execuções penais (LEP) -, em seu art. 105, exige que a sentença condenatória, das penas privativas de liberdade, não possua mais qualquer recurso cabível, leia-se trânsito em julgado de sentença condenatória, para que a guia de recolhimento à execução seja expedida, sendo que ocorre o mesmo para as penas restritivas de direito, no art. 147, da referida lei. Ademais, o art. 164, afirma que, valerá como título executivo judicial a certidão de sentença condenatória com o trânsito em julgado.⁴⁰

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1055. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

Assim sendo, de acordo com os artigos mencionados no voto do Min. Eros Grau, resta evidente que a execução provisória da pena não é compatível com a Lei de Execuções Penais (LEP), haja vista a maneira recorrente que a lei aponta a necessidade do trânsito em julgado, tanto para a expedição da guia de recolhimento para execução, quanto para a sentença ter consigo força de título executivo judicial.⁴¹

Ademais, *in verbis*:

Ora, se é vedada a execução das penas restritivas de direito 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. [...] É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.⁴²

Caso não exista condenação em definitivo contra o réu no processo penal, mesmo restando apenas recursos de índole extraordinária, tais quais, recurso especial e recurso extraordinário, essa (inexistente condenação) não pode ser executada, haja vista que o art. 105, da LEP, veda tal possibilidade referente as penas privativas de liberdade, e, o recurso, mesmo sem possuir efeito suspensivo “impede, até final julgamento, o trânsito em julgado”.⁴³

Outrossim, deve ser advertido que as penas restritivas de direito não sofrem execução prévia, devido a inteligência do art. 147, da LEP, pois exige, para essa consequência, o trânsito em julgado da sentença condenatória, e, se para o cumprimento das penas restritivas de direitos é necessário a condenação em definitivo, da mesma forma deve ocorrer nas penas privativas de liberdade, que geram consequências mais graves.⁴⁴

⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1055. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁴²*Ibidem*, p. 1057.

⁴³Fernando da Costa Tourinho Filho apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1063. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de

2.1.2 A Lei de Execuções Penais não veda a expedição de guia de recolhimento provisório

Ao passo em que, se analisarmos a inteligência do art. 105 da Lei de Execuções Penais (LEP – Lei nº 7.210/84) observaremos que o legislador tratou nesse artigo, de acordo com o entendimento do Min. Joaquim Barbosa, da execução definitiva do condenado, mas nada falou quanto à “guia de recolhimento provisório”⁴⁵ e nesse sentido, por não haver a vedação à expedição de tal guia (guia de recolhimento provisório), poderá esta ser expedida e, o artigo analisado fala que “se o réu estiver ou vier a ser preso”, e, consequência disso é que o réu já poderá estar preso no momento em que a guia com a execução definitiva for expedida.⁴⁶

2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE PREVISTO NO ART. 5º, LVII, CF/88

2.2.1 A presunção de inocência impossibilita a execução antecipada da pena

O Min. Eros Grau traz o entendimento do Art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que dispõe que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁴⁷, para dar força ao argumento de que “os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõe-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP”.⁴⁸

Dessa forma, *in verbis*:

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado – e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena – anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu

2009, p. 1129. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em:
 23 de fevereiro de 2016.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 1146

⁴⁶ *Ibidem*, p. 1146

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁸ *op. cit*, p. 1055

alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.⁴⁹

Ademais, seguindo essa linha de raciocínio, Eros Grau cita Geraldo Ataliba, vejamos:

Apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.⁵⁰

Juntamente aos demais argumentos utilizados para demonstrar a violação à princípios constitucionais nos casos de execução provisória da condenação, não há que se questionar se os constituintes legitimaram, ou não, presunção de inocência. O que conta, é o:

Enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória.⁵¹

No mesmo sentido, Grau cita o Min. Sepúlveda Pertence:

[...] quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. [...] E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data vênia, que se *'hurlent de se trouver ensemble'*⁵².⁵³

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1057. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁵⁰ Geraldo Ataliba apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1057. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁵¹ Cezar Peluso reclamação nº 2.311 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1059. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁵² Ação de ter o resultado contrário ao esperado.

⁵³ Sepúlveda Pertence apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau.

Por todo supramencionado, resta evidente que a presunção de inocência prevista em nossa Carta Magna de 1988 no art. 5º, LVII, é expressa ao afirmar de forma direta e objetiva que antecipação provisória da condenação é uma afronta constitucional, haja vista a clareza do artigo mencionado.⁵⁴

Nota-se, portanto, o absurdo de que uma pessoa tenha sua execução iniciada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, nesse sentido, vejamos: “[...] que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse, antes que sobrevenha, contra ele, condenação penal transitada em julgado [...]”.⁵⁵

Pelo supramencionado, conclui-se que o Estado tem que observar os limites previstos na Constituição Federal no que se refere a persecução penal, haja vista que um cidadão que cumpre pena antes de uma condenação transitada em julgado, que, posteriormente tenha essa condenação revertida por algum meio, como por exemplo um recurso excepcional (extraordinário ou especial), o Estado nunca devolverá o *status quo ante* desse indivíduo, mesmo após indenização em pecúnia a liberdade que outrora lhe foi retirada, não voltará, juntamente com as outras consequências que o cárcere pode trazer, tais quais, marginalização por parte da sociedade, falta de emprego, etc.⁵⁶

Ratifica-se, portanto, que o direito de ser presumidamente inocente se permanece até que venha condenação penal irrecorrível, inclusive nos casos onde há condenação em 2º grau, mas pendente de interposição de recursos excepcionais.⁵⁷

Se observarmos o quadro histórico do país, veremos que o Brasil passou por um governo autoritarista – Estado Novo -, e nesse governo, de acordo com o

Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1061. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1062. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 1111

⁵⁶ *Ibidem*, p. 1122 e 1154

⁵⁷ *Ibidem*, p. 1116

Decreto-Lei nº 88/37, mais especificamente o art. 20, nº5, do Dec. Lei nº 88/37, a presunção era de que o acusado era culpado, sendo que sua inocência dependia, exclusivamente, de comprovação pelo próprio acusado, nos processos por delitos contra a segurança nacional.⁵⁸

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, após a criação da Constituição Federal de 1988, que possui como um dos seus princípios basilares, a presunção de não culpabilidade, as acusações passaram a não se presumirem provadas, *in verbis*:

O ônus da prova incube, exclusivamente, a quem acusa. [...] Isso significa que não compete, ao réu, demonstrar sua própria inocência. Ao contrário, cabe, ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado.⁵⁹

Conclui-se, portanto, que a presunção de inocência apenas tem seu findo com a sentença/acórdão condenatório transitado em julgado, ou seja, aquele não mais passível de recurso (mesmo de cunho excepcional). Os agentes possuidores de fé pública, não podem, portanto, não observarem esse princípio conquistado com o Estado Democrático de Direito, que é a presunção de inocência.⁶⁰ Celso de Mello acrescenta ainda que a interpretação da presunção de inocência deve ser feita de forma única, haja vista que não há qualquer ambiguidade na interpretação do texto constitucional quanto a execução acontecer apenas após o trânsito em julgado.⁶¹

Pelo dito, vejamos:

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

⁵⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1118. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 1118

⁶⁰ *Ibidem*, p. 1119

⁶¹ *Ibidem*, p. 1138

Vê-se, daí, que a presunção de inocência atua com verdadeiro **obstáculo constitucional** a decisões estatais **que possam afetar** o exercício de direitos básicos [...] ⁶²

Frisando ainda mais a necessidade de uma condenação imutável, o Min. Celso de Mello cita Cesare Beccaria: “A um homem não se pode chamar culpado antes da sentença do juiz ...” ⁶³

Ademais, vejamos:

O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Vai além disso. **Para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado.** Tudo isso conjugadamente, para vitalizar o encarecido direito à **presunção de não culpabilidade**. Portanto, algo ainda mais robusto, mais forte do que a simples presunção de inocência. E a Constituição fez bem, porque **a prima-dona dos direitos individuais é a liberdade de locomoção.** ⁶⁴

O Min. Cezar Peluso iniciou a prolação do seu voto fazendo uma breve análise Histórica, pois o princípio da presunção de não culpabilidade surgiu, pela primeira vez, em 1789, com a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, da Revolução Francesa⁶⁵, na qual foi inspirado pela obra de Beccaria (1764), *in verbis*:

Que a um homem não se pode chama-lo de culpado (réu) antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe proteção pública, até o momento em que fique decidido que violou as convenções pelas quais aquela proteção lhe fora outorgada [...]
Os cidadãos depositam na mão do Estado, dela abdicando, parte de sua liberdade, para que com ela o Estado os proteja na substância residual dessa mesma liberdade. ⁶⁶

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1120. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016. (grifo do autor)

⁶³Cesare Beccaria apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1123. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁶⁴ *op. cit.*, p. 1152 (grifo nosso)

⁶⁵ *Ibidem*, p. 1158

⁶⁶Cesare Beccaria apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1159. Disponível em: <

Apresentado o contexto histórico na qual o indivíduo era processado, o Min. Cezar Peluso conclui que o princípio da não culpabilidade surgiu para proteger o réu do Estado, haja vista o modo que ele era tratado no processo denominado pelo ministro de “desumano e injusto”⁶⁷, sendo consolidado tal princípio na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.⁶⁸

A garantia constitucional da presunção de inocência é “um dos mais importantes valores políticos-ideológicos”⁶⁹ que o ordenamento jurídico brasileiro tem, haja vista a dignidade da pessoa humana se mantêm mesmo a pessoa estando no curso de um processo penal contra si.⁷⁰

Assim sendo, *in verbis*:

[...] o ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional. E a razão é óbvia, não apenas pela irreversibilidade das medidas gravosas, sobretudo da prisão, diante dos riscos da privação de liberdade de um inocente – e recordei, há pouco, aquela outra observação de Beccaria de que nem a sociedade, nem a humanidade ganham coisa alguma com a restrição de liberdade de alguém que a final seja considerado inocente -, como porque, e sobretudo, ofende um sentimento inato de justiça, que até as crianças têm. Uma criança é capaz de se rebelar contra punição injusta.⁷¹

2.2.2 A presunção de inocência não impossibilita a execução antecipada da pena

O Min. Menezes Direito aduz que o princípio da presunção de não culpabilidade não pode conter a rigidez de afirmar que em um momento afronta o

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1160. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 1162

⁶⁹ *Ibidem*, p. 1162

⁷⁰ *Ibidem*, p. 1162

⁷¹ *Ibidem*, p. 1163

bem jurídico da liberdade de ir e vir, mas em outro momento, o mesmo princípio aplicado ao mesmo bem jurídico não afronta esse bem jurídico, quer dizer, para a medida cautelar mais extrema, que é a prisão preventiva, não há violação ao princípio da não culpabilidade, mas para a execução provisória da pena, existe. Ocorre que, *in verbis*:

essas situações são as mesmas, a posição tomada não pode ser variável. Nessa discussão, não vejo diferença entre a prisão em decorrência de uma faculdade processual e a prisão decorrente da aplicação da lei penal. Ambas envolvem a privação da liberdade do acusado [...] Se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado da sentença, a execução da pena privativa de liberdade também o é.

