

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROVISIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE IN THE LIGHT OF THE FEDERAL SUPREME COURT JURISPRUDENCE

Ludmilla Tavares Daier de Sales

SUMÁRIO

Introdução; 1 Perspectiva histórica; 2 Evolução jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal; 3 Análise crítica; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente trabalho propõe a investigação da compatibilidade da execução provisória da pena com o ordenamento jurídico brasileiro, considerando a conformação normativa do princípio da presunção de inocência e as suas possibilidades interpretativas. Para tanto, procedeu-se à análise de três paradigmáticos julgados do Supremo Tribunal Federal, os quais definiram as principais mudanças por que já passou o entendimento acerca da matéria. Após breve apanhado histórico, discorre-se sobre a orientação inicialmente adotada pela Corte Suprema, de admitir a execução da pena após o julgamento em segundo grau, e as duas subseqüentes revisões, que promoveram a inversão do posicionamento original e o posterior retorno a esse mesmo entendimento. Nesse ponto, expõe-se a divergência verificada entre os julgadores e os fundamentos que sustentaram os respectivos votos. Em seguida, por meio de análise crítica, demonstra-se que os argumentos apontados como óbice à execução provisória são plenamente refutáveis, e que a admissão dessa modalidade de execução, levando em conta a sistemática recursal brasileira e a necessidade de dar efetividade à função instrumental do processo, é inclusive desejável. Conclui-se, assim, que, no exercício da inafastável tarefa de atribuir um significado ao preceito constitucional, a melhor interpretação parece ser aquela que admite a execução da pena depois de esgotadas as instâncias ordinárias, conforme o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória da pena. Princípio da presunção de inocência. Duplo grau de jurisdição. Função instrumental do processo.

ABSTRACT

This paper proposes the investigation of the compatibility of the provisional execution of the sentence with the Brazilian legal system, considering the normative conformation of the principle of presumption of innocence and its interpretative possibilities. For that, it proceeded to the analysis of three paradigmatic trials of the Federal Supreme Court, which defined the main changes on the understanding about the matter. After a short historical description, it presents the orientation initially adopted by the Supreme Court, of admitting the execution of the sentence after the second degree judgment, and the two subsequent revisions, which promoted the inversion of the original position and the posterior return to that same understanding. In this point, it exposes the divergence between the judges and the foundations that sustained their respective votes. Next, by means of a critical analysis, it shows that the arguments pointed out as an obstacle to the provisional execution can be totally refuted, and that the admission of this modality of execution, taking into account the Brazilian recursional system and the need to give effectiveness to the instrumental function of the process, is even desirable. It concludes, then, that, in the exercise of the unquestionable task of assigning a meaning to the constitutional precept, the best interpretation seems to be the one that admits the execution of the sentence after having exhausted the ordinary instances, according to the most recent position of the Federal Supreme Court.

KEYWORDS: Provisional execution of the sentence. Principle of presumption of innocence. Double degree of jurisdiction. Instrumental function of the process.

Introdução

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, resgatando posicionamento vigente até o início do ano de 2009, afirmou, ainda que em julgamentos não unânimes, a possibilidade de execução provisória da pena, reacendendo, assim, o debate em torno do alcance do denominado princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

Positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, como resultado do avanço democrático brasileiro e do compromisso assumido pelo constituinte de se adequar aos textos internacionais de direitos humanos e às cartas constitucionais ocidentais¹, o referido princípio, em sua vertente de regra de tratamento, é constantemente objeto de divergências entre os juristas, a exemplo do que se tem verificado na mais alta Corte do país.

¹ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 44.

O que se busca com o presente estudo é investigar se a execução provisória da pena é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, considerando a conformação normativa do princípio da presunção de inocência e as suas possibilidades interpretativas.

Para essa finalidade, estruturou-se o presente trabalho em três capítulos.

O primeiro indicará a evolução da presunção de inocência e a forma como se deu a sua positivação no direito brasileiro, a fim de que seja constituído o pano de fundo necessário ao exame dos seus efeitos no campo específico da execução da pena.

O segundo capítulo será dedicado à apresentação das principais orientações adotadas pela Corte Suprema até o presente momento – representadas pelas decisões paradigmáticas proferidas no HC n. 68.726/DF, no HC n. 84.078/MG e no HC n. 126.292/SP –, com a exposição da divergência verificada entre os julgadores e dos fundamentos que sustentaram os respectivos votos.

O terceiro e último capítulo mostrará, por meio de análise crítica, de que maneira os argumentos apontados como óbice à execução provisória podem ser refutados, considerando a sistemática recursal brasileira e os entendimentos doutrinários sobre o assunto.

1 Perspectiva histórica

Para Ricardo Alves Bento, a evolução da presunção de inocência está relacionada com o reconhecimento da vulnerabilidade do cidadão em face do exercício da pretensão punitiva estatal.² Segundo o mesmo autor, embora se possa identificar manifestações do *in dubio pro reo* já no direito romano, foi com a reforma empreendida com a Revolução Liberal do século XVIII – quando verificada a necessidade de reação contra o processo penal inquisitório, o qual se caracterizava pela presunção de culpabilidade e pela prevalência do poder estatal sobre a liberdade individual do cidadão – que se estabeleceu o princípio como verdadeiro postulado fundamental.³

² BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 18.

³ *Ibid.*, p. 27.

