

EXECUÇÃO PENAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Marta Aparecida de Melo Nogueira Gonçalves¹
Jô de Carvalho²
Gilmaro Alves Ferreira³

RESUMO

O presente trabalho teve como objeto o estudo da execução da sentença condenatória em segunda instância sob o prisma do princípio da presunção de inocência, onde foi explanada a evolução jurisprudencial da Suprema Corte e o recente julgamento das ADC's nº 43, 44 e 54 que determinou uma virada jurisprudencial determinando que o cumprimento da pena proferida em sentença por órgão competente deve se dar após esgotado todos os instrumentos recursais propostos pelas partes, e não mais a partir da condenação em segunda instância. A pesquisa realizada neste trabalho foi jurídico-teórica já que a solução do problema foi buscada a partir da análise dos dogmas jurídicos no tempo e no espaço, envolve opiniões de constitucionalistas, juristas, legisladores, entendimentos e decisões de tribunais e da Suprema Corte. Quanto a abordagem foi classificada como qualitativa por utilizar conteúdos já publicados para a análise do problema. Quanto aos objetivos foi uma pesquisa exploratória porque envolve levantamento bibliográfico, análise de exemplos que estimularam a compreensão e, explicativa porque visa a identificar os fatores que determinaram ou contribuíram para a ocorrência do problema. Quanto à metodologia o trabalho em mãos faz a opção pelo método hipotético-dedutivo. Quanto à técnica utilizada considerou-se a documental direta, visto que foram utilizadas fontes secundárias conforme obras listadas nas referências. O que se observou ao longo do trabalho foi um descumprimento constitucional, em determinado período, percebido e criticado por muitos constitucionalistas e juristas, todavia quando do julgamento das ADC's nº 43,44 e 54 pela Suprema Corte, prevaleceu o Princípio da Presunção de Inocência. O Superior Tribunal Federal em um momento histórico de grande expectativa para toda sociedade, desempenhou o seu papel de Guardião da Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Presunção da inocência. Força normativa. Execução provisória da pena, impossibilidade. Visão garantista.

1 Pós graduanda em Direito Constitucional pela IBMEC/DAMASIO EDUCACIONAL, Bacharela em Administração de Empresas pela Faculdade Pitágoras e Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

2 Doutora e pós doutora em Ciências Técnicas (Administração, Recursos Humanos e Gestão) pela Universidade de Matanzas, Mestre em Letras pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Psicopedagogia pelo Centro Universitário do Leste de Minas Gerais, Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário de Minas Gerais e em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

3 Graduação em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (2006), especialização em Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2009); especialização em Pós-graduação "Lato Sensu" em Direito Público pela Faculdade de Direito de Ipatinga (2006). Atualmente é Docente do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais, DELEGADO DE POLÍCIA da Polícia Civil de Minas Gerais e Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito de Ipatinga.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu art. 1º institui como sendo um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, e a liberdade do indivíduo é um dos pressupostos essenciais para que se alcance a dignidade. Assim sendo, o dispositivo constitucional disciplinou como uma das garantias individuais a presunção de inocência no art. 5º, LVII que: “Ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”.

Por estar no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico, os postulados constitucionais devem ser respeitados pela legislação infraconstitucional. Desse modo, a garantia individual de estado de inocência deve ser garantida durante todo o processo penal.

O método adotado é o dedutivo-hipotético, que propõe a abordagem a partir da lei, levantando o problema da suposta inconstitucionalidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal, trazendo uma hipótese de solução a ser testada explicando a realidade para resolução do problema.

Da forma de abordagem do problema a pesquisa se classificará como qualitativa por utilizar conteúdos já publicados para a análise do problema.

Enquanto procedimento, este trabalho realizar-se-á por meio da pesquisa bibliográfica, pois será desenvolvida a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações, teses e atualmente na internet.

O princípio de presunção de inocência pode ser conceituado como sendo um estado de inocência, no qual terá efeitos durante toda a persecução criminal, e o acusado é tratado como inocente durante todo o processo. Esse seu estado só se modificará com a declaração de culpado por sentença transitada em julgado.

Entretanto, surge o questionamento de qual o momento em que a sentença condenatória poderá ser cumprida sem ferir a presunção de inocência do acusado, haja vista que o trânsito em julgado da sentença só ocorre quando estiverem esgotados todos os recursos, e não raras vezes, esses são utilizados como meros instrumentos protelatórios.

Os doutrinadores e juristas se debruçaram sobre o tema, e a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal em vários momentos, o que se verificou uma evolução do entendimento da jurisprudência quanto ao objeto do presente trabalho.

Diante disso, em um primeiro momento serão abordados o sistema recursal e as espécies de recursos vigentes no ordenamento processual penal brasileiro, pontuando a diferenciação entre a prisão preventiva, espécie de medida cautelar restritiva de liberdade, da execução provisória da sentença condenatória proveniente de julgamento em segunda instância.

Posteriormente, será identificada a evolução histórica do princípio da presunção de inocência nos períodos da história brasileira, desde o período colonial até a promulgação da Constituição Federal de 1988, diploma este que elencou como um dos direitos e garantias fundamentais do homem a status de inocência do indivíduo enquanto não sobrevier sentença penal condenatória transitada em julgada.

Ademais, explanar-se-á o conceito do princípio objeto de estudo, destacando a força normativa dos princípios frente ao arcabouço jurídico vigente, por se tratar de norma de status constitucional.

Por fim, será tratada a execução provisória em segunda instância após a condenação penal frente ao princípio da presunção de inocência estatuído na Constituição Federal de 1988, e o tratamento dado a tal questão pelo Supremo Tribunal Federal.

2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Para que se compreenda a execução provisória da sentença condenatória em segunda instância sob o prisma do princípio da presunção de inocência far-se-á necessário compreender a persecução criminal no ordenamento jurídico brasileiro.

A persecução criminal consiste no poder-dever do Estado de investigar e punir as infrações penais, e se subdivide em duas fases distintas: a fase pré-processual e a fase processual.

A fase pré-processual pode ser identificada como a fase de investigação criminal, que antecede a instauração do processo. O inquérito policial pode ser identificado como a principal modalidade de investigação criminal. Diante de sua

natureza, nessa fase da persecução criminal não se tem as mesmas garantias constitucionais existentes na fase processual.

A fase processual é o momento da persecução criminal em juízo, a ação penal. A ação penal é conceituada pelo Nestor Távora (2017, p. 94-95) como sendo:

Um direito público subjetivo, autônomo e abstrato, com previsão constitucional de exigir do Estado-juiz a aplicação do Direito Penal Material ao caso concreto para solucionar uma crise jurídica de natureza criminal. O direito de ação existe completamente desvincilhado do direito material. Para cada direito material há uma ação que o tutela, ou seja, para diversidade de crises jurídicas existe uma pluralidade de tutela jurisdicional apta a solvê-las. O direito de ação independe do resultado do processo, ou seja, a procedência ou improcedência do pedido não condicionam a existência do direito de ação.

O Código de Processo Penal disciplina o procedimento a ser seguido pela autoridade judiciária competente para que processe o acusado para que ao final prolate uma sentença. A sentença penal é uma decisão terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito, abordando a questão relativa à pretensão punitiva do Estado, para julgar procedente ou improcedente a imputação. Nesse sentido, Nestor Távora (2017, p. 648) define a sentença condenatória como sendo: Aquela que julga procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia ou queixa. Nela reconhece-se a existência da materialidade e autoria, com a consequente condenação a uma sanção penal.

Com a existência de uma sentença penal condenatória é possível identificar dois cenários: a execução da pena imposta ou interposição de recurso por uma das partes por não concordarem pela decisão proferida. A possibilidade de interposição de recurso decorre do duplo grau de jurisdição, princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Processual Penal estabelece um rol de recursos cabíveis em face da sentença condenatória, o que faz necessário para que se possa compreender as especificidades de cada espécie recursal.

