

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

RODRIGO SILVA E SOUSA

**O EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO NOS TRINUNAIS SUPERIORES ANTE A
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Juiz de Fora

2019

RODRIGO SILVA E SOUSA¹

O EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO NOS TRINUNAIS SUPERIORES ANTE A
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, na área de processo constitucional-penal, sob a orientação da Prof. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli.

Juiz de Fora

2019

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

RESUMO:

O presente trabalho acadêmico tem por desiderato a análise das questões fáticas-probatórias nos recursos “extraordinários”, e a partir desta, verificar as suas implicações sob a discussão da garantia da presunção de inocência e da execução provisória da pena. Para tanto, precipuamente, há uma explanação acerca do princípio posto em discussão e de sua extensão sob a ótica decisória do Tribunais Superiores. Ademais, há o exame da sistemática recursal nas cortes de vértice brasileiras e do modo sob como são analisados os fatos e as provas nestes recursos, tendo por plano de fundo a tese acerca da diferenciação da análise quando do juízo de admissibilidade e do juízo de mérito, bem como a distinção entre reexame e valoração das provas nestes recursos. Desse modo, diante de tais conceitos, busca rebater o argumento falacioso utilizado pelos Tribunais, que a seu modo, possibilitam a execução provisória da pena imposta após o julgamento em segunda instância, ancorados na justificativa na ausência de análise de fatos ou provas após esta decisão.

PALAVRAS-CHAVE: presunção de inocência; execução provisória; questões de fato; questões de direito; provas.

ABSTRACT:

The present academic work aims to analyze the factual-probative issues in the "extraordinary" appeals, and from this, verify their implications under the discussion of guaranteeing the presumption of innocence and the provisional execution of the penalty. Therefore, precipitously, there is an explanation about the principle under discussion and its extension under the decision-making perspective of the Superior Courts. In addition, there is an examination of the appellate system in the Brazilian apex courts and the manner in which the facts and evidence in these appeals are analyzed, with the thesis about the differentiation of the analysis in the admissibility and the merits judgments as background. , as well as the distinction between review and valuation of evidence in these resources. Thus, in the face of such concepts, it seeks to counteract the fallacious argument used by the Courts, which, in their own way, allow the provisional execution of the sentence imposed after the trial in the second instance, based on the justification in the absence of analysis of facts or evidence after this decision.

KEYWORDS: presumption of innocence; provisional execution; questions of fact; questions of law; evidences.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. OS CONTORNOS DA PROBLEMÁTICA ENFRENTADA. 2.1. A garantia da presunção de inocência. 2.2. A execução provisória da pena. 3. AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPERIORES NA DINÂMICA PROCESSUAL BRASILEIRA. 4. A DICOTOMIA ENTRE “QUESTÕES DE FATO” E “QUESTÕES DE DIREITO”. 5. A ANÁLISE DOS FATOS NOS RECURSOS “EXTRAORDINÁRIOS”. 5.1. As facetas da presunção de inocência. 5.2. O juízo de admissibilidade dos recursos nas Cortes de vértice. 5.3. O reexame dos fatos e a valoração das provas. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. Introdução

A questão mais polêmica da quadra processual penal brasileira atual diz respeito à discussão acerca da possibilidade da execução provisória da pena após o juízo condenatório proferido pelos Tribunais de segundo grau.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal até tempo bastante recente era pela sua possibilidade, razão pela qual, os tribunais de segundo grau estavam procedendo à execução da pena após esta condenação, ainda que pendente o julgamento de recursos perante as Cortes de vértice brasileiras. O Tribunal Regional Federal da 4ª região, inclusive, possui entendimento sumulado nesse sentido.²

Tal entendimento foi firmado no dia 17 de fevereiro de 2016 no bojo do julgamento do HC 126.292/SP³, por meio de uma virada jurisprudencial que modificou o anterior posicionamento que vigorava desde 2009 por meio das decisões do plenário do STF no HC 84.078/MG⁴ e no HC 83.868⁵.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão muito recente, no seio das ADC's 43, 44 e 54, entendeu pela declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, e por consequência, pela legitimidade da execução da pena somente após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

O argumento técnico-jurídico mais invocado para o entendimento alavancado em 2016, que possibilitava a execução provisória, trata-se da alegação de que não

² Súmula 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário."

³ STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. 17.02.2016, m.v.

⁴ STF, HC 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. 05.02.2009, m.v.

⁵ STF, HC 83.868, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 16.04.2009, m.v.

mais se analisam fatos ou provas nos recursos “extraordinários”, e tão somente, se controla a legalidade e a constitucionalidade de tais condenações.

Ocorre, entretanto, que este argumento é falacioso e incompleto, sendo este, portanto, o objeto do presente artigo. Isso porque a garantia da presunção de inocência, vista sob a ótica da regra de tratamento, determina que todo indivíduo deve ser tratado pelo Estado como inocente até o final de todo o processo, motivo pelo qual, este não pode vir a ser preso antes de tal momento, exceto por motivações cautelares, independente do modo de como é analisado o recurso.

Ademais, o estudo procurará demonstrar que, ainda que se enxergue a garantia apenas como uma regra de julgamento, em sede do juízo de mérito dos recursos de sobreposição, inevitavelmente haverá análise de fatos e valoração de provas, ante as funções das Cortes Superiores brasileiras, sobretudo, a sua natureza de Corte de revisão.

Por fim, interessante mencionar que a Constituição é clara ao traçar o trânsito em julgado, que se consubstancia na imutabilidade de uma decisão e, portanto, na ausência de qualquer recurso cabível sobre ela, para a definitiva culpabilidade do sujeito e a execução de sua pena.

