

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE**

JOÃO LUIZ MARTINS COSTA TRANCOSO

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS
CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA AVALIAÇÃO SOB A ÉGIDE
DOS PRINCÍPIOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E PRESUNÇÃO DE NÃO
CULPABILIDADE**

**João Monlevade
2017**

**JOÃO LUIZ MARTINS COSTA TRANCOSO
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE**

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS
CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA AVALIAÇÃO SOB A ÉGIDE
DOS PRINCÍPIOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E PRESUNÇÃO DE NÃO
CULPABILIDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de João Monlevade,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito
Constitucional**

**Profª Orientadora: MSc Renata Martins
de Souza**

**João Monlevade
2017**

FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA AVALIAÇÃO SOB A ÉGIDE DOS PRINCÍPIOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE**, elaborado pelo aluno **JOÃO LUIZ MARTINS COSTA TRANCOSO** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdades Doctum de João Monlevade, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

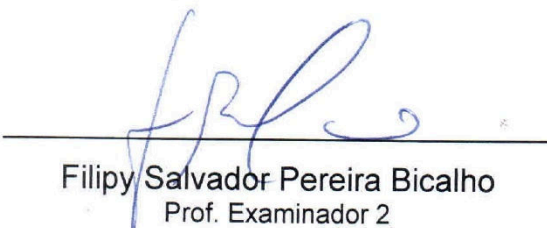
João Monlevade, 27 de novembro 2017



Msc. Renata Martins de Souza
Profª. Orientadora



Alberto Gomes Vieira
Especialista em Direito Penal
Prof. Examinador 1



Filipy Salvador Pereira Bicalho
Prof. Examinador 2

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, a quem sou grato pela vida e por ter me dado os melhores pais que eu poderia desejar.

Aos meus familiares, em especial aos meus pais, por serem um exemplo constante em minha vida e pela crença em meus propósitos, pois sem vocês me guiando nas adversidades não teria êxito em minha vida.

A minha orientadora Renata Martins de Souza, a quem tenho grande carinho e admiração, por sua notória contribuição em minha formação acadêmica, aprovação no Exame de Ordem e confecção da monografia.

Aos demais professores pelos ensinamentos e por servirem de inspiração para o profissional que almejo ser.

Agradeço aos amigos de curso, em especial a Amanda Cristina, Daniel Correia, Matheus Bellini, Lucas Cunha e Regiane Moura, por tornaram a convivência ao longo destes anos mais harmoniosa e satisfatória.

Agradeço a Mariana, minha cúmplice e companheira durante grande parte dessa minha jornada.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para concretização deste trabalho,

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/88 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

HC *Habeas Corpus*

ADC Ação Declaratória de Constitucionalidade

EPP Execução Provisória da Pena

CPP Código de Processo Penal

CPB Código Penal Brasileiro

LEP Lei de Execução Penal

RE Recurso Extraordinário

REsp Recurso Especial

RESUMO

O objetivo deste estudo foi promover uma reflexão acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade, qual seja, a que ocorre antes do trânsito em julgado da condenação, eis que tem sido alvo de grande discussão na Suprema Corte, ao longo dos anos, desde a promulgação da Constituição da República de 1988. O ponto de divergência recorrente da jurisprudência se dá na concepção de garantia absoluta ou relativa do princípio da presunção de não culpabilidade. Como forma de alicerce para o estudo, foi feita uma análise do recente julgado da Egrégia Corte que defendeu a legitimidade da execução antecipada da pena após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado, a fim de garantir a efetividade do Direito Penal e a proteção dos bens jurídicos por ele tutelados, argumentando, em síntese, que a presunção de inocência é princípio e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura. Nesse contexto, o presente trabalho analisou a decisão do Supremo à luz do princípio do duplo grau de jurisdição, presunção de não culpabilidade e efetividade da Lei Penal. Para o desenvolvimento foi utilizada metodologia essencialmente bibliográfica, por meio de pesquisas bibliográficas de doutrinas e jurisprudências, além de exaustiva análise da argumentação dos votos vencedores e vencidos no *Habeas Corpus* 126.292/SP, com abordagem qualitativa e natureza exploratória. Ao final, conclui-se que a referida decisão do Supremo Tribunal Federal resguarda a efetividade da pretensão punitiva do Estado, sem obstar ao condenado o direito de ser presumidamente inocente, eis que enquanto for possível a prestação jurisdicional que discusse sobre matéria fático-probatório, poderá recorrer em liberdade, sem que incorra na prescrição da pretensão punitiva estatal, na tutela dos bens jurídicos protegidos pela Lei Penal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126.292/SP. Execução antecipada da pena. Presunção de não culpabilidade. Duplo grau de jurisdição.

ABSTRACT

The purpose of this study was to promote a reflection on the provisional execution of the custodial sentence, that is, that occurs before the final judgment is passed, since it has been the subject of a great deal of discussion in the Supreme Court, over the years, since the promulgation of the Constitution of the Republic of 1988. The recurrent point of divergence of jurisprudence is in the conception of absolute or relative guarantee of the principle of presumption of non-culpability. As a basis for the study, an analysis was made of the recent Supreme Court judgment that defended the legitimacy of the early execution of the sentence after a second-degree decision and before the final *res judicata*, in order to guarantee the effectiveness of Criminal Law and protection of the juridical goods protected by it, arguing in summary that the presumption of innocence is a principle and not a rule, and may, in that condition, be weighed against other constitutional principles and values that are of the same stature. In this context, the present study analyzed the decision of the Supreme Court in light of the principle of double jurisdiction, presumption of non-culpability and effectiveness of the Criminal Law. For the development, an essentially bibliographical methodology was used, through bibliographical research of doctrines and jurisprudence, as well as an exhaustive analysis of the arguments of the victorious and expired votes in Habeas Corpus 126,292 / SP, with qualitative approach and exploratory nature. In the end, it is concluded that the aforementioned decision of the Federal Supreme Court safeguards the effectiveness of the punitive claim of the State, without hindering the convicted person's right to be presumed innocent, as long as it is possible for the jurisdictional provision that discusses on a factual- may resort to freedom, without incurring in the prescription of the punitive state claim, in the protection of legal rights protected by the Criminal Law.

Keywords: Supreme Court. Habeas Corpus 126.292/SP. Early execution of sentence. Presumption of non-culpability. Double degree of jurisdiction.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	EXECUÇÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	11
2.1	Evolução Histórica da Execução Penal no Brasil.....	11
2.1.1	Da autonomia do procedimento de Execução Penal.....	12
2.1.2	Da aplicação da Lei de Execução Penal e seus Pressupostos.....	12
2.2	Da Execução de Pena Definitiva e Provisória	14
3	DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	17
3.1	Da origem do Princípio do Duplo Grau e suas motivações.....	17
3.2	Dos limites da aplicação do Duplo Grau de Jurisdição.....	19
4	DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE.....	22
4.1	Da consolidação do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade no Ordenamento Jurídico brasileiro.....	22
4.2	Da Aplicação do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade no Estado Democrático de Direito Brasileiro.....	24
4.3	Da flexibilização do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade frente a sua concepção de garantia absoluta.....	24
5	DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS 126.292/SP	27
5.1	Dos elementos que embasaram o Habeas Corpus 126.292/SP.....	27
5.2	Do parecer do Relator no Habeas Corpus 126.292/SP.....	29
5.2.1	Do voto do Ministro Edson Fachin frente ao entendimento do Relator.....	35
5.2.2	Do voto do Ministro Barroso frente ao entendimento do Relator.....	37
5.2.3	Dos votos do Ministro Luiz Fux e da Ministra Cármen Lúcia frente ao entendimento do Relator.....	40
5.2.4	Do voto do Ministro Gilmar Mendes frente ao entendimento do Relator.....	41
5.3	Dos votos contrários ao proferido pelo Relator no HC 126.292/SP.....	43
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
	REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O estudo feito no presente trabalho pautou-se no levantamento de questões atinentes ao posicionamento majoritário dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, diante do reconhecimento da constitucionalidade da execução antecipada da pena e análise de sua adequação no Estado Democrático de Direito.

A execução provisória da pena privativa de liberdade, qual seja, a que ocorre antes do trânsito em julgado da condenação, tem sido alvo de grande discussão na Suprema Corte, ao longo dos anos, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). O ponto de divergência recorrente da jurisprudência se dá na concepção de garantia absoluta ou relativa do princípio da presunção de não culpabilidade.

Até o ano 2009, a Corte reconhecia a possibilidade de dar início à execução provisória da pena, tendo em vista o caráter devolutivo atribuído aos recursos especial (REsp) e extraordinário (RE), de competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Contudo, após julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG em 2009, cuja relatoria era da competência do Ministro Eros Grau, o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi alterado, tendo sido afastada a possibilidade de execução provisória da pena, salvo cautelares, antes do trânsito em julgado da condenação.

No entanto, em julgado recente a Egrégia Corte defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado, para garantir a efetividade do direito penal e a proteção dos bens jurídicos por ele tutelados argumentando, em síntese, que a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura.