2.1 Sistema Recursal

O sistema recursal dispõe de um rol de recursos cabíveis frente a sentença penal condenatória caso as partes não concordem com a decisão proferida. Cada

espécie de recurso é destinada a uma espécie de decisão judicial e os seus efeitos são diversos.

A apelação é uma espécie de recurso disciplinado no art. 593 do Código Processual Penal que remete a instância superior o processo para uma nova análise:

A apelação é o recurso manejável pela parte/assistente (sucumbente, ainda que parcialmente) para o fim de que seja uma decisão ou sentença reformada ou anulada pelo órgão de jurisdição de segundo grau. Desse modo, o apelo enseja a devolução da matéria decidida ao órgão ad quem nos limites da impugnação e, se necessário e diante da necessidade de novas provas, pode permitir a devolução de poderes instrutórios ao órgão de segunda instância (tribunal). (MACEDO, 2019).

Essa espécie de recurso será cabível perante uma decisão ou sentença do juiz, quando não couber recurso em sentido estrito, dirigido ao Tribunal, objetivando a reforma ou anulação da decisão jurisdicional.

A interposição da apelação possui dois efeitos: devolutivo e suspensivo. É devolutivo porque devolve ao órgão julgador para uma segunda análise, é suspensivo porque a aplicação da sanção penal fica suspensa.

O art. 597 do Código de Processo Penal assim dispõe: “A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena”. (BRASIL, 1941).

Conforme o dispositivo legal acima transcrito, quanto a sentença condenatória, a apelação, em regra, terá efeito suspensivo. Desse modo, os efeitos da sentença poderão ser observados apenas após o julgamento do apelo.

Ademais, é necessário interpretar esse dispositivo com o § 1 do art. 387 do mesmo diploma legal que define: “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.” (BRASIL, 1941). Com isso, ao prolatar a sentença condenatória, o magistrado deve decidir sobre a decretação ou não da prisão preventiva desde que presente os requisitos legais. Mas vale a pena frisar, que nesse caso não se tratar de execução provisória da pena.

Os embargos infringentes e de nulidade são espécies de recursos exclusivos da defesa cabível quando ocorrer a discordância do colegiado em relação a

questões materiais, no primeiro caso, e quando houver divergência em relação a questões processuais, no segundo caso. Essa espécie recurso possui o efeito suspensivo e, desta forma, impede a execução da decisão proferida até o julgamento do mesmo.

Ademais, outro recurso cabível em face de sentença condenatória é os embargos de declaração. Contra a sentença do juiz de primeiro grau estão previstos no artigo 382 do CPP, que diz que “qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão.” (BRASIL, 1941). Importante ressaltar que essa espécie recursal no processo penal interrompe o prazo para a interposição de outros recursos, ou seja, o efeito suspensivo da execução provisória da pena também deve ser aplicado quando tais embargos forem interpostos.

A Constituição Federal dispõe em seu art. 105 as hipóteses de cabimento do recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988).

A função do recurso especial é garantir a existência de entendimento uniforme da norma no sistema jurídico brasileiro, afastando a diversidade de decisões sobre o tema abordado e assim garantindo a segurança jurídica. Quanto aos seus efeitos, em regra essa espécie normativa possui apenas efeito devolutivo.

O recurso extraordinário é de competência do Supremo Tribunal Federal nas seguintes hipóteses:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição;

a) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

c) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988).

Essa espécie recursal possui a finalidade de uniformizar a aplicação do ordenamento jurídico em conformidade com a Constituição, e possui como regra geral apenas o efeito devolutivo.

Insta salientar que o recurso especial e o recurso extraordinário somente poderão ser interpostos quando houver o esgotamento dos recursos ordinários. Outra característica marcante de ambas as espécies em análise é que somente deverão tratar de matéria de direito, não cabe nessa fase recursal uma nova análise dos fatos e das provas.

Diante dessa característica, no qual não é possível revisar nenhum material de fato do caso em julgamento, surgiu o questionamento perante os Tribunais Superiores quanto a possibilidade de execução provisória da sentença condenatória penal após o esgotamento dos recursos ordinários ainda que está decisão não tenha transitado em julgado, diante da possibilidade de interposição de Recurso Especial e Extraordinário.

Tal indagação se fundamentou na alegação de que a impossibilidade de análise dos fatos e das provas com a interposição destes recursos implicaria na mudança do status do acusado, passando de inocente para condenado, o que possibilitaria a execução da sentença condenatória desde logo. Esse questionamento chegou ao Supremo Tribunal Federal e foi apreciado pelo pleno da Corte em diversas ocasiões e esses julgamentos serão analisados nesse trabalho.

2.2 Diferenciação entre a Prisão Preventiva e Execução Provisória da Pena

Para que delimite o objeto do presente trabalho é de suma importância diferenciar a prisão preventiva da execução provisória da pena em condenação penal em segunda instância, pois aquela é uma medida cautelar pessoal de constrição da liberdade, enquanto que essa é o cumprimento efetivo da pena imposta.

A prisão preventiva, como sendo uma medida coercitiva, deve preencher todos os requisitos legais, podendo ser decretada durante toda a persecução penal, desde o inquérito policial e ao longo de todo o processo, e até mesmo antes do início regular da persecução penal admite-se a decretação dessa medida coercitiva.

Quanto a legitimidade, importante destacar que a decretação da prisão preventiva está sujeita a cláusula de reserva jurisdicional, ou seja, só poderá

decretada pelo órgão judicial competente. Admite-se a decretação por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, durante a investigação criminal, sendo vedada, nesta fase, a decretação *ex officio*.

Em relação ao prazo, essa espécie de medida coercitiva não possui duração preestabelecida por lei. Ela deve subsistir temporalmente enquanto houver necessidade, que se justifica pela presença dos requisitos de admissibilidade.

Assim dispõe o art. 312 do Código Processo Penal:

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. (BRASIL, 1941).

Como medida cautelar, a decretação da prisão preventiva depende da coexistência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, que nos dizeres de Nestor Távora (2017) podem ser assim caracterizados:

a) *Fumus commissi delicti*: é verdadeiramente a justa causa para a decretação da preventiva, consolidada na presença dos indícios de autoria que remontam um diagnóstico, além da prova da materialidade, consubstanciada pelo lastro probatório solido de que a infração existiu;

b) *Periculum libertatis*: é o risco provocado pela manutenção da liberdade do sujeito passivo da persecução penal, de modo a identificarmos as hipóteses de decretação da preventiva, que merecem interpretação restritiva.

O artigo 312 do Código de Processo Penal aponta os requisitos que podem fundamentar a prisão preventiva, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

Diferente dessa modalidade de prisão cautelar, a prisão para execução da pena advém de uma condenação por uma autoridade judiciária competente. Quando essa condenação se mostrar definitiva, ou seja, o acusado foi processado por um devido processo legal e ao fim dessa persecução penal foi considerado culpado pelo

crime em análise e contra essa decisão não cabe mais a interposição de nenhuma espécie recursal do ordenamento jurídico, estar-se-á diante da regular execução da pena imposta.

Entretanto, se um indivíduo é condenado por um crime e contra esta decisão ainda cabem recursos, dizemos que a decisão não transitou em julgado. Logo, a condenação é provisória. E se porventura, for iniciado o cumprimento da pena imposta, trata-se de uma execução provisória da pena.

Como se vê, ambos os institutos se diferem, e não estando presentes os requisitos que ensejam a prisão preventiva, não há que se fazer em constrição da liberdade do acusado antes de sentença condenatória.