2. Os contornos da problemática enfrentada

2.1 A garantia da presunção de inocência

A presunção de inocência consubstancia-se em garantia protegida em diversos diplomas internacionais de direitos humanos, dentre eles, codificações que foram recepcionadas pelo Brasil, sob o caráter de norma supralegal, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.

Destacam-se, neste particular, as disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, referenciada pela Organização dos Estados Americanos, realizado em San José da Costa Rica.⁶

⁶ “Art. 14.2 Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.”

Nessa toada, o constituinte originário brasileiro optou politicamente, no ano de 1988, por positivar tal garantia no Texto Maior brasileiro, de forma ainda a revestir tal princípio de relevância jurídica essencial ao processo penal brasileiro a ponto de ser protegido por cláusula pétrea.⁷

Em rigor, o legislador constituinte originário não conceituou propriamente ou fez constar a expressão “presunção de inocência”, mas optou por estabelecer uma presunção de não-culpabilidade. Entretanto, a maioria dos autores brasileiros não reconhecem uma diferença substancial entre tais expressões, na medida em que ambas tratam da mesma ideia e de um mesmo conteúdo, sendo variável apenas os termos utilizados.⁸ Em síntese, o Estado só pode tratar o indivíduo como culpado e, portanto, considerá-lo não inocente, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dessa maneira, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento, bem como das disposições internacionais assumidas pelo Brasil, pode-se inferir que todos os cidadãos brasileiros que respondem algum processo criminal, devem ser tratados como inocentes até a confirmação de sua culpabilidade. Nesse sentido, por disposição expressa da Constituição Federal, a nota de culpa só é alcançada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A garantia da presunção de inocência é tida, então, como o princípio que denota a posição do acusado perante o Estado no seio do processo. Nessa medida, o indivíduo é considerado como sujeito de direito perante a Justiça Criminal, derivando de tal fato, a ideia de que assim deve ser tratado durante todas as instâncias.⁹

“Art. 8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa.”

⁷ “Art. 5.º ... LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸ “Destarte, ainda podemos argumentar que não há diferença semântica ou de conteúdo entre presunção de inocência ou de “estado de não culpabilidade”. Como diz Maier: ‘presumir inocente’, ‘reputar inocente’ ou ‘não considerar culpável’, significa exatamente o mesmo. Não há diversidade de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo.” JUNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, cit, p.11.

⁹ Nesse sentido: “O acusado, presumido inocente, é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade”. JUNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, cit, p.7.

O princípio da presunção de inocência, portanto, é noção basilar do processo penal brasileiro, sendo inclusive, pressuposto da existência de um devido processo legal substancial e da proteção de diversas outras garantias dispostas no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, a primeira derivação de tal garantia é que esta deve ser vista como um princípio político do cidadão, na medida em que só é possível considerar um processo penal democrático amparado pelo Estado de Direito, se esta garantia é preservada. Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró¹⁰ explicam sobre o tema:

O processo, em particular o processo penal é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não se adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência que é, nas palavras de PISANI, um *'presupposto implícito e peculiare del processo accusatorio penale'*. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, a própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e de sua autoria.

Além de tal valoração inestimável da presunção de inocência como princípio político, decorre de tal garantia dois outros vetores, estes técnicos-jurídicos, quais sejam: a garantia como regra probatória e de julgamento e como regra de tratamento.

No que concerne à regra de julgamento, tal princípio impõe ao julgador a solução a ser adotada na superveniência de qualquer dúvida sobre fatos relacionados à imputação: deve então, nestes casos, decidir em prol da manutenção da situação de inocência do acusado. E isso por uma razão básica: a dúvida deve ser compreendida no sentido de não ter o órgão acusatório se desincumbido de seu ônus probatório, de modo a afastar a presunção constitucional de inocência. Nessa medida, outra consequência da garantia da presunção de inocência trata-se da regra probatória, pela qual, cabe a acusação a carga probatória de demonstrar a culpa do réu, uma vez que sendo o acusado considerado inocente no decorrer do processo, não deve suportar qualquer encargo no sentido de provar esta condição.

Nessa toada, não existindo comprovação suficiente acerca dos fatos analisados durante o desenvolver processual, deve este absolver o indivíduo e manter

¹⁰ JUNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. Presunção de inocência: *Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, 2016. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_D_o_concei.pdf. Acesso em 20 de out. de 2019.

a sua condição de inocente perante a lei. Noutra giro, o acusado só pode vir a ser condenado caso exista prova além de qualquer dúvida razoável sob pena de violação da garantia, ora, analisada.

Por fim, a última consequência prática diz respeito à regra de tratamento do acusado. Neste particular, o indivíduo deve ser tratado pelo Estado e, mais especificamente, por todos os atores processuais, durante todo o processo, como inocente até que seja comprovada efetivamente a sua culpa.

Esta extensão da garantia da presunção de inocência está intimamente ligada com a problemática da prisão antecipada, uma vez que, não sendo declarada a culpa efetiva do acusado, este não pode ser recolhido ao sistema penitenciário para o início do cumprimento provisória de sua pena, em razão de um simples e essencial motivo: até o momento final do processo acusatório, este deve ser tratado como inocente, não existindo qualquer fundamento razoável, inclusive no tocante aos aspectos fáticos-probatórios dos recursos de sobreposição, para o início do cumprimento da pena.

Por fim, necessário mencionar que a presunção de inocência não gera qualquer influência no tocante as prisões cautelares. Isso porque, estas prisões não se baseiam em qualquer atestado de culpa do réu, existindo apenas com o fito de garantir a ordem pública ou a devida instrução processual. É por isso que são provisórias e podem ser revogadas a qualquer tempo, caso não subsistam mais os motivos que levaram a sua decretação.