Parte da doutrina, porém, alega que tal posição é insustentável, ressaltando que o artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88 é claro quando estabelece que a presunção de inocência permanece até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Diante de tal impasse, surge o seguinte questionamento: com respaldo no princípio da não culpabilidade, poderá a nova leitura do dispositivo constitucional reduzir a sensação de impunidade e ineficácia do sistema penal brasileiro, atendendo, com isso, aos anseios sociais?

Apurou-se, com base nos argumentos expedidos pela maioria dos Ministros no julgado, ampla jurisprudência, Tratado Internacional e princípios que o entendimento da Corte não fere o princípio da presunção de não culpabilidade, eis que a garantia deve ser atribuída enquanto houver pendência de recurso na via ordinária, já que no RE e REsp, não cabe discussão de matéria fático-probatória.

Isso implica dizer que, ainda que seja passível de interpor o RE e REsp, tais recursos não têm o condão de rediscutir o mérito ou reparar “injustiças”, pois a Constituição da República de 1988 elenca elementos específicos para interposição destes recursos.

Outrossim, ainda que gere dano ao condenado, há medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial, como instrumentos eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios.

Necessário destacar a atualidade e relevância do tema, objeto de pesquisa, tendo em vista recente julgado do *Habeas Corpus* 126.292, no dia 17 de fevereiro de 2016, pelo Egrégio Tribunal, que reabriu a discussão no que diz respeito ao início execução provisória da pena, em virtude das divergências de posicionamento da doutrina e jurisprudência.

Os dispositivos legais que embasaram o trabalho foram: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Lei de Execução Penal nº 7210 de 1984, bem como os julgados do *Habeas Corpus* 84.078/MG e 126.292/SP.

Em relação à bibliografia utilizada em matéria de Direito Constitucional serão utilizados para dar suporte a pesquisa obras do Ministro Mendes (2014), do Doutrinador Sarlet (2015). Em matéria de Direito Penal, obras dos autores Rodrigo Goig (2016), Renato Brasileiro (2016), Norberto Avena (2010) e Renato Marcão (2014).

O trabalho teve como método científico o Dialético, utilizando da razão a fim de se chegar ao conhecimento, para se identificar o problema e apontar possíveis soluções. A pesquisa é de natureza básica, com o objetivo de compreender os fenômenos, no caso em deslinde, da adequação do Princípio da Não Culpabilidade frente ao reconhecimento da constitucionalidade da execução provisória da pena após esgotamento do Duplo Grau de Jurisdição.

No que tange a abordagem, utilizou-se a qualitativa, frisando-se os aspectos da realidade, a fim de buscar compreender e explicar a dinâmica da adequação do ordenamento pátrio ao cenário atual.

Em relação a natureza, foi adotado o exploratório, eis que, por meio de levantamento bibliográfico, apresentou os entraves de se conferir caráter absoluto ao princípio da presunção de não culpabilidade, a fim de levantar hipóteses que coadunem com maior efetividade da Lei Penal.

Para melhor compreensão da temática apresentada, o presente estudo buscou conceituar a execução provisória da pena, o princípio do Duplo Grau de Jurisdição e o Princípio da presunção de não culpabilidade, ora conhecido com princípio da Presunção de inocência.

Ademais, houve aprofundamento da temática sob o enfoque da relativização do princípio da não culpabilidade, com a finalidade de reduzir a sensação de impunidade e contribuir com a eficiência do judiciário, entre outros fundamentos.

Após análise dos institutos mencionados, com base no diploma legal e jurisprudência, o trabalho explorou os votos dos Ministros favoráveis e contrários a possibilidade da execução antecipada da pena, sob o enfoque de sua adequação, efeitos, constitucionalidade e razoabilidade do posicionamento adotado pelo Egrégio Tribunal

Ao final, a presente monografia visa demonstrar a necessidade e a coerência de se adotar uma releitura constitucional, visando aplicar o Direito Penal de modo efetivo, evitando, em razão da morosidade e seletividade, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, bem como coibir a interposição de recursos meramente protelatórios que abarrotam os gabinetes do judiciário.

Ademais, demonstrará que, embora haja argumentos que divergem do posicionamento adotado, o atual cenário político do Brasil, demonstra que a medida é necessária uma vez que nunca se viu tantos casos de corrupção eclodindo no País, sem a devida aplicação da Lei Penal e devida satisfação a população.

Isto posto, tal entendimento tem o condão de inflar a crença social na efetividade do judiciário que deve, além de aplicar a Lei Penal, sem olhar a quem, coibir e desacreditar a sensação de impunidade que leva a crer que as práticas de crimes e contravenções não ensejam consequências.

2 EXECUÇÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

A fim de garantir melhor compreensão da presente pesquisa, neste capítulo, abordaremos a origem da legislação que regulamenta a Execução da Pena no Brasil, os subitens que tratam da autonomia da Legislação de Execução Penal e sua aplicação, bem como as modalidades de Execução Penal Condenatória.

2.1 Evolução Histórica Da Execução Penal No Brasil

A consolidação da Lei 7.210, conhecida como Lei de Execução Penal, se deu no ano de 1984. No entanto, há registros de projetos de lei e legislações antecedentes à vigente nos dias de hoje.

A primeira delas, denominada Código Penitenciário da República, foi apresentada em 1933, contudo a ausência de harmonia frente ao Código Penal Brasileiro de 1940, impediu que o projeto fosse aprovado.

Já em 1957, “[...] sobreveio a aprovação da L. 3.274, estabelecendo normas gerais de regime penitenciário, que, entretanto, mostrou-se ineficaz por não contemplar sanções para o descumprimento das regras estabelecidas” (AVENA, 2013, p. 19).

Ainda na década de 50, há registro de um anteprojeto, do mencionado Código Penitenciário que, novamente, não prosseguiu.

Em outro momento, às vésperas do período ditatorial:

[...] Roberto Lyra chegou a redigir um anteprojeto de Código de Execuções Penais, paralisado tempos depois diante da eclosão do movimento de 1964. Benjamim Moraes Filho, em 1970, elaborou novo anteprojeto de Código de Execuções Penais, igualmente sem sequência. “ (AVENA, 2013, p. 20).

Posteriormente, na década de 80:

“[...] uma comissão de juristas instituída pelo Ministro da Justiça apresentou o anteprojeto da Lei de Execução Penal. Esse anteprojeto foi analisado por uma comissão revisora, que em 1982 apresentou suas conclusões ao Ministro da Justiça. Em 1983, por meio da Mensagem 242, a Presidência da República encaminhou o projeto ao Congresso Nacional, dele resultando a L. 7.210, promulgada em 11.07.1984 e publicada no dia 13 do mesmo mês e ano. “(AVENA, 2013, p. 20).

Tal legislação encontra-se vigente e é responsável por regular a execução penal.

2.1.1 Da autonomia do Procedimento de Execução Penal

O Direito de Execução Penal, por meio de sua legislação, conferiu autonomia a este ramo jurídico. Assim como em demais legislações, a Lei de Execução Penal (LEP) é dotada de princípios e regras “que delimitam e jurisdicionizam a execução das penas e medidas de segurança, procurando-se priorizar o exercício de uma jurisdição especializada” (ROIG, 2013, p. 71)

Ademais:

O processo de execução desenvolve-se por impulso oficial, não havendo necessidade de provocação do juiz pelo Ministério Público ou por quem quer que seja. Transitando em julgado a sentença condenatória ou absolutória imprópria, cabe ao juiz da execução, recebendo os autos do processo ou cópia das principais peças que o compõem, determinar as providências cabíveis para cumprimento da pena ou da medida de segurança. (AVENA, 2013, p, 21).

Ressalvados os casos em que se aplica ao agente as denominadas penas de multa “em regra, o condenado não precisa ser citado do processo de execução penal, pois já possui ciência da acusação que lhe foi feita no processo de conhecimento e da sentença proferida ao final. “(AVENA, 2013, p. 21).

2.1.2 Da Aplicação da Lei de Execução Penal e seus pressupostos

A prática de um delito previsto no Código Penal ou leis extravagantes, tem por consequência uma sanção penal. Tal sanção é a aplicação de uma pena, qual seja, privativa de liberdade, restritiva de direitos, pecuniária ou até mesmo uma medida de segurança.

No entanto, para aplicação de uma sanção, necessário haver um juízo condenatório que, dar-se-á, somente, finda a persecução penal ou fase de conhecimento. Na persecução penal, apura-se a existência de um fato típico, ilícito e culpável, bem como as provas que imputam ao agente ser ele o autor ou não dos fatos.

Feita tal análise e, reconhecendo ter o agente incorrido para a prática delitiva, haverá um juízo condenatório que dará início a chamada fase de execução, a qual busca dar efetividade a decisão criminal prolatada pelo juízo *a quo*, em primeira grau

de jurisdição, ou acórdão condenatório, proferido pelo juízo *ad quem* em segundo grau de jurisdição.

Conforme artigo 1º da LEP “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”

Nas lições de Avena (2013, p. 20):

[...] a execução penal pode ser compreendida como o conjunto de normas e princípios que tem por objetivo tornar efetivo o comando judicial determinado na sentença penal que impõe ao condenado uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) ou estabelece medida de segurança.