E uma vez prolatado a sentença condenatória, o acusado que passou todo o processo penal em liberdade, e mesmo interpondo o recurso de apelação e ver o Tribunal de Justiça competente mantendo a condenação, abrindo assim a possibilidade de interpor, simultaneamente, o recurso especial e o extraordinário, deverá este aguardar o julgamento dos respectivos recursos em liberdade, ou abre-se a possibilidade de execução provisória da pena, uma vez que em ambos os recursos se restringem a análise de direito e não de fatos?

Para que se possa desenvolver o raciocínio jurídico envolvendo tal indagação, se faz necessário identificar e delimitar a força normativa do princípio da presunção de inocência para a ordem constitucional vigente.

3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Nas palavras de Paulo Bonavides (2017): “Os princípios uma vez constitucionalizados se fazem a chave de todo o sistema normativo”. O princípio da presunção da inocência está estatuído como um dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, mas a sua origem remota a Revolução Francesa. Esse princípio foi disciplinado na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos em 1789, mas ganhou repercussão universal com a Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas em 1948, que afirmou em seu art. 11:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em

processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa. (ONU, 1948).

Este princípio está na Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

3.1 Evolução Histórica

Antes de ser considerado um princípio postular do Estado Democrático de Direito, a não culpabilidade do indivíduo foi historicamente posta à prova, desde os primórdios da civilização.

A comprovação de sua culpabilidade, e não de inocência, era o pilar nos julgamentos, incumbindo ao acusado provar que não tinham cometido o crime. Nesse diapasão, a tortura foi um instrumento utilizado pelo Estado nesse momento histórico que correspondia ao sistema penal vigente, conforme se demonstra por Beccaria (1764, p. 23):

O inocente exclamará, então, que é culpado, para fazer cessar torturas que já não pode suportar; e o mesmo meio empregado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer toda diferença entre ambos. A tortura é muitas vezes um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto. É esse, de ordinário, o resultado terrível dessa barbárie que se julga capaz de produzir a verdade, desse uso digno dos canibais, e que os romanos, mal grado a dureza dos seus costumes, reservavam exclusivamente aos escravos, vítimas infelizes de um povo cuja feroz virtude tanto se tem gabado.

Até o Iluminismo vigorava o sistema penal inquisitivo, sistema esse que considerava o acusado presumivelmente culpado, mas com essa nova corrente filosófica:

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789. Nesta fica consignado, em seu art. 9º, que: Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado,

se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei. (RANGEL, 2011).

Os ideais iluministas romperam com a ideia até então dominante de que o acusado não tinha nenhuma garantia de absolvição. No Brasil, vivenciado o período colonial, ainda impera o modelo inquisitivo, no qual havia uma presunção de culpa do investigado perante o processo penal.

Importante destacar, que havia uma junção de religião, moral e direito na justiça imperial. O órgão acusador era o mesmo que julgava e não existia uma fase preliminar antes do processo, se levando à prisão o acusado para depois se proceder a inquirição e julgamento.

Para exemplificar o sistema acusatório no período colonial, vale a pena abordar um dos mais importantes movimentos sociais da história brasileira: a Inconfidência Mineira. Esse movimento foi uma tentativa de revolta frustrada pelo governo em 1789 contra a Derrama, em pleno ciclo do ouro na capitania de Minas Gerais.

Com a grande exploração do ouro nas minas, o montante do ouro diminuiu, e para manter as cobranças, a Coroa portuguesa criou a Derrama, e diante da insatisfação, membros da elite brasileira influenciada pelas ideias iluministas passaram a pregar a solução definitiva para o Brasil: a independência do Brasil. Esse grupo liderado pelo alferes Joaquim José da Silva Xavier, foram os Inconfidentes que buscavam conquistar a liberdade definitiva e implantar o sistema de governo republicano em nosso país.

O movimento foi traído por Joaquim Silvério dos Reis e os seus integrantes foram detidos e julgados e condenados a crime de lesa-majestade:

Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barão e pregão seja conduzida pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas [...] aonde o Réu teve as suas infames práticas [...]; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique [...] e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu; igualmente condemnam os Réus Francisco de Paula Freire de Andrade Tenente Coronel que foi da Tropa paga da Capitania de Minas, José Alves Maciel, Ignácio José de Alvarenga, Domingos de Abreu

Vieira, Francisco Antonio de Oliveira Lopez, Luiz Vás de Toledo Piza e depois de mortos lhe serão cortadas as suas cabeças e pregadas em postes altos até que o tempo as consuma [...] nos lugares de frente das suas habitações que tinham em Villa Rica e a do Réu Ignácio José de Alvarenga, no lugar mais publico na Villa de São João de El-Rei, [...] declaram estes Réus infames e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens por confiscados para o Fisco e Câmara Real, [...] Igualmente condemnam os Réus Salvador Carvalho de Amaral Gurel, José de Resende Costa Pae, José de Resende Costa Filho, Domingos Vidal Barbosa, [...] Ao Réu Claudio Manoel da Costa que se matou no carcere, declaram infame a sua memoria e infames seus filhos. (BRASIL, 2008).

No período imperial, foi presenciada a vinda da Família Real para o Brasil, e com ela vieram as ideias iluministas que influenciaram as normas da Constituição de 1824, no qual se fez presente as primeiras garantias fundamentais do cidadão:

Art. 179. [...] VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido será punido com as penas, que a Lei determinar. 86 Constituições Brasileiras O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina, todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da Justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo. (BRASIL, 1824).

Na República gerou um avanço quanto aos direitos e garantias fundamentais, mas foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o princípio da presunção de inocência foi positivado ao dispor que: “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). A presunção de inocência possui essa característica histórica, pois é caráter da evolução dos direitos fundamentais ao serem positivados.

3.2 Conceito

Antes de conceituar o princípio da presunção de inocência, far-se-á necessário para uma melhor compreensão do objeto de estudo do presente trabalho identificar as características dos princípios em geral.

Sendo assim, é possível destacar uma tripla função nos princípios, funções essas que compõe o conceito dos princípios. Destacam-se as funções de fundamento da norma, vetores interpretativos e meios integrativos ou organizativos do sistema jurídico. Nesse sentido Nagib Slaibi Filho (2004, p. 65-66) define os princípios como sendo:

Toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que a contém os princípios estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o conseqüente.

As normas principiológicas servem de fundamento para estabelecer normas de condutas, fontes interpretativas na resolução de um caso concreto, bem como fator de desequilíbrio na balança em caso de conflito de normas-regras com normas-princípios, e ainda possui a função de organizar todo ordenamento jurídico, dando coerência e harmonia a este.

Em decorrência dessa função destacada, de organizar todo o ordenamento jurídico, Bonavides (2017) afirma que pela importância dessa função desempenhada é mais grave violar um princípio do que uma regra, pois quando se viola um princípio, fere-se todo o ordenamento jurídico, enquanto que a violação da regra é específica e determinada.

Pela função fundamentadora, os princípios são considerados o cerne que dá origem à norma, com eficácia derogatória e diretiva e, portanto, as normas constitucionais ou legais que se contraponham aos núcleos de irradiação assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade e/ou vigência, em eventual conflito de normas. Os princípios se irradiam por todo segmento jurídico, preservando a unidade da ordem jurídica, com a manutenção do direito como um efetivo sistema e desempenham o papel de organizar e coordenar, coerentemente, todo ordenamento jurídico, ao ponto de a doutrina os qualificar como “normas-chaves de todo sistema jurídico”. (BARROSO, 2012, p.123).

O Min. Luís Roberto Barroso (2008, p. 256) em sua doutrina conceitua os princípios fundamentais como sendo aqueles:

São aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado [...] São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado [...]. Esses princípios fundamentais, exprimindo, como já se disse a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituem, também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limites às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, estes princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional.

