

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

Renan Barros Pinto

**A EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO
GRAU DE JURISDIÇÃO E A PRESUNÇÃO INOCÊNCIA: uma análise do habeas
corpus 126.292/SP**

**Juiz de Fora
2016**

Renan Barros Pinto

**A EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO
GRAU DE JURISDIÇÃO E A PRESUNÇÃO INOCÊNCIA: uma análise do habeas
corpus 126.292/SP**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva.

Juiz de Fora

2016

Renan Barros Pinto

**A EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO
GRAU DE JURISDIÇÃO E A PRESUNÇÃO INOCÊNCIA: uma análise do habeas
corpus 126.292/SP**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 17 de novembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. João Becon de Almeida Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

A EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO E A PRESUNÇÃO INOCÊNCIA: uma análise do habeas corpus 126.292/SP

Renan Barros Pinto¹

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP, mudou o entendimento adotado desde 2009, para admitir o início do cumprimento da pena após a decisão condenatória de segundo grau, o que gerou grande repercussão no âmbito jurídico e social. O presente artigo, assim, tem o objetivo de verificar se a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em sede de apelação viola o princípio da presunção de inocência. Para tanto, analisa-se o princípio da presunção da inocência, no que diz respeito à tutela normativa e ao conteúdo. Após examina-se criticamente os principais argumentos que foram usados para justificar mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Conclui-se que a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória não é compatível a garantia constitucional presunção de inocência e que a decisão proferida pela Suprema Corte no referido *habeas corpus* foi essencialmente utilitarista, pautando-se em aspectos alheios ao texto constitucional.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Execução da pena após segundo grau de jurisdição. Habeas corpus 126.292.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

1. INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da execução provisória da pena quando pendente recurso sem efeito suspensivo, em observância ao princípio da presunção de inocência. Com isso, a prisão do acusado, antes da condenação definitiva, só poderia ser decretada para acautelar o processo.

Entretanto, em fevereiro de 2016, ou seja, apenas sete anos depois, a Suprema Corte, no âmbito do habeas corpus 126.292/SP, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, modificou radicalmente seu posicionamento sobre o assunto, passando a admitir a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.

Apesar de ter sido proferida em sede de habeas corpus, a questão em discussão está além do interesse único das partes, possuindo relevância social e jurídica. Prova disso é o fato de o novo entendimento ter sido reafirmado, em 11/11/2016, pelo plenário virtual do STF, no recurso extraordinário com agravo (ARE) 964246, cuja repercussão geral foi reconhecida. Esse ARE trata do mesmo caso do sentenciado a favor do qual foi impetrado o habeas corpus 126.292. Considerando que deverá ser aplicada nas demais instâncias, a tese afetará diretamente a liberdade de todos os indivíduos, principalmente os que discutem, em recurso extraordinário ou especial, a condenação confirmada em apelação.

Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo de verificar se a execução da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, mas anterior ao trânsito em julgado, viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

O trabalho será desenvolvido essencialmente com base em uma pesquisa bibliográfica, a partir de informações obtidas por meio de livros e artigos, bem como da legislação e da jurisprudência pertinentes ao tema, utilizando-se o método dedutivo.

Assim sendo, o trabalho foi estruturado em duas partes. Na primeira parte, trata-se do princípio da presunção de inocência, abordando seu processo de desenvolvimento político-jurídico, bem como o seu atual conteúdo. Na segunda parte, por sua vez, cuida-se do julgamento do *habeas corpus* 126.292, apresentando um resumo do caso concreto e analisando criticamente os principais fundamentos dos votos dos ministros para justificar a antecipação da execução da pena.

2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

2.1 Evolução político-jurídica: origem, tratados de direitos humanos e constituições estrangeiras.

A presunção de inocência é fruto de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, que remonta ao direito romano, no qual, por influência do cristianismo, como regra de valoração das provas, existia a máxima do “in dubio pro reo”. Como recorda Luigi Ferrajoli (2002, p. 441), baseado nos escritos de Trajano, já naquela época, entendia-se ser preferível deixar impune o crime do culpado do que condenar-se o inocente.

Entretanto, com a inquisição, na idade média, a presunção de inocência foi extremamente criticada ao ponto de ser até invertida. Com efeito, no processo penal daquela época, não se partia da inocência do acusado, mas de sua culpabilidade. Nesse sistema, a inocência somente era declarada quando o acusado a provasse de forma categórica, bastando um simples indício à formação de um juízo condenatório. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. lembra que: “[...] na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculabilidade e semicondenação a uma pena leve” (2014, p. 142).