Joaquim Barbosa aduz que o princípio da presunção da não culpabilidade não é absoluto e por não ser absoluto, admite-se no ordenamento jurídico brasileiro a privação da liberdade do indivíduo como medida cautelar pela prisão preventiva e cautelar.⁷²

Deste modo, a presunção de não culpabilidade não se sobrepõe às sentenças e ou acórdãos condenatórios do indivíduo, pois tais decisões legitimam a privação da liberdade do condenado, assim sendo, deve prevalecer o entendimento de que a execução provisória do condenado é possível e deve ser admitida.⁷³

Para além disso, os recursos excepcionais não são dotados dos efeitos suspensivos que alguns recursos ordinários possuem, razão esta que não configura uma afronta ao princípio da não culpabilidade, quando a execução se iniciar após acórdão que confirma a condenação proferida pelo juízo *a quo*.⁷⁴

Deve ser esclarecido, ainda, que a execução será provisória e não definitiva, justamente para que seja respeitado o princípio constitucional da não culpabilidade, pois, o *status* de inocência permanece sobre o indivíduo que não foi condenado em definitivo.⁷⁵

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1143. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁷³ *Ibidem*, p. 1143.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 1143.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 1143.

A Min. Ellen Gracie aduz que a presunção de não culpabilidade prevista na Constituição Federal de 1988, foi idealizada visando apenas a garantia de que os indivíduos acusados, em matéria criminal, fossem tidos “por inocentes durante toda instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que a acusação incube todo o ônus da prova”.⁷⁶

Pelo dito, argumenta que no ordenamento jurídico brasileiro, bem como previsto no princípio da presunção de não culpa, a acusação deve demonstrar a culpa do acusado, sendo que, quando o tribunal confirma a condenação prolatada em 1ª instância, não há afronta a esse princípio se o tribunal decidir que o condenado deve começar a cumprir sua pena, pois a presunção trazida pelo princípio, não deve se sobrepor ao juízo feito pelo juiz *a quo* e pelo tribunal, já que o juízo é feito após a fase probatória do processo e a sentença é fundamentada com base nas provas colhidas nessa fase.⁷⁷

Assim sendo, a presunção de não culpabilidade é trocada pela a sentença condenatória ratificada pelo tribunal, após um juízo de culpabilidade, mas em caráter não definitivo, haja vista que a condenação está passível de recurso. Noutras palavras, a presunção de inocência trazida pelo art. 5º, LVII, CF/88 é substituída pelo juízo formado na fase probatória e exaltado na sentença ratificada pelo tribunal.⁷⁸

Seguindo essa linha de raciocínio, *in verbis*:

[...] presunção de inocência há de corresponder a um compromisso entre (1) o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado (acusador e juiz).⁷⁹

Posto isso, caso não se resulte em execução prévia da pena, mesmo após sentença mantidas pelos tribunais, haverá um desamparo à “sociedade de

⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1169. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 1169

⁷⁸ *Ibidem*, p. 1171

⁷⁹ *Ibidem*, p. 1170

bem” perante as práticas criminosas, corroborando ainda com a sensação de impunidade que a sociedade acredita que os delinquentes possuem.⁸⁰

Assim sendo, a prova deve prevalecer sobre a presunção de inocência, haja vista que, vejamos:

[...] O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país. Por isso mesmo, o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação. Não se exige do suspeito que colabore minimamente para a comprovação da veracidade das acusações que lhe são imputadas. Pode calar para ocultar fatos que lhe sejam desfavoráveis. Pode utilizar-se de todos os meios postos à sua disposição pela legislação para contrastar os elementos de prova produzidos pela promotoria e mesmo para impedir o seu aproveitamento quando não sejam obtidos por meios absolutamente ortodoxos. O Ministério Público é que deverá se encarregar de fazer a prova mais completa de materialidade, autoria e imputabilidade. [...]⁸¹

Assim sendo, de acordo com a Min. Gracie, não faz sentido que a presunção de não culpabilidade trazida pela Carta Magna vigente exija o esgotamento de todos os recursos para que se dê início ao cumprimento da pena, haja vista que “uma vez sopesada a prova e considerada ela como suficiente pelo juiz de primeiro grau [...] se demonstra que um delito (tipo penal) foi cometido e que o foi pelo acusado, pois nesse sentido convergem as provas dos autos”. Ademais, há a possibilidade da prisão antes mesmo de sentença condenatória – prisões cautelares, desde que obedecido o devido processo legal, o princípio da presunção de não culpa deve ser lido juntamente com tais possibilidades.⁸²

2.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA NÃO PODE SER UTILIZADO DE MODO RESTRITO

Eros Grau observou que o princípio constitucional da ampla defesa, pois como o próprio nome já diz, não pode ser observado de modo restrito, isto é, está

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1171. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁸¹ *Ibidem*, p. 1171

⁸² *Ibidem*, p. 1172

presente em todas as fases do processo – salienta-se que a fase dos recursos excepcionais também é abraçada por tal princípio.⁸³ Nesse sentido, *in verbis*:

Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.⁸⁴

2.4 PRISÕES PROCESSUAIS

De acordo com Grau, a única possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado é nos casos em que há a observância dos requisitos da prisão cautelar, “ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva”⁸⁵, seguindo tal entendimento, a presunção de inocência do réu tem seu fim após o trânsito em julgado, não menos. E assim sendo, sua prisão sem condenação definitiva será aceita, excepcionalmente, em sede cautelar.⁸⁶

Após verificado a impossibilidade de execução antecipada da pena, por se tratar de afronta à Constituição Federal, o Min. Eros Grau afirmou que há a possibilidade do acusado ser levado à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas em casos excepcionais, bem como aqueles que autorizam a prisão como medida cautelar, por meio de decisão motivada.⁸⁷

Constata-se, portanto, que a prisão pode se dar de duas formas, a primeira é a prisão definitiva, que necessariamente precede-se de uma condenação

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1158. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 1058

⁸⁵ *Ibidem*, p. 1058

⁸⁶ Fernando da Costa Tourinho Filho apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1063. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁸⁷ *op. cit.*, p. 1163

transitada em julgado e a segunda é a provisória, que tem como requisito a necessidade e a fundamentação na decisão.⁸⁸

Ainda nesse sentido:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. **É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas,** em quaisquer circunstâncias, **as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.**⁸⁹

Acentua o Min. Eros Grau que prisão cautelar não pode ser confundida com a prisão penal, pois aquela não tem como escopo a punição do indivíduo, ou seja, a cautelar não tem o intento de sanção, muito pelo contrário, é um “instrumento destinado a atuar em ‘benefício da atividade desenvolvida no processo penal’⁹⁰”⁹¹

A Suprema Corte, no entendimento do Min. Celso de Mello, por ser guardiã dos direitos e garantias advindos da Constituição Federal, conseqüentemente ao postulado do estado de inocência, não obsta a prisão cautelar, pois essa é fundamentada em “razões concretas que a justifiquem”⁹² para proteger o interesse coletivo geral e dos cidadãos.

⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1063. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁸⁹Fernando da Costa Tourinho Filho apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1063. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016. (grifo nosso)

⁹⁰BASILEU GARCIA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense) apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1108. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1108. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁹² *Ibidem*, p. 1117

O entendimento trazido pelo art. 5º, LXI, da Constituição Federal, onde esse traz, em seu teor, o seguinte: “ninguém será preso senão em flagrante delito [...]”⁹³, afirmando que a regra é a liberdade e não o cárcere antes da sentença penal irrecurável.⁹⁴

Há a excepcionalidade nas formas de prisão antes do trânsito em julgado – prisões preventivas -, destaca o Min. Carlos Ayres Britto, onde devem ser observados os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (CPP) para a verificação de tal possibilidade, sendo que a execução antecipada da pena não deve ser encarada como prisão preventiva, haja vista que o aludido artigo não menciona tal hipótese normativa.⁹⁵

O Min. Gilmar Mendes destaca que a possibilidade da execução prévia da pena poderia ser uma forma de dar efetividade no combate à criminalidade, porém, tal efetividade pode ser alcançada com a fixação da prisão preventiva e não com a execução provisória da condenação. Contudo, a segregação cautelar deve ser imposta com prudência pelos juízes e tribunais, a julgar pelas inúmeras prisões preventivas em que os réus estão presos há 2 (dois), 3 (três) anos sem que a denúncia se quer tenha sido feita.⁹⁶

A concessão de *Habeas Corpus* (HC), de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2008, foi de 1 (um) em cada 3 (três) HC's conhecidos, melhor dizendo, grande parte dos remédios constitucionais impetrados perante o Supremo Tribunal Federal (STF) são concedidos, mesmo após os processos passarem pelas instâncias ordinárias.⁹⁷

Existe a possibilidade de se ter uma efetividade penal por meio das prisões preventivas, mas que não se pode decretá-las sem a observância das hipóteses legais de cabimento, haja vista sua excepcionalidade, pois de acordo com

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1152. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 1152

⁹⁵ *Ibidem*, p. 1179

⁹⁶ *Ibidem*, p. 1183

⁹⁷ *Ibidem*, p. 1183

o posicionamento do Min. Mendes, “vê-se que há um abuso da prisão preventiva”⁹⁸ e, ainda cita Odone Sanguiné:

A contradição material consistente em impor uma pena antes de que se condene o processado somente pode prosperar formalmente mediante a consideração de tal privação de liberdade como uma medida cautelar, não como uma pena. A aporia pode ser resolvida somente se lograrmos estabelecer o ponto de equilíbrio entre exigências opostas, e verificar a base da *ratio* em que a restrição da liberdade pessoal do imputado pode conciliar-se com o princípio da presunção de inocência, que exclui qualquer identificação entre imputado e culpável antes da sentença de condenação definitiva. Mas afirmada a compatibilidade entre a prisão provisória e a presunção de inocência, não se pode perder de vista aquele direito fundamental, que sempre resultará vulnerado quando a medida de privação de liberdade não responder a exigências cautelares, convertendo-se em uma pena antecipada. (Sanguiné, Odone. *Prisión Provisória y Derechos Fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 445).⁹⁹