2.2 A execução provisória da pena

Ocorre, entretanto, que no âmbito do julgamento do HC 126.292/SP¹¹, analisado no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal entendeu por relativizar o princípio da presunção de inocência de forma a permitir que após a decisão condenatória proferida em segunda instância, o réu comece a cumprir a pena privativa de liberdade, de forma provisória. Nesses termos, houve, portanto, um regresso ao entendimento anterior do Tribunal, que vigorou entre 1988 e 2009.

Registra-se, novamente, que a decisão supra não se relaciona com as medidas cautelares que envolvem a prisão provisória do acusado, na medida em que estas não

¹¹ STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. 17.02.2016.

atestam a culpa do réu, mas tão somente, possibilitam o encarceramento do processado durante o desenvolvimento do processo por razões cautelares de asseguramento da ordem pública, econômica e da devida instrução processual.

Nesse sentido, no ano de 2016, o Tribunal entendeu por modificar a jurisprudência formada desde o ano de 2009¹², pela qual o plenário havia entendido pela inconstitucionalidade da aplicação da execução provisória da pena em virtude da violação da garantia da presunção de inocência.

Os argumentos elencados pela maioria dos ministros para tal guinada jurisprudencial foram diversos. Pode-se destacar como principais os seguintes: (i) disposições de direito estrangeiro; (ii) a crítica ao apego à literalidade; (iii) estrutura dos recursos; (iv) a cisão entre “culpa e “condenação”; (v) ocorrência de mutação constitucional; (vi) a alegação de que os recursos “extraordinários” não discutem questões fáticas, e portanto, não analisam questões probatórias.¹³

Todos os argumentos citados podem ser amplamente debatidos e criticados, em virtude da exata disposição da Constituição da República. A maioria da argumentação se limitou a colacionar à decisão questões de ordem consequencialistas, bastante comuns nas recentes decisões dos Tribunais Superiores, ante a quadra processual penal atual, na qual os fatos discutidos estão em constante evidência na mídia, de modo a construir na sociedade um desejo instintivo de punições severas, e que na maioria das vezes, ultrapassam os limites das garantias individuais e da própria finalidade da ciência processual penal.

Entretanto, o presente trabalho irá se debruçar exclusivamente acerca da motivação que, aparentemente, parece ser mais contundente em seu aspecto persuasivo, mas que, na realidade, não passa de uma grande falácia, sendo injustificável do ponto de vista técnico-jurídico. Trata-se da alegação de que nos recursos “extraordinários” não há a análise de fatos do processo-crime, e que, portanto, não existe discussão acerca das provas, de forma que a partir da segunda instância a culpa no plano fático-probatório já estaria comprovada. O seguinte trecho do relator do Habeas Corpus, Teori Zavascki, explicita bem o argumento:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem

¹² STF, HC 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. 05.02.2009.

STF, HC 83.868, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 16.04.2009.

¹³ Cf José Afonso da Silva em parecer jurídico sobre o tema: SILVA, José Afonso da. *Parecer jurídico acerca da presunção de inocência*, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em: 20.out.2019.

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. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.¹⁴

Em rigor, como se passará a demonstrar, este argumento é falacioso e incompleto, na medida em que os recursos “extraordinários”, apesar de realmente não reexaminarem os fatos, ainda assim em sede de seu julgamento repercutem no plano da valoração das provas, de modo que esta análise pode influenciar de forma direta e efetiva na culpabilidade do acusado.

¹⁴ STF, HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, j. 17.02.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 31.out.2019.

3. As funções das Cortes Superiores na dinâmica processual brasileira

Ao redor do mundo e, principalmente, durante o século XX, as Cortes de vértice passaram por inúmeras transformações. Em um primeiro momento, foram concebidas como modelos de controle de aplicação das normas jurídicas. Ou seja, possuíam o papel fundamental de, imbuídos da missão pacificadora e de ordenação do Estado, conferir efetividade e aplicação direta das normas positivadas, criadas pelo Poder Legislativo.¹⁵

Amparado pela famosa teoria tripartida de Montesquieu, o Poder Judiciário se incumbiu deste papel de realizar e controlar a devida aplicação das normas abstratas, de modo que as Cortes Superiores foram criadas para exercer uma espécie de direção geral da aplicação das normas.

Com a implementação das Federações, estas Cortes passaram ainda a possuir um papel de uniformização da interpretação das normas positivadas, na medida em que devido a autonomia dos entes federados e a existência dos tribunais estaduais, a aplicação das normas federais e constitucionais tendem a sofrer variações dentro de um mesmo território nacional. Assim, cabe ao tribunal de superposição decidir em último grau e uniformizar as eventuais divergências e discrepâncias de interpretações das normas jurídicas sobre casos fáticos semelhantes.¹⁶

Por fim, mais recentemente, tem ganhado força a ideia da criação de precedentes judiciais, no sentido de buscar concretizar efeitos maiores acerca das teses pacificadas nesses tribunais.

As três funções explanadas, quais sejam - nomofilática, uniformização de jurisprudência e a criação de precedentes - ocorrem simultaneamente por meio dos instrumentos criados no Brasil para solucionar as controvérsias constitucionais e infraconstitucionais federais, em sede, respectivamente, do Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal e do Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça.¹⁷

¹⁵ Cf: FONSECA, J.F.N. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*.2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco, São Paulo. 2010.

¹⁶ Cf: FONSECA, J.F.N. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*.2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco, São Paulo. 2010.

¹⁷ Idem.

Nessa perspectiva, pela dinâmica processual brasileira, consagrada pelos artigos 102, inciso III e 105, inciso III, ambos da Constituição da República de 1988, estas funções só podem ser exercidas caso alguma parte manifeste a vontade de recorrer mediante a inconformidade de uma decisão dos tribunais locais. Dessa maneira, essa atividade se torna dependente dos litígios individuais.