Somente no fim do século XVIII, mais precisamente em 1789, com a consagração na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC), a presunção de inocência voltou a ser respeitada. A DDHC, atendendo as críticas dos iluministas à característica inquisitorial do processo penal, que partia da presunção da culpabilidade do acusado, rompeu com o sistema vigente até então, passando a dispor, em seu art. 9º, que: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Após a segunda guerra mundial, em virtude das fortes violações aos direitos humanos, a Assembleia das Nações Unidas, com o intuito promover uma maior observância à dignidade da pessoa humana, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948. Entre outras importantes garantias, o referido documento acolheu a garantia judicial da presunção de inocência, em seu art.11.1, que diz que: “toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Comparando os dois preceitos acima, nota-se que ocorreu uma modificação na forma de apresentação da presunção de inocência. Enquanto a Declaração de 1789 o princípio foi previsto de maneira genérica, na Declaração de 1948, o princípio veio acompanhado de um parâmetro temporal: a comprovação da culpabilidade de acordo com a lei.

Entretanto, como essas Declarações eram desprovidas de mecanismos jurídicos de coerção, que garantissem a efetivação das propostas estabelecidas pelos Estados-membros, era necessária realização de um pacto, cujos enunciados poderiam ser exigidos de seus signatários. Por essa razão, foi aprovado pela assembleia geral da ONU, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que, entre outras garantias, estabeleceu expressamente em seu art. 14, item 2 que “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”

De forma semelhante, inclusive textualmente, porém em âmbito regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, também adotou o princípio da presunção de inocência (art. 8º, item 2).

Por outro lado, em virtude da influência exercida pelos diplomas internacionais sobre direitos humanos, a presunção de inocência foi sendo gradualmente inserida em diversas Constituições mundo afora. Pode-se mencionar sua consagração no art. 24, item 2 da Constituição espanhola de 1789², no preâmbulo da Constituição Francesa de 1958³, no art. 32, item da Constituição Portuguesa de 1976⁴ e no art. 27, item 2 da Constituição Italiana 1947⁵.

Mesmo quando não expressa nos textos constitucionais, ela é reconhecida como garantia decorrente do Estado de Direito, dos princípios da dignidade da pessoa humana ou do devido processo legal, ou ainda mesmo das normas de recepção dos direitos estabelecidos nos diplomas internacionais.

Em síntese: alguns países decidiram não prever expressamente a presunção de inocência no corpo da Constituição (Alemanha, Argentina, Estados Unidos); outros se limitaram a reconhecer a garantia de forma genérica (Espanha e Paraguai); alguns

² Todos têm direito a um juiz predeterminado por lei, a defesa e a assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra si, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não testemunhar contra si mesmo, a não se confessar culpado e à presunção de inocência.

³ “O povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos do Homem e aos princípios de soberania nacional tal como foram definidos na Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”.

⁴ “Todo o imputado se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”

⁵ “O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”.

condicionaram a manutenção do status de inocente até a comprovação da culpa (Canadá e México) e outros ao julgamento definitivo (Itália e Portugal).

A Constituição do Brasil, como veremos a seguir, adotou essa última forma de redação.

2.2 A presunção de inocência na Constituição brasileira e seu conteúdo.

As Constituições republicanas brasileiras, apesar de reservarem um capítulo somente aos direitos e garantias individuais, por meio de um rol exemplificativo, não previam, de maneira explícita, o princípio da presunção de inocência, limitando-se a mencionar que os direitos e das garantias ali contidos não excluiria outros decorrentes do regime e dos princípios nelas adotados⁶.

A consagração expressa do princípio só veio na Constituição de 1988.

Após de um longo período de autoritarismo estatal, que se iniciou com o golpe militar de 1964 e atingiu o auge com a edição da Carta Constitucional de 1967 e dos cinco atos institucionais, a Constituinte de 1988 foi influenciada por ideais democráticos que valorizavam as garantias e liberdades individuais. Segundo o doutrinador Maurício Zanoide de Moraes:

Nossa atual Constituição da República veio pôr cobro ao mais longo período de expressa e imposta privação das liberdades e das garantias essenciais ao cidadão, iniciado com o golpe militar de 1964. Durante sua constância, foram vários os atos governamentais a atingir todos os poderes da República, sempre com o fito de retirar-lhes qualquer sopro democrático e, de um modo geral, impedi-los de pensar ou agir de modo contrário aos ditames impostos pelos então ocupantes do Poder (2010, p. 187).