Nesse contexto de reestruturação, obras humanistas e textos internacionais surgiram afirmando a necessidade de reformulação dos preceitos inquisitivos e de garantia da liberdade do indivíduo até a existência de culpa formada, tendo culminado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, considerada “o marco inicial da positivação da presunção de inocência”.⁴ Em seu artigo 9º, dispôs-se que “todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; e ninguém pode ser castigado a não ser em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada”.⁵

No Brasil, não obstante a positivação da presunção de inocência só tenha ocorrido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o preceito já havia sido recepcionado em nosso ordenamento jurídico com a adesão brasileira à Declaração Universal dos Direitos do Homem, na vigência da Constituição de 1946,⁶ que assim estabeleceu em seu artigo 11.1: “Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.⁷

Vê-se que o supracitado dispositivo atribui à presunção de inocência o significado de regra probatória, uma vez que impõe à acusação a prova da culpabilidade do indivíduo. Antes, porém, outro significado já havia sido cunhado, com a Declaração de 1789, que trouxe à presunção de inocência a interpretação de regra de tratamento, impondo limitações às medidas de restrição à liberdade pessoal.

Sob este último viés é que se constrói a divergência doutrinária e jurisprudencial no Brasil, pois a expressão “ninguém será considerado culpado”, constante do artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, “necessariamente, conduz ao entendimento de que a orientação maior do princípio, ao menos no teor dessa linguagem, é no sentido de regra de tratamento do indivíduo”.⁸

⁴ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 38.

⁵ BRASIL. Senado Federal. **Direitos humanos: instrumentos internacionais: documentos diversos**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 15. *apud* CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 29.

⁶ CAMARGO, *op. cit.*, p. 1.

⁷ BRASIL. Senado Federal. **Direitos humanos: instrumentos internacionais: documentos diversos**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 15. *apud* CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 55.

⁸ CAMARGO, *op. cit.*, p. 241.

A amplitude do preceito constitucional, a falta de adequado debate previamente à sua aprovação e a deficiência nas justificativas apresentadas propiciaram o surgimento da questão que ora se coloca: é possível a execução provisória da pena no caso brasileiro? Enquanto, para uns, “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”,⁹ para outros, “a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena”.¹⁰

Os argumentos que sustentam ambos os posicionamentos foram apresentados pela Corte Suprema em três momentos distintos, e, dada a sua relevância para a busca do sentido do texto aprovado pelo constituinte, serão eles analisados nos tópicos seguintes.

2 Evolução jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal

Analisando os efeitos dos discursos produzidos pelos Tribunais Constitucionais, Diogo Bacha e Silva destaca que, “se a Constituição é a norma capaz de reger a sociedade, o discurso produzido, manifestado através dela, poderia modificar a mesma”.¹¹ Com a premissa de que a norma é construída pelo intérprete, e tendo em vista que a esse papel, no âmbito constitucional, se presta, por excelência, o Supremo Tribunal Federal, passa-se à análise de três paradigmáticos julgados ali produzidos.

2.1 Primeiro momento: HC n. 68.726/DF

Ao primeiro se manifestar sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal partiu de duas concepções básicas: a) relativização do que se entende por trânsito em julgado da condenação; e b) atribuição do caráter processual à ordem de prisão emanada de órgão julgador de segundo

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 11.

¹⁰ *Ibid.*, p. 97 e 98.

¹¹ SILVA, Diogo Bacha e. Da mutação constitucional à living constitution: a hermenêutica constitucional entre a sintática e a pragmática jurídica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 10, n. 12, p. 113-131, jul./dez. 2012. p. 114.

grau. Em outras palavras, para afirmar a possibilidade de execução provisória da pena, entendeu a Corte Suprema que é possível considerar como transitada em julgado a sentença quando não mais cabíveis recursos de caráter ordinário, embora ainda possam ser admitidas impugnações na via extraordinária; e que a prisão após o julgamento da apelação se justifica pela necessidade de se garantir a aplicação da lei penal.

Baseou-se o Relator do *writ* na doutrina de Eduardo Espínola Filho, segundo a qual há que se estabelecer uma diferenciação entre o caso julgado e a coisa julgada. Diz o autor que, para ter-se esta, é necessário “que, contra a decisão, não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quando pode ser executada, se bem que ainda seja suscetível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário”.¹²

Confirmando a viabilidade de tal diferenciação, em razão da ausência de definição exata do momento em que ocorre o trânsito em julgado para fins de execução da pena, José Antonio Paganella Boschi expõe que “em face da exigência do pressuposto do trânsito em julgado da sentença para o início do processo executório a questão consiste em determinar, precisamente, o momento em que ocorre esse fenômeno jurídico”.¹³ Há, ainda, quem defenda a existência de capítulos autônomos na decisão judicial, o que permitiria que houvesse diferentes momentos de trânsito em julgado em relação a uma mesma sentença.¹⁴ Nesse sentido, Fernando Brandini Barbagalo defende que “a coisa julgada em matéria penal não possui um sentido unívoco, comportando variações de sentido e de amplitude. [...] A ‘intangibilidade do caso julgado’ poderá atingir apenas uma parcela da causa, abrangendo um dos temas tratados no julgamento e não outro”.¹⁵

Quanto à cautelaridade da ordem de prisão após o julgamento em segundo grau, Roberto Delmanto Junior sustenta que, por se tratar de prisão verificada antes do trânsito em julgado da condenação, pode ser classificada como provisória. No entanto, manifesta o autor sua objeção a que a determinação de recolhimento do apenado se dê de forma automática, sem motivação

¹² ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 1959, p. 296. *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 68.726/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgado em 28.6.1991. DJ de 20.11.1992. p. 396.

¹³ BOSCHI, José Antonio Paganella. O trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. **Fascículos de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, n. 4, p. 25-29, out./dez. 1993. p. 26.

¹⁴ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado. **Revista de processo**, v. 28, n. 111, p. 290-305, jul./set. 2003.