Por todo o exposto, parte-se para a conceituação do princípio da presunção da inocência, e ao discorrer sobre o objeto do presente estudo Renato Brasileiro explica que este só veio a entrar em vigor a partir da Constituição de 1988, pois existia somente de forma implícita no ordenamento pátrio em decorrência do devido processo legal. Continua o autor:

Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (BRASILEIRO, 2015, p. 43).

Por ser um princípio de caráter constitucional, o Poder Constituinte Originário o elencou como sendo um dos direitos individuais no seu art. 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Vale a pena pontuar que o dispositivo constitucional é mais amplo do que a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, nº 2, que diz que a presunção deve ser aplicada até a comprovação legal da culpa, enquanto a Constituição Federal estabelece que essa presunção só seja afastada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Portanto se for provada a culpa antes do trânsito em julgado, para a convenção internacional, seria possível o afastamento do princípio da presunção de inocência.

Trata-se de uma norma-princípio que visa tutelar a liberdade pessoal, que tem como objetivo respeitar o estado de inocência em que todo acusado se encontra até que sua sentença transite em julgado definitivamente, um direito humano e

fundamental de liberdade e dignidade. Esse princípio garante um estado de inocência, no qual o acusado deve ser tratado durante todo o processo penal como inocente e esse estado somente podem ser modificados com a declaração de culpado por uma sentença condenatória.

O princípio da presunção de inocência assegura junto com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os direitos e garantias fundamentais, que estão previstos na Carta Magna. Uma boa definição da presunção de inocência segundo Paulo Mascarenhas (2010, p. 78):

Da presunção da inocência se infere que não pode haver a inversão do ônus da prova. Ao estado, a quem compete a formalização da denúncia, cabe a produção das provas necessárias para tanto, asseguradas ao acusado a ampla defesa e o estabelecimento do contraditório. Para haver condenação é necessário que o juízo esteja realmente convencido da culpabilidade do autor, caso contrário, se infirma a presunção de inocência, corolário do in dubio pro reo. O nome do acusado somente pode ser lançado no rol dos culpados após o trânsito em julgado da sentença condenatória, vale dizer, quando da sentença não cabe mais nenhum recurso.

Segundo Alexandre de Moraes (2018) dispõe que o princípio da presunção de inocência é um dos princípios essenciais do Estado de Direito, e, como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal.

O postulado do princípio da presunção de inocência engloba a garantia de um julgamento justo, com ampla defesa e contraditório, tornando-o mais seguro e confiável para o acusado, garantindo-lhe sua liberdade até que se prove sua culpa. Dita o princípio, que o acusado só poderá ser preso em virtude de uma sentença penal condenatória legal, onde tenham sido assegurados todos os direitos do acusado e seguido o devido processo legal, devendo este se manter em liberdade enquanto ainda houver a possibilidade de cabimento de recursos.

Deste postulado decorrem duas regras: a regra probatória ou de juízo, que é o fato de ônus da prova caber à acusação e a regra de tratamento, que é a permanência do estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença.

No primeiro caso, o acusado deve ser presumido inocente, cabendo à parte que acusa provar a veracidade do fato, e a culpabilidade do acusado. Nas palavras

do constitucionalista Alexandre de Moraes (2018, p. 123) sobre a presunção de inocência:

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

Continua o jurista sobre o tema:

[...] A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado. (MORAES, 2014, p. 123).

Em decorrência desse desdobramento o acusado não pode ser obrigado a colaborar na apuração dos fatos, uma vez que o devido processo legal, no art. 5º, LIV da CF/88, dá a ele o direito de não produzir provas contra si mesmo, podendo permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, CF/88). No contrário, o acusado se transformaria em objeto de investigação, quando na verdade é um sujeito processual.

Quanto ao segundo desdobramento, a regra de tratamento ao acusado impõe um tratamento durante o processo penal, no qual se considera inocente enquanto não sobrevier sentença penal condenatória. Desse modo, durante todo o processo penal o réu não pode ser punido antecipadamente nem ser tratado como culpado, aplicando apenas as medidas necessárias cabíveis e, conseqüentemente, restringir o mínimo dos direitos do acusado.

3.3 Força Normativa

Para que se possa compreender a força normativa do princípio da presunção de inocência para o arcabouço jurídico se faz necessário diferenciar as diferentes espécies normativas existentes no sistema jurídico.

Cada espécie normativa desempenha uma função dentro do ordenamento jurídico, mas ambas as espécies se complementam. Um sistema jurídico não pode ser formado por apenas princípios ou por normas.

Humberto Ávila (2009) esclarece os problemas advindos da exclusividade de uma dessas espécies normativas:

Um sistema só de princípio seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções aos particulares dos casos concretos. Como isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer que nem os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma.

A doutrina não é unânime quanto aos critérios diferenciadores dos princípios das regras, mas dentre os critérios adotados, destaca-se os elaborados pelo jurista português J.J Gomes Canotilho (2003, p. 1086-1087) em sua obra Direito Constitucional e Teoria da Constituição:

quanto ao grau de abstração, os princípios teriam um grau de abstração relativamente elevado, enquanto que as regras possuiriam abstração relativamente reduzida; quanto à determinabilidade, os princípios seriam vagos e indeterminados, enquanto que as regras seriam susceptíveis de aplicação direta; quanto ao carácter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito, os princípios teriam posição privilegiada no ordenamento jurídico em relação às regras; quanto à proximidade da ideia de direito, as regras seriam normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional, enquanto que os princípios traduziriam a ideia de direito e de justiça; e quanto a natureza normogénica, os princípios são considerados fundamentos de regras.

As regras trazem relatos descritivos de condutas, e com a subsunção do fato aos seus preceitos chega-se à conclusão, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se no caso em análise uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo disciplinado por ela. Portanto, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida, com aplicação direta, com um conteúdo meramente funcional.

Os princípios possuem a previsão dos relatos de maneira abstrata, sem determinar uma conduta concreta, que são normas com grau de abstração relativamente elevado, e por isso são vagos e indeterminados. Essa espécie

normativa ordena que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Vale ressaltar a solução adotada em caso de conflito entre essas espécies normativas. No caso das regras, teremos a ideia do tudo ou não, diferentemente do que ocorre com os princípios, que será graduada a vista das circunstâncias, pela técnica da ponderação e balanceamento.

Por todo o exposto, ao erigir o princípio da presunção da inocência como um dos preceitos constitucionais, ele deve atuar como vetor na construção e aplicação de todo o ordenamento jurídico, pois possui a legitimidade de norma jurídica em razão da sua positividade e vinculatividade. Sendo assim, o instituto da execução da sentença condenatória após a condenação em segunda instância deve ser analisado sob o enfoque do princípio da presunção de inocência.

4 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

A questão suscitada no presente trabalho possui estreita relação com o conjunto de princípios estampados na Constituição Federal, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, entre outros, mas o cerne da questão é determinar quando ocorrerá a inversão do status de inocente para culpado perante o processo penal.

Conforme abordado anteriormente, esse postulado prega que o acusado será tratado como inocente até que restar comprovado a sua culpa, momento este que se dará com o trânsito em julgado da decisão judicial que determinou a culpa do acusado.

Mas diante do sistema recursal vigente, no qual há espécies recursais que mesmo que interpostas não possuem a capacidade de apreciar as questões de fato, essa inversão do status apenas se dará com o trânsito em julgado?

Por se tratar de norma de preceito constitucional incumbe ao Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria e proferir decisão determinando o marco de início do cumprimento da sentença proferida.

4.1 Função Constitucional do Supremo Tribunal Federal

Antes mesmo de adentrarmos na função constitucional do Supremo Tribunal Federal de delimitar a densidade normativa do princípio da presunção de inocência, ressalta-se o papel da Constituição Federal no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal é o texto normativo em que se encontram as normas fundamentais da organização do Estado, e nos dizeres de Hans Kelsen, ela se encontra no ápice da pirâmide normativa, possuindo a função de validar todo o sistema jurídico.