E o Tribunal Constitucional espanhol, à época, possuía o mesmo entendimento. Nesse sentido, Odone Guiné aduz que, *in verbis*:

De maneira taxativa, o Tribunal Constitucional rechaça frontalmente, como fim legítimo, a antecipação de pena, declarando que “em nenhum caso pode perseguir-se, com a prisão provisória, fins punitivos ou de antecipação de pena”, considerando que o “momento essencial desse regime é a consideração da presunção de inocência como regra de tratamento. O fato de que o imputado tenha que ser considerado não culpado, obriga a não castigá-lo por meio da prisão preventiva. E isso quer dizer que esta não pode ter caráter retributivo de uma infração que ainda não tenha sido juridicamente estabelecida”, já que “utilizar com tais fins a privação de liberdade excede os limites constitucionais”. Portanto, não se pode retribuir à prisão provisória uma finalidade retributiva incompatível com sua natureza cautelar e com o direito à presunção de inocência do imputado. Neste sentido, o Tribunal Constitucional esclarece que o direito fundamental à presunção de inocência “impõe limites infranqueáveis” à adoção da prisão provisória: “proscrição à utilização da prisão provisória com o fim de impulsionar a investigação do delito, obter provas ou declarações” (SSTC 156/1997, f.j.3º; 67/1997, f.j.2º). Portanto, a satisfação de maneira

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1184. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

⁹⁹ SANGUINÉ, Odone. apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1193. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016. (grifo nosso).

imediate das demandas sociais de segurança ou inclusive de vingança imediata através de prisão provisória, no caso em que, diante de certos delitos, a sociedade demande uma resposta que não pode demorar-se no tempo, é uma finalidade não admitida pelo Tribunal Constitucional, pois com ela pretende-se conseguir resultado que são próprio da pena, mas que não podem ser assumidos por uma medida, como a prisão provisória, que é decretada anteriormente à sentença. Adotar a prisão provisória nestes casos não é outra coisa senão relacioná-la ao cumprimento de uma pena. (Sanguiné, op. cit., p. 448-449).¹⁰⁰

2.5 JUSTIÇA PENAL EFICAZ

2.5.1 Justiça penal eficaz não permite a execução prévia da pena

Outrossim, para contrapor o argumento de alguns juristas de que a execução da pena deve ser feita de forma prévia para que se evite uma “inundação” de recursos especiais e extraordinários junto ao tribunais superiores meramente protelatórios, cuja função é retardar a execução da pena e conseguir, possivelmente, uma prescrição da pretensão executória do Estado¹⁰¹, nesse sentido vejamos o argumento utilizado pelo Ministro para afrontar tais argumentos:

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 recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos, além do que “ninguém será mais preso”. Eis aí 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 desta Corte não pode ser lograda a esse preço.

Uma observação ainda em relação ao argumento nos termos do qual não se pode generalizar o entendimento de que só após o trânsito em julgado se pode executar a pena. Isso – diz o argumento – porque há casos específicos em que o réu recorre, em grau de

¹⁰⁰Odone Sanguiné, Tese de Doutorado, Universidade Autônoma, Barcelona. apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1193. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁰¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1064. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questão de há muito preclusa, levando nulidades inexistentes, sem indicar qualquer prejuízo. Vale dizer, pleiteia uma nulidade *inventada*, apenas para retardar o andamento da execução e alcançar a prescrição. Não há nada que justifique o RE, mas ele *consegue* evitar a execução. Situações como estas consubstanciarão um acinte e desrespeito ao Poder Judiciário. Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso – eis o fecho de outro do argumento – porque advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora – digo eu agora – a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...¹⁰²

Alguns ministros argumentaram que a execução provisória da pena é um instrumento capaz de tornar a justiça penal eficaz, haja vista que o Poder Judiciário brasileiro é extremamente burocrático e demorado – devido ao grande número de processos que tramitam no nosso ordenamento -, porém, o Min. Carlos Britto verificou que a liberdade individual se sobrepõe ao postulado da justiça penal eficaz, pois a justiça penal eficaz não se alcança com o sacrifício do devido processo legal.¹⁰³

Devido ao fato dos delitos estarem crescendo de uma maneira exponencial, a sociedade brasileira clama por uma justiça penal eficaz, Min. Marco Aurélio proclama que é: “[...] nessas horas que se busca com afincos a persecução criminal, para não se descambar para o ajustiçamento, há de haver o apego às franquias constitucionais e legais [...]”.¹⁰⁴

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1164. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 1156.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 1180.

2.5.2 Justiça penal eficaz possibilita a execução antecipada da pena

Menezes Direito aponta que se demonstra que o processo penal majora o valor dado ao bom andamento do mesmo, haja vista que a prisão cautelar visa o “bom resultado processual”, e minora o escopo central do objeto que é a sentença e ou acórdão. Isto significa dizer que o legislador deu uma maior importância ao andamento processual, do que à sentença e ou acórdão, devido a possibilidade de se prender para o bom andamento processual e a impossibilidade de se prender devido sentença ou acórdão condenatório.¹⁰⁵

Acrescenta ainda, que a impossibilidade da execução da sentença condenatória confirmada por Tribunal e pendente de recursos excepcionais, possui caráter procrastinatório e que acaba gerando a busca desenfreada pela extinção da punibilidade através da prescrição das penas.¹⁰⁶

Como fundamento final, Direito utiliza-se de um estudo feito pelo Procurador da República Douglas Fischer, e afirma que é obrigatório se reconhecer que há uma tensão entre os direitos e garantias fundamentais do réu que está sendo processado, com o direito e garantia da sociedade à proteção e efetividade penal, em detrimento dos indivíduos que violaram normas vigentes. Sendo que o intérprete da norma deve afastar as conclusões que resultem em direitos fundamentais em excesso que tornem o sistema inoperante, pois, caso não ocorra tal interpretação, os direitos fundamentais protegidos pelo legislador e interpretados pelo julgador, acabaram gerando “desproteção dos interesses sociais gerais igualmente garantidos constitucionalmente”¹⁰⁷.

Existe um o confronto entre a racionalização da atividade jurisdicional com a razoável duração do processo, pois, esclarece que a Constituição Federal, ao

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1102. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 1105

¹⁰⁷ FISCHER, Douglas apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1106. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

passo em que restringiu os recursos excepcionais para o simples exame dos direitos, e não dos fatos e provas, teve a intenção de respeitar, também, o princípio constitucional da razoável duração do processo.¹⁰⁸

Por fim, Barbosa defende que o impedimento da execução pelo trânsito em julgado da sentença condenatória, se demonstra uma forma de impunidade, haja vista que se o condenado dispôr de um defensor que postergue o trânsito da decisão, interpondo o maior número de recursos possíveis, provavelmente, devido ao fato do poder judiciário se encontrar extremamente cheio, ocorrerá a prescrição da pretensão executória do estado, o que acaba por frustrar a justiça penal eficaz e gerando impunidade ao já condenado.¹⁰⁹

2.6 IMPOSSIBILIDADE DE RETORNO AO *STATUS QUO ANTE* DE INDIVÍDUO INOCENTE PRESO EM QUE RE OU RESP REVERTEM A CONDENATÓRIA

Não exista a possibilidade de se impor ao réu medidas gravosas advindas de um juízo de culpabilidade não transitado em julgado, bem como explanado por Peluso, ou seja, no curso do processo, e tal entendimento se justifica pela impossibilidade de retornar o *status quo* do indivíduo antes da imposição da medida gravosa.¹¹⁰

Outrossim, há possibilidade de se sancionar um indivíduo inocente, ou seja, privar a liberdade de um inocente. Vejamos:

[...] nem a sociedade, nem a humanidade ganham coisa alguma com a restrição de liberdade de alguém que a final seja considerada inocente, - como porquê, e sobretudo, ofende um sentimento inato de justiça, que até as crianças têm. Uma criança é capaz de se rebelar contra punição injusta.¹¹¹

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1145. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 1143

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 1133

¹¹¹ Cesare Beccaria apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1133. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

No que diz respeito ao argumento de que os recursos excepcionais não possuem efeitos suspensivos e que desse modo, poderia haver a possibilidade de executar a condenação do indivíduo antes do trânsito em julgado, ou seja, de forma provisória, Aurélio, argumenta que de fato tais recursos não possuem esse efeito – suspensivo –, entretanto o campo penal possui algumas particularidades que o campo patrimonial não possuem, tal qual a impossibilidade do retorno ao *status quo* do indivíduo que teve sua liberdade privada antecipadamente e, depois de análise de recurso excepcional, teve sua inocência decretada. Vale ser ressaltada que a privação antecipada mencionada neste parágrafo se refere à antecipação de pena e não as medidas cautelares previstas em lei.¹¹²

Nesse sentido, no campo patrimonial existe a possibilidade da execução da sentença ou acórdão que foi executada sem o trânsito em julgado, ter o seu *status quo* original, bastando que o patrimônio objeto de execução seja devolvido com os devidos juros e correções monetárias, caso haja. Sendo que resta impossível retornar o *status quo* do indivíduo que foi executado no campo penal – teve sua liberdade de ir e vir privada –, mesmo havendo o pagamento de indenizações, o indivíduo não retornará para o *status* que ostentava antes da privação de liberdade.¹¹³

Seguindo esse entendimento, o Min. Britto disse que é relevante mencionar que a prisão acarreta alguns danos aos presos, tais quais, abalos psíquicos, desprestígio familiar, desqualificação profissional e desprestígio social. Partindo do pressuposto que tais danos são irreparáveis, o Estado não pode correr o risco de executar uma pena provisória a um acusado que posteriormente pode ser considerado inocente, mesmo que os índices de reversão das condenações em sede de recursos excepcionais sejam ínfimos (o que não é), o Estado não pode se quer correr tal risco com os cidadãos que não tiveram seus recursos excepcionais julgados.¹¹⁴

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1179. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹¹³ *Ibidem*, p. 1179.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 1153.