¹⁵ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015. p. 108.

cautelar: “Igualmente inaceitável, outrossim, é que os Tribunais expeçam mandado de prisão, praticamente de forma automática, com base em condenação não passada em julgado, sem qualquer motivação a respeito da necessidade cautelar do aprisionamento ante tempus”.¹⁶ Diz, ademais, que o raciocínio segundo o qual a prisão, aí, estaria justificada na necessidade de se garantir a aplicação da lei penal “não conta com nosso apoio [...] porque ele implica verdadeira presunção de que, uma vez tendo a condenação sido confirmada ou decretada em segunda instância, o acusado irá fugir”.¹⁷

2.2 Segundo momento: HC n. 84.078/MG

Passados quase vinte anos, deliberou-se por afetar a matéria ao Pleno da Corte Suprema, momento em que afastado o entendimento anterior, dando lugar à orientação de que a execução da sentença após o julgamento da apelação implica restrição ao direito de defesa, mostrando-se incompatível com o texto constitucional. A ordem foi concedida por maioria, nos termos do voto do Relator, o Ministro Eros Grau. Invertendo-se a lógica até então adotada, afirmou-se que “a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado; não há título a justificar a prisão do réu anteriormente a esse julgamento”.¹⁸

Tecendo uma crítica a esse posicionamento, diz Paulo Silveira Fernandes que “no Brasil foram adotadas doutrinas e jurisprudências extremistas, que alargaram o princípio da inocência, estenderam o conceito penal de prisão cautelar e elevaram o direito à liberdade individual quase à intangibilidade”.¹⁹ No mesmo sentido se manifestou o Ministro Menezes Direito, ao inaugurar a divergência no citado *writ*: “não me parece, acentuo desde logo, que o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República ganhe o alcance que se vem pretendendo conferir-lhe”.²⁰ Merece destaque, ainda, a opinião do Ministro Joaquim Barbosa: “o princípio do estado de inocência não é absoluto e incontestável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação

¹⁶ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 228.

¹⁷ *Ibid.*, p. 233.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 465/466. *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1063.

¹⁹ SILVEIRA, Paulo Fernandes. O princípio da inocência e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. **Revista Juris Plenum**, v. 6, n. 34, p. 85-102, jul. 2010. p. 87.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1101.

que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da prisão preventiva e da prisão temporária”.²¹

Os argumentos que sustentaram o entendimento prevalecente, em resumo, são estes: a) a Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), em seu artigo 105, teria condicionado a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença; b) a Lei n. 8.038/1990 – que estabeleceu que os recursos extraordinários seriam recebidos no efeito devolutivo –, teria sido editada em um contexto de política criminal vigorosamente repressiva; c) a prisão cautelar possuiria função exclusivamente processual e, por esse motivo, não poderia ser utilizada com o fim de antecipar a pretensão punitiva do Estado; d) haveria uma incompreensível repulsa à presunção de inocência, com “raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático”²²; e) não caberia falar em esvaziamento progressivo da presunção de inocência, a qual só se desfaria com o reconhecimento definitivo da culpabilidade; f) não haveria como reparar o indivíduo que, após sofrer a restrição ou a perda de sua liberdade, fosse declarado inocente; g) se não há possibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos, o mesmo entendimento deveria ser aplicado no que se refere às penas privativas de liberdade; h) nos termos do inciso LXI do artigo 5º da CF/88, somente o flagrante delito relativizaria, de forma automática, o direito à presunção de não culpabilidade para o fim de prisão; i) um processo que permitisse a execução da pena sem reconhecimento definitivo de culpa poderia até ser legal, mas não seria justo, e, portanto, não atenderia ao princípio constitucional.

Os argumentos que ampararam a divergência, por sua vez, podem ser assim sintetizados: a) a discussão no âmbito dos recursos de caráter extraordinário restringe-se à tese jurídica, não havendo exame de matéria de fato, o qual se exaure nas instâncias ordinárias; b) a vedação da execução da pena antes da apreciação dos recursos extraordinário e especial significaria atribuir efeito suspensivo a esses recursos, e “levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários”²³; c) admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado e não admitir a prisão para a execução da pena seria “reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão”²⁴; d) seria incoerente dizer que a

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1143.

²² *Ibid.*, p. 1116.

²³ *Ibid.*, p. 1101.

²⁴ *Ibid.*, p. 1102.

privação da liberdade antes do trânsito em julgado da condenação ora viola ora não viola o princípio da presunção de inocência; e) observado o devido processo nas instâncias ordinárias, e considerando a falta de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial, a execução provisória da pena seria “consequência possível, que, sem dúvida, pode ser afastada por meio dos instrumentos próprios, incluído o *habeas corpus*”²⁵; f) haveria recursos suficientes para, se o caso, suspender o decreto prisional; g) as decisões proferidas pelas instâncias *a quo* deveriam “ser respeitadas e levadas a sério, pois os órgãos judiciários prolores de decisões de mérito são presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer”²⁶; h) a possibilidade de execução provisória decorreria da “necessidade de dar efetividade ao processo, evitando que se frustrasse a condenação já exaustivamente determinada nas instâncias ordinárias, em que a ação penal tramitou e foi submetida à análise percuciente pelos órgãos competentes para análise dos fatos”²⁷; i) a Emenda Constitucional n.º 45, ao condicionar a admissão do recurso extraordinário à demonstração da existência de repercussão geral, teria reforçado o entendimento de que a execução provisória da pena é compatível com o nosso sistema constitucional; j) o artigo 105 da Lei de Execução Penal diria respeito à expedição da guia de execução definitiva, e não haveria óbice legal à expedição de guia de recolhimento provisório antes do trânsito em julgado; k) a mera presunção não poderia se sobrepor ao juízo, “porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória”.²⁸

Votaram com o Relator os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e o então Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

2.3 Terceiro momento: HC n. 126.292/SP

Por fim, mais recentemente, o Pretório Excelso, já com a composição significativamente alterada, retomou o posicionamento inicial, embora com contornos um pouco distintos. Sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o HC n. 126.292/SP ficou assim ementado: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1106.