Apesar do o texto constitucional se destina a regular as relações de maior importância de dada sociedade, esse texto não se mostra como algo acabado, necessitando de interpretações pelo órgão competente.

Ao Supremo Tribunal Federal que é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, foi incumbido a função precípua de guarda da Constituição, conforme definido no artigo 102 da Constituição Federal. Desse modo, a esse órgão foi definida dupla função: cúpula máximo do Poder Judiciário e intérprete último e guardião da ordem constitucional, o que o caracteriza como sendo uma Corte Constitucional:

A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial se acha compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, caput) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

[ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.]

= AI 733.387, rel. min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2ª T, DJE de 1º-2-2013
Vide HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009

Vide RE 227.001 ED, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-9-2007, 2ª T, DJ de 5-10-2007.

Por todo o exposto, diante da necessidade de determinar a densidade normativa das normas constitucionais, o Poder Constituinte Originário institui

instrumentos por meio do qual exerça suas funções, como o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário.

Dessa maneira, a Suprema Corte foi provocada a se pronunciar quanto a possibilidade de execução da sentença em segunda instância tendo em vista a garantia constitucional do estado de inocência do acusado até o trânsito em julgado.

4.2 Evolução Jurisprudencial

Conforme abordado no capítulo específico, a Constituição Federal de 1988 positivou o princípio da presunção de inocência como sendo uma das garantias fundamentais e condicionou a fixação definitiva da culpa após a condenação transitada em julgado.

Até fevereiro de 2009, o STF entendia que era possível a execução provisória da pena, de modo que, ainda que o réu estivesse condenado interpusesse o recurso especial ou recurso extraordinário, este teria que iniciar o cumprimento provisório da pena enquanto aguardava o julgamento.

O plenário da suprema corte assentou o entendimento que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo:

Habeas corpus. – O Plenário desta Corte, ao julgar, em 28.6.91, o HC 68.726, de que foi relator o Ministro Néri da Silveira, decidiu, por unanimidade de votos, que não ofende o art. 5, inciso LVII, da Constituição Federal a prisão do réu condenado, embora ainda sem ter transitado em julgado a decisão condenatória, razão por que, aliás, e perfeitamente compatível com o citado dispositivo constitucional a norma do par – 2. Do artigo 27 da Lei 8038/90 que determina que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no “efeito devolutivo”. Habeas corpus indeferido. (STF. Plenário. HC 68726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991).

Em 2009 constatou-se uma virada jurisprudencial na Suprema Corte Nacional, no qual passou a ter uma interpretação mais garantista do princípio da não culpabilidade. Não se tratando de prisão cautelar, mas sim de execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não seria possível uma prisão decorrente de condenação em segundo grau de jurisdição.

Com isso passou a ser necessário o efetivo trânsito em julgado da sentença, como dispõe a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Tal entendimento foi consagrado no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, que teve

como relator o Ministro Eros Grau e, por sete votos a quatro, o Plenário decidiu que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução antecipada da pena. Assim concederam a ordem do remédio constitucional para colocar o paciente em liberdade. Podemos identificar os principais argumentos trazidos por esse julgamento:

- A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.
- A execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa restrição do direito de defesa.
- A antecipação da execução penal é incompatível com o texto da Constituição. (DIZER O DIREITO, 2019).

No dia 17/02/2016, o STF, ao julgar o HC 126292 (Rel. Min. Teori Zavascki), retornou para a sua primeira posição e voltou a dizer que era possível a execução provisória da pena. Em um primeiro momento, o Relator enfatiza a importância do princípio perante o texto constitucional, reconhecendo que este princípio teve importantes reflexos na formulação das normas processuais:

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional, agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório. (ZAVASKI, 2016. Habeas Corpus (HC) 126292, p. 5).

Insta salientar que o reconhecimento do princípio da presunção de inocência ecoou sobre todo o processual penal, passando a assegurar uma visão garantista durante todo o procedimento processual, inclusive nos outros princípios como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, inadmissibilidade de provas obtidas de formas ilícitas, entre outros.

O Ministro Zavaski entende que para o sentenciante do primeiro grau, será superada a presunção de inocência por um juízo de culpa, cabendo recurso para o indivíduo que tenha sido considerado culpado em primeira instância recorrendo para Tribunal de hierarquia superior. Desse modo, ao garantir ao acusado mais uma oportunidade para a sua defesa, onde o juízo superior reexamina o caso, debruçando-se sobre os fatos e provas da causa, com a fixação da responsabilidade penal do acuso, se este for o caso. Desta forma, é concretizado de forma genuína o duplo grau de jurisdição, pois, examina novamente a decisão judicial por completo, inclusive sobre matéria que não tenha se quer sido analisada pelo juízo a quo. Ademais, o Ministro salienta que:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. (ZAVASKI, 2016. Habeas Corpus (HC) 126292, p. 6).

No sistema recursal vigente, o julgamento realizado em segunda instância irá reexaminar todos os fatos processuais, de modo que a matéria fática é exaurida nessa fase processual. Diferentemente, o recurso extraordinário e o recurso especial analisam apenas matéria de direito, não sendo extensão do duplo grau de jurisdição, não tendo ampla devolutividade, pois não irão tratar de matéria probatória.

O argumento trazido pelo Ministro relator é da relativização do princípio da presunção de inocência, conforme o seu voto:

[...]

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. “Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o

cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos” (in: Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015). (ZAVASKI, 2016. Habeas Corpus (HC) 126292, p. 8).

O ponto central do entendimento firmado nesse momento da Suprema Corte é diminuir o raio de atingimento do princípio da presunção de inocência, dando-lhe uma menor incidência. Antes do supramencionado julgamento, esse raio de atingimento era atingido apenas como o trânsito em julgado da sentença, com o novo posicionamento da corte, esse raio será atingido com a condenação em segundo grau, pois tal condenação tem força suficiente para tanto, já que foram garantidos todos os pressupostos legais para o acusado. Nesse sentido, Gilmar Mendes assevera:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (ZAVASKI, 2016. Habeas Corpus (HC) 126292, p. 8).

Portanto, conforme o entendimento firmado pelo Ministro Teori Zavaski, todo o procedimento legal, abrangendo a ampla defesa e o contraditório foi assegurado nos dois primeiros juízos, o princípio da presunção de inocência, sendo perfeitamente cabível o cumprimento da pena após a sentença do segundo grau, não havendo suspensão da pena em virtude de recursos especiais e extraordinários. Em acordo com esse entendimento, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que:

[...] a condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência. Qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição. Esse é o seu devido processo legal. A partir daí a presunção de não culpabilidade estará desfeita. (BARROSO, 2016. Habeas Corpus (HC) 126292. Voto oral).

A Constituição Federal assegura o princípio do devido processo legal, postulado que é atingido com o julgamento justo e em conformidade com a lei, se o acuso teve todo o procedimento processual correto de acordo com a legislação, sendo-lhe garantidos todos os seus direitos até a sentença condenatória de segundo

grau, resta atendido o devido processo legal, sem que se tenha que esperar o trânsito em julgado, para que se inicie o cumprimento da pena.

Conforme o exposto, o relator entende que a presunção de inocência não impede que o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença. Portanto, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença do acusado, este será impedido de se eleger.