Ademais, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça possuem competência para o julgamento da causa após a admissibilidade do recurso. Nesse sentido, é inegável a importância e a influência da análise de fatos em tais julgamentos.

Na esteira dessa dependência, nota-se a importância dos casos concretos individuais perante os Tribunais Superiores, sobretudo quando ultrapassado o juízo de admissibilidade, como ainda será demonstrado, haja vista que o exame fático-probatório sofre restrições mais agudas perante o juízo inicial de análise do cabimento do recurso. Na fase do mérito e do julgamento torna-se inevitável a definição e a valoração dos fatos para a devida aplicação do Direito e o exercício das funções acima delineadas, principalmente, em matéria penal.¹⁸

Neste particular, Geraldo Prado reconhece e aponta mais uma função dos recursos extraordinários: a de “garante da democracia” frente as experiências políticas e sociais existentes antes da promulgação da Carta de 1988.

Segundo o autor, a opção do constituinte originário pelo trânsito em julgado como limite para a possibilidade da execução da pena de um cidadão está intimamente ligada com a ideia de que o Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, possui a competência e a obrigação de controlar a legalidade e a legitimidade da justiça criminal brasileira. Tudo isso, em contraponto aos abusos constantemente cometidos, anteriormente, durante a vigência do regime de exceção vivenciado pelo país na segunda metade do século XX. Nesses termos:

Por isso, a transformação operada pela Constituição de 1988 foi radical. Abusos naturalizados ao longo de décadas pelo sistema policial-judicial haveriam de ser contidos e reprimidos. O “trânsito em julgado da sentença condenatória”, fugindo à racionalidade peculiar ao processo civil, foi concebido para assegurar ao Supremo Tribunal Federal condições efetivas de exercício do controle de legalidade do sistema de justiça criminal, possibilitando ao STF examinar criteriosamente o cumprimento de regras do jogo elementares em uma

¹⁸ Cf: Simone Trento: TRENTO, Simone. *Exame fático-probatório pelo STJ e STF*, 2013. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fb3deea8bff8902a>. Acesso em: 20, out, 2019.

democracia e cruciais em um ambiente político e social civilizado para determinar a responsabilidade penal de alguém.

A proibição da prova ilícita, a separação escrupulosa do julgador na figura do acusador, a exigência de motivação das decisões penais, a criteriosa definição da competência jurisdicional, o direito ao silêncio e a garantia contra a autoincriminação compulsória, a viabilidade do duplo grau de jurisdição, são marcos claros de uma nova concepção de processo penal, instituída pela Constituição de 1988, cuja eficácia está na dependência de garantir ao STF a última palavra sobre o caso, antes por óbvio de se punir efetivamente alguém.¹⁹

Ou seja, a Corte Constitucional brasileira possui o dever de controlar e regular o andamento do processo penal brasileiro, mormente a mudança paradigmática ocorrida nessa esfera após a Constituição de 1988 em contraposição ao Código de Processo Penal Brasileiro, datado de meados do século passado.

4. A dicotomia entre “questões de fato” e “questões de direito”

“da mihi factum davo tibi ius” (dê-me os fatos que lhe darei o direito).

“iura novit cúria” (a Corte conhece o direito).

Estes famosos brocardos latinos dão a dimensão de que a cisão entre “questões de fato” e “questões de direito” possui suas origens na sistemática do direito romano-canônico²⁰, ainda que durante este período histórico não houvesse uma preocupação com a ciência do Direito, mas tão somente, com a *práxis*.

Após esta primeira diferenciação, a distinção ganhou amplitude no positivismo jurídico, modelo pelo qual, em síntese e de modo superficial ante à impossibilidade de explanação acerca do tema no presente trabalho, buscou diferenciar os juízos de fato e os juízos de valor, a fim de que o estudo do Direito fosse afirmado como uma ciência com métodos determinados e específicos, de forma a traçar como objetivo a análise dos juízos de fato em contraposição aos valores.²¹

¹⁹ Prado, Geraldo. *A presunção de inocência, o recurso extraordinário e o STF*, 2019. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/2019/10/17/a-presuncao-de-inocencia-o-recurso-extraordinario-e-o-stf/>

²⁰ Cf: NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no Tribunal do júri: Uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2019, p. 299.

²¹ Cf: ROSSI, Julio Cesar. *“Questão de fato e de direito: por que estamos presos a esse paradigma?”*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/diario-classe-questao-fato-direito-estamos-presos-paradigma>.

Nessa toada, ocorreu a preponderância da ideia da subsunção e do silogismo jurídico. Para Geraldo Ataliba²², a subsunção caracteriza-se como um fenômeno, no qual um fato se materializa e se configura rigorosamente dentro de uma hipótese legal. Essa subsunção é possível sob o ponto de vista da lógica do silogismo, que compreende um raciocínio com três proposições, a partir das quais, a terceira é vista como a conclusão das duas anteriores, denominadas premissas.

Diante desse panorama, de forma aparente, parece ser fácil a distinção entre questão de fato e questão de direito, que se entrelaçariam em uma lógica, amparada pelo silogismo, a fim de que o juiz pudesse emanar uma conclusão advinda dessas premissas.

Rodolfo de Camargo Mancuso vale-se da lógica subsuntiva para justificar a referida diferenciação e, por consequência, a limitação da análise de provas e fatos nos recursos após o segundo grau de decisão. Vejamos:

Um dos motivos porque se tem os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos excepcionais, reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (máxime a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o STF e o STJ convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de excepcionalidade, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum.²³

Entretanto, após a 2ª Guerra Mundial, de um modo geral, foi possível observar uma retomada da argumentação jurídica e da retórica, vigentes durante a Idade Média, no campo jusfilosófico, em contraposição a ideia de uma lógica matemática de subsunção silogística pura.²⁴

²² ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.62.