²⁶ *Ibid.*, p. 1142.

²⁷ *Ibid.*, p. 1142 e 1143.

²⁸ *Ibid.*, p. 1169.

recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.²⁹

Amparou-se o Relator, essencialmente, na constatação de que “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”.³⁰ Com essa lógica, seria possível concluir que é no Tribunal de apelação que se concretiza o duplo grau de jurisdição e que, após o julgamento em segundo grau, há a inversão do princípio da presunção de inocência observado até então, dando espaço a um juízo de culpa. Esse, aliás, seria o raciocínio adotado no cenário internacional, pois, como anotado pela Ministra Ellen Gracie, “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”.³¹

Referiu-se o Ministro, ainda, à doutrina segundo a qual não há óbice legal ao tratamento do acusado de forma progressivamente mais gravosa. Vale transcrever, aqui, o trecho citado no voto, da autoria do Ministro Gilmar Mendes:

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

[...]

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.³²

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 1.

³⁰ *Ibid.*, p. 6.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.886/RJ. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 6.9.2005. DJ de 28.10.2005. p. 227.

³² MATOS, Miguel. **Marco Aurélio Mello: ciência e consciência**. v. 2. São Paulo: Migalhas, 2015. *apud* BRASIL, *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, *op. cit.*, p. 7 e 8.

Insistiu o Relator, portanto, na alegação de que os recursos excepcionais não se prestam ao debate de matéria fático-probatória, bem como nas teses de que: a) a inserção da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário reforça a ideia de que, naquela via, a finalidade não é examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos; b) por não acarretarem a interrupção do prazo prescricional, os apelos extremos, “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”³³; e c) nos casos de equívocos ocorridos nos juízos proferidos pelas instâncias ordinárias, “sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena”³⁴, tais como o deferimento de medida cautelar para a atribuição de efeito suspensivo aos recursos e a concessão da ordem de *habeas corpus*.

Seguiu-se com a manifestação do Ministro Edson Fachin, o qual, acompanhando o voto do Relator, asseverou não ser possível atribuir ao artigo 5º, LVII, da CF/88, caráter absoluto, “desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena”.³⁵ Em suma, o julgador reafirmou a soberania das instâncias ordinárias na avaliação das provas e na definição das versões fáticas apresentadas pelas partes e a circunstância de que “o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade”³⁶, prestando-se apenas de forma reflexa à apreciação de situações de injustiças individuais.

Também acompanhando o voto do Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou os seguintes fundamentos jurídicos: a) o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não seria o trânsito em julgado da condenação, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; b) a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado não esvaziaria a presunção de inocência, porquanto “há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 18.

³⁴ *Ibid.*, p. 19.

³⁵ *Ibid.*, p. 21 e 22.

³⁶ *Ibid.*, p. 23.

[...] e os efeitos penais secundários [...]”³⁷; c) a presunção de inocência, por se tratar de um princípio, estaria sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais, tais como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas, devendo adquirir peso gradativamente menor na medida em que o processo avança e as condenações ocorrem, pois o sacrifício que se impõe ao princípio seria superado pelo que se ganharia em efetividade e credibilidade da Justiça; d) após a condenação em segundo grau, a execução da pena constituiria exigência de ordem pública, como forma de assegurar a credibilidade das instituições.

Com a alegação de que a jurisdição constitucional tem uma inegável dimensão política, o citado Ministro utilizou-se, ainda, de alguns fundamentos de ordem pragmática, a saber: a) a execução provisória da pena contribuiria para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, pois ensejaria a redução do estímulo à utilização abusiva e protelatória da extensa gama de recursos previstos em nosso ordenamento jurídico; b) a execução provisória permitiria a diminuição da seletividade do sistema criminal, o qual, atualmente, possibilita que pessoas com mais recursos financeiros não cumpram a pena ou procrastinem por longo tempo a sua execução; e c) haveria uma quebra do paradigma da impunidade.

O primeiro voto divergente foi proferido pela Ministra Rosa Weber, que, registrando ter “alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte”³⁸, assim se pronunciou: “há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto”.³⁹

O Ministro Luiz Fux, retomando a orientação favorável à execução provisória da pena, sustentou a ocorrência de “uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade”⁴⁰. Para tanto, utilizou-se desta argumentação:

A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 37.

³⁸ *Ibid.*, p. 55.

³⁹ *Ibid.*, p. 57.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 58.

Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência.⁴¹

Outro fundamento contido em seu voto está relacionado à ideia já anteriormente trazida de trânsito em julgado de apenas alguns capítulos da decisão. Considerando que a análise do mérito da acusação e das provas se exaure nas instâncias ordinárias, seria possível entrever a ocorrência de coisa julgada já nesse momento.

Expôs o Ministro, por fim, que “quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social [...], nesse caso, ela também fica disfuncional”.⁴²

Na sequência, a Ministra Cármen Lúcia, mantendo sua posição anteriormente adotada, sustentou que “as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas com o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais”.⁴³ Aduziu, nesse sentido, que “o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado”.⁴⁴

Também nessa linha, mas revertendo seu posicionamento anterior, votou o Ministro Gilmar Mendes. Após reflexão a respeito da singularidade do sistema jurídico penal brasileiro, em que se admitem sucessivas impugnações mesmo depois da decisão de apelação, concluiu o constitucionalista que “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”.⁴⁵ A isso, acrescentou que é preciso “reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas”.⁴⁶ Apresentou, ainda, a seguinte dificuldade prática: o argumento de que a prisão antes do trânsito em julgado poderia ser decretada a título cautelar, como forma de garantir a ordem pública, não serviria, por exemplo, aos casos graves de

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 58.