Insta salientar, que esse entendimento não é diferente no cenário internacional, conforme o entendimento da Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 85.866 (DJ 28/10/2005): “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

Conforme já abordado no presente trabalho, a finalidade dos recursos extraordinários não é de examinar as questões de direito, e conforme o Ministro Relator dispõe em seu voto, esses recursos não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiças de sentenças em casos concretos. Destinando-se os recursos extraordinários, principalmente para a saúde do sistema normativo. Entende-se, que o Supremo Tribunal Federal somente apreciará recursos em que exista repercussão geral da matéria a ser analisada, cabendo ao recorrente o ônus de demonstrar a relevância política, social ou econômica da questão em discussão. O STF, somente é autorizado a conhecer de recursos que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevantes circunstâncias do caso concreto, estes recursos devem tratar de questões constitucionais. (ZAVASKI, 2016). Ainda sobre este entendimento argumenta o Ministro:

E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.
(ZAVASKI, 2016. Habeas Corpus (HC) 126292, p. 12-13).

Ademais, outro ponto relevante enfatizado no presente julgamento é a questão da quantidade de recursos que são interpostos de forma sucessiva, meramente com propósitos protelatórios, visando uma possível prescrição da pretensão punitiva ou executória. Sobre este aspecto o Ministro Luís Roberto

Barroso traz um interessante caso em que houve a prescrição da pena em detrimento de intermináveis recursos para a Suprema Corte:

Trata-se de um crime de homicídio cometido em 1991. Vinda a sentença de pronúncia houve um recurso em sentido estrito. Posteriormente, houve a condenação pelo Tribunal de Júri e foi interposto um recurso de apelação. Mantida a decisão, foram interpostos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram interpostos novos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso extraordinário. Isso nós estamos falando de um homicídio ocorrido em 1991 que o Supremo está julgando em 2016. Pois bem: no recurso extraordinário, o Ministro Ilmar Galvão, o estimado Ministro Ilmar Galvão, inadmitiu-o. Contra a sua decisão, foi interposto um agravo regimental. O agravo regimental foi desprovido pela 1ª Turma, e aí foram interpostos embargos declaratórios igualmente desprovidos pela 1ª Turma. Desta decisão, foram interpostos novos embargos de declaração, redistribuídos ao Ministro Carlos Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Ministro Gilmar Mendes. E da decisão do Ministro Gilmar Mendes que inadmitiu os embargos de divergência, foi interposto agravo regimental, julgado pela Ministra Ellen Gracie. Não parece nem uma novela. Parece uma comédia. E em seguida à decisão da Ministra Ellen Gracie foram interpostos embargos de declaração, conhecidos como agravo regimental, aos quais a 2ª Turma negou provimento. Não obstante isso, nós estamos com embargos de declaração no Plenário. Portanto, mais de uma dúzia de recursos, quase duas dezenas de recursos. E, conseqüentemente, em relação a um homicídio cometido em 1991 até hoje a sentença não transitou em julgado.
(BARROSO, 2016. Habeas Corpus (HC) 126292. Voto oral).

Por fim, ao finalizar o seu voto Zavaski entende que a execução da pena antes do trânsito em julgado não compromete o princípio da presunção de inocência, pois, este foi assegurado no decorrer de todo o processamento ordinário em suas duas instâncias, portanto cabendo recurso ao condenado, mas em cumprimento de pena e não em liberdade, e em caso de ocorrer algum erro nas decisões proferidas em instâncias ordinárias, algo que pode acontecer em qualquer instância, inclusive na extraordinária, existira mecanismos eficazes de defesa a serem aplicados nesses casos pontuais, como é o caso do Habeas Corpus:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é negável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir conseqüências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação

constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos 30 direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

(ZAVASKI, 2016. Habeas Corpus (HC) 126292, p. 15-16).

O Partido Ecológico Nacional – PEN ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de liminar, buscando seja assentada a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil buscou igualmente a declaração de constitucionalidade do artigo acima mencionado, e ante a coincidência de objeto, o Ministro Relator determinou o apensamento da ADC 44 para julgamento em conjunto. Ademais, foi distribuída por prevenção a Ação Declaratória de Constitucionalidade 54 ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PCdoB levando em consideração a identidade de objeto com relação as declarações acima mencionadas.

Com o julgamento das ações acima mencionadas foi presenciado uma virada jurisprudencial em novembro de 2019.

4.3 O julgamento das ADC'S 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal e a (im)possibilidade da prisão em 2ª instância

Com a modificação do entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, o Partido Ecológico Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Comunista do Brasil – PCdoB propuseram ações para que seja declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo.

Os proponentes argumentam que para firmar o entendimento de que é possível a prisão em 2ª instância, conforme o decidido no HC 126.292/SP tratado anteriormente no presente trabalho, se faz necessário a declaração de inconstitucionalidade da norma, conforme a posição do Min. Ministro Teori Zavascki na Reclamação nº 2.645 é citada pelo Conselho Federal da Ordem:

No que diz respeito especificamente aos órgãos jurisdicionais, não se admite, porque então sim haverá ofensa à Constituição, seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade.

(Rcl nº 2.645, Rel. Min. Teori Zavascki, STJ, Corte Especial, DJe 16/12/09).

Outro ponto alegado foi em relação à liberdade que tem o legislador para elaborar as normas, haja vista que são representantes do povo, eleitos democraticamente e tem total liberdade na elaboração de novas regras, devendo observar os limites estabelecidos pelo texto constitucional. De acordo com os proponentes, é necessário um forte motivo para invalidar um ato legislativo, de modo que se houverem dúvidas, deve ser invocado o *in dudio, pro legislatore*.

Nessa esteira, o Conselho Federal da Ordem citou o voto proferido pelo Min. Ayres Britto na ADI nnº445169:

Tenho muito receio da principiolatria, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga legislatria. Fala-se hoje em uma nova figura jurídica, a legisprudência, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as fontes democráticas da atividade legislativa e a criação jurisprudencial livre. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser primordialmente cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos princípios como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal. (ADI nº 4.451 MC/REF DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, STF, julgado em 02/09/2010).

Ademais, foi alegado o princípio da separação de poderes, normas esta que delimita a participação de cada um dos poderes, de modo que o Judiciário não interfira nas competências do Legislador para modificar entendimentos firmados por este.

Outro princípio alegado pelos proponentes foi o princípio da reserva legal, estabelecido em diversos incisos do artigo 5º da CF. O princípio não permite a criação e regulamentação de modalidades de prisão por meio de sentenças, de modo que a prisão para cumprimento de pena antes do trânsito em julgado não está prevista nas leis nacionais.

Também alegaram que o artigo 283 do Código de Processo Penal é uma interpretação possível, válida e razoável do princípio da presunção de inocência e se harmoniza perfeitamente com o princípio do *in dúbio pro reo* e que esse artigo repete e reproduz a norma constitucional, logo possui sua constitucionalidade espelhada.

Em novo tópico argumentativo, os preponentes fizeram uma abordagem do sistema carcerário do Brasil, no qual alegaram que existe uma cultura de encarceramento no país, que cultura esta agravada pelo entendimento jurisprudencial de possibilitar o cumprimento da pena após condenação em segunda instância.

Para ilustrar, o Partido Ecológico Nacional reproduziu o voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 347, cuja ementa já foi transcrita neste capítulo:

As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. (ADPF nº 347 STF julgado 09 set. 2015. Rel. Marco Aurélio).

Pelo estado inconstitucional que se encontra o sistema prisional brasileiro, sustentam os preponentes que a constitucionalidade do artigo 283 do CPP se mostra realmente necessária. E, além disso, argumentaram que ordenamento jurídico pátrio prevê outras medidas cautelares com o intuito de transformar o encarceramento em medida última extrema, aplicada apenas quando presentes os requisitos legais, dentre eles o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tendo em vista o objeto das ações a Suprema Corte ao julgar as ADCs 43, 44 e 54 relatadas pelo Ministro Marco Aurélio retornou para a sua segunda posição e firmou o entendimento que não é possível iniciar o cumprimento da sentença após a condenação em segunda instância. Nesse sentido, declarou em seu voto que:

[...] a Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da

recorribilidade, prender. [...] Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a lei 12.403/11, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo. (MARCO AURÉLIO, 2019, ADC's 43, 44 e 54).