Para aplicação da execução, tem-se por pressuposto fundamental:

[...] a existência de uma sentença condenatória ou absolutória imprópria (absolvição com imposição de medida de segurança) transitadas em julgado. Não obstante, também estão sujeitas a execução as decisões homologatórias de transação penal exaradas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. (AVENA, 2013, p. 20).

A natureza jurídica da execução penal, tem por finalidade dar efetividade a pretensão punitiva do Estado, qual seja punir o agente que incorre em delito. Dessa forma, tendo em vista que compete ao Estado a pretensão punitiva, coerente afirmar que, no âmbito jurisdicional, atua o Poder Judiciário, realizando os comandos para execução. O Poder Executivo, por sua vez, atua de forma administrativa, sendo este responsável pelo estabelecimento prisional em que se cumprirá a pena imposta pelo Judiciário.

Tal entendimento, é compartilhado por Avena (2013, p. 21), conforme sua obra:

[...] a atividade de execução penal desenvolve-se nos planos administrativo e jurisdicional, havendo, porém, a prevalência deste último. Isso ocorre porque, embora uma parte da execução penal refira-se a providências que ficam a cargo das autoridades penitenciárias, é certo que o título em que se funda a execução é uma sentença penal condenatória, uma sentença absolutória imprópria ou uma decisão homologatória de transação penal, sendo que o cumprimento forçado desses títulos apenas pode ser determinado pelo Poder Judiciário.

Desse modo, constata-se que a Lei de execução penal, não só tem o escopo de regular o processo de execução de pena, como tem por finalidade a recuperação do executado, utilizando de meios necessários “a que os apenados e os sujeitos a medida de segurança possam alcançar a reintegração social.” (AVENA, 2013, p 23), sem deixar débitos perante a justiça.

2.2 Da Execução de Pena Definitiva e Provisória e seus Precedentes

Findo os apontamentos iniciais acerca da execução da pena e sua finalidade, mister destacar e diferenciar, conforme lições de Roig (2013), que há duas modalidades de execução, quais sejam a definitiva e a provisória.

A execução definitiva é estabelecida quando a decisão transitar em julgado.

O trânsito em julgado se dá quando não for mais cabível a interposição de recurso pelo seu esgotamento ou pela perda do prazo de interposição que decorre da inércia da parte.

Isso implica dizer que, para caracterizar a execução definitiva, constata-se que não há mais possibilidade de interpor recurso, quer seja pela via ordinária (justiça criminal e tribunais de justiça) ou na via extraordinária, cujo o julgamento se dá pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Em relação à execução provisória, tema destaque do presente trabalho, ocorrerá quando existir sentença ou acordão condenatória, sem o devido trânsito em julgado, ou seja, existe uma decisão criminal condenatória em face do réu, em primeira e/ou segunda instância. Contudo, nessa hipótese, embora vislumbre a possibilidade de execução, os recursos não foram esgotados, sendo possível, ainda, recorrer da decisão.

Na prática, tal modalidade se concretizava:

[...] em relação ao preso cautelar, assim entendido aquele contra quem foi decretada a prisão preventiva, inclusive com a progressão de regime prisional, quando há recurso exclusivo da defesa, sendo desnecessário o trânsito em julgado da decisão para ambas as partes, já que na hipótese a sentença não poderá ser reformada para piorar a situação do réu. (MARCÃO, 2013, p. 27).

No entanto, em 17 de fevereiro de 2016, o STF julgou o *Habeas Corpus* (HC) de nº 126.292 e reconheceu, por maioria dos votos, a possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância jurisdicional.

Diante dessa decisão, entendeu o Supremo que havendo o esgotado dos recursos na via ordinária, tratando de acordão condenatório, torna-se cabível a execução antecipada, ainda que, possível a interposição de recursos a instância superior.

A decisão em deslinde causou grande divergência doutrinária e jurisprudencial, eis que quando da apreciação do HC 84.078/MG de 2009, a Suprema Corte posicionou-se contrária à legalidade da execução provisória da pena.

Antes do julgamento do HC de 2009, por sua vez, não havia o Pretório Excelso sedimentado entendimento quanto a matéria, havendo decisões favoráveis e desfavoráveis.

Pautando-se em decisões favoráveis a execução da pena, relevante analisar entendimentos semelhante ao expedido no HC 126.292. Como exemplo, destaca-se o HC 68.726/DF de 1991. Na oportunidade, o Ministro Néri da Silveira, relator do *writ*, concluiu que não havia óbice a execução provisória da pena ocorrer após condenação em segunda instância:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido. (SILVEIRA, 1991, p. 01, grifo nosso)

Assim como na decisão de 2016, a Egrégia Corte flexibilizou o princípio da Não Culpabilidade, entendendo que a condenação em segunda instância é suficiente para a decretação da prisão, eis que restavam comprovados a autoria delitiva e materialidade.

Em vista disso, na visão dos Ilustres Ministros, a execução provisória da pena é cabível, eis que o acórdão condenatório é suficiente para a ensejar a expedição de mandado de prisão, ainda que haja possibilidade de interpor recurso, sem ofensa ao princípio.

Outro posicionamento favorável a execução cujo argumento tem grande pertinência é o do HC 91.675/PR¹ de 2007 cuja relatoria se deu pela atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (2007, p. 1):

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 91675, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15 jun. 2007, DJ-22-06-2007 – PP- 00078.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*.

HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, *reformatio in pejus* pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente 'o benefício de apelar' em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado. (grifo nosso)

Importante mencionar que, em relação ao tratamento dispensado ao executado provisoriamente, “A Lei de Execução Penal se aplica igualmente ao preso provisório, devendo ser assegurada a este, a partir da condenação, o acesso à Justiça para a postulação dos direitos pertinentes à execução penal, sem prejuízo do direito de recorrer.” (ROIG, 2013, p. 74).

Dito isso, a LEP é clara em garantir que, embora incorra em prisão provisória, ao executado será assegurado direitos previstos no diploma legal, inclusive, o seu direito ao recurso.

Logo, embora a execução provisória tenha sido declarada possível, deve-se salientar que, a mesma está condicionada ao Duplo Grau de Jurisdição, motivo pelo qual se faz necessário abordar este princípio.

3 DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Neste capítulo, trataremos do princípio do duplo grau de jurisdição, apontando sua origem e motivações, bem como seus limites de aplicação, os quais tem grande relevância para a temática.

3.1 Do Origem Do Princípio Do Duplo Grau De Jurisdição e suas motivações

O princípio do duplo grau de jurisdição tem previsão no Pacto de San José da Costa Rica e está presente na Constituição da República Federativa do Brasil, de forma implícita.

Tal princípio tem o condão de conferir àquele, no âmbito penal, inconformado com a decisão proferida pelo juízo *a quo* o “direito a um duplo exame de mérito por dois órgãos distintos do Poder Judiciário” (MARINONI, MITIDIERO, SARLET, 2015, p. 675), ou seja, após proferida sentença judicial por um Juiz de 1º instância, a parte faz jus a interposição de recurso a 2º instância, para que haja reexame do mérito *no totum*, podendo haver modificação da decisão anterior.

Mister destacar que:

[...] o direito ao duplo grau não se aplica em caso de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, está suficientemente resguardado o direito ao processo justo do réu pelo simples fato de ser julgado pela mais alta corte do País. (MARINONI, MITIDIERO, SARLET, 2015, p. 675)

Além da CRFB/88, que prevê implicitamente a garantia constitucional em comento “a Constituição Imperial de 1824 previa expressamente o duplo grau de jurisdição (art. 158²). As demais Constituições silenciaram a respeito, cingindo-se a prever competências recursais ordinárias” (MARINONI, MITIDIERO, SARLET, 2015, p. 675), demonstrando, com isso, o reflexo do Pacto de San José da Costa Rica no Direito penal brasileiro.

Vencido o entendimento acerca da introdução do princípio no Ordenamento Pátrio, necessário avaliar os fatos que motivam e norteiam a necessidade de exercer o princípio.

² Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e última instancia haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos.

Para isso, destaca-se os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima.

Segundo o doutrinador, o exercício do princípio tem ensejo em duas premissas, denominadas como falibilidade humana e o inconformismo das pessoas.

Com base na primeira premissa, se extrai que:

[...] o juiz é um ser humano e, portanto, falível. Pode cometer erros, equivocarse, proferir uma decisão iníqua. Daí a necessidade de se prever um instrumento capaz de reavaliar o acerto (ou não) das decisões proferidas pelos magistrados. De mais a mais, não há como negar que a previsão legal dos recursos também funciona como importante estímulo para o aprimoramento da qualidade da prestação jurisdicional. Afinal, a partir do momento em que o juiz tem conhecimento de que sua decisão está sujeita a um possível reexame, o qual é feito, em regra, por órgão jurisdicional diverso e de hierarquia superior, composto por juízes dotados de larga experiência, isso serve como estímulo para o aprimoramento da função judicante, atuando como fator de pressão psicológica para que o juiz não cometa arbitrariedades na decisão da causa. Deveras, fosse o juiz sabedor, de antemão, que sua decisão seria definitiva e imodificável, porquanto não cabível a interposição de recurso, isso poderia dar margem a excessos na condução do processo. Haveria, assim, uma natural tendência para que o magistrado se acomodasse, deixando de lado os estudos, com evidente prejuízo à qualidade da prestação jurisdicional. (LIMA, 2016, p. 1600)

Em relação ao inconformismo, conforme palavras do doutrinador:

[...] é absolutamente natural o inconformismo da parte diante de uma decisão que lhe seja desfavorável. Afinal, em qualquer setor da atividade humana, ninguém se conforma com um primeiro julgamento contrário aos seus interesses. Este o motivo pelo qual se entende que a parte possui uma necessidade psicológica de obter uma reavaliação da decisão gravosa, ainda que sirva para confirmar o teor da decisão impugnada. A possibilidade de reexame dá conforto psicológico às partes, em razão da existência de um mecanismo de revisão da decisão da causa. (LIMA, 2016, p. 1600)

Relevante constatar que, embora trate de garantia Constitucional, percebe-se que acesso à justiça se encontra restrito a uma parte dos processados, eis que com base na população carcerária brasileira, constata-se que muitos condenados, em razão da miserabilidade, desconhecimento do direito a ele inerente e/ou defesa técnica ineficaz, deixam de exercer o duplo Grau de Jurisdição.