²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2018, p.130-131.

²⁴ “Percebe-se, como a partir da metade do século XX começa a ser questionado o cabimento da utilização de um raciocínio lógico-dedutivo para a prática e a compreensão do Direito. Considerado insuficiente, inadequado, limitado, e até mesmo perigoso para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais, o silogismo jurídico perde a sua força como método de compreensão do Direito, na progressiva medida da revalorização das concepções retóricas da atividade jurídica [...] De qualquer modo, o enfoque da reflexão jurídica passa a estar na disputa argumentativa, na observação dos problemas do caso concreto, e na necessidade de estruturação racional de um argumento para a obtenção de uma conclusão jurídica confiável – ainda que não definitivamente. A lógica jurídica é deixada de lado; em seu lugar, a tópica. (JUNIOR, Walter Guandalini. *Da subsunção à argumentação: Perspectivas do raciocínio jurídico moderno*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba. 2011, p. 157).

Nessa perspectiva, Castanheira Neves, jurista português, defende a impossibilidade de uma cisão estanque e puramente ontológica entre “questão de fato” e “questão de direito”. Isso porque, segundo ele:

"Ao considerar-se a questão-de-fato; ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-fato. Ou numa formulação bem mais expressiva: "para dizer a verdade o "puro fato" e o "puro direito" não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto"²⁵

Nesse sentido, o pesquisador português conclui:

"o direito não é elemento, mas síntese; não é premissa de validade, mas validade cumprida (...); não é *prius*, mas *posterius*; não é dado, mas solução; não ponto de partida, mas resultado; não está no princípio, mas no fim. (...) Pelo que o sem-sentido metodológico do esquema normativista-substantivo é agora uma evidência. Não é "o direito" que se distingue de "o fato", pois o direito é a síntese normativo-material em que o "facto" é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta. E se quisermos referir o direito às suas já conseguidas objectivações (as normas, as instituições, os precedentes), então há que ter em conta que só o podemos pensar juridicamente se restabelecemos aí, no seio dessas objectivações do direito constituído, aquela mesma problemática (e aquela mesma distinção) constituinte."²⁶

Miguel Reale, ao tratar da sua teoria tridimensional do Direito também segue a mesma linha da impossibilidade dessa distinção ontológica, haja vista que o fenômeno jurídico, em sua visão, deve ser entendido, de forma sintética, como a conjugação de três dimensões básicas, quais sejam, o aspecto normativo, fático e valorativo. É neste panorama que José Afonso da Silva também rejeita esta diferenciação ontológica: "Não se pode separar fato de Direito, pois este é, como vimos, objeto tridimensional, porque integrado de fato, valor e norma".²⁷

Dessa forma, nota-se que a lógica silogística pura já não é mais vista como suficiente para a caracterização do fenômeno jurídico. Isso porque, não se pode tomar

²⁵ NEVES, Antonio Castanheira. *A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista*. In: *Digesta*. v.1: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 2011, p.586.

²⁶ NEVES, Antonio Castanheira. Op. Cit.,p.587.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no Direito Processual brasileiro*. São Paulo, 1977, cit. p. 125.

fato e direito como premissas separadas, na medida em que para a constituição deste último, é inevitável a influência do primeiro. Decorre de tal constatação, a circunstância de que não é possível traçar uma divisão estanque entre “questão de fato” e “questão de direito”, ao menos, do ponto de vista ontológico.

Apesar da impossibilidade metodológica de separação, há uma diferenciação a nível técnico-processual²⁸, a fim de que se possa alcançar certos fins desejados no contexto do panorama processual, com o enfoque de que a análise do arcabouço predominantemente de fato é bastante diversa, não sendo razoável a sua revisão após o esgotamento dos recursos ordinários, sob pena de se constituir em aspecto simplesmente teleológico.²⁹

Tereza Arruda Alvim trilha este caminho pela divisão técnico-processual, de caráter prático e dogmático, com o objetivo de limitar a admissibilidade dos recursos extraordinários no que concerne a limitação de julgamento de causas que envolvam discussões sobre o que a autora denomina como questões preponderantes de fato, conforme o seguinte trecho:

Assim, no plano ontológico, devem-se admitir (tanto quanto no plano técnico-processual) graus de predominância do aspecto jurídico da questão. Ter-se-á, por exemplo, uma questão quase que exclusivamente jurídica, se o foco de atenção do raciocínio do juiz estiver situado em como deve ser entendido o texto normativo, já que estariam "resolvidos" os aspectos fáticos (= que fatos ocorreram e como ocorreram) e o mecanismo de subsunção. Estas primeiras etapas do raciocínio do aplicador da lei terão sido superadas e, agora, sua atenção se centra na exata compreensão da regra jurídica."³⁰

Diante da argumentação expendida pela impossibilidade de separação ontológica entre “questões de fato” e “questões de direito”, o presente trabalho adotará a distinção a nível técnico-procedimental para discutir a análise dos fatos nos recursos de sobreposição. Assim, adotará os termos de “questões preponderantes de fato” e

²⁸ Simone Trento citando Castanheira Neves explica: Como acentua Castanheira Neves (1995, p.495), uma tal distinção só poderia advir de um ponto de vista dogmático-jurídico, na perspectiva da qual “fato” e “direito” são conceitos cujos conteúdos encontram fundamento e critério nas intenções normativas do direito positivo. Do ponto de vista metodológico, fato e direito não prescindem um do outro, assim como o predicado não prescinde do sujeito: uma questão jurídica diz respeito sempre a uma certa questão fática (o tratamento jurídico a dispensado a determinado quadro fático) e os fatos, juridicamente falando, não têm sentido sem fazerem referência a uma questão de direito (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p.511).