2.7 DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.7.1 A execução antecipada da pena ofende o Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal pode ser dividido em dois núcleos, como dito por Peluso, onde o primeiro núcleo relativo à terminologia “devido” e o segundo à “legal”, sendo que aquele refere-se aos ideais de justiça, ou seja, “uma concepção de justiça num dado momento da sociedade”, e esse se transmite no sentido de que o processo deve ser regido pela lei. Noutras palavras, o princípio do devido processo legal é um processo regulamentado por lei e possuidor de um senso de justiça.¹¹⁵

Pelo explanado acima referente ao devido processo legal, se verifica que não há justiça – seguindo a definição de “devido” – em um processo que aplique medidas irremediáveis, como o cárcere, sem que o processo chegue ao seu fim ou ainda que a sentença penal condenatória esteja passível de recurso – leia-se, portanto, condenação penal irrecorrível.¹¹⁶

2.7.2 A execução provisória da pena não ofende o Devido Processo Legal

A Min. Ellen Gracie argumenta que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não garante o direito de o condenado recorrer em liberdade de forma irrestrita, assegura apenas o direito de recorrer. Pois sua redação não significa isenção dos efeitos da decisão condenatória prolatada pelo juízo *a quo* e mantida pelo tribunal, após fundamentação embasar-se nas provas colhidas ao longo do processo e observado o devido processo legal.¹¹⁷

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1164. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 1164

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 1173

2.8 EFEITO SUSPENSIVO NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

2.8.1 A falta de efeito suspensivo do recurso impossibilita a execução antecipada da pena

No que se refere às sentenças prolatadas por segunda instância, cujas provas já foram analisadas, mas que ainda são passíveis de serem modificadas por meio dos recursos excepcionais (extraordinário e/ou especial), Britto não acredita ser possível a execução provisória da pena, pois, mesmo esses recursos não possuindo efeitos suspensivos, haja vista que a falta do efeito suspensivo não tem força o suficiente para afastar um princípio constitucional, princípio esse da presunção de não culpabilidade.¹¹⁸ Dessa forma: “a sociedade não pode furtar-se a proteger, enquanto juízo, em caráter definitivo, não lhe reconheça culpabilidade”¹¹⁹.

2.8.2 A falta de efeito suspensivo possibilita a execução antecipada da pena

Min. Direito alegou que a fundamentação quanto à vedação à impossibilidade de se aguardar o trânsito em julgado dos recursos excepcionais se baseou no fato de que em tais recursos não há análise fática, ou seja, não se discute as matérias de fato nesses recursos, pois o que está em discussão nestes são as teses jurídicas. Destaca-se, portanto, que a análise dos fatos tem seu fim nas instâncias ordinárias e é nelas que o julgamento se conclui, pois, os recursos extraordinários e especiais estão limitados – análise apenas do direito – e não possuem efeito suspensivo, justamente para que o processo não se estenda ao longo do tempo, perpetuando-se demasiadamente, cuja consequência é o retardamento da execução dos julgados.¹²⁰

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1165. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹¹⁹ Cesare Beccaria apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1166. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹²⁰ op. cit, p. 1101

Pelo fato dos recursos excepcionais não possuírem o efeito que suspende a execução, caso ocorra a impossibilidade do cumprimento da pena – execução – antes da análise desses, estar-se-á atribuindo esse efeito no caso *in concreto* para os mesmos, pois “[...] seria possível sempre obter-se a suspensão da execução pelos amplos meios de defesa que nosso sistema processual confere aos réus”.¹²¹

É cediço saber que existe a possibilidade de o réu perder sua liberdade ao longo do processo, ou seja, sem que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória, nos casos das prisões cautelares, porém discute-se a possibilidade do condenado, nas instâncias ordinárias, após a análise dos fatos e provas, ter sua condenação executada antes da análise dos recursos excepcionais e não possuidores de efeitos suspensivos.¹²²

A sentença condenatória de primeira instância, seguida de acórdão, também condenatório, não pode ter sua execução postergada pelo simples fato de interposição do recurso extraordinário e ou especial, sendo que deve ser ressaltado que tais recursos não possuem o efeito suspensivo das decisões¹²³, de acordo com Menezes Direito. Dessa forma:

Por determinação legal (art. 542, §2º, do CPC, com redação dada pela Lei 8.950, de 13.12.94) os recursos especial e extraordinário (art. 637, CPP) não têm efeito suspensivo, vale dizer, a sentença é passível de execução, ainda quando admitidos.

Acena-se, então, com o disposto no inciso LVII, do art. 5º, da Carta da República (princípio da presunção de inocência) para afastar a constrição da liberdade do condenado, cuja sentença que aplicou a pena pende ainda de reapreciação em grau de recurso, mesmo excepcional.¹²⁴

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1102. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹²² *Ibidem*, p. 1104

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 2.884/MG. 5ª Turma. Paciente: Acir Soares de Araújo. Impetrante: Geraldo Eustaquio Castro Liboreiro. Impetrado: Des. Rel. da apelação n. 180752 da segunda câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Relator(a): Min. Edson Vidigal. Brasília, 23 de novembro de 1994. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199400295146&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 6.681/MG. 5ª Turma. Paciente: Elton Guelber de Mendonça. Recorrente: Wagner Antônio Policeni Parrot. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. José Arnaldo. Brasília, 07 de out. de 1997. Disponível em: <

Para que o processo penal seja efetivo e não decepcione a condenação “já exaustivamente determinada nas instâncias ordinárias”¹²⁵, deve a execução da pena ser iniciada quando pendente apenas de recurso extraordinário e especial.¹²⁶

Um dos argumentos para a possibilidade da execução antecipada da pena é o fato do recurso especial e extraordinário não possuir o efeito suspensivo, e por isso, deverá ser permitido que o condenado seja recolhido ao estabelecimento prisional apropriado e impugne os pontos passíveis de recurso. Por estas razões, a simples interposição de recurso excepcional não obsta o recolhimento antecipado para fins executórios, até porque, grande parte destes recursos interpostos não serão admitidos.¹²⁷

Os recursos excepcionais não possuem efeitos suspensivos e não analisam as provas e as matérias de fato, como dito por Gracie, desse modo, as condenações que estão aguardando apenas o julgamento desses recursos, não devem aguardar o trânsito em julgado para ter seu início. Até porque, no Brasil, a violência é extremamente alta e há uma sensação de impunidade provocada pela morosidade da justiça.¹²⁸

Por diversos dizeres proferidos nos parágrafos imediatamente anteriores a esse, se percebe que não há suspensão da decisão recorrida pelos recursos especial e extraordinário, porém, ao desprovimento dos recursos mencionados e com a consequência de se interpor agravo de instrumento, nota-se esse também não enseja a suspensão da execução, pelo fato que o agravo de instrumento, em regra, não possui o efeito suspensivo.¹²⁹

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700565572&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1142. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 1142.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 1146.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 1172.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 9.355/RJ. 6ª Turma. Paciente: Glorinha Clemente de Vasconcellos. Impetrante: Clevis Fernando Corsato Barboza. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de nov. de

Deve ser enfatizado que a terminologia “antecipação da pena” está equivocada, pois apenas o trânsito em julgado permite a expedição da carta de guia, e, conseqüentemente a execução da pena, mas se tratar de prisão provisória quando o condenado estiver sido preso por determinação da sentença de 1º grau e confirmada pelo tribunal, haja vista que os recursos excepcionais não analisam fatos nem provas.¹³⁰

2.9 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Entendimento diverso à impossibilidade da execução provisória da pena, desrespeitaria, bem como disposto por Mendes, a “proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais”¹³¹, sendo que esta proteção é o marco separatório, de acordo com a citação trazida por Gilmar, de Norberto Bobbio, entre os regimes democráticos e os possuidores de ídoles totalitárias.¹³² Assim: “o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si”¹³³, e que, caso houvesse a aplicação da execução antecipada da pena, ocasionaria uma afronta aos ideais da dignidade da pessoa humana.¹³⁴

No referente a diferença dos regimes democráticos e totalitários, vejamos:

A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima “tem razão quem vence” é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima “vence quem tem razão”; e o direito

1999. Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900397401&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 03 de mar. de 2016.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 1173.

¹³¹ *Ibidem*, p. 1197.

¹³² *Ibidem*, p. 1197.

¹³³ *Ibidem*, p. 1196.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 1196.

público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da “supremacia da lei” (*rule of law*) – (Bobbio, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Brasília: Ed. da UnB, 1998, p.p. 97-98).¹³⁵

As garantias e os princípios constitucionais inspecionadas por nossa Carta Magna, tais quais, a garantia do devido processo legal e princípio da dignidade da pessoa humana, surgiram com o intuito de se verificar, também, o respeito ao Estado de Direito e separar a barbárie da civilização.¹³⁶

2.10 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.10.1 Princípio da Proporcionalidade veda a execução antes do trânsito em julgado

Mendes alegou que para a verificação da possibilidade, ou não, da execução provisória da pena, deveria ser analisado o princípio da proporcionalidade para tal conclusão.¹³⁷

Dessa forma, alegou que esse princípio (da proporcionalidade) organiza uma verificação positiva e material conexa com atos restritivos de direitos fundamentais, estabelecendo, portanto, um “limite do limite [...] na restrição de tais direitos”.¹³⁸

Há de ser observado três quesitos desse princípio, sendo eles, vejamos:

“[...] adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. [...] há de perquirir-se [portanto], na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação

¹³⁵Norberto Bobbio apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1198. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1198. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 1199.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 1199.

ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).¹³⁹

Após explanação superficial sobre o conceito e modo de aplicação do princípio da proporcionalidade, notemos que o necessário cárcere enquanto o processo não possui sentença condenatória transitada em julgado, restringe de forma grave, a liberdade que é um direito fundamental. Pelo dito, resta evidente que o quesito “necessidade” do princípio da proporcionalidade não é observado, pois não há obrigação de se manter um indivíduo privado de sua liberdade sem a confirmação, transitada em julgado, da condenação nos casos em que não há motivos ensejadores das medidas cautelares.¹⁴⁰

Desta forma, tal antecipação de pena é uma afronta aos princípios da presunção de não culpabilidade, dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, haja vista a falta de necessidade da medida.

2.10.2 Princípio da Proporcionalidade admite execução prévia

A Min. Gracie verifica que há um combate entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, vejamos:

Não identifico excesso nenhum quando o legislador torna eficaz, enquanto não modificada, uma sentença condenatória mantida pelo tribunal. Ele parte da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que ela é sempre desacertada. [...] Afetado estaria o referido princípio se aceitássemos que alguém pudesse ser privado da liberdade no curso do processo quando não há certeza formada sobre materialidade e autoria (CPP, art. 312), mas não pudesse sê-lo após a sentença condenatória mantida pelo tribunal, quando, ao invés de presunção, já existe juízo de certeza.¹⁴¹

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1199. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 1200.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 1175.