Como consequência, a ausência da interposição de recurso no prazo legal gera efeitos definitivos a sentença de primeiro grau com o trânsito em julgado e a execução definitiva.

Em vista disso, embora trata-se de uma garantia efetiva, o duplo grau de jurisdição não se reveste de eficácia, mesmo prevalecendo o princípio da não culpabilidade nas vias ordinárias.

Por fim, realizando um paralelo entre argumentos expedidos pelos nobres julgadores e avaliando o acesso à justiça daqueles que respondem criminalmente por condutas que não coadunam com comportamento social aceitável, constata-se que há no Brasil uma classe privilegiada que, de fato, tem acesso ao duplo grau de jurisdição e tem resguardada sua liberdade, ao passo que tem o privilégio de “aguardar” o trânsito em julgado.

3.2 Dos limites da aplicação do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

A aplicação do princípio do Duplo Grau de Jurisdição é um direito garantido a todos e, conforme já explanado em outro tópico, para que seja cabível a execução provisória da pena, conforme entendimento do HC 126.292/SP, necessário o exaurimento do Duplo Grau de Jurisdição.

Isso implica dizer que, a Egrégia Corte entendeu que, enquanto couber ao inconformado o reexame do mérito nas vias recursais ordinárias, não é possível a antecipação da execução da pena.

Assim, podemos afirmar que havendo a possibilidade de questionar matéria fática e probatória apreciada em instância de origem no juízo *a quo*, o réu será tratado como presumidamente inocente.

Desta forma, ainda que caiba recursos na via extraordinária, a execução antecipada é possível, pois:

[...] os denominados recursos extraordinários, aí incluídos o recurso extraordinário e o recurso especial, não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, não só porque não permitem o reexame pelos Tribunais Superiores da matéria fática e probatória apreciada na instância de origem, mas também porque não se prestam precipuamente à tutela do interesse das partes, mas sim à tutela da Constituição Federal, no caso do Recurso Extraordinário, e da legislação federal infraconstitucional, no caso do Recurso Especial. (LIMA, 2016, p. 1601).

Nesse diapasão, tem-se as declarações do saudoso Ministro Teori Zavascki, relator do HC 126.292/SP.

Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida.

Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. 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. (ZAWASKI, 2016, p. 15 - 16, grifo nosso)

Com efeito, neste sentido, relevante destacar também o voto do ministro Luiz Fux, o qual se posicionou pela possibilidade da execução provisória da pena, ao argumento de que após o julgamento da apelação em segundo grau recursal não há que se falar em matérias relativas ao mérito da acusação e as provas, sendo tais, inalteráveis, já que esgotado o duplo grau de jurisdição, e não havendo efeito suspensivo legalmente atribuído aos recursos especial e extraordinário (que não analisam matéria fática), é possível o reconhecimento do réu ao cárcere, ainda que ausentes os pressupostos da prisão preventiva, para fins de cumprimento de pena de forma antecipada ou provisória Conforme se extrai de parte de seu voto:

[...] 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 no primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada." Não há necessidade do trânsito em julgado. (FUX, 2016, p. 58, grifo nosso)

Diante da exaustiva explanação acerca da natureza dos recursos extraordinários, insta salientar que optou o Supremo Tribunal, no HC 126.292, por autorizar a execução provisória da pena, vez que não há, nos recursos extraordinários, possibilidade de discutir matéria fática.

Tal posição, parece acertada, ao ponto que os recursos especiais e extraordinários, por não ter o condão de entrar no mérito, não demonstram prejuízo ao executado provisoriamente.

Outrossim, executar provisoriamente a sentença pode coibir a prescrição da pretensão punitiva do Estado, bem como demonstrar a sociedade que a Lei Penal é eficiente.

Contudo, parte da doutrina e jurisprudência discute a possível violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, motivo pelo qual necessário dissertar sobre o mesmo antes de analisar os efeitos de reflexos do julgado em comento.

4 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

O capítulo seguinte é responsável pela grande divergência entre aqueles que defendem ou não a possibilidade da execução provisória da pena. Por isso, importante apresentar sua consolidação no ordenamento Pátrio, sua aplicação e, também, os julgados que embasam a possibilidade de flexibilizar tal garantia.

4.1 Da consolidação do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade no ordenamento Jurídico Brasileiro

O princípio da presunção de inocência, a exemplo do Duplo Grau de Jurisdição, está consagrado no Pacto de San José da Costa Rica de 1969. Contudo, tão somente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, LVII³, foi inserido expressamente em nossa legislação, corroborada pelo artigo 283⁴ do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011, demonstrando harmonia entre os textos legislativos

O Princípio da Presunção da Inocência, também conhecido por princípio da não culpabilidade, é precedido de grande relevância, demonstrada ao longo dos séculos, eis que pós Revolução Francesa o “direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)” (LIMA, 2016, p. 43).

Com o fim da II Guerra Mundial, medidas de ordem jurídica internacional foram adotadas e consolidadas em tratados. A exemplo:

A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 11.1, dispõe: “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”. Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos

³ Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴ Art. 283. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(Dec. 678/92 – art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (LIMA, 2016, p. 43).

“No ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal.” (LIMA, 2016. p. 43)

Oportuno salientar que, embora os Tratados Internacionais, a exemplo Pacto de San José da Costa Rica, e a CRFB/88 versem sobre a mesma garantia, no Brasil, o Princípio adotou a nomenclatura de Presunção de Não Culpabilidade, a qual traz a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio da não culpabilidade” (BRANCO, MENDES, 2014, p. 626, grifo nosso)

Por sua vez, o Pacto de San José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, em seu artigo 8º prevê que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. (grifo nosso)

Tal distinção se faz necessário, eis que a Suprema Corte, quando do julgamento de matérias que dissertem sobre o princípio mencionado, adote a nomenclatura condizente com o texto normativo brasileiro.

Outrossim:

A par dessa distinção terminológica, percebe-se que o texto constitucional é mais amplo, na medida em que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2) o faz tão somente até a comprovação legal da culpa. Com efeito, em virtude do texto expresso do Pacto de São José da Costa Rica, poder-se-ia pensar que a presunção de inocência deixaria de ser aplicada antes do trânsito em julgado, desde que já estivesse comprovada a culpa, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso, na medida em que a mesma Convenção Americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, “h”). (LIMA, 2016, p. 44, grifo nosso).

Diante de tais lições, importante destacar que a abrangência estabelecida no texto normativo internacional se faz presente nos argumentos expedidos pela Ministra Carmén Lúcia, quando proferido seu voto no HC 126.292/SP. No entanto, tal situação será explanada em momento mais adequado.

4.2 Da aplicação do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade no Estado Democrático de Direito Brasileiro

Encerrada as considerações iniciais e com base nos ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima (2016), para a devida aplicação do Princípio da Presunção de Não culpabilidade, mister destacar que, no Brasil, o princípio deriva de uma regra probatória e uma regra de tratamento.

Essa regra probatória deve ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Na dicção de Badaró, cuida-se de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza. (LIMA, 2016, p. 45)

A regra de tratamento, por sua vez, estabelece que o acusado não deve ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado. Em linhas gerais:

[...] por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado (LIMA, 2016, p. 44)

Tais diretrizes tem por escopo o resguardo a liberdade do indivíduo, buscando garantir que prepondere:

[...] o 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). (LIMA, 2016, p. 43)

Sendo assim, podemos afirmar que o Estado Democrático de Direito Brasileiro, busca por meio dessas regras, dirimir a atuação do Poder Público, a fim de coibir excessos e preservar a integridade do indivíduo.

4.3 Da Flexibilização do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade frente a sua concepção de garantia absoluta

A discussão em torno do caráter absoluto do Princípio da Presunção de Inocência ganhou grande destaque em virtude do recente julgado do HC 126.292/SP. Parte da doutrina compreende ser incabível, à época, a posição adotada pela maioria

dos membros do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do *Habeas Corpus* citado.

Na ocasião, entenderam os nobres julgadores ser cabível a execução provisória da pena após esgotado os recursos em vias ordinárias.