²⁹ Cf: COSTA, Henrique Araujo. *Reexame de Prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/reexame-de-prova-em-recurso-especial-a-sumula-7-do-stj/capitulo-i-fato-e-direito/1-conceitos-propedeuticos/b-direito-e-norma>.

³⁰ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Omissão (...)*, p. 98 e ss.

“questões preponderantes de direito”, haja vista a artificialidade da distinção para os autores citados.

5. A análise dos fatos nos recursos “extraordinários”

5.1 As facetas da presunção de inocência

Como já explanado, a garantia da presunção de inocência pode ser observada sob dois diferentes prismas. O primeiro diz respeito a uma regra probatória e de julgamento, enquanto o segundo a uma regra de tratamento. A argumentação, sustentada pelos ministros e que ora se analisa, utilizada para possibilitar a prisão após o juízo condenatório de segundo grau restringe-se, indevidamente, apenas a análise do primeiro escopo desta garantia fundamental.

Nesse sentido, a justificativa de que não mais se examinam fatos e nem se valoram provas nos recursos de vértice atenta-se apenas com a faceta da regra de julgamento da presunção de inocência e do princípio do *in dubio pro reo*.

Entretanto, ao se analisar a garantia como regra de tratamento, esta não altera ou depende da análise de fatos e provas. Sob este plano, dessa maneira, independente da análise de fatos nos recursos supremos, o acusado ao longo do processo, deve ser tratado como inocente pelo Estado, não podendo ser equiparado a culpado antes do trânsito em julgado da decisão, motivo pelo qual, devem ser vedadas as prisões antecipadas automáticas ou obrigatórias.

Ademais, ainda que se discuta a garantia apenas sob a faceta de regra de julgamento, como se limitam os defensores da execução antecipada, o raciocínio jurídico ainda permanece equivocado diante da questão problemática da admissibilidade dos recursos e da diferenciação entre reexame e valoração das provas.

5.2 O juízo de admissibilidade dos recursos nas Cortes de vértice

Os Tribunais Superiores brasileiros, portanto, adotam uma distinção a nível dogmático procedimental de “fato” e “direito”, tendo por base a normatização exposta no direito positivo, com o fito de restringir os recursos “extraordinários”.

A motivação está ligada ao argumento de que um erro sobre um ponto predominantemente jurídico é muito mais grave, de forma que deve ser revisto pelas cortes de sobreposição, sob pena de perpetuação da injustiça a outros casos semelhantes. Já o erro sobre questões predominantemente de fatos, atingiria apenas as partes envolvidas na demanda.³¹ Ademais, tal diferenciação deriva da circunstância de que compete a cada uma dessas cortes realizar a melhor interpretação – e o seu consequente controle – da aplicação de leis federais e das normas constitucionais realizado pelos tribunais inferiores.

Nessa medida, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem entendimentos sumulados no sentido de que os recursos contra decisão de tribunais locais, que intentem reexaminar somente questões predominantemente fáticas, não devem ser admitidos. É o teor das súmulas 279 do Supremo Tribunal Federal e 7 do Superior Tribunal de Justiça.³²

Nesse quesito, necessário se faz reconhecer a distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito. As Cortes de vértice brasileiras possuem uma limitação, quanto aos recursos com fundamento exclusivo na análise de fatos, no que concerne a admissão dos recursos “extraordinários”. Entretanto, a Constituição Federal estabeleceu que após a realização do juízo de prévio de cabimento e sua aprovação, os Tribunais passam a ter um papel de Corte de revisão, na medida em que passam a ser competentes para o julgamento do litígio individual, sem a exigência de que os autos retornem ao juízo de origem, salvo quando há algum erro no procedimento.³³ Sobre o tema, Simone Trento explica:

E a compatibilização entre o disposto nos verbetes 279 e 456 da Súmula do Supremo só pode ser feita entendendo-se suas previsões

³¹ Cf: FONSECA, J.F.N. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*.2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco, São Paulo. 2010.

³² Súmula 279, STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” Súmula 7, STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

³³ Assim dispões a súmula 456 do STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

da seguinte forma: o pleito puro e simples de reexame da prova coligada aos autos não é hipótese para cabimento do recurso extraordinário (enunciado 279), mas, uma vez admitido o recurso extraordinário (porque verificada uma das hipóteses de seu cabimento, conforme previsto do art. 101, III, da Constituição de 1946, então vigente), então o Supremo Tribunal aprecia o mérito do recurso, decidindo o caso concreto submetido à jurisdição (seja para fim de manter a decisão das instâncias ordinárias, mas a substituindo de qualquer forma, seja para entregar ao jurisdicionado resposta diversa daquela que havia sido recebido das instâncias ordinárias, com o provimento do recurso e apreciação do caso concreto como um todo).³⁴

No mesmo sentido, Castanheira Neves, ao se referir a sistemática portuguesa, semelhante ao procedimento brasileiro, afirma:

“E daí o único critério válido: admitido o recurso por um fundamento legal previsto, o S.T, como tribunal de ‘revista’, conhecerá da causa até onde o exija a conexão problemática das questões, desde que lhe o permitam os poderes processuais de que pode dispor.”³⁵

Ou seja, após o juízo de admissibilidade, o caso como um todo é julgado pelos Tribunais Superiores. Sendo assim não há razão ou fundamento jurídico sustentável para que o acusado comece a cumprir antecipadamente sua pena, enquanto aguarda o julgamento do recurso, já admitido pela Corte, na medida em que esta, para a decisão acerca das questões constitucionais ou infraconstitucionais federais, terá que, inevitavelmente, passar pelos fatos e especificidades do caso concreto.³⁶

³⁴ Simone Trento: TRENTO, Simone. *Exame fático-probatório pelo STJ e STF*, 2013, cit. p.10. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fb3deea8bff8902a>. Acesso em: 20, out, 2019.