⁴² *Ibid.*, p. 59.

⁴³ *Ibid.*, p. 61.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 62.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 68.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 71.

homicídio, pois, não obstante a extrema gravidade que lhes pudesse caracterizar, não haveria como cogitar de uma possível repetição a justificar a custódia.

O segundo voto divergente coube ao Ministro Marco Aurélio, o qual, mantendo seu entendimento original, afirmou que o preceito constitucional ora em debate “não permite interpretações”.⁴⁷ Asseverou, ainda, que “pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título”⁴⁸, o que não ocorreria na seara penal, pois, uma vez perdida a liberdade, não haveria como restituí-la.

O Ministro Celso de Mello, também conservando a orientação inicialmente adotada, proferiu a terceira divergência, consignando que a presunção de inocência “deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral”.⁴⁹ Ressaltou que se mostra inadequada a comparação com a prática verificada em países como a França e os Estados Unidos, pois as Constituições ali existentes, “ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal”.⁵⁰

Completando quatro votos divergentes, o Ministro Ricardo Lewandowski reafirmou o seu entendimento de que o preceito constitucional é absolutamente taxativo, não admitindo interpretações. Destacou, ademais, a precariedade do sistema penitenciário brasileiro. Em sua visão, a admissão da execução provisória da pena implicaria o acréscimo de milhares de novos presos aos mais de duzentos mil presos provisórios hoje existentes no Brasil.

No ponto, discordou o Ministro Luiz Fux. Para ele, a modificação da jurisprudência do Supremo incentivaria a liberação dos presos provisórios e o recolhimento daqueles condenados em segundo grau.

Com a maioria de seis votos, em 15/12/2015, operou-se nova mudança jurisprudencial, a qual, até o presente momento, permanece em vigor.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 77.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 78.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 84.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 88.

3 Análise crítica

O que se percebe da exposição ora realizada é que, excluídos os argumentos de caráter infraconstitucional – pois, como destacado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, “interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”⁵¹ –, eventual óbice à execução provisória da pena no caso brasileiro decorreria de cinco aspectos principais: a) taxatividade do dispositivo constitucional; b) impossibilidade de reparação do indivíduo em caso de reforma da condenação; c) incompatibilidade com o regime democrático; d) existência de outro preceito constitucional relativizando a presunção de inocência para fins de prisão somente na hipótese de flagrante; e e) incapacidade do sistema penitenciário brasileiro de receber novos presos.

Tais argumentos, porém, não resistem a uma análise mais aprofundada.

Corroborando o entendimento de que é taxativo o preceito constitucional, Gisela Gondin Ramos defende que,

não obstante se tratar de um princípio, ele vem apresentado pelo dispositivo constitucional numa fórmula deveras objetiva, ou seja, até que haja o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, qualquer acusado é presumidamente inocente, e não poderá ser tratado como culpado. Ora, o trânsito em julgado é um fato concreto passível de constatação objetiva, de forma que a presunção de inocência, pelo menos neste aspecto em particular, atua, na prática, como verdadeira regra jurídica, uma vez que não permite um cumprimento gradual, ou a ponderação com os valores que professa.⁵²

Contrariamente a essa percepção, Fernando Brandini Barbagallo sustenta que

não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com normas a serem “sempre satisfeitas ou insatisfeitas”, numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (all or nothing), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal, “inconstitucionalizando”, como afirmou Hassemer, toda e qualquer investigação (criminal ou administrativa) realizada pelo poder público.

Por outro lado, verifica-se a (constante) interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime. A situação fática e jurídica subordina

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 39.

⁵² RAMOS, Gisela Gondin. O princípio da presunção de inocência. *Interesse público*, v. 15, n. 77, p. 173-181, jan./fev. 2013. p. 181.

a verificação da preponderância da presunção de inocência ou quando obterá maior densidade ou maior peso ao colidir com outras normas.⁵³

Há que se ter em mente, ainda, que “as palavras expressam conceitos, que em geral são vagos ou plurissignificativos, e como o direito se expressa em palavras, é difícil dizer-se o que é e o que não é juridicamente correto”.⁵⁴

Antonio Magalhães Gomes Filho assim colocou a questão:

Como observou Carrió, grande parte das divergências entre os juristas decorre da falta de clareza acerca de como devem ser interpretados certos enunciados que aparecem na teoria jurídica; isso ocorre, fundamentalmente, em razão do “significado emotivo” de certas palavras, pelo qual elas possuem a virtude de despertar atitudes de aprovação ou de desaprovação quando empregadas no discurso.

A expressão “presunção de inocência”, em face do que acabamos de expor, inclui-se certamente nessa classe, seja pelas peculiaridades do momento histórico em que foi inicialmente utilizada, seja por seu multiforme emprego nas legislações e pela diversidade de interpretações que tem propiciado, revelando, basicamente, um estado de ânimo em relação à repressão penal e ao acusado.⁵⁵

Evidenciando essa problemática, Paulo Rangel diz que “a terminologia, presunção de inocência, não resiste a uma análise perfunctória”.⁵⁶ Explica o autor que “o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Neste momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência”.⁵⁷

Com idêntico raciocínio, Barbagalo expõe que

o enunciado do art. 5º, LVII, da Constituição, levado ao pé da letra, impede qualquer tipo de condenação, pois se ninguém pode ser considerado culpado “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e, sabemos todos que o juiz deve estar convicto ao pronunciar o decreto condenatório, logo,

⁵³ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015. p. 65.

⁵⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Garantia constitucional da presunção de inocência e execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. **Interesse público**, v. 18, n. 99, p. 37-45, set./out. 2016. p. 37.

⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 35.