O posicionamento dos que defendem a impossibilidade da execução antecipada da pena, além de se pautar na redação do art. 5, LVII da CRFB/88, justifica-se, também, em virtude do caráter humanitário do princípio, que visa preservar dignidade da pessoa humana.

No entanto, deve se esclarecer que, o próprio ordenamento jurídico prevê exceções e que, embora não coadune com tratar o denunciado, acusado ou autor como condenado:

O princípio da presunção de inocência não proíbe, todavia, a prisão cautelar ditada por razões excepcionais e tendente a garantir a efetividade do processo. Como bem assevera J. J. Gomes Canotilho, se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal. Em outras palavras, o inciso LVII do art. 5º da Carta Magna não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto. (LIMA, 2016, p. 46, grifo nosso).

Além da flexibilização do Princípio da Presunção de Inocência, quando se trata de cautelar, buscando o efetivo exercício e cumprimento da Lei penal, verifica-se que:

[...] em situações excepcionais, quando restar evidenciado o intuito meramente protelatório dos recursos, apenas para impedir o exaurimento da prestação jurisdicional e o conseqüente início do cumprimento da pena, os Tribunais Superiores têm admitido o imediato início da execução mesmo antes do trânsito em julgado, haja vista o exercício irregular e abusivo do direito de defesa e do duplo grau de jurisdição e a conseqüente violação ao princípio da cooperação, previsto no art. 6º do novo CPC (“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”), ao qual também se sujeitam as partes. Nessa linha, como já se pronunciou o Supremo, “a reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos seus pressupostos, evidencia o intuito meramente protelatório. A interposição de embargos de declaração com finalidade meramente protelatória autoriza o imediato cumprimento da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da publicação do acórdão. (LIMA, 2016, p. 47, grifo nosso).

Diante dos argumentos expedidos, percebe-se que o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade amoldado ao cenário atual, adquiriu certa relatividade a depender das circunstâncias, derogando-se a crença de caráter absoluto. Tal

entendimento foi, inclusive, apontado pelo Ministro Barroso (2016. p. 27), quando de seu voto no HC 126.292/SP:

a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144, grifo nosso)

Seguindo a linha de raciocínio do Ilustre Ministro Barroso, o qual não encontra óbice na execução antecipada da pena, tem-se o entendimento do Ministro ZAWASKI:

[...] 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. (ZAWASKI, 2016, p. 11)

Importante mencionar que, buscou a Lei de Execução Penal, na possibilidade de execução provisória da pena, garantir ao executado todos os direitos inerentes. Tal concepção importa dizer que, na possibilidade de ter sua execução de pena antes do trânsito em julgado, deverá se observar que:

[...] a própria Lei de Execução Penal estende seus benefícios aos presos provisórios (Lei nº 7.210/84, art. 2º, parágrafo único), sendo que a detração prevista no art. 42 do Código Penal permite que o tempo de prisão provisória seja descontado do tempo de cumprimento de pena. Nessa linha, de acordo com a Súmula 716 do STF, admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A súmula 717 do STF, por sua vez, preceitua que não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Diante do exposto, a reinterpretação da norma constitucional do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, muito embora a doutrina e a jurisprudência levantem questionamentos contrários à admissibilidade do início da execução, a maioria dos Ministros da Suprema Corte, buscaram a harmonia da garantia da Presunção de Não Culpabilidade frente a eficácia estatal e a tutela do Direito penal aos bens jurídicos, outrora violados.

5 DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 126.292/SP

O tópico em questão busca, de fato, entrar no mérito da questão problema da presente pesquisa e demonstrar, em consonância com os capítulos já abordados, a harmonia dos argumentos expedidos com os pontos defendidos.

5.1 Dos elementos que embasaram o Habeas Corpus 126.292/SP

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 126.292/SP. Na ocasião, entendeu os Ministros, por maioria de votos, conforme ementa do julgado que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”⁵ (ZAVASKI, 2016, p. 1)

Para compreender melhor os motivos que levaram a essa conclusão, necessária avaliar o HC (2016, p. 2) em comento, com base na narrativa dos autos:

[...] o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar.

Diante da decisão supra em que o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, determinando-se, ainda, a expedição de mandado de prisão, a defesa, inconformada, impetrou o HC 313.021/SP⁶, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, por entender não haver motivo que justificasse o recolhimento cautelar, eis que a decisão sequer havia transitado em julgado, representando clara afronta a jurisprudência majoritária do STJ e do STF.

Alegou, também, que a decisão do Tribunal de Justiça feria o art. 5º, LVII, da CRFB/88.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, trecho da ementa do HC 126292, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe-100 publicado em 17/05/2016.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 313.021 - SP (2014/0343909-3). Relator: Min. Gurgel de Faria. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas.

Quando da impetração do HC, o paciente pediu tutela liminar, a fim de evitar afronta ao seu direito de liberdade. Contudo, quando o pedido foi apreciado pelo Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o mesmo foi negado, sob o seguinte argumento:

As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa liEmitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator (FALCÃO apud ZAWASKI⁷, 2016, p. 02, grifo nosso).

Tendo em vista a possibilidade de recorrer da decisão ao próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu o Eminent Ministro do STJ, ser prudente denegar o pedido liminar, eis que, claramente, ao impetrar *Habeas Corpus* ao STJ, o paciente suprimiu a instância ordinária competente.

Por conseguinte, o paciente impetrou recurso ao Supremo Tribunal Federal, que originou o HC 126.292/SP. Na ocasião, o impetrante se pautou nos seguintes argumentos para requerer a concessão de ordem:

(a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade. (ZAWASKI, 2016, p. 3).

⁷ Superior Tribunal de Justiça. HC 313.021 - SP (2014/0343909-3). Relator: Min. Gurgel de Faria. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?processo=313021.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDIC O&l=10&i=2#DOC2>> Acesso em: 25 out. 2017.

Em caráter liminar, no dia 05 de fevereiro de 2015, o Ministro Teori Zavascki (2016, p. 3), suspendeu “a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP.”⁸, com base na decisão sedimentada no HC.84.078/MG⁹, cuja transcrição da ementa torna-se elementar:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]”. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...]”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. [...]. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (*Habeas Corpus* 84.078/MG, 2009, p. 1)

Quando inquirido a manifestar, o Ministério Público Federal inclinou-se favorável a concessão de ordem do *Habeas Corpus*, pois não vislumbrou motivos para a execução.

5.2 Do parecer do Relator no *Habeas Corpus* 126.292/SP

Após o julgamento do HC 84.078/MG de 2009, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que não era cabível a execução provisória da pena, salvo prisão cautelar.

⁸ Decisão monocrática, Andamento datado de 09 fev. 2015. DJE nº 27. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>, acesso em 20 de outubro de 2017.

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84078, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJE-035 divulgado em 25 fev.2010, publicado em 26 fev. 2010.

No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao expedir mandado de prisão provisório, não se pautou nessa exceção e sim, buscou dar efetividade a Lei penal, decretando o recolhimento do paciente, ainda que, em caráter de execução provisória.

Desse modo, superado os conceitos de Execução Provisória da Pena, Duplo Grau de Jurisdição e Presunção da Inocência ou Presunção de não culpabilidade, cabível avaliar os argumentos expedidos pelo Ministro Zawaski, relator do HC 126.292/SP.

Visando demonstrar os motivos que embasaram seu voto, o Ministro, pautou-se nas seguintes vertentes:

[...] (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. “ (ZAWASKI, 2016. p. 04).

Em relação à primeira vertente, qual seja, o princípio da presunção de não culpabilidade, constatou-se que a jurisprudência já admitira, mesmo na vigência da CRFB/88 a possibilidade de execução antecipada da pena.

Em função disso, o Relator, pautado em convicções e entendimentos ulteriores, trouxe à baila relevantes julgados, cujo manifestos eram favoráveis a execução provisória da pena:

HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994 (ZAWASKI, 2016, p. 06)

Os julgados em deslinde, afirmavam que o princípio da presunção de inocência não tem condão de inibir a execução provisória, ainda que pendente de recurso especial ou extraordinário.

Tendo em vista tal concepção, foram editadas as súmulas de nº 716¹⁰ e 717¹¹ que, tinham por escopo tratar dos pressupostos da execução antecipada da pena de sentenças penais condenatórias.

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Súmula n 716 – “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Súmula n 717 – “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.”

Ainda assim, em 2009, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, entendeu que, de fato, era incompatível a execução provisória da pena, a luz do princípio da presunção de inocência, antes do trânsito em julgado.

Embora tal entendimento estivesse sedimentando, em melhor análise, entendeu o Ministro que:

[...] antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. (ZAWASKI, 2016, p. 9, grifo nosso)

Em linhas gerais, em razão da impossibilidade de se discutir matéria fático-probatória nas vias extraordinárias, em caso de gozo do exercício do duplo Grau de Jurisdição na via ordinária, não há violabilidade ao princípio, eis que o núcleo essencial do princípio da presunção da não culpabilidade, se consiste na certeza de que ônus da prova do delito, bem como sua autoria, seja de responsabilidade da acusação.

Diante das considerações elencadas, tendo em vista 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. (ZAWASKI, 2016, p. 11)

Ademais, a fim de elencar que tal entendimento está em consonância com o ordenamento pátrio, bem como vem sendo admitido nos tribunais, o Ministro, trouxe à discussão, o exemplo da Lei Complementar 135/2010, popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”.