Para o Ministro Relator Marco Aurélio o art. 5, inciso LVII da Constituição Federal não deixa dúvida que a culpa é pressuposta da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior:

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas qual se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva. O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável. (MARCO AURÉLIO, 2019, ADC's 43, 44 e 54).

Conforme exarado no julgamento da Suprema Corte, o princípio da não culpabilidade é garantia vinculada pelo Texto Constitucional, de modo que a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal não aceita questionamento. Ademais, essa norma é de reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial não pode ser restringido nem pelo Poder Constituinte Derivado.

A determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores.

Em cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando autorizada normativamente a prisão cautelar, não cabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a supressão da liberdade. Deve-se buscar a solução consagrada pelo legislador nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal, em consonância com a Constituição Federal e ante outra garantia maior – a do inciso LXVI do artigo 5º: 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança'. (MARCO AURÉLIO, 2019, ADC's 43, 44 e 54).

O texto constitucional traçou limites para determinar a culpa, e desse limite não se pode ultrapassar no processo criminal. Portanto, o que foi concluído no

juízo em análise é a perfeita harmonia da Constituição Federal de 1988 com o artigo 283 do Código Processual Penal, considerando o alcance do princípio da não culpabilidade, inexistente campo para tergiversações, que podem levar ao retrocesso constitucional, cultural em seu sentido maior. O Ministro Marco Aurélio enfatiza que: “o princípio constitucional da não culpabilidade pressupõe, para ter-se o início do cumprimento da sanção, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – a revelar a existência de pronunciamento precluso na via da recorribilidade”.

Por fim, sentenciou no seguinte sentido:

Julgo procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de nº 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Como consequência, determino a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

Diante do voto do Ministro Relator, o Plenário do Superior Tribunal Federal decidiu quanto a necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória para que se inicie o cumprimento da pena imposta, e assim restabeleceu-se a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente até que não seja mais possível reverter eventual decisório condenatório, deixando-se explicitado que o artigo 283 do Código de Processo Penal não viola o texto constitucional.

4.4 Projeto de Lei 166/2018 e proposta de Emenda à Constituição 199/2019

Assumindo o papel constitucional a que possui, o Poder Legislativo reage a problemática jurídica trabalhada no presente trabalho e propõe legislar acerca da possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

De autoria do senador Lasier Martins (Podemos-RS), o Projeto de Lei nº 166 de 2018 propõe a alteração do Código Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância, conforme o texto do referido projeto:

Art. 1º O art. 283 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão: I – em flagrante delito; II – por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; III – em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; ou IV – no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. § 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. § 3º A prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente decorrente de juízo de culpabilidade poderá ocorrer a partir da condenação em segundo grau, em instância única ou recursal. § 4º Ninguém será tratado como culpado até o trânsito em julgado DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. (NR). (PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 166, DE 2018).

A proposta do referido Projeto de Lei se deu quando ainda o Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena no direito brasileiro, conforme demonstrado pela justificativa do gabinete do Senador Lasier Martins:

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), Guardião da Constituição (art. 102, caput, CF/88), já decidiu pela possibilidade da execução da pena após esgotadas a primeira e a segunda instâncias, as chamadas instâncias ordinárias, nas quais se exaurem a produção de provas e a consequente verificação da autoria e da materialidade do fato (ARE 964246 RG/SP, HC 152752/PR, HC 126292/SP). Conforme decidido pelo Plenário do STF, a execução provisória da pena a partir da decisão judicial de segundo grau, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. O inciso LVII do art. 5º da nossa Carta Política declara apenas que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não diz que ninguém será preso até o trânsito em julgado. Apenas que não será tratado como culpado. Tanto é assim que são hipóteses legais de prisão antes do trânsito em julgado, em nosso ordenamento, a prisão preventiva e a prisão temporária, modalidades de prisão cautelar que podem ocorrer no curso do processo ou mesmo da investigação policial, quando presentes os respectivos requisitos (arts. 10, 283 e 312, entre outros, todos do CPP; e Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989). Há na situação em análise dois valores constitucionais a serem sopesados: de um lado, a presunção de não culpabilidade do réu; de outro a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade dos brasileiros em geral, que restariam ameaçadas pela permanência em circulação de criminosos já condenados pelas instâncias ordinárias, foros naturais da comprovação da materialidade (existência) dos crimes praticados e de sua autoria pelos condenados. (PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 166, 2018).

Ainda argumenta que:

O Direito Processual Penal deve ser capaz de conferir proteção adequada aos bens jurídicos que cabe ao Estado proteger, como a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade dos brasileiros, nos termos do art. 5º, caput, da Lei Maior. A regulamentação legal do princípio da não culpabilidade deve equilibrar tais valores, ambos de igual importância, assegurando ao réu seus direitos constitucionais fundamentais, de um lado; e conferindo efetividade à tutela penal do Estado, de outro. É preciso, portanto, haver

uma harmonização entre a presunção de não culpabilidade e a garantia da segurança pública, ambos preceitos fundamentais de idêntica estatura na Constituição. Nesse sentido, vedar a prisão após a condenação em 2º grau, em instância única ou recursal, seria minar a atribuição constitucional do Estado de proteger a população e promover uma proteção insuficiente aos direitos fundamentais da sociedade. Como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da proporcionalidade na interpretação dos direitos fundamentais abrange não somente a proibição do excesso, mas também a proibição da insuficiência no campo jurídico-penal, no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado. Por isso, a lei processual deve cuidar não somente do tratamento ao réu que aguarda condenação definitiva, mas também da efetividade do processo penal, sem que isso represente ofensa à presunção de não culpabilidade. Ampliar tal presunção ao ponto de vedar a prisão antes do trânsito em julgado seria proibir até mesmo as prisões cautelares, muitas vezes necessárias ao inquérito policial e à instrução criminal, bem como a própria investigação da culpabilidade. (PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 166, 2018).

Insta salientar que a justificativa apresentada pelo Senador Lasier Martins no referido projeto vai ao encontro com o entendimento jurisprudencial exarado pela Suprema Corte, haja vista que se presenciou uma virada jurisprudencial em novembro de 2019 com o julgamento da ADC's 43, 44 e 54 de relatoria do Min. Marco Aurélio já abordado no presente trabalho.

Visando tratar do tema do referido trabalho, mas por meio de outra espécie normativa, a Proposta Emenda à Constituição n. 199/2019, de autoria do Deputado Alex Manente do CIDADANIA/SP propõe a alteração dos arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 1º O art. 102 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 102

I – [...]

s) a ação revisional extraordinária;

[...]

§ 3º A ação revisional extraordinária será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância, que: I – contrariar dispositivo desta Constituição; II – declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; III – julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; IV – julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 4º Na ação revisional extraordinária, o autor deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros.

Art. 2º O art. 105 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações, renumerando-se o parágrafo único como § 1º:

Art. 105

I – [...]

j) a ação revisional especial;

§ 1º A ação revisional especial será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados, ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que: I – contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; II – julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; III – der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

§ 2º Na ação revisional especial, o autor deverá demonstrar o interesse geral das questões infraconstitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de interesse geral, pelo voto unânime do órgão julgador, nos termos da legislação ordinária¹. § 3º A lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade da ação revisional especial. (PROPOSTA DE EMENDA n. 199/2019).

A proposta de alteração do texto constitucional visa a transformação dos recursos extraordinário (art. 102, caput, III) e especial (art. 105, caput, III) em ações revisionais, possibilitando que as decisões proferidas pelas cortes de segunda instância transitem em julgado já com o esgotamento dos recursos ordinários. Essa alteração se fundamenta que:

Tal alteração permitiria a execução imediata das decisões das cortes regionais, sejam os Tribunais de Justiça dos Estados, sejam os Tribunais Regionais Federais e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cortes estas que promovem, efetivamente, análise probatória – razão pela qual seu julgamento deve ser prestigiado. A proposta, ao cabo, enseja a devolução da carga de responsabilidade institucional às instâncias ordinárias, que passarão por escrutínios maiores do que aquele ao qual estão atualmente expostos.