⁵⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 25.

como condenar em primeira instância quem é considerado inocente até o trânsito em julgado?⁵⁸

Como visto ao longo do presente estudo, não há consenso sobre o que é ser considerado culpado, tampouco acerca do momento em que se passa a admitir o início da execução da pena, justamente em razão da falta de definição legal.

Abre-se espaço, portanto, para a interpretação. Merece destaque, no ponto, a lição de Adriano Sant’Ana Pedra, segundo a qual “o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas fundamentalmente volitivo. No paradigma atual, [...] o que se tem é uma *atribuição* e não uma *descoberta* de um significado preexistente no enunciado linguístico”.⁵⁹

Surge, aí, a preocupação externada pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC n. 84.078/MG: “se resolvermos, politicamente - porque essa é uma decisão política -, que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o recurso extraordinário julgado por esta Corte, temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão”.⁶⁰ E, com ela, os argumentos referentes à seletividade do sistema criminal, à efetividade da jurisdição penal, ao papel das instâncias extraordinárias no sistema jurídico penal brasileiro e às estatísticas de reforma ali alcançadas.

Em se tratando de uma decisão política, o embate parecer surgir no momento de definir o que será a regra e o que será a exceção. Um dos pontos de vista estabelece como regra a pronta execução da sentença condenatória, após o esgotamento das instâncias ordinárias, e como exceção a possibilidade de impetração de *habeas corpus* com o fim de suspender o decreto prisional, em hipóteses de erro grave ou de nulidade insanável. O ponto de vista contrário estabelece como regra a liberdade do indivíduo mesmo após o julgamento em segundo grau, e como exceção a possibilidade de decretação da prisão cautelar, quando se verifique risco à sociedade ou à aplicação da lei penal. Seria coerente perquirir, assim, qual procedimento

⁵⁸ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015. p. 67.

⁵⁹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 19, n. 74, p. 15-35, jan./mar. 2011. p. 16.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1136 e 1137.

ensejaria mais ganhos e menos prejuízos, considerando as expectativas da sociedade e as eventuais injustiças nos casos concretos.

Introduz-se, dessa forma, como não poderia deixar de ser, a ideia de proporcionalidade. Vale conferir, a propósito, a seguinte conclusão de Maurício Zanoide de Moraes:

Demonstrou-se que todo direito fundamental que possua estrutura normativa de princípio, como é o caso da presunção de inocência, é restringível e que essa restrição pode advir ou de uma prisão legal infraconstitucional, ou de colisões entre ela e outras normas jurídicas (regras ou princípios). Porém, da mesma forma que não há direito absoluto, também não há restrição ilimitada. Para isso inseriu-se o importante papel que a proporcionalidade ocupa nessa divisão de águas entre as intervenções constitucionalmente justificadas (restrições) e aquelas que não o são (violações).⁶¹

Importa destacar que o princípio da proporcionalidade, especialmente no âmbito penal e processual penal, possui dupla função: “De um lado, serve como um dos principais limites às restrições impostas aos direitos fundamentais (proibição do excesso), ao passo que, de outro, funciona como imperativo de atuação eficiente do Estado no desempenho de seus deveres de proteção (proibição da proteção deficiente)”.⁶²

No que se refere à impossibilidade de reparação do indivíduo na hipótese de reforma do título nas instâncias extraordinárias, há que se levar em conta os seguintes contra-argumentos: a) a prisão de caráter processual, amplamente admitida na doutrina e na jurisprudência, também acarreta esse risco; b) as chances de reforma da condenação nas ditas instâncias são bastante reduzidas, tendo em vista que o exame fático-probatório se exaure nas instâncias ordinárias, o que leva a crer que, após o julgamento da apelação, há elevado grau de certeza da culpabilidade do acusado; c) o acesso a tais instâncias se dá de forma excepcional, sobretudo no STF, em que há a exigência de repercussão geral da matéria, demonstrando que a finalidade precípua desses Tribunais não é a correção de injustiças em casos concretos; e d) havendo manifesta ilegalidade passível de ser reparada na via extraordinária, há instrumentos capazes de obstar a execução da

⁶¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 331.

⁶² RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos garantistas: uma análise de legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. **Revista dos Tribunais**, v. 99, n. 899, p. 386-430, set. 2010. p. 423.

pena até o pronunciamento da Corte Superior, a exemplo da medida cautelar para a atribuição de efeito suspensivo aos recursos e o *habeas corpus*.

Relativamente ao argumento da incompatibilidade com o regime democrático – dentro do qual se situaria a afirmação de que “um processo que permita execução provisória de pena, sem juízo definitivo de condenação e, o que releva, sem reconhecimento definitivo de culpa, decididamente pode ser legal, mas justo não é, e, não sendo justo, não é processo que atenda ao princípio constitucional”⁶³ –, vê-se que se trata de questão de foro íntimo, de convicção pessoal.

Não se pode negar, no entanto, que há certa contradição em se afirmar que o Supremo Tribunal Federal não inviabiliza a prisão cautelar por reconhecer “a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e a proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular”⁶⁴, e, ao mesmo tempo, entender que não pode ser admitida a custódia quando já exauridas as instâncias responsáveis pela prova da culpa do indivíduo.

Quanto ao conteúdo do artigo 5º, inciso LXI, da CF/88, como bem colocado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, é possível enquadrar o acórdão condenatório na exceção constitucional de prisão antes do trânsito em julgado “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. Segundo o julgador,

o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa.⁶⁵

Por fim, no que concerne à alegada incapacidade do sistema penitenciário brasileiro de receber novos presos, há que se indagar se, de fato, a admissão da execução provisória da pena provocaria o incremento no número total de presos, ou se, tal como expôs o Ministro Luiz Fux, os magistrados de primeiro grau adotariam uma postura mais criteriosa no momento de verificar a necessidade de decretação da prisão preventiva, levando a uma redução do número de presos

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1165.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 1117.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292 MC/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016. p. 37.

provisórios, o que seria desejável, e dando espaço ao recolhimento de indivíduos com culpa já reconhecida.