2.11 DUPLO GRAU

O princípio ao duplo grau de jurisdição tem como objetivo o direito a reanálise de uma sentença prolatada em sede judicial ou administrativa, por instituição superior (via de regra), mas há certas divergências quanto à observância deste princípio constitucional, na doutrina e por parte dos julgadores, dessa forma, *in verbis*:

[...] não existe uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, tanto é que há processos julgados em única instância por esta Corte; menos ainda haveria direito a um triplo grau! Nem mesmo o Pacto de San Jose da Costa Rica garante a existência de um terceiro grau de jurisdição, como ora se pretende. A garantia está restrita ao direito de recorrer contra a sentença condenatória, como dispõe o art. 8º, nº 10, da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁴²

Pelo citado, conclui-se que a garantia ao duplo grau à jurisdição não é obrigatória, até porque o cidadão não é obrigado a recorrer das decisões prolatadas contra seus interesses, ademais, é facultativo os recursos contra as decisões, sendo que se não observado o prazo e os demais requisitos, esse recurso não chega nem a ser conhecido, por exemplo.¹⁴³

2.12 SANÇÃO PENAL E SUAS CARACTERÍSTICAS

Menezes Direito explana que o caráter da sanção penal é duplo, sendo a retribuição e a prevenção o seu escopo¹⁴⁴. Vejamos:

Se o elemento retributivo compreende uma compensação à sociedade pela violação de uma de suas regras mais caras e não ganha sentido sem a definição de culpa, o elemento preventivo coaduna-se com a execução provisória da pena privativa de liberdade na medida em que revela um componente essencial do sistema repressivo. É esse componente que o pode justificar a privação da liberdade do condenado mesmo antes do esgotamento

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1144. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 1144

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 1104

das instâncias extraordinárias que por definição não suspendem o julgado proferido nas instâncias ordinárias.¹⁴⁵

Nesse sentido, Barbosa considera que para que os fins da pena sejam alcançados, tais quais, o da prevenção geral e especial, deve ser a execução feita logo em seguida a sentença condenatória confirmada pelo tribunal, afim de que essas características não corram o risco de se perderem devido à quantidade de recursos possíveis e disponíveis pela defesa.¹⁴⁶

Posto isso, para que haja um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos réus para com os direitos da sociedade, a execução da pena sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, após a confirmação pelo tribunal e pendente recurso excepcional, quando observado o devido processo legal, não viola o ordenamento constitucional nem os direitos fundamentais dos réus-condenados. Pois, “Deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite.”¹⁴⁷

2.13 RESPEITO ÀS DECISÕES DE 1ª E 2ª INSTÂNCIA

Caso não exista a possibilidade de se executar a pena antes do trânsito em julgado, não dar-se-á a devida importância às decisões tomadas pelos juízos ordinários, pois bem como menciona Barbosa, esses são “presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer”¹⁴⁸, tal qual, a tomada de decisões de mérito.¹⁴⁹

Pois, caso não seja respeitado às decisões tomadas pelos órgãos julgadores ordinários, nada mais seriam as decisões tomadas por estes do que “letras mortas”. Se não for possível a execução prévia, os órgãos serão, na prática, considerados apenas para fins formais, haja vista que o processamento e

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1104. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 1149

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 1106

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 1142

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 1142

juízo será feito pela Suprema Corte, sendo que nesse sentido “melhor seria que todas as ações fossem processadas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal”¹⁵⁰.

Ademais:

“direito de recorrer em liberdade” diz respeito, unicamente, ao recurso de apelação, que é possível ser interposto contra sentença. Não se refere nem pode se referir, portanto, a futuros e incertos recursos contra o eventual acórdão proferido no julgamento da apelação. Até porque, *a priori*, não cabe ao juiz de primeira assegurar o efeito suspensivo aos recursos de natureza especial e ordinária [...]”¹⁵¹

Da mesma forma se constata que “raríssimas vezes” há vícios formais ou jurídicos capazes de anular os efeitos da condenação, e que em tais casos, o condenado poderá propor *Habeas Corpus* (HC) para reaver os constrangimentos ilegais que estão afrontando a sua liberdade.¹⁵² Assim: “a regra é a pronta execução da sentença condenatória, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias, que constitui o devido processo legal”¹⁵³.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1142. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 1148

¹⁵² *Ibidem*, p. 1147

¹⁵³ *Ibidem*, p. 1148

3 REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE O FUNDAMENTO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Após a explanação dos fundamentos utilizados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, e seguindo a metodologia “Metodologia de Análise de Decisões” empregada no presente trabalho, a etapa seguinte a ser dada é a apresentação crítica do fundamento principal utilizado por eles, o que, conseqüentemente, apresentará o posicionamento do autor deste.

O presente trabalho analisará o princípio da presunção de não culpabilidade, haja vista que este é o principal fundamento mencionado pelos Ministros.

Deve ser frisado, ainda, que as fundamentações trazidas pelos Ministros são muito bem acertados e necessitam de profunda reflexão, dessa forma, verifica-se que não há um lado “correto” para se seguir sobre a presunção de não culpabilidade, devido ao fato de que ambos os lados são muito bem fundamentados, talvez isso explique a mutação constante de entendimento por parte dos Tribunais.

Outro ponto à ser ressaltado é que, os Ministros fundamentam seus votos por inúmeros princípios, conceitos, interpretações, etc., e nem todos esses argumentos são oponíveis uns aos outros, ou seja, os Ministros não tentam refutar os argumentos dos outros, mas sim de demonstrar sua linha de raciocínio com base nos argumentos que eles entendem adequados à execução provisória, pelo dito, nem todos os Ministros utilizam os mesmos argumentos para se posicionarem quanto ao tema.

3.1 PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

O princípio da presunção de não culpabilidade foi trazido com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, de forma explícita, dessa forma, vejamos o inteiro teor do artigo, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado

até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.¹⁵⁴ Nesse sentido, ressalta-se que essa discussão antecede a Carta Magna vigente.¹⁵⁵

3.1.1 Progresso da presunção de não culpabilidade

O princípio da presunção de não culpabilidade possui origem antiga, desde os romanos havia a observância desse princípio, porém, durante a Idade Média Império Romano caiu em ruínas e sobreveio o processo inquisitivo, onde não houve o devido respeito a esse princípio¹⁵⁶, ademais, esse voltou a ser observado com a chegada da Idade Moderna.¹⁵⁷ Dessa forma, ressaltou o Min. Celso de Mello, na sessão de julgamento do HC 216.292/SP, vejamos:

A presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do poder e os abusos das autoridades e agentes do Estado, na realidade a presunção de inocência constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico com raízes na magna carta inglesa de junho 1215, embora segundo outros autores o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no séc. XVIII, quando sob o influxo de ideais iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado inicialmente na Declaração De Direitos Do Bom Povo Da Virginia de 1776, expos o momento inaugural que se deu o reconhecimento de que ninguém se presume culpado, nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica, senão após condenação, e condenação transitada em julgado.

Consciência desse direito básico projetou-se com grande impacto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência com expressa repulsa as práticas absolutistas do antigo regime, não obstante golpes desferidos por regimes autocráticos que preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até que provem em contrário.

A presunção de inocência legitimada pela ideia democrática tem prevalecido ao longo do itinerário histórico como valor fundamental e exigência da dignidade da pessoa humana (Declaração Dos Direitos Humanos de Paris) e demais documentos de caráter global.¹⁵⁸

¹⁵⁴ BRASIL. *Mini Vade Mecum Pena*. Maria Patrícia Vanolini... [et al.] organizadores; Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior, coordenação. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 441 apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 271, jan. – fev. 2008

¹⁵⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 271, jan. – fev. 2008

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Plenário. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília,

No início da Idade Moderna, Hobbes declarou não entender como haveria a possibilidade de existir um delito, sem que antes houvesse uma sentença afirmando a existência e autoria do desse.¹⁵⁹

Aos olhos mais desavisados causa estranheza esta passagem: o teórico do monstro Leviatã a defender o princípio da presunção de inocência! No entanto, deve-se considerar que mesmo Hobbes tinha plena noção dos malefícios que a ausência deste princípio causava para a sociedade: prisões arbitrárias, condenações sem prova, enfim, uma infinidade de horrores que conduziam, em última análise, à própria negação do conceito Estado.¹⁶⁰

Dito isso, ao observarmos que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, é de bom tom que nesse tipo de Estado, exista a observância ao princípio da presunção de não culpabilidade, pois “o Estado somente se impõe legítimo quando reconhece a existência de direitos às pessoas, entre os quais, o fundamento de ter o seu *status* de inocência garantido até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória”¹⁶¹.

Vale ser ressaltado que a proteção do cidadão quanto a manutenção do seu estado de inocência até sentença penal irrecorrível, tem razão de ser, não apenas para a proteção dos possíveis delinquentes, haja vista que, de uma forma sociológica, a sociedade tem anseios em punir criminosos cujas sentenças ainda não transitaram em julgado, devido ao fato desse anseio passar, de forma superficial, um sentimento de segurança, mas também para proteger os tidos como “cidadãos de bem”, pois esses confiarão no processo penal do Estado, pois haverá a observância do seus *status* de inocente.¹⁶²

17 de fevereiro de 2016. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 441 apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 271, jan. – fev. 2008

¹⁶⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 271, jan. – fev. 2008

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 441 apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 271, jan. – fev. 2008

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 441 apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e

se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo.¹⁶³

Dessa forma, se mostra que a não observância ao postulado constitucional da presunção de não culpa, nos faz voltar no tempo, remetendo-nos até mesmo ao difícil período inquisitivo em que ocorreu na Idade Média pelo mundo e ao autoritarismo do Estado Novo ocorrido no Brasil, devido a edição do Decreto-lei nº 88/37¹⁶⁴, mais precisamente no art. 20, nº 5, deste Decreto, fazendo-se, portanto, letra morta das conquistas históricas da humanidade e do Brasil, quando não é reservado o direito de presunção de não culpa antes do trânsito em julgado da condenatória.¹⁶⁵

3.1.2 Fontes e terminologia

Após dito que a presunção de inocência existe desde os tempos em que o Império Romano ainda estava no “poder”, se constata a positivação deste postulado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.¹⁶⁶

Sendo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Dec. 592/92) e no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, Dec. 678/92)

execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan. – fev. 2008

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 441 apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan. – fev. 2008 (grifo do autor)

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1118. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁶⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan. – fev. 2008

¹⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, p. 286 apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan. – fev. 2008

seguiram a inteligência desse princípio, adotando que o indivíduo, primeiro precisa ter sentença condenatória em seu desfavor, para que só depois ocorra a execução da pena advinda dessa condenação.¹⁶⁷

No referente a terminologia do princípio, deve ser ressaltado que a palavra “presunção” não deve ser interpretada no sentido técnico processual, pois se assim o fizer, haverá certo juízo de valor sobre o fato (inocência). Para que o princípio constitucional fique compreensível, é adequada a substituição do termo “presunção” por “*status de inocência*”.¹⁶⁸

Tal princípio demonstra o momento em que o juízo de valor do acusado (culpado ou inocente) é firmado em definitivo. Este princípio não deve ser tratado como uma afirmação da inocência do acusado, pois, se assim o fosse, não caberia a prisão cautelar no ordenamento jurídico brasileiro¹⁶⁹, nesse sentido, o Min. Cezar Peluso, no voto prolatado no HC 84.078/MG, aduziu que:

[...] tampouco significa algum juízo antecipado sobre a culpabilidade ou inocência do réu. Quando se diz que se deve adotar, no processo, a *presunção* de inocência, não se diz que o Estado, mediante o ordenamento, considera o réu inocente. Isso seria juízo de fato, juízo empírico, que está longe do contexto, da finalidade e do alcance do princípio.¹⁷⁰

3.1.3 Sistema acusatório brasileiro

O sistema acusatório brasileiro é dividido em três, sendo que de um lado está a acusação, de outro está a defesa, e há, ainda, um julgador, que verificará os argumentos das partes, buscando a verdade demonstrada nos autos¹⁷¹ para que julgue o postulado no processo.¹⁷²

¹⁶⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan. – fev. 2008

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 272.