Assim, o trabalho do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça limitar-se-ia à análise de situações de efetiva gravidade, evitando a interposição automática dos recursos extraordinário e especial – que, por sua vez, ensejam em muitos dos casos, a interposição dos agravos discriminados no artigo 1.042, da Lei 13.105/2015, o Código de Processo Civil, afogando os tribunais em uma enxurrada de recursos diversos.

Conforme demonstrado, tais recursos ensejam a mobilização da maior capacidade do STF e do STJ, que são anualmente inundados por recursos os quais muitas vezes sequer tem seu mérito analisado, não passando pelo mero exame de admissibilidade. (PROPOSTA DE EMENDA N. 199/2019).

Ademais, a justificativa apresentada enfatiza que no âmbito penal, a motivação para a interposição de recurso às cortes superiores se dá por conta da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é vacilante ao estabelecer se a presunção da inocência garante ou não ao réu o direito de recorrer em liberdade:

No âmbito penal, ainda, mais do que incentivo à protelação, pela da possibilidade de permanecer o réu solto enquanto recorre, o sistema

recursal ainda apresenta incentivo pernicioso às tentativas de indução de prescrição. Isto é, por vezes, apesar de ter tramitação relativamente rápida nas instâncias ordinárias, o trâmite no Superior Tribunal de Justiça, e no Supremo Tribunal Federal – por tratar-se de cortes com limitadíssimo número de ministros – tendem a julgar os casos com menor celeridade, razão pela qual em inúmeras hipóteses eventuais condenações sequer chegam a ser executadas, vez que afetadas pela prescrição da pretensão executória. Isto é: condenado o réu, reconhecida a materialidade e autoria do crime, ainda assim este não mais é obrigado a cumprir pena. Trata-se de incentivo pernicioso: impede a punição do condenado; inunda o judiciário com, no mais das vezes, recursos meramente protelatórios; e impede que o Direito Penal se torne verdadeiro instrumento de prevenção geral, de desestímulo à prática criminosa. (PROPOSTA DE EMENDA N. 199/2019).

Conforme o exposto existe em ambas as Casas do Poder Legislativo Federal propostas de alteração do arcabouço jurídico visando acabar com a discussão jurídica existente em torno do tema.

5 CONCLUSÃO

A garantia individual de estado de inocência é fruto de uma conquista dos direitos e garantias individuais no Estado Democrático de Direito. Em se tratar de uma norma constitucional que se encontra no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico, o princípio de presunção de inocência pode ser conceituado como um estado de inocência, no qual terá efeitos durante toda a persecução criminal, e o acusado é tratado como inocente durante todo o processo. Esse seu estado só se modificará com a declaração de culpado por sentença transitada em julgado.

O termo transitado em julgado corresponde a condenação penal em que não cabe mais reexame pelo órgão julgador competente.

O sistema recursal vigente traz vários instrumentos capazes de devolver a questão de mérito ao órgão julgador competente caso as partes não concordem com a decisão proferida. Dentre as espécies recursais, o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário se diferem dos demais diante da impossibilidade de reanálise do mérito da ação em seus julgamentos.

Pela própria natureza de ambos os recursos fez surgir o questionamento de qual o momento em que a sentença condenatória poderá ser cumprida sem ferir a presunção de inocência do acusado, haja vista que o transito em julgado da sentença só ocorre quando estiverem esgotados todos os recursos, e não raras vezes, esses são utilizados como meros instrumentos protelatórios.

O Supremo Tribunal Federal em diversos momentos apreciou a matéria em questão, e após uma evolução jurisprudencial assentou o entendimento que o cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos, tendo em vista que, o art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, prevê que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, e esse artigo é plenamente compatível com a Constituição em vigor.

Ademais, o inciso LVII do art. 5º da CF/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não deixa margem a dúvidas ou a controvérsias de interpretação.

E por fim, é infundada a interpretação de que a defesa do princípio da presunção de inocência pode obstruir as atividades investigatórias e persecutórias do Estado. A repressão a crimes não pode desrespeitar e transgredir a ordem jurídica e os direitos e garantias fundamentais dos investigados.

Nos dizeres do Min Relator Marco Aurélio a Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos nem o Poder Judiciário embasar suas decisões no clamor público.

Entretanto, o Poder Legislativo não caminha para o mesmo entendimento da Suprema Corte, haja vista que tramitam em ambas as casas propostas de alteração de texto constitucional e de texto legal para possibilitar a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

Conclui-se que o assunto ainda é polêmico, continua sendo muito discutido principalmente no meio político, que foi o fator que mais contribuiu para as controvérsias sobre a inconstitucionalidade ou não da prisão em segunda instância, foi objeto de decisões divergentes nos tribunais de todo país, e atualmente o assunto é matéria de projeto de lei e emenda constitucional no Congresso Nacional.

Contudo a decisão do Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, promoveu a vitória da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito, sendo celebrada por grande parte de juristas e constitucionalistas no país, da qual participo.

A relevância deste trabalho pautado em um longo período de leituras, análises de pesquisas, doutrinas, jurisprudências, opiniões de renomados juristas e

constitucionalistas a respeito do tema, trouxe grande conhecimento científico, e a certeza que não se vive uma democracia, quando os direitos e garantias fundamentais são violados, quando princípios constitucionais são relativizados. A Suprema Corte ao declarar a constitucionalidade do Princípio da Presunção de Inocência, cumpriu com o seu papel, de Guardiã da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ÀVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Leonardo Alves. A Força Normativa dos Princípios Fundamentais como Vetores da Formação do Estado Ideal. In: **Curso de Constitucional Normativa Jurídica**. Série aperfeiçoamento de Magistrados 11. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2012.

BECARRIA, Cesar. **Dos delitos e das penas**. Tradução Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 nov. 2019.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10 nov. 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 10 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68.726**, 1991 - Distrito Federal. Relator: Ministro Neri da Silveira. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC\(68726%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC(68726%20.NUME.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**, 2016 – São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85866**, 2015 - Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14787188/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-85866-sp-stf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar ADI nº 4451**, 2019 - Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres de Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2613221>>. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro Marco Aurélio suspende prisão de condenados por sentenças sem trânsito em julgado**, 2018 - Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=399127>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição n.199/2019**. Autoria Alex, Manente. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E10E17C38F897AD5F118C70C5B3B8FFD.proposicoesWebExterno1?codteor=1835285&filename=Tramitacao-PEC+199/2019>. Acesso em 03 jan. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

INCONFIDÊNCIA MINEIRA, Só história. Disponível: <<https://www.sohistoria.com.br/ef2/inconfidencia/>> . Acesso em: 20 nov. 2019.

A SENTENÇA condenatória de Tiradentes e a construção do mito. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, ano 59, nº 187, p. 13-18, out./dez. 2008. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/536/1/NHv1872008.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACEDO, Mirosmar. **A execução provisória da sentença penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73745/a-execucao-provisoria-da-sentenca-penal>>. Acesso em 10 nov. 2019.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de direito constitucional**. 2010. Disponível em: <<<https://docplayer.com.br/4332807-Paulo-mascarenhas-manual-de-direito-constitucional.html>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOGUEIRA, Octaciano. **1824**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 105 p. (Coleção Constituições brasileiras, v.1).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas. 10 dez. 1948.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2018**. Altera o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância. Autoria Senador Lasier Martins (PSD/RS). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132863>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 20 maio 2019

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO. Fábio Roque. **Código de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.