Por mais que se queira atribuir à presunção de inocência o máximo de efetividade em termos de garantia do cidadão, não se pode olvidar o também relevante caráter instrumental do processo penal, no sentido de dirimir conflitos e aplicar punições. Como bem expôs Igor Nery Figueiredo,

de par com esse objetivo designado de proteger o réu, os princípios fundamentais de natureza penal perseguem outro escopo de igual estatura. É que a leitura da Carta de 1988 conduz naturalmente à conclusão de que a persecução penal é imprescindível no Brasil, exercendo, também ela, o papel de tutela de direitos fundamentais.⁶⁶

A esse respeito, Fernando Barbagalo afirma que “o processo penal deve atender à sua finalidade instrumental, efetivando em tempo adequado a proposta penal”.⁶⁷ Assevera, ademais, que, “em tempos de criminalidade crescente, com uma sociedade assustada, revela-se, cada vez mais, o problema nevrálgico do processo penal: equacionar as exigências comunitárias da repressão ao crime e a proteção da esfera das liberdades fundamentais”.⁶⁸ Sobre os obstáculos existentes à efetivação dessa função instrumental, expõe que,

diante da sistemática recursal brasileira aliada à interpretação atual, admitindo seguidos embargos de declaração e agravos regimentais, existe, como se viu, a possibilidade de protelar infinitamente o trânsito em julgado da decisão questionada para obter a prescrição intercorrente ou executória.⁶⁹

Deve-se considerar, portanto, a sistemática recursal aqui adotada. Para além da extensa gama de recursos disponíveis, há que se observar, como bem destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, que as Cortes Excepcionais, da maneira como estruturadas no Brasil, não se prestam a dar respostas rápidas às demandas a elas submetidas.

⁶⁶ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 62.

⁶⁷ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015. p. 35 e 36.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 36.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 102 e 103.

Atento a essa realidade, o Supremo Tribunal Federal já vinha determinando, em alguns casos – quando, por exemplo, configurado o risco de prescrição ou utilizado o recurso com fins procrastinatórios –, a baixa dos autos para execução da sentença penal independentemente da publicação do acórdão ali proferido e da interposição de qualquer outra espécie recursal. E, nas palavras de Barbagalo, essas decisões autorizam a conclusão de que, mesmo antes da mudança de posicionamento operada com o julgamento do HC n. 126.292/SP, o STF já entendia que “a não ocorrência do ‘trânsito em julgado da sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII, CF/88) [...] não proíbe em absoluto a execução da sentença condenatória criminal”.⁷⁰

É certo que não se pode pretender o início da execução da pena com inobservância da garantia do duplo grau de jurisdição. No Brasil, porém, “o duplo grau de jurisdição se esgota nos recursos cabíveis no âmbito da revisão, por uma única vez. O recurso especial para o STJ, e o extraordinário para o STF não se enquadram nessa garantia”.⁷¹ Com efeito, tais vias de impugnação “se restringem à manutenção da interpretação da legislação federal e hegemonia do texto constitucional, respectivamente, sem referência diretamente ao interesse das partes”.⁷²

Justamente por não ser o direito subjetivo da parte a finalidade dos recursos especial e extraordinário, não se admite o reexame das provas produzidas na origem, e, assim, poder-se-ia sustentar o trânsito em julgado da matéria fática já nessa fase.

Merece nota o fato de que, à época do julgamento do HC n. 84.078/MG, o Presidente do Supremo Tribunal Federal apresentou proposta de emenda constitucional com a finalidade de antecipar o marco que define o trânsito em julgado do processo judicial para a decisão dos Tribunais de segundo grau. À questão da impossibilidade de reparação do réu injustamente condenado na hipótese de reforma da sentença pelas Cortes Superiores, o Ministro respondeu que “os números mostram que não é o recurso extraordinário, mas o habeas corpus – que não seria atingido pela PEC –, o instrumento mais utilizado para reverter prisões ilegais”.⁷³

Importa destacar, ainda, que, no caso objeto do mencionado *writ*, após a interposição de sucessivos recursos (recurso especial, agravo contra a decisão de inadmissão do REsp, agravo regimental, embargos de declaração, embargos de divergência, novo agravo regimental, novos

⁷⁰ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015. p. 108.

⁷¹ *Ibid.*, p. 97.

⁷² *Ibid.*, p. 113.

⁷³ *Ibid.*, p. 126.

embargos de declaração), foi apresentada petição à Presidência do Superior Tribunal de Justiça requerendo o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o que foi deferido.

Vê-se, dessa forma, que a função instrumental do processo se encontra, atualmente, em razão da multiplicidade de recursos e de graus de jurisdição, bastante comprometida. Mas não apenas ela: também a função das Cortes Superiores se encontra banalizada. O estabelecimento do trânsito em julgado após o julgamento em duas instâncias, assim, seria medida que, “além de diminuir a quantidade de graus de jurisdição – contribuindo para o encurtamento do processo e conseqüentemente para a efetividade do processo penal perante a sociedade –, melhoraria a qualidade dos provimentos apresentados pelos tribunais de superposição”.⁷⁴

Como bem colocado por Marco Aurélio Nogueira,

mais importante que se apegar a modelos e sistemas jurídicos, importa que o processo esteja adaptado para melhor corresponder a uma justiça efetiva. Neste pensamento, a ideia de que a lide possa encontrar seu término definitivo logo na segunda instância não parece ruim, ainda mais em se tratando da matéria penal, cuja seriedade exige uma resposta judicial em prazo razoável.⁷⁵

Por fim, tal como anotado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento de medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44, não há espaço, na presente discussão, para argumentações referentes à utilidade da pena privativa de liberdade na repressão ao crime:

No âmbito da política criminal, por exemplo, há quem veja nos aparelhos repressores do Estado a panaceia para qualquer infração à lei, cuja solução é a violência estatal própria da prisão. Outros, diversamente, ao oposto, por pior que seja o crime cometido, pregam a extinção da pena privativa de liberdade, representativa de uma violência que julgam sempre irracional, desnecessária e ineficaz.