Tal Lei busca declarar a inelegibilidade do candidato na hipótese de existir, contra ele, sentença condenatória de crimes previstos na norma em comento sem que, para isso, seja necessário o esgotamento dos recursos.

Nesse ponto, podemos destacar que embora surjam várias indagações a respeito da suposta violação do princípio da presunção de não culpabilidade, viu-se que a sentença apta a produção de efeitos mitiga a elegibilidade de candidatos outrora condenados, contribuindo assim, na teoria, para um legislativo íntegro.

Além do argumento expeditos, o Ministro buscou destacar a forma como atua a Suprema Corte em alguns países da Europa, América do Norte e América do Sul, a fim de demonstrar que “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”¹² (GRACIE apud ZAWASKI, 2016, p. 12), conforme lições, a seguir¹³:

a) Inglaterra. [...] é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. [...]

b) Estados Unidos. A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. [...] “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediate das decisões proferidas pelos juizes”. Prossegue informando que “o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediate execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”.

c) Canadá [...] Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha (...) Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. [...]

e) França [...] o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...)

f) Portugal (...) O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

g) Espanha (...) A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. [...]

h) Argentina O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional. Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. [...]. (GARCIA, GUSMAN e FRISCHEISEN apud ZAWASKI, 2016, p. 12 -14, grifo nosso).

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 85886, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 06/09/2005, DJ 28-10-2005 PP-00061.

¹³ GARCIA, GUSMAN e FRISCHEISEN. Garantismo Penal Integral, 3ª edição, ‘Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 84.078’, p. 507

O estudo supramencionado, tinha por escopo discutir a decisão da Suprema Corte após o julgado do HC 84.078/MG. Verifica-se que, tais transcrições trouxeram outra perspectiva do princípio da presunção da inocência em demais países, bem como evidenciou que a interpretação adotada no Brasil fugia aos demais Estados Soberanos analisados.

Em continuidade, buscando elucidar seu posicionamento, o Relator destacou que “os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo” (ZAWASKI, 2016, p. 15).

A fim de corroborar esse argumento, no que tange o recurso extraordinário, o Relator se fez valer da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que:

[...] ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. (ZAWASKI, 2016, p. 16)

Isso implica dizer que o Supremo Tribunal Federal apreciará o recurso, somente no que abrange questões constitucionais, ou seja, não pode configurar interesse subjetivo daquele que interpôs o recurso.

Em virtude de tal exigência, cabe ressaltar o argumento utilizado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84.078/MG¹⁴.

[...] na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por *habeas corpus*, foram providos menos de 4% dos casos”. (BARBOSA apud ZAWASKI, 2016, p. 16)

Diante dos dados explanados, o Relator observou que ao conferir característica absoluta ao princípio da presunção de não culpabilidade, a jurisprudência tem influenciado sucessivas interposições de recursos, das mais variadas espécies,

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, trecho do voto do HC 84078/MG, Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 5 fev. 2009, DJe-035 divulgado em 25/02/2010, publicado em 26 fev. 2010.

revestidas, na teoria, dos requisitos constitucionais, com viés puramente protelatório, consentindo, assim, na prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Ademais, constatou-se que tal quadro se estende, também, no âmbito dos recursos especiais, interpostos em face do STJ.

Para melhor compreensão dos impactos de se acatar tais recursos, quando se tratam de meramente protelatório:

[...] é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, 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. (ZAWASKI, 2016, p. 18)

Dito isso, o que se vê no cenário atual é que, até o julgado do HC 126.292/SP, a pretensão punitiva do Estado encontrava óbice na presunção da não culpabilidade, eis que mesmo exaurido o duplo grau de jurisdição, a possibilidade de recorrer furtava a efetividade do *jus puniendi* do Estado.

Dessa forma, tendo em vista que os recursos especiais e extraordinários têm efeito meramente devolutivo, ou seja, não suspende a execução da pena:

[...] não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (ZAWASKI, 2016, p. 18).

Caminhando para o fim de seu voto, o Relator admite que as sentenças e acórdãos condenatórios proferidos pelo juízo ordinário estão sujeitas a equívocos, bem como as decisões de instância superior. No entanto, é necessário destacar que em situações como tal “[...] sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena.” (ZAWASKI, 2016, p. 19).

Dessa forma, o Relator busca esclarecer que quando houver, de fato, dano ao condenado “[...] 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.” (ZAWASKI, 2016, p. 19).

Assim, mesmo que o condenado tenha a execução da pena provisória decretada, havendo flagrante violação a seus direitos fundamentais, esse não estará desamparado da tutela jurisdicional.

Em vista disso, diante da ampla explanação e fundamentos relevantes, denegou o Ministro o pedido de ordem do *Habeas Corpus*, bem como revogou a liminar concedida.

5.2.1 Do voto do Ministro Edson Fachin frente ao entendimento do Relator

Concluído o voto do Relator, o Ministro Edson Fachin expediu os argumentos que o levaram a acompanhar o entendimento proferido pelo Relator.

Inicialmente, o Ministro Fachin abordou atribuições conferidas pela Constituição da República Federativa do Brasil ao Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, destacou que o dever de guardião da Constituição, incumbido a corte se dá “por meio da formulação de teses jurídicas, orientando e conferindo segurança jurídica na aplicação das normas constitucionais pelas instâncias jurisdicionais que a precedem” (FACHIN, 2016, p. 20).

Por tal razão, ao interpretar o artigo 5º, LVII, que trata do princípio da presunção de não culpabilidade, entende o Ministro que a leitura pode ser feita “sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu.” (FACHIN, 2016, p. 21).

Tendo em vista que não há restrição a literalidade da lei, devendo aplicar a hermenêutica jurídica, entende o Ministro que:

[...] não se pode dar a essa regra constitucional 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 privativa de liberdade. (FACHIN, 2016, p. 22, *grifo nosso*)

Nesse diapasão, busca o Ministro (2016, p. 22) argumentar que não há como compreender o princípio esculpido no artigo 5º, LVII da CRFB/88, de forma isolada, mas sim em harmonia com as demais normas previstas no ordenamento pátrio, de forma contextualizada, para que não ofusque a eficácia das demais normas igualmente basilares, eis que é:

[...] indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo. (FACHIN, 2016, p. 22)

A exemplo do Relator, o Ministro Fachin busca salientar que os artigos 102 e 105 da CRFB/88, os quais tratam das atribuições do STF e STJ, não tem o condão de revisar possíveis injustiças no caso concreto, eis que, para isso:

[...] tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças. (FACHIN, 2016, p. 23).

Ademais, seria inócuo crer que, diante do número de assentos nas cortes, o STF e STJ, se prestam a revisar os processos, após esgotamento dos recursos nas vias ordinárias. Ocorre que “a finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.” (FACHIN, 2016, p. 23).

Outrossim, se assim o fosse o recurso extraordinário não prescindiria de exigir os requisitos previstos no art. 102, § 3º, da CRFB/88¹⁵.

Por isso, conforme declarações do Ministro, entender que o Princípio da Presunção de não culpabilidade tem caráter absoluto, implicaria admitir que:

[...] a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado. (FACHIN, 2016, p. 24 – 25).

Afinal:

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias. (FACHIN, 2016, p. 25)

¹⁵ Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. “ (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Por fim, salientou o Ministro, conforme também ressaltou o Relator, que a fim de coibir a execução provisória da pena, há instrumentos processuais cabíveis, tais como medidas cautelares que conferem efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários e *habeas corpus*, sem que para isso furte a eficácia da Lei Penal e o *jus puniendi* do Estado, imprescindíveis para fomentar a sensação de justiça perante a sociedade.

5.2.2 Do voto do Ministro Barroso frente ao entendimento do Relator

O Ministro Luís Roberto Barroso, a fim de elucidar os motivos que o levaram a acompanhar o Relator, enumerou fundamentos jurídicos e pragmáticos que justificam seu posicionamento.

Dente os fundamentos jurídicos, destaca-se, na visão do Ministro, a concepção de que a Constituição Brasileira condiciona a presunção de tratamento do acusado, qual seja inocente ou culpado, e não a prisão. Outro ponto debatido é que, a presunção da inocência, conforme menção em momento oportuno trata-se de princípio, não regra.

Após o julgado do HC 84.078/MG, pode-se observar que o caráter absoluto da norma:

[...] funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%¹⁶. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões¹⁷. (BARROSO, 2016, p. 32-33).

¹⁶ Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

¹⁷ Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

Além da irrisória efetividade dos recursos extraordinários, dos quais não custa insistir, podem ser combatidos por outros meios, destaca o Ministro que a decisão de 05 de fevereiro de 2009:

[...] reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita, sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária. (BARROSO, 2016, p 33-34, grifo nosso).

Importante destacar que, a seletividade apontada pelo Ministro, serviu de respaldo para a argumentação no presente trabalho, quando tratado o tema acerca do Duplo Grau de Jurisdição e o exercício dessa garantia.

Outro ponto de grande relevância defendido pelo Ministro, consiste em afirmar que o entendimento adotado pelo STF no HC 84.078/MG “contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade” (BARROSO, 2016, p 34).