¹⁶⁹ BASTOS, Marcus Vinicius Reis. *Aula 03: Direito Processual Penal III*. Brasília, p.7-11, mar. 2015 (Texto Digitado).

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1162. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016. (grifo nosso)

¹⁷¹ Vale ser ressaltado que a premissa de busca sobre a verdade real no processo penal é necessária é tema de bastante polêmica na doutrina, haja vista que alguns dizem que deve, necessariamente,

Nesse sistema, o acusado é “considerado como sujeito de direitos”¹⁷³ e mantém-se no mesmo patamar de igualdade que o acusador.

Destarte, tal postulado acarreta que:

a) o ônus da prova do crime incumbirá sempre à acusação, e; b) a prisão processual somente poderá ser admitida quando indispensável à utilidade de futuro provimento judicial (natureza cautelar), não podendo servir como meio de se antecipar futura e incerta sanção penal.¹⁷⁴

Consequência dos postulados acima descritos é que a defesa apenas se defenderá das acusações feitas pela parte acusadora, sendo certo que esta deverá, ao alegar algo contra aquela, comprovar por meio das provas.¹⁷⁵

Em decorrência da verificação de igualdade entre o acusado e acusador, reservada as devidas proporções, se demonstra que o acusado deixa de ser o escopo do processo penal e passa a ser sujeito de direitos, e em meio a esses direitos, está o princípio da presunção de inocência. Assim, o tratamento feito ao acusado, como sujeito de direitos, acarreta uma condição de manutenção do *status* de inocência durante o processo.¹⁷⁶

ter o processo penal o escopo de se buscar a verdade real dos fatos, para que assim o julgador possa fazer o seu juízo de valor e julgar a causa, mas alguns defendem que a verdade real não se difere da verdade ficta, pois a verdade ficta é a verdade que se consegue demonstrar ao decorrer do processo, mas o mesmo acontece com a dita verdade real no processo penal, devido ao fato de que o julgador não pode se abster, no momento decisório, da verdade acostada aos autos (verdade ficta).

¹⁷² DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan. – fev. 2008

¹⁷³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, p.38 apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan. – fev. 2008

¹⁷⁴ BASTOS, Marcus Vinicius Reis. *Aula 03: Direito Processual Penal III*. Brasília, p.7-11, mar. 2015 (Texto Digitado).

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan. – fev. 2008

3.1.4 Prisão e suas modalidades relacionado com a presunção de não culpabilidade

No Brasil, os tipos de prisões relacionados com o tema objeto deste trabalho se divide em duas formas, sendo elas, a prisão pena e a prisão processual.¹⁷⁷

A prisão decorrente da pena é o marco inicial para o cumprimento dessa, ou seja, se inicia após a sentença condenatória onde não se cabe mais recurso – leia-se trânsito em julgado da condenatória-, cuja sentença ou acórdão determinou que o acusado tivesse sua liberdade privada.¹⁷⁸

A segunda forma de prisão é a prisão processual, ou seja, pode ser decretada até mesmo antes de sentença condenatória proferida pelo juízo *a quo*, sendo essa prevista em lei e necessária no caso concreto.¹⁷⁹

A regra é a de que o acusado seja presumidamente inocente durante todo o processo penal, mesmo nos casos em que este se encontra preso preventivamente, por algum motivo legalmente previsto e necessário, como por exemplo, a prisão em flagrante, ou seja, até mesmo quando o indivíduo se encontra preso preventivamente, deve ser tratado como inocente, haja vista que o processo penal não teve seu findo e o ordenamento jurídico brasileiro adotar o princípio da presunção de não culpabilidade.¹⁸⁰

Deste modo, há a necessidade de se distinguir as prisões preventivas das prisões que possuem o escopo de executar a pena do condenado de forma prévia, haja vista a falta do trânsito em julgado da condenatória.

No que se refere as prisões decretadas ao longo do processo (prisões processuais), há uma divergência doutrinária quanto a observância do princípio constitucional da presunção de inocência, pois alguns doutrinadores, de forma

¹⁷⁷DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 278, jan. – fev. 2008

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 278.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 279.

¹⁸⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais Ltda., 2012

minoritária, entendem que a prisão antes do trânsito em julgado (prisão processual) afronta o princípio objeto desta seção, o princípio da ampla defesa e do contraditório.¹⁸¹

O entendimento majoritário da doutrina é de que as prisões processuais não ofendem os postulados constitucionais, pois os motivos ensejadores da medida cautelar extrema divergem do juízo de valor da culpabilidade do preso provisório, lembrando que mesmo esse estando preso, ainda será tratado como se inocente fosse, pois não perde o postulado constitucional com a simples prisão processual, derivada de um motivo legalmente previsto para esse fim.¹⁸²

Verifica-se, portanto, que as prisões processuais – cautelares -, são compatíveis com o a garantia constitucional em estudo nesta seção.

Mendes esclarece que, *in verbis*:

[...] não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade o cumprimento da pena que não esteja fundada em sentença penal condenatória transitada em julgado.¹⁸³

Enfatiza ainda, bem como dito anteriormente, a necessidade de se distinguir as prisões processuais das prisões que pretendem antecipar a execução de uma condenação ainda passível de recurso. Pois, “o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação em definitivo contra si”.¹⁸⁴

A execução prévia da pena, de acordo com Mendes, demonstra uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois tal sentença pode ser alterada e com base nesse postulado, não faz sentido o réu se submeter a uma pena que pode sofrer alterações por meio de recurso.¹⁸⁵

Ressalta Peluzo que, a garantia constitucional da presunção de inocência é “um dos mais importantes valores políticos-ideológicos” que o ordenamento

¹⁸¹DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 279, jan. – fev. 2008

¹⁸² *Ibidem*, p. 279.

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 541

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 544.

jurídico brasileiro tem, haja vista a dignidade da pessoa humana se mantêm mesmo a pessoa estando no curso de um processo penal contra si.¹⁸⁶

Por fim, Peluzo aduz que:

[...] o ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional.

E a razão é óbvia, não apenas pela irreversibilidade das medidas gravosas, sobretudo da prisão, diante dos riscos da privação de liberdade de um inocente – e recordei, há pouco, aquela outra observação de Beccaria de que nem a sociedade, nem a humanidade ganham coisa alguma com a restrição de liberdade de alguém que a final seja considerado inocente -, como porque, e sobretudo, ofende um sentimento inato de justiça, que até as crianças têm. Uma criança é capaz de se rebelar contra punição injusta.¹⁸⁷

3.1.5 Recurso Extraordinário e Especial frente a presunção de inocência

No que se refere aos recursos, o presente trabalho analisará apenas as classificações atinentes ao objeto central do trabalho (execução provisória da pena), haja vista a gama de possibilidades em que pode se dividir cada tipo de recurso.¹⁸⁸

Pelo dito, a primeira classificação que deve ser analisada é a diferenciação dos recursos de índole ordinárias e os de índole extraordinárias. Assim sendo, os ordinários “são os recursos que tem por objeto a tutela do direito subjetivo do invocado pela parte”¹⁸⁹. Por outro lado, os recursos de índole extraordinária são

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1162. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 1163

¹⁸⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 281, jan. – fev. 2008

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 281.

os recursos que tem o objetivo primordial, de tutelarem o direito em si, sendo que o direito subjetivo é “apenas [visto] de maneira reflexiva”¹⁹⁰.

Quanto aos efeitos dos tipos de recursos mencionados, nota-se que os recursos podem possuir os efeitos suspensivo e devolutivo. Em sede de recursos extraordinários não há, como regra, o efeito suspensivo e o efeito devolutivo é restrito apenas as matérias de direito e não de fatos e provas, sendo que a falta de efeitos suspensivo para esses está prevista no art. 637, do CPP. Já nos recursos ordinários, a regra é de que esses possuem o efeito suspensivo, consequência disso é a impossibilidade de se executar o pleito discutido em sede recursal pelo fato de que o recurso ordinário obsta essa execução, devido a suspensão desse.¹⁹¹

3.1.6 A problemática do efeito devolutivo dos recursos de índole extraordinária

Dando continuidade à inteligência trazida na subseção anterior, ao observarmos a definição de recursos ordinários, extraordinários e seus efeitos, quais sejam, suspensivo e devolutivo, nota-se que os recursos extraordinários (especial e extraordinário) não possuem efeito suspensivo, deste modo, a primeira impressão que nos vem à cabeça é a de que existe a possibilidade de execução antes do trânsito em julgado.¹⁹²

Porém, pelo dito, constata-se que deve ser analisado, nos casos em concreto, quando o recurso possuidor apenas de efeito devolutivo poderá obstar a execução, pois caso haja a execução antecipada das condenações penais, haverá uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois bem como demonstrado anteriormente, a prisão só pode ser decretada, antes da condenação definitiva, nos casos de prisão provisória (prisão processual), ou, pode ser decretada após a condenatória definitiva, nos casos de prisão pena.¹⁹³

Acrescento ainda, como impossibilidade de se ter a pena executada antes do trânsito em julgado, a diferenciação das causas penais e as demais causas dos

¹⁹⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 282, jan. – fev. 2008

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 282.