[...] A Constituição, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos. Deslegitimar o direito penal como um todo, com a devida vênia, não encontra guarida na Constituição. Há inúmeros dispositivos constitucionais que invocam expressamente a proteção penal.⁷⁶

⁷⁴ NOGUEIRA, Marco Aurélio. A relação entre a multiplicidade de graus de jurisdição e a efetividade do processo penal. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 12, n. 21, p. 135-177, jul./dez. 2013. p. 172.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 167.

⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 5/10/2016. DJe 11/10/2016. p. 2 e 3.

E, para refutar o argumento de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/SP, “sucumbiu aos anseios de uma criticável ‘sociedade punitivista’”⁷⁷, o Ministro fez um apanhado de diversos casos emblemáticos em que o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por ineficiência da proteção penal, a exemplo daquele que resultou na edição da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Concluiu o mesmo julgador que

dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de solver casos concretos.⁷⁸

Essa é a conclusão a que se chega neste estudo. Não há verdadeiro óbice à execução provisória da pena no caso brasileiro, e, dentro do espaço de conformação atribuído pelo artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, a melhor interpretação parece ser a que reconhece a excepcionalidade das funções desempenhadas pelas Cortes Excepcionais e que aponta o julgamento em segundo grau como o momento em que a condenação estará pronta para execução.

Conclusão

Como se pôde demonstrar, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 é dispositivo que, por sua amplitude conceitual, demanda a atuação do intérprete, e, nessa tarefa, consideradas as especificidades do nosso sistema jurídico, em especial a extensa gama de recursos disponíveis e a maneira como estruturadas as Cortes Excepcionais – o que não raras vezes leva à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva –, o melhor resultado parecer ser o de admitir a execução da pena após o julgamento em segundo grau, conforme o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 5/10/2016. DJe 11/10/2016. p. 6.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 9 e 10.

Com efeito, verificou-se que: a) o dispositivo constitucional não apresenta tanta clareza interpretativa, e, se interpretado literalmente, é inclusive incoerente; b) é necessário atribuir um significado ao preceito, podendo-se dizer que se trata de uma decisão política; c) as chances de reforma do título após o julgamento em segundo grau são reduzidas, porquanto já exauridas as instâncias responsáveis pela análise do mérito da acusação e das provas; d) o acesso às Cortes Superiores se dá de forma excepcional, não sendo de sua competência a correção de injustiças em casos concretos; e) há instrumentos capazes de obstar a execução da pena em casos de manifesta ilegalidade, a exemplo do *habeas corpus*; f) há certa contradição em se afirmar que é possível a prisão cautelar para proteger os interesses da coletividade e, ao mesmo tempo, se entender que não pode ser admitida a prisão nos casos de culpa já reconhecida; g) é possível enquadrar a execução provisória na exceção constitucional de prisão antes do trânsito em julgado “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”; e h) há que se ter em conta o também relevante caráter instrumental do processo penal, o qual se encontra bastante comprometido com a sistemática recursal brasileira, em que há uma extensa gama de recursos disponíveis.

Sabendo que a jurisprudência estará sempre sujeita a revisões, como, aliás, já sinalizou o próprio Ministro Gilmar Mendes em entrevista concedida a jornalistas em 26/5/2017, espera-se, sobretudo, que, a partir das considerações trazidas com o presente estudo, possa haver maior reflexão a respeito do tema e, assim, maior firmeza na escolha do entendimento a ser aplicado, trazendo segurança jurídica aos jurisdicionados.

Referências

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

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

BOSCHI, José Antonio Paganella. O trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. **Fascículos de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, n. 4, p. 25-29, out./dez. 1993.

BRANDÃO, João Pedro Pereira. A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 150-207, set./out. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 5/10/2016. DJe 11/10/2016.

_____. *Habeas Corpus* n. 68.726/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgado em 28.6.1991. DJ de 20.11.1992.

_____. *Habeas Corpus* n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010.

_____. *Habeas Corpus* n. 85.886/RJ. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 6.9.2005. DJ de 28.10.2005.

_____. *Habeas Corpus* n. 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.2016. DJe de 17.5.2016.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 269-290, jan./fev. 2008.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado. **Revista de processo**, v. 28, n. 111, p. 290-305, jul./set. 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MACHADO, Hugo de Brito. Garantia constitucional da presunção de inocência e execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. **Interesse público**, v. 18, n. 99, p. 37-45, set./out. 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. A relação entre a multiplicidade de graus de jurisdição e a efetividade do processo penal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 12, n. 21, p. 135-177, jul./dez. 2013.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 19, n. 74, p. 15-35, jan./mar. 2011.

RAMOS, Gisela Gondin. O princípio da presunção de inocência. **Interesse público**, v. 15, n. 77, p. 173-181, jan./fev. 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos garantistas: uma análise de legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. **Revista dos Tribunais**, v. 99, n. 899, p. 386-430, set. 2010.

SILVA, Diogo Bacha e. Da mutação constitucional à living constitution: a hermenêutica constitucional entre a sintática e a pragmática jurídica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 10, n. 12, p. 113-131, jul./dez. 2012.

SILVEIRA, Paulo Fernandes. O princípio da inocência e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. **Revista Juris Plenum**, v. 6, n. 34, p. 85-102, jul. 2010.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.