³⁵ *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, 2 vols., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, cit. p.528

³⁶ Nesse sentido, João Francisco Naves da Fonseca: “Mas, se por um lado, os escopos institucionais do recurso em sentido estrito e o próprio texto constitucional restringem o cabimento de tais recursos à matéria, por outro, eles também impõe o rejuízo da causa, após a superação do prévio juízo de admissibilidade, inclusive obviamente com exame de matéria fática. É que ao determinar, o julgamento da causa subjacente aos recursos extraordinário e especial admitidos (art. 102, III e art. 105, III, respectivamente), a Constituição confere ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça natureza de cortes de revisão. Uma das consequências dessa importante característica é a seguinte: inobstante as funções nomofilática e uniformizadora predominarem no juízo de admissibilidade recursal, superado este juízo, o tribunal deve voltar sua atenção também para a administração da justiça no caso concreto, que é outro fundamental escopo dos recursos extraordinário e especial. Nesta etapa de julgamento, o tribunal pode até examinar, - o que é diferente de reexaminar -, questões de fato ainda não decidida, desde que respeite alguns limites. (FONSECA, J.F.N. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial.2010*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco, São Paulo. 2010.

5.3 O reexame dos fatos e a valoração das provas

É fato então, que no julgamento do mérito, propriamente dito, a análise acerca das particularidades do caso concreto é muito mais ampla. Isso porque, há uma distinção entre o que se denomina de “valoração da prova”, admitida nos recursos “extraordinários”, em contraponto ao simples “reexame de prova”, que como já demonstrado, serve ao juízo prévio de admissibilidade para a sua rejeição.³⁷

Nesse sentido, ainda que todas as questões predominantemente fáticas já se mostrem incontroversas diante do julgamento nos graus inferiores, as Cortes de sobreposição podem reenquadrar juridicamente estes fatos e valorar as provas deles advindas, razão pela qual, o juízo de revisão desses tribunais pode influenciar de forma substantiva e efetiva no juízo de culpabilidade do acusado, seja para absolvê-lo, reduzir o *quantum* de pena ou ainda modificar o regime fixado pelo tribunal local de segundo grau, em virtude de entendimento diverso acerca da aplicação da legislação ou ainda do valor das provas para a decisão definitiva.

As seguintes decisões dos tribunais expõem este entendimento:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DESCLASSIFICAÇÃO, NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, DO CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA (ART. 180, §§ 1º e 2º, DO CP) PARA O DELITO DE RECEPÇÃO SIMPLES (ART. 180, CAPUT, DO CP). ENTENDIMENTO REFORMADO PELO E. STJ NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS NA VIA EXTRAORDINÁRIA. INOCORRÊNCIA. NOVA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. ORDEM DENEGADA. 1. O exame da prova distingue-se do critério de valoração da prova. O primeiro (o exame da prova) versa sobre mera questão de fato; o segundo (valoração), ao revés, sobre questão de direito. Precedentes: RE 99.590, Relator o Ministro Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 2. Os recursos de natureza extraordinária são examinados a partir do quadro fático delineado soberanamente pelo tribunal a quo na apreciação do recurso de ampla cognição, como é, por excelência, a apelação. (RE 469632/PA, rel. Min. Marco Aurélio, j. 2/12/2008, 1ª Turma; AI 147120 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/05/1993, 2ª Turma). 3. No caso sub judice, o STJ não alterou o panorama fático constante no acórdão recorrido, mas apenas procedeu à releitura da qualificação jurídica atribuída aos fatos considerados pelo Tribunal de Justiça no julgamento da apelação, no sentido de que o paciente teria praticado o crime em atividade comercial (art. 180, § 1º, do CP). 4. Parecer do

³⁷ Eugênio Pacelli e Douglas Fischer comentam sobre esta distinção em seus *Comentários ao Código de Processo Penal*. PACCELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p.1333.

MPF pela denegação. 5. Ordem DENEGADA. (HC 96820/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, julg. 28/06/2011, Primeira Turma).

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REEXAME DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. SUPOSTA NULIDADE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. VIA ESTREITA DO WRIT. HC PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DENEGADO. ... 2. A respeito da primeira questão, o habeas corpus sequer merece ser conhecido neste particular. O remédio constitucional do habeas corpus não representa instrumento hábil e idôneo a ensejar o reexame dos elementos de prova produzidos durante a instrução processual. Neste sentido: HC nº 85.582/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJ 16.03.2007; HC nº 85.958/SP, rel. Min. Eros Grau, DJ 03.03.2006. 3. O Superior Tribunal de Justiça, ao dar provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Rio Grande do Sul, atribuiu nova valoração dos elementos fáticojurídicos existentes nos autos, qualificando-os como caracterizadores do crime de tráfico de entorpecentes, razão pela qual não procedeu ao revolvimento de material probatório para divergir da conclusão alcançada pelo Tribunal de Justiça. 4. No caso em tela, não houve julgamento contrário à orientação contida na Súmula 07, do STJ, eis que apenas se procedeu à reavaliação dos elementos admitidos pelo acórdão da Corte local, tratando-se de quaestio juris, e não de quaestio facti. Como já decidiu o STF, nova valoração de elementos fático-jurídicos não se confunde com reapreciação de matéria probatória (HC nº 82.219/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 19.12.2002). 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado. (HC 95282/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julg. 21/10/2008, Segunda Turma).

Ou seja, as conclusões tomadas diante de fatos aparentemente incontroversos e, por conseqüente o valor das provas advindo destes, podem ser modificados pelos tribunais de superposição. Decorre de tal constatação, a circunstância de que diante das mesmas provas, colhidas durante a instrução ordinária do processo, os tribunais superiores podem entender pela existência ou inexistência de determinado fato, ou ainda, divergir do modo e da extensão de sua ocorrência.