Tal sensação é gerada em razão da:

[...] necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva¹⁸ ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados. (BARROSO, 2016, p. 34, grifo nosso)

Diante dos argumentos expedidos, concluiu o Ministro sob o primeiro aspecto jurídico mencionado que:

[...] tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional. (BARROSO, 2016, p. 34, grifo nosso).

¹⁸ De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-eimprobidade-em-2012>>. Acesso em: 20 out. 2017

Ademais, assim como o Ministro Edson Fachin que pontuou acerca da necessidade de harmonizar os princípios, entende o Ministro Barroso que:

[...] Os direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. (BARROSO, 2016, p. 37-38, grifo nosso)

Mister destacar que, a fim de demonstrar seu ponto de vista, muito bem ressaltou o ministro que o princípio da presunção de não culpabilidade tanto não é regra que se admite a prisão cautelar, conforme previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP)¹⁹.

Portanto, muito bem assevera o Ministro Barroso (2016, p. 40) que conferir eficácia a Lei Penal não implica ferir o princípio da presunção de não culpabilidade, mas sim compreender outras garantias previstas na Constituição, precisamente no artigo 5º, *caput* da CRFB/88, tais como o direito à vida, à segurança e à propriedade²⁰.

Dar efetividade a lei penal implica dizer, ainda, que busca o Estado prevenir e tutelar bens jurídicos, dos quais destaca-se a vida, dignidade humana, integridade física e moral.

Assim sendo, ilustra o Ministro a necessidade de ponderar a presunção de não culpabilidade de modo que esta:

[...] adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. (BARROSO, 2016, p. 41)

¹⁹ 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.” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Encerrados os fundamentos de cunho jurídico, deu-se início a argumentação a respeito dos fundamentos pragmáticos. Na oportunidade, o Ministro defende a relativização do princípio e consequente efetividade da lei penal, por entender que:

[...] a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Atualmente, como já demonstrado, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. [...] A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução [...] Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores. (BARROSO, 2016, p, 52, grifo nosso).

Isto posto, diante dos fundamentos que justifiquem seu posicionamento, o Ministro Barroso defende que elidir a possibilidade protelar o início da execução penal àquele que aguarda o trânsito em julgado do REsp e do RE, em liberdade, permite a quebra do paradigma da impunidade, coibindo a seletividade e restaurando o sentimento social de eficácia da lei penal.

5.2.3 Dos votos do Ministro Luiz Fux e da Ministra Cármen Lúcia frente ao entendimento do Relator

O Ministro Luiz Fux iniciou seu voto trazendo uma reflexão sobre o caminho percorrido pelo réu, até que o RE seja apreciado pela Suprema Corte. Na ocasião, destacou que “se esse agente perpassa por todas as esferas do Judiciário, positivamente, é impossível que ele chegue, aqui, ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de presumido inocente.” (FUX, 2016, p. 58).

Destacou, ainda, assim como os Ministros Zawaski, Fachin e Barroso que, tendo em vista que não há reexame de matéria fático-probatória, não há violação ao permitir a execução provisória da pena.

Por fim, buscando ser breve e a fim de não ser repetitivo tendo em vista os argumentos expedidos pelo demais Ministros, concluiu que a presunção de inocência “[...] cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente,

máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.” (FUX, 2016, p. 60)

Já a Ministra Carmén Lúcia Antunes Rocha, visando manter a coerência de seu voto, quando vencido no HC 84.078/MG, destacou, como naquela ocasião, que não identifica a execução provisória da pena como uma afronta ao princípio da presunção de inocência.

Entende a Ministra que:

[...] a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. (ROCHA, 2016, p. 61, grifo nosso).

Ademais, destacou a Ministra o teor da súmula nº 279 do STF²¹, o qual não permite revisão de provas no Egrégio Tribunal.

Por tais razões, entendendo que “a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação” (ROCHA, 2016, p. 62), acompanhou, sem ressalvas, o voto do relator.

5.2.4 Do voto do Ministro Gilmar Mendes frente ao entendimento do Relator

O Ministro Gilmar Mendes iniciou seus argumentos recordando que quando da apreciação do HC 84.078/MG, acompanhou o relator, Ministro Eros Grau, por entender que a execução provisória da pena era incompatível com o ordenamento pátrio, eis que em sua concepção feria preceitos constitucionais.

Contudo, diante do reexame da matéria, entendeu por ser coerente acompanhar o voto do relator Ministro Teori Zavascki no HC em questão.

O Ministro Mendes (2016, p. 64) destacou como é corriqueiro, após decretação da prisão provisória, a concessão de ordem de um *habeas corpus* que, embora trate de um remédio constitucional, acaba por obstar a execução futura, em virtude de diversas lacunas presente em nosso sistema.

²¹ Supremo Tribunal Federal. Súmula n 279 – Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Para melhor ilustrar seus argumentos, destacou o Ministro exemplos de crimes cometidos no país de grande repercussão como o “ocorrido em Unaí, dos auditores fiscais do trabalho, em que o assim reconhecido mandante foi condenado a cem anos de prisão e livra-se, solto, vai para casa em seguida.” (MENDES, 2016, p. 65).

Acompanhando seus argumentos, destacou, ainda, que a Suprema Corte não consegue atender aos anseios sociais devido a:

[...] multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediente do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. [...] simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. [...] essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade. (MENDES, 2016, p. 65, grifo nosso)

Nesse diapasão, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha após concessão de aparte pelo Ministro Mendes, salientou que:

A Justiça que tarda falha, é claro, mas, em alguns casos, a Justiça que tarda na sua execução deixa de poder ser prestada. De uma forma simples, dou um exemplo, que é esse trabalho que faço, de homicídios praticados contra mulheres e um júri ocorrido dezesseis anos depois. Quer dizer, a pessoa não é presa. Ela já formou outra família, o homem. A criança que tinha oito anos viu isso, dezesseis anos depois, aos 24, nem entende mais o que está acontecendo. E quem é do interior - e o Brasil mora muito no interior -, sabe que as famílias são inimigas. Então, criou-se uma situação social em que aplica-se a lei, mas a ideia de justiça acabou, simplesmente acabou. (ROCHA, 2016, p. 66, grifos nosso).

Com relação aos recursos admitidos pelo Supremo Tribunal, pontuou o Ministro Mendes (2016, p. 71) que:

O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos pela falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que cabível, demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito. (grifo nosso).

Isso implica dizer que, mesmo que se trate de recurso sem o preenchimento dos requisitos que o tornam admissíveis pela Corte, aquele RE rejeitado, pode atingir a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Por tal circunstância, o Ministro Mendes (2016, p. 71) afirmou que deve-se “reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas.”

Certo é que, a impossibilidade de se ter celeridade das demandas processuais penais, acabam por obstar a pretensão punitiva, eis que o RE tem efeito meramente devolutivo.

Ademais, ainda em seu voto, o Ministro Mendes (2016, p. 74) destacou a gravidade dos dados apontados pelo CNJ, o qual apurou que no Brasil ocorre prescrição da pretensão punitiva nos crimes de Homicídio fato que “[...] seria impensável, porque nós estamos falando da prescrição *longi temporis*, a mais ampla que se pode imaginar”.

Por fim, ressalva o Ministro que, à época do HC 84.078/MG, quisera ele e demais Ministros tivessem

[...] a compreensão, por exemplo, que têm os alemães em relação à possibilidade da prisão preventiva, mesmo antes do trânsito em julgado, nós teríamos um argumento satisfatório, quer dizer, com base na garantia da ordem pública [...] o entendimento que nós temos hoje, aqui, é que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública. (MENDES, 2016, p. 75).

Com isso, muito embora tenho o Ministro Mendes, em momento oportuno, ido contra o reconhecimento da possibilidade da execução provisória da pena, este elencou motivos, mais que suficientes, para resguardar a mudança do seu entendimento, bem como a necessidade de não conferir caráter absoluto ao princípio da presunção de inocência, uma vez esgotado o duplo grau de jurisdição.

5.3 Dos votos contrários ao proferido pelo Relator do HC 126.292/SP

Não há dúvidas de que o referido entendimento do STF encontra respaldo social, vez que a grande maioria da população, que chocada com os efeitos maléficos dos crimes políticos, ainda sofre com o sentimento de impunidade,

Por outro lado, não podemos deixar de citar os transtornos que poderão ser causados com a superlotação carcerária e pleitos de indenização que poderão vir a ser formulados, na hipótese dos Tribunais superiores modificarem o julgado condenatório.

Diante disso, de forma sucinta, serão, a partir de agora, apontados os motivos apresentados pelos Ministros que se manifestaram de forma contrária ao voto do relator e dos demais que o acompanharam em seu entendimento.

A primeira a divergir do voto do Relator, foi a Ministra Rosa Weber. Na ocasião, embora tenha reconhecido as preocupações emanadas pelos que denegaram ordem ao *Habeas Corpus*, bem como gravidade de não dar eficácia ao Direito Penal destacadas pelo Relator, entendeu ser mais coerente a manutenção do entendimento adotado após o HC 84.078/MG.

Para justificar os motivos que a levaram a divergir, pontuou a Ministra Weber (2016, p. 55) que “o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado.”