Nesse sentido, o poder constituinte originário, no título que trata dos direitos e das garantias fundamentais, precisamente no artigo 5º, inciso LVII, assegurou que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Essa redação do dispositivo, desde sua promulgação, foi objeto de controvérsia. Isso porque o texto constitucional não prevê, de maneira literal, a “presunção de inocência”, mas a “não culpabilidade”. Por esse motivo, muitos doutrinadores nacionais, assim como se deu na Itália, buscaram diferenciar o que se chamou “princípio da não culpabilidade” do “princípio da presunção de inocência”. Todavia, a tese de que houve recepção apenas da 'presunção de

⁶ Nesse sentido, art. 78 da Constituição de 1891; art. 114 da Constituição de 1934; art. 123 da Constituição de 1937; art. 144 da Constituição de 1946; art. 150, §35 da Constituição de 1967 e art. 153, §36 da Emenda Constitucional n.1 de 1969.

não culpabilidade' não se coaduna com a base democrática da Constituição. Além disso, o princípio da presunção de inocência, atualmente, vem sendo entendido como decorrência da natureza humana, não precisando, assim, estar expresso em algum diploma. Com diz Badaró:

As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito (2012, p. 24).

A discussão também perdeu a relevância em face da incorporação, ao sistema jurídico nacional, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, que preveem especialmente a “presunção de inocência”.

O reconhecimento da presunção de inocência no ordenamento pátrio implica em algumas consequências lógicas no processo penal. Conforme salientado por Gustavo Badaró (2003, p. 280), o princípio constitucional da presunção da inocência, tal como previsto no direito brasileiro, pode ser analisado sobre diferentes enfoques, porém imediatamente relacionados: I) como garantia política; II) como norma de julgamento; e III) como norma de tratamento.

A primeira forma de analisar este princípio é como garantia política do cidadão. Em suma, como garantia política, o princípio da presunção da inocência assegura a todos os indivíduos, indistintamente, investigado/acusado ou não, um prévio estado de inocência diante do interesse coletivo à repressão penal. Há, assim, um valor ideológico ligado ao princípio. Para ter liberdade restringida é necessária a verificação jurisdicional da ocorrência do delito e sua autoria. Essa garantia deve ser observada não só pelas autoridades judiciais, como também pela coletividade.

O dispositivo constitucional, entretanto, não se encerra neste sentido político. O conteúdo da garantia é muito mais amplo. Uma vez feita uma acusação contra uma pessoa, a presunção de inocência passa a ser observada sob outras perspectivas.

A presunção de inocência também pode ser observado sob um outro ângulo, como regra de julgamento a ser empregada quando houver dúvida sobre algo importante para o desfecho do processo. O ônus da prova incumbe completamente à acusação (como o réu é inocente, não precisa provar nada), que tem o dever de mostrar que estão presentes todos os

fatores indispensáveis à condenação. Se das provas legitimamente produzidas não surgirem elementos suficientes para a formação do convencimento judicial exigido para a condenação, na dúvida, a absolvição se impõe. Neste enfoque, a presunção de inocência confunde-se com o “in dubio pro reo”. Conforme artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal: “o juiz absolverá o réu mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça [...] VII- não existir prova suficiente para a condenação.”

No terceiro e último enfoque, e este é o mais relevante para este trabalho, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do investigado ou acusado durante a persecução penal. Sob esse viés, significa que uma pessoa que goze do status de inocente não pode receber dos órgãos estatais um tratamento equivalente ao de quem já foi definitivamente condenado.

Várias consequências podem ser tiradas da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado. As duas mais importantes, intimamente ligadas à questão da liberdade, são: (i) a impossibilidade de prisões automáticas durante a persecução penal, apenas se permitindo medidas de natureza cautelar, quando demonstrado seus pressupostos (*fumus commissi delicti* conjugado com *periculum libertatis*); (ii) a vedação de qualquer prisão para início do cumprimento da pena, sendo proibida a antecipação da execução provisória contra quem é inocente.

Portanto, excepcionalmente, a execução provisória da pena é admitida, desde que apresente caráter cautelar. De tal modo, o Código de Processo Penal autoriza, no curso da investigação ou do processo, a prisão temporária e a prisão preventiva (artigo 283). Como bem preleciona Ricardo Alves Bento:

A presunção de inocência não está para impedir a custódia cautelar do infrator, mas para reforçar os critérios para a sua decretação, dentre eles, perigo à atividade processual ou policial, como medida extrema, subordinada a requisitos diretos de legalidade. (2007, p. 152)

Em relação à eficácia temporal da presunção de inocência, a Constituição Federal, com o intuito de oferecer uma maior proteção à dignidade da pessoa humana, diferenciou-se dos diplomas internacionais de direitos humanos e de outros textos constitucionais e estabeleceu de