Dentre as possibilidades deste controle destacam-se a errada aplicação das regras de experiência, dos conhecimentos científicos, das leis do pensamento, dos fatos notórios, bem como a utilização de prova ilícita, o reconhecimento da nulidade da prova, o seu valor ou presunções legais, ou ainda, a distribuição do ônus da prova. Todos esses fatores podem ser revistos, tanto quanto pelo STF e STJ, de modo a modificar a decisão dos tribunais ordinários quanto aos fatos ocorridos, sem que seja necessário reexaminar matérias predominantemente fáticas de forma direta.³⁸

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ainda e sempre a presunção de inocência: sobre a equivocada alegação de não valoração de provas em recurso especial e extraordinário*. Disponível em: https://www.academia.edu/36328874/Ainda_e_sempre_a_presun%C3%A7%C3%A3o_de_inoc%C3%Aancia_sobre_a_equivocada_alega%C3%A7%C3%A3o_de_n%C3%A3o_se_valora%C3%A7%C3%A3o_de_provas_em_recurso_especial_e_extraordin%C3%A1rio.

Ademais, há também a possibilidade do controle de motivação da decisão judicial, diante da norma federal do art. 381, III do CPP no tocante ao STJ e da norma constitucional do art. 93, IX, da Constituição Federal para o STF. Nessa medida, caso o acórdão de segundo grau deixe de apreciar alternativa razoável, quando existirem narrativas fáticas diversas, possível a intervenção dos ministros superiores no sentido de completar a valoração das provas, e por fim, revisar o julgamento com a apreciação de todas as alternativas carreadas aos autos.³⁹

E assim sendo, nota-se que estes recursos “extraordinários” são efetivamente aptos para a decretação de um eventual juízo absolutório, bem como para uma diminuição do patamar da pena, ou ainda, uma mudança no regime carcerário que seja benéfico ao réu. Registra-se, portanto, a falácia argumentativa no sentido de que após o segundo grau a culpa já estaria perfeitamente formada, restando aos tribunais superiores, apenas o controle de legalidade, sem se ater diretamente ao litígio individual.

Apesar da relativa fundamentação vinculada desses recursos, são diversas as circunstâncias que podem modificar o “status” do acusado ou, pelo menos, colocar em dúvida a situação fática que sustentou a condenação, razão pela qual, este deve ser considerado inocente até o efetivo trânsito em julgado da sentença condenatória como, corretamente, previu a Constituição Federal de 1988.

6. Considerações finais

Desse modo, o presente estudo teve por objetivo pesquisar acerca da análise fático-probatório nos Tribunais Superiores e a sua influência para a discussão da execução provisória da pena.

Nesse *ínterim*, restou demonstrado, que os recursos “extraordinários” possuem efetiva e considerável aptidão para a mudança do *status* condenatório dos acusados, razão pela qual, o legislador constituinte decidiu pelo trânsito em julgado para a concretização da culpa definitiva.

O argumento de que não mais se examinam fatos nas Cortes Superiores se mostrou falacioso, já que, conforme pôde-se observar, após o juízo de admissibilidade

³⁹ Idem.

inicial, as Cortes possuem alargada competência na análise dos fatos, de forma a valorar os fatos já examinados e, portanto, modificar de forma considerável o atestado de culpa do acusado. Ademais, quando se analisa a garantia da presunção de inocência sob o enfoque da regra de tratamento, mostra-se inviável a prisão antecipada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sendo assim, entende-se que no bojo do julgamento das ADC's 43,44 e 54, o Supremo Tribunal Federal acertou retornar ao entendimento de 2009, no sentido da impossibilidade da execução provisória da pena, por ser este o mais razoável do ponto de vista técnico-jurídico e ser consentâneo com a vontade do legislador constituinte e com as disposições infraconstitucionais.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipóteses de incidência tributária**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ainda e sempre a presunção de inocência: sobre a equivocada alegação de não valoração de provas em recurso especial e extraordinário**. São Paulo, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 22.out.2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. V.1. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **A distinção entre a questão de facto e a questão de direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista**. Coimbra, 2011.

COSTA, Henrique Araujo. **Reexame de prova em Recurso Especial. A súmula 7 do STJ**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/reexame-de-prova-em-recurso-especial-a-sumula-7-do-stj/capitulo-i-fato-e-direito/1-conceitos-propedeuticos/b-direito-e-norma>.

FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial.2010**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco, São Paulo. 2010.

JUNIOR, Walter Guandalini. **Da subsunção à argumentação: Perspectivas do raciocínio jurídico moderno**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2018.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no Tribunal do júri: Uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2019.

PACCELI, Eugênio; Fischer, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Geraldo. **A presunção de inocência, o recurso extraordinário e o STF**, 2019. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/2019/10/17/a-presuncao-de-inocencia-o-recurso-extraordinario-e-o-stf/>.

ROSSI, Julio César. **“Questão de fato e de direito: por que estamos presos a esse paradigma?”**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/diario-classe-questao-fato-direito-estamos-presos-paradigma>. Acesso em: 22.out.2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no Direito processual brasileiro**. São Paulo, 1977.

SILVA, José Afonso da. **Parecer: Presunção de inocência**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em: 22.out.2019.

SOIBELMAN, Leib. **Verbete: não se admite separação entre fato e direito**. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-fev-05/dificuldade_distincao_fato_direito_recurso. Acesso em: 22.out.2019.

STRECK, Lenio Luiz. **“Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim?”**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim>. Acesso em: 22.out.2019.

TRENTO, Simone. **Exame fático-probatório pelo STJ e STF**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fb3deea8bff8902a>. Acesso em: 22.out.2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **“Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial”**, in *Ajuris*, ano XXV, n.74, nov./1998.