Embora tenha adotado o entendimento pela manutenção da Jurisprudência, salientou que “nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem.” (WEBER, 2016, p. 55).

Com a palavra, o Ministro Marco Aurélio de Mello, segundo a divergir, iniciou seu voto fazendo as seguintes ponderações:

Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional. Reconheço que a época é de crise. Crise maior. (MELLO, 2016, p. 76, grifo nosso)

No entanto, para o Ministro Mello (2016, p. 76), tendo em vista o cenário que se instaurou “é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.”

Em continuidade, sustentou o Ministro Mello (2016, p. 78) que “a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo.”

Em sua perspectiva, alertou o Ministro que a mudança de entendimento do Supremo possibilitará “colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado.” (MELLO, 2016, p. 78)

O Ministro José Celso de Mello Filho (2016, p. 80), terceiro a divergir, iniciou seu voto afirmando que “a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.”

Em sua concepção, a Constituição da República promulgada e destinada a “[...] reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder” (MELLO FILHO, 2016, p. 83).

Com base nos argumentos mencionados, entende o Ministro Mello Filho (2016, p. 84):

[...] que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, 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.

Outrossim, em relação ao posicionamento adotado em demais cortes, ressaltou:

[...] que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. (MELLO FILHO, 2016, p. 88).

Desta feita, entendendo pelo caráter absoluto do princípio, sustenta que:

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irreversível. (MELLO FILHO, 2016, p. 88).

Por fim, tem-se o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente da Suprema Corte à época e o quarto a divergir.

Na ocasião, o Ministro Lewandowski sustentou os motivos que o levaram a novamente seguir o entendimento, conforme HC 84.078/MG, que reconheceu a impossibilidade de execução antecipada da pena, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Dentre os argumentos, sustentou o Ministro Lewandowski (2016, p. 98) que “[...] o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional.”, motivo pelo qual, acredita que tal medida vá facilitar o ingresso no falido e fatídico sistema prisional.

Neste diapasão, destacou que há “hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia.” (LEWANDOWSKI, 2016, p. 101).

Ressaltou também como os bens jurídicos patrimoniais tutelados pelo Código Penal, tem penas relativamente superiores aos crimes cometidos contra a pessoa, salvo raras exceções, ao passo que “no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade.” (LEWANDOWSKI, 2016, p. 99).

Diante do exposto, têm-se por encerrados os argumentos expedidos pelos Ministros que divergiram do entendimento adotado pelo Relator Ministro Zavascki, por reconhecerem ser mais prudente a manutenção do entendimento referendado no HC 84.078/MG.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, certamente é o ápice da democracia na história brasileira, tendo em vista o grande acervo de garantias, direitos e deveres conferidos ao cidadão que, até pouco, vivera um longo período ditatorial.

No ordenamento pátrio foi positivado o princípio da presunção de não culpabilidade, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, que resguarda a presunção de inocência, determinando que compete ao Estado o dever de provar a culpa daquele que será julgado.

O constituinte originário, na ocasião, diferente do texto inscrito no Pacto de San José da Costa Rica, inseriu no ordenamento, como marco para o fim da presunção de não culpabilidade, o trânsito em julgado da sentença. Contudo, tal entendimento, além de estar em desarmonia com demais princípios, não se demonstra adequado e eficaz

Diante disso, o intuito do presente trabalho foi demonstrar que, findo o recurso na via ordinária, a execução antecipada da pena não fere a Constituição, pois não mais se discute a matéria fático-probatória, conjunto responsável por demonstrar a culpa do réu.

Em relação aos demais recursos, a Constituição Brasileira prevê que somente caberá a interposição de REsp e RE quando discutir matérias de âmbito federal e constitucional, desde que haja repercussão geral da matéria julgada, devendo, assim, o recorrente demonstrar relevância jurídica, política, social ou econômica da questão em deslinde.

Isso implica dizer que, além de não ser cabível reexame do mérito, no bojo dos recursos extraordinário e especial, estes também não têm por função analisar justiça ou injustiça de sentenças no caso concreto, tendo em vista a limitação constitucional prevista, sua excepcionalidade e seu caráter meramente devolutivo.

Desta feita, não havendo suspensão do processo, a pretensão punitiva do Estado estará sujeita à prescrição, eis há notória incompatibilidade do número de assentos na corte frente a alta demanda processual.

Por conseguinte, a prescrição obsta a efetividade da Lei Penal e tutela dos bens jurídicos por ela protegidos, bem como fomenta o descrédito no judiciário, demonstrando fragilidade da Lei em sua função prima que é coibir a prática de delitos.

Neste diapasão, denota-se que diversos são os recursos especiais e extraordinários de cunho meramente protelatório que, ainda que ineptos por não preencherem os requisitos previstos nos art. 102 e 105 CF/88, permanecerão por anos na corte e estarão sujeitos a prescrição da pretensão punitiva.

Dessa forma, constatou-se que a leitura do princípio em discussão exercido de forma isolada não é coerente, eis que deve ser realizada em harmonia com demais normas previstas no ordenamento pátrio, de forma contextualizada, para que não ofusque a eficácia de demais institutos igualmente basilares.

Assim, não há coerência em se conferir caráter absoluto ao Princípio da presunção de não culpabilidade, eis que entender isso com regra implica em conferir a aplicação da Lei Penal de forma seletiva, já que no Brasil poucos são aqueles que tem defesa técnica eficaz para a interposição de recursos e embargos sob embargos, visando furtar a execução da pena.

Isso posto, justificável reconhecer o caráter relativo e defendido pela maioria dos Ministros da Corte, do princípio da presunção da inocência, que tende a coibir recursos de cunho protelatórios, bem como punir aquele que comete delitos, sem que sua condição econômica ou posição social sejam relevantes.

Ademais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal resguarda a execução antecipada da pena, somente após condenação em segunda instância, assegura ao acusado, enquanto possível discutir matéria fático-probatória, ser presumidamente inocente.

Dessa maneira, esgotado os recursos na via ordinária, não há que se falar em presunção de inocência, ao passo que essa foi devidamente apreciada e com o acórdão condenatório, comprovada após reexame do mérito.

Relevante destacar, ainda, que em caso de flagrante violação a direito, é possível impetrar *habeas corpus*, entre outras medidas cautelares, a fim de amparar o condenado, visando resguardar sua liberdade. Tais medidas conferem, ainda, efeito suspensivo a execução da pena, sem que, para isso, deixe o Estado de exercer o seu direito de punir aquele que está inclinado a práticas ilícitas, demonstrando que a Lei é aplicável a todos.

Noutro giro, há de se destacar que, o sistema carcerário brasileiro, de fato, está falido, mas isso não é motivo para entender que não se deva proteger os bens

jurídicos tutelados pelo ordenamento penal, bem como os direitos fundamentais nele previstos.

A falência do sistema carcerário não decorre da possibilidade de executar provisoriamente o condenado, mas sim da ausência de aparato estatal para proporcionar estrutura digna ao reeducando.

É necessário que a prestação jurisdicional seja efetivada em tempo hábil a fim de dar respostas a sociedade, sem que, para isso, a aplicação penal perca sua finalidade.

Porém, necessário também, a fim de garantir o acesso ao duplo grau de jurisdição a sociedade marginalizada, que o Estado dê a Defensoria Pública recursos para prover uma atuação mais eficaz, além de incentivar o exercício da advocacia dativa, desacreditada com efetivação dos pagamentos de honorários de responsabilidade do Estado.

Diante de todo o exposto, conclui-se que, ao reinterpretar a norma prevista no artigo 5º, LVII, o STF resguarda a efetividade da pretensão punitiva do Estado, sem que, para isso, deixe de prestar ao condenado o direito de ser presumidamente inocente possibilitando que, enquanto for possível a prestação jurisdicional, a fim de discutir matéria fático-probatório, possa recorrer em liberdade, sendo que em caso de dano ao réu, caiba utilizar-se de medidas cautelares adequadas que visem mitigar injustiças e excessos do juízo condenatório.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. 2. ed. São Paulo. Editora Método, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC126.292/SP*, Relator Min. Teori ZWawski, 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, *HC 84078*, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 5 fev. 2009, DJe-035 publicado em 26/02/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, *HC 68796*, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 28 ago.1991, DJ-26-11-1992. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751798/habeas-corpus-hc-68726-df>> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, *HC 85886*, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 6 set. 2005, DJ 28-10-2005 PP-00061. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354366>> Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, *HC 91675*, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15 jun. 2007, DJ-22-06-2007 – PP- 00078. Inteiro teor disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499432>> Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC 313.021 - SP (2014/0343909-3)*. Relator: Min. Gurgel de Faria. Impetrante: Maria Claudia de Seixas e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?processo=313021.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2#DOC2>> Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 mar. 1824. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 out. 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 out. 2017.

_____. Lei de Execução Penal nº7.210, promulgado em 11 jul. 1984, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em: 26 out. 2017.

_____. Decreto-Lei 3.689, promulgado em 03 out. 1941, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferrar. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, v. Único, 4.ed. Salvador, BA. Editora Juspodvim. 2016

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estada. *Execução Penal: Teoria Crítica*. 2 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2016.