¹⁹² *Ibidem*, p. 282.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 284.

ramos do direito, haja vista que a execução da pena provisória que for decretada errônea, ou seja, que soltar o indivíduo depois de executado antecipadamente, não possibilitará o retorno ao *status quo ante* do indivíduo, sendo que, nos demais ramos do direito, haverá a possibilidade de se retomar o *status quo*, mesmo que para isso seja necessário a correção monetária e acréscimos de juros.

CONCLUSÃO

A análise feita neste trabalho monográfico possui o intento de demonstrar que a interpretação feita pelos Ministros dos Tribunais Superiores da legislação pátria no referente ao momento inicial do cumprimento da pena é bastante volátil, pois, bem como demonstrado no segundo capítulo, onde foi evidenciado, de forma superficial, o entendimento dos Ministros.

Dessa forma, qual será o momento exato para o início do cumprimento da pena?

A monografia, pretende, ao analisar os fundamentos dos Ministros trazidos na segunda seção, demonstrar que as fundamentações autorizadas da execução provisória da pena não se sobrepõem aquelas que demonstram que tal modalidade de execução é impossível no ordenamento jurídico brasileiro.

O tema possui importância no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que acarretará um aumento da população carcerária no Brasil, pois, bem como disposto no voto do Min. Ricardo Lewandowski, o país tem uma população carcerária de 600.000 (seiscentos mil) presos, sendo que desses número, 40% (quarenta) está preso provisoriamente, ou seja, 240.000 (duzentos e quarenta mil) presos estão lotando as prisões brasileiras, sob um argumento preventivo, e não devido a condenação transitada em julgado.¹⁹⁴

Assim sendo, a interpretação dada aos mesmos institutos, princípios e normas, e pelos mesmos Ministros, nem sempre é pacífica, posto isso, o momento inicial do cumprimento de pena de cada condenado, está à mercê do entendimento pontual e momentâneo dos Ministros, Turmas ou Tribunais.

O presente analisou o princípio da presunção de não culpabilidade e, se a falta de efeitos suspensivos dos recursos de índole excepcionais impede o início do cumprimento da reprimenda.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Plenário. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

Beccaria, alertou que, vejamos:

Pouquíssimos, porém, examinaram e combateram a crueldade das penas e as irregularidades dos processos criminais, parte tão importante [...] Pouquíssimos os que, remontando aos princípios gerais, eliminaram os erros acumulados durante séculos, refreando, ao menos, com a força que só possuem as verdades conhecidas, o demasiado livre curso do mal dirigido poder, que deu até hoje longo e autorizado exemplo de cruel atrocidade. Entretanto, o gemido dos fracos, vítimas da cruel ignorância e da rica indolência, os bárbaros tormentos, com pródiga e inútil severidade multiplicados por **delitos não provados** ou quiméricos, a esqualidez e horrores da prisão, aumentados pelo mais cruel algoz dos desgraçados, a incerteza, é que deveriam comover aquela espécie de magistrados que guiam as opiniões das mentes humanas.¹⁹⁵

As normas legislativas possibilitaram a humanidade se reunir, formando assim, as sociedades conhecidas nos tempos atuais, ou seja, mesmo aqueles indivíduos isolados fazem parte da sociedade. E para que tal sociedade lograsse êxito, os pertencentes à essa tiveram que abdicar de sua liberdade para que a alcançassem, além do que, alcançaram também, com isso, a segurança e a tranquilidade que uma vida em sociedade proporciona.¹⁹⁶

No concernente a abdicação da liberdade em prol do bem comum, revela-se que em toda pena deve haver uma inteira necessidade, pois se assim não o for, a pena torna-se tirânica. Dessa forma, *in verbis*:

“Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagradas e inviolável e a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos. Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos, pois não se pode esperar nenhuma vantagem durável da política moral, se ela não se fundar nos sentimentos indeléveis do homem.^{197”}

Posto isso, vale ser ressaltado algo mencionado no voto proferido pelo Min. Cezar Peluso, no julgamento do HC nº 84.078/MG, no plenário do Supremo Tribunal Federal, onde estava sendo analisado o postulado da execução antecipada

¹⁹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 28.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 32.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 32.

da pena frente ao princípio da presunção de inocência e impossibilidade de retorno ao *status quo ante* do executado previamente, onde sobrepõe absolvição do delito:

“nem a sociedade, nem a humanidade ganham coisa alguma com a restrição de liberdade de alguém que a final seja considerado inocente, como porque, e sobretudo, **ofende um sentimento inato de justiça, que até as crianças têm. Uma criança é capaz de se rebelar contra punição injusta!**”¹⁹⁸

Deve sempre ser ressaltado que o homem abriu mão de parte de sua liberdade, de forma gratuita, visando o bem comum, e dessa forma, apenas com a absoluta necessidade deve haver a privação *in concreto* do condenado, não antes disso, pois se não estas seriam injustas na própria concepção, com traços de um Estado tirânico.¹⁹⁹

Esclarecido o aludido acima, as limitações de liberdade, com base nas penas cominadas nos crimes, devem observar o limite previamente delimitado nas leis, leis estas criadas por legisladores que representam a população, e corroborado pelo contrato social, em que nós todos “acordamos” para que possamos viver em sociedade.²⁰⁰

Sendo assim, se os pertencentes da sociedade concordam, por um contrato social, sobre as limitações de comportamento visando o bem comum, com o Estado, ambas as partes (sociedade e Estado) estão obrigadas a respeitarem o instrumento público (contrato social). E dessa forma, as interpretações legislativas feitas pelos magistrados, no concernente à legislação penal, devem ser feitas de forma um pouco mais restrita, para que não haja a função dúbia de legislar e interpretar de forma variável, ao invés de se fazer um enquadramento fático legislativo, onde se verifica que os fatos concretos preenchem a previsão normativa.

201

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1162. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

¹⁹⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p.

33

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 34.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 37.

Dessa forma, caso haja a chamada anteriormente de função dúbia pelos magistrados, ocorrerá o demonstrado no segundo capítulo, decisões sobre fatos semelhantes tendo resultados distintos, à depender do intérprete²⁰², e bem como demonstrado naquele capítulo, Ministros, Turmas e Tribunais mudaram de entendimento sobre a mesma matéria, qual seja, o momento inicial do cumprimento da pena, um exemplo disso é o posicionamento do Min. Joaquim Barbosa no HC nº 83.592/RJ, pois votou no sentido de que não é possível a execução da pena antes do trânsito em julgado e, logo depois, no HC nº 84.078/MG, votou no sentido de que poderia haver a execução anterior ao trânsito em julgado da sentença, o mesmo aconteceu com o entendimento do Min. Gilmar Mendes, no HC nº 84.078/MG (impossibilidade de execução prévia) e HC nº 126.292/SP (possibilidade).

Dessa forma:

“vemos a sorte de um cidadão mudar várias vezes, ao passar por diversos tribunais e vemos a vida dos miseráveis ser vítima de falsos raciocínios ou do atual fermento dos humores de um juiz, o qual tomou como legítima interpretação o vago resultado de toda uma série confusa de noções, que lhe agitam a mente. Vemos, pois, os mesmos delitos punidos diferentemente em épocas diferentes, pelo mesmo tribunal, por ter este consultado não a voz imutável e constante da lei, mas a errante instabilidade das interpretações. A desordem, que nasce da rigorosa observância da letra da uma lei penal, não se equipara com as desordens que nascem da interpretação. [...] Quando um código fixo de leis, que devem observar *ad litteram*, só deixa ao juiz a incumbência de examinar as ações dos cidadãos e de julgá-las de acordo ou não com a lei escrita.”²⁰³

Nesse sentido, o Min. Celso de Mello aduz que:

A prerrogativa jurídica da liberdade que possui extração constitucional não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimientos de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição Federal, um preocupante discurso fundado na ideologia da lei e da ordem, mesmo que se trate de pessoa acusada de crime hediondo, até que sobrevenha sentença condenatória irreversível, não se revela possível presumir-lhe a culpabilidade; A Constituição impõe limites de maneira muito nítidos, limites que não podem ser transpostos nem ignorados pelo Estado no desempenho da persecução penal, quando essa corte [STF],

²⁰² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 37

²⁰³ *Ibidem*, p. 38.

apoiando a presunção de inocência afasta a possibilidade de execução provisória da condenação criminal ou impede que o Estado decreta arbitrariamente por antecipação a implementação executiva de medidas privativas de liberdade ou restritivas de direitos, nada mais faz em tais julgamentos se não dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão o direito de presumir-se inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível.²⁰⁴

Após reflexão quanto a interpretação feita por julgadores das normas criadas pelos legisladores, ressalto ainda que no caso do princípio constitucional da presunção de inocência, no que se refere a literalidade da norma, nota-se a clareza desta, haja vista que o art. 5, LVII, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”²⁰⁵, dessa forma, impossível seria interpretação diversa daquela em que impede a execução da pena antes desta tornar-se irrecorrível.

Ainda acrescenta Ataliba, vejamos:

Apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.²⁰⁶

Outrossim, verifiquemos outros artigos cuja literalidade vai no mesmo sentido da Carta Magna vigente, sendo estes, o art. 105, da LEP, onde diz que “**Transitando em julgado** a sentença que aplicar **pena privativa de liberdade**, se o réu estiver ou vier a ser preso, **o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução**”²⁰⁷, referente às penas privativas de liberdade, o art. 147, do mesmo diploma legal, onde dispõe que:

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Plenário. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

²⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁰⁶ Geraldo Ataliba apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1057. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

²⁰⁷ BRASIL. *Código de Processo Penal*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. (grifo nosso)

“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”²⁰⁸

onde trata das penas restritivas de direitos, e, também, o art. 164, da referida lei, onde diz que “extraída certidão da **sentença condenatória com trânsito em julgado**, que valerá como **título executivo judicial**, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pegar o valor da multa ou nomear bens à penhora”²⁰⁹ no que referente as penas de multa. Dessa forma, resta evidente, que o legislador teve o intento de demonstrar que o início de cumprimento de pena (execução), dar-se-ia apenas com o trânsito em julgado da condenatória.

Nesse sentido, o Min. Celso de Mello acrescentou, que:

Lei ordinária exige o Trânsito em Julgado, seja para o efeito da execução da [pena] privativa de liberdade e restritivas de direitos, art. 105 e 147, Lei de Execuções Penais, mesmo deixado o argumento de índole constitucional, o exame do Princípio da Presunção de Inocência, a norma legal é muito clara na LEP, pois não são exequíveis a execução antes do TJ, quer privativa de liberdade, quer aquelas restritivas de direitos, é por isso que ninguém pode ser tratado como se culpado fosse antes do Trânsito em Julgado.²¹⁰

Pois, bem como dispõe Beccaria:

“Um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença penal do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública [liberdade] após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência?”

²¹¹

Assim sendo, bem como narrativa exposta acima, não há qualquer razão para imputar que um condenado, ainda que seja possível modificação da

²⁰⁸ BRASIL. *Código de Processo Penal*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. (grifo nosso)

²⁰⁹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. (grifo nosso)

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Plenário. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

²¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 66 (grifo nosso)

condenatória por meio de recurso, inicie o cumprimento da pena. Quando existe a incerteza que a condenação será mantida, por que o Estado deveria atormentar o cidadão, réu no processo, mas sem o trânsito em julgado da condenatória? Não há motivação jurídica pertinente nesses casos, ademais quando corroborado tal afirmativa com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.²¹²

Nesse sentido:

É importante que nenhum crime comprovado permaneça impune, mas é inútil investigar a autoria do crime sepulto nas trevas. Mal já consumado, e para o qual não há remédio, só pode ser punido pela sociedade política para influir nos outros com a ilusão da impunidade. **Se for verdade que o número de homens que, por medo ou virtude, respeitam as leis, é superior ao número dos que a infringem, o risco de atormentar um inocente deve ser tanto mais bem avaliado quanto maior é a probabilidade de que um homem, em condições iguais, as tenha mais respeitado que desprezado.**²¹³

Não existe a possibilidade de se impor ao réu medidas gravosas advindas de um juízo de culpabilidade não transitado em julgado, bem como explanado por Peluso, ou seja, no curso do processo, e tal entendimento se justifica pela impossibilidade de retornar o *status quo* do indivíduo antes da imposição da medida gravosa.²¹⁴

Outrossim, há possibilidade de se sancionar um indivíduo inocente, ou seja, privar a liberdade de um inocente.

Seguindo esse entendimento, o Min. Britto disse que é relevante mencionar que a prisão acarreta alguns danos aos presos, tais quais, abalos psíquicos, desprestígio familiar, desqualificação profissional e desprestígio social. Partindo do pressuposto que tais danos são irreparáveis, o Estado não pode correr o risco de executar uma pena provisória a um acusado que posteriormente pode ser considerado inocente, mesmo que os índices de reversão das condenações em

²¹² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 66

²¹³ *Ibidem*, p. 67. (grifo nosso).

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1133. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

sede de recursos excepcionais sejam ínfimos (o que não é), o Estado não pode se quer correr tal risco com os cidadãos que não tiveram seus recursos excepcionais julgados.²¹⁵ Ademais, Beccaria já falara que “o inocente, portanto, só tem a perder e o culpado só a ganhar”²¹⁶ e ainda, “Como se condenar um inocente não fosse perigo tanto maior quanto maior a probabilidade da inocência relativamente à do crime”²¹⁷.

A efetividade penal se dá quando o condenado inicia o cumprimento da pena, logo após o cometimento do delito, ou seja, o tempo é aspecto essencial para que o delinquente perceba que se ele cometer um delito, haverá uma penalidade imediata, nesse sentido, a primeira impressão que tal afirmativa transpassa é a de que deve ser feito a execução prévia da pena, porém, para que haja a efetividade penal no sentido de prevenir novas infrações penais, haja vista a consequência do delito, o Estado deve possuir uma estrutura que possibilite tal rapidez, o que não é o caso do Poder Judiciário Brasileiro.

Dito isso, se analisarmos com um pouco mais de cautelaridade, verificaremos que não há lógica em fundamentar uma execução provisória do condenado para que se tenha uma efetividade penal, pois não é culpa dos réus em processos penais a demora dos julgamentos e análises de recursos previstos na legislação pátria, ou seja, um réu, que ainda não teve sua condenação transitada em julgado deverá iniciar o cumprimento da pena por que o Estado não possui estrutura adequada para processar e julgar os crimes em seu território? Não faz sentido. Quem deve proporcionar uma justiça penal eficaz, prevenindo os delitos devido a certeza de cumprimento imediato das consequências que esses causam é o Estado e não o indivíduo que poderá ser inocentado (ou não). Assim:

Quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será justa e tanto mais útil. Digo mais justa, porque poupa ao réu os tormentos cruéis e inúteis da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza; mais

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

²¹⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 71

²¹⁷ *Ibidem*, p.112.

justa, porque a privação da liberdade, sendo uma pena, só ela poderá preceder a sentença quando a necessidade o exigir.²¹⁸

Desse modo, resta claro que quanto menor o tempo entre o delito e a pena, maior é a assimilação do delinquente, assim sendo, ele saberá que se cometer outro delito, estará sujeito a uma pena, mas deve ser observado que o lapso temporal entre a delinquência e a execução da pena referente à essa, é promovida pelo Estado e não com a supressão de direitos fundamentais e eventuais injustiças.²¹⁹

A fundamentação de que a execução provisória da pena deve ser antecipada para que ocorra a justiça penal eficaz, portanto, está equivocada, pois bem como dito, de fato a assimilação do delinquente de que será condenado rapidamente em caso de cometimento de delitos é eficaz e traz o elemento preventivo da sanção à prumo, porém, prender indivíduos retirando-lhes a liberdade sob fundamentos de caso não ocorra, gerará a impunidade, está equivocado, mesmo havendo fortes elementos de culpabilidade, pois “prisão é pena que, por necessidade, deve, diversamente de todas as outras, ser precedida de declaração de delito”²²⁰.

Nesse sentido, Evandro Lins afirma que: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.²²¹ Bem como disse o Min. Eros Grau: “é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas [...] a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sob a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera”.²²²

²¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 77 (grifo nosso)

²¹⁹ *Ibidem*, p. 79

²²⁰ *Ibidem*, p. 106.

²²¹ LINS, Evandro. *O salão dos passos perdidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 219 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1060. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1061. Disponível em: <

Por fim, aduz o Min. Marco Aurélio que: “[...] nessas horas em que se busca com afinco a persecução criminal, para não descambar para o justicamento, há de haver o apego às franquias constitucionais e legais.”²²³

Dito isso, ao observarmos que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e que uma das funções do advogado, bem como previsto no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados Brasileiros²²⁴, no art. 2º²²⁵, é a preservação do Estado Democrático de direito, é necessário que tal tipo de Estado deve se embasar no princípio da presunção de não culpabilidade, pois “o Estado somente se impõe legítimo quando reconhece a existência de direitos às pessoas, entre os quais, o fundamental de ter o seu *status* de inocente garantido até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.”²²⁶

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1180. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

²²⁴ BRASIL. *Código de Ética e Disciplina da OAB*, 13 de fev. de 1995. Brasília-DF.

²²⁵ Art. 2º. O advogado, indispensável a Administração da Justiça, é **defensor do Estado Democrático de direito**, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinado a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. (grifo nosso)

²²⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 269-289, jan. – fev. 2008

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1057. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan./fev. 2008.

BASILEU, Garcia.(1945) apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1108. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. *Aula 03: Direito Processual Penal III*. Brasília, p.7-11, mar. 2015 (Texto Digitado).

BECCARIA, Cesare apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1123. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1198. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Mini Vade Mecum Penal*. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC nº 2.884/MG*. 5ª Turma. Paciente: Acir Soares de Araújo. Impetrante: Geraldo Eustaquio Castro Liboreiro. Impetrado: Des. Rel. da apelação n. 180752 da segunda câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Relator(a): Min. Edson Vidigal. Brasília, 23 de

novembro de 1994. Disponível em: <

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199400295146&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 26 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC nº 9.355/RJ*. 6ª Turma.

Paciente: Glorinha Clemente de Vasconcellos. Impetrante: Clevis Fernando Corsato Barboza. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator(a):

Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 18 de nov. de 1999. Disponível em: <

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900397401&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 03 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *HC nº*

6.681/MG. 5ª Turma. Paciente: Elton Guelber de Mendonça. Recorrente: Wagner Antônio Policeni Parrot. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Relator(a): Min. José Arnaldo. Brasília, 07 de out. de 1997. Disponível em: <

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700565572&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 26 fev.2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmulas nº 267 do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>.

Acesso em: 04 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 69.964/RJ*. Plenário.

Paciente: Jorge Raimundo Martins. Impetrante: George Tavares. Relator(a): Min.

Ilmar Galvão. Brasília, 18 de dez. de 1992. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+69964%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+69964%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cl62uo8>>.

Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 70.351/RJ*. 2ª Turma.

Paciente: Carlindo Gurgel. Impetrante: Rovane Tavares Guimaraes. Relator(a): Min.

Paulo Brossard. Brasília, 22 de mar. de 1994. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2870351%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hjsqlux>>.

Acesso em: 06 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 83.592/RJ*. 1ª Turma.

Paciente: Zuleino dos Santos Soares. Impetrante: Eduardo de Moraes. Relator(a):

Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 10 de fevereiro de 2004. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883592%2ENUME%2E+OU+83592%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zy949aa>.

Acesso em: 07 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário.

Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros

Grau. Brasília, 05 de fev. de 2009. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.677/RS*. 1ª Turma. Paciente: Élcio Mossi. Impetrante: Luis Carlos Dias Torres. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 23 de nov. de 2004. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884677%2E+OU+84677%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kl7jwnq>. Acesso em: 07 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 85.289/SP*. 1ª Turma. Paciente: Dirceu Silvestre Zaloti. Impetrante: Dirceu Silvestre Zaloti. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 22 de fev. de 2005. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885289%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gm7ux8q>. Acesso em: 07 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 86.498/PR*. 2ª Turma. Paciente: José Geraldo Nonino. Impetrante: Amir José Finochiaro Sarti. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 18 de abr. de 2006. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2886498%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kgxwqv9>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 90.645/PE*. 1ª Turma. Paciente: Regiene de Souza Pereira. Impetrante: Wendell Siqueira Ferraz. Relator(a): Min. Menezes Direito. Brasília, 11 de set. de 2007. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2890645%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa9e3hc>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Plenário. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 271, jan./fev. 2008.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2000. V. 6.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais Ltda., 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 441 apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 271, jan./fev. 2008.

FILHO TOURINHO, Fernando da Costa [199?] apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor.

Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1063. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

FISCHER, Douglas. (2009) apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1106. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LINS, Evandro. (1997) apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1060. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PELUSO, Cezar (2006) apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1059. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

PERTENCE, Sepúlveda apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1061. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

SANGUINÉ, Odone. apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 84.078/MG*. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, p. 1193. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>
>. Acesso em: 23 fev. 2016.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, p.38 apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 272, jan./fev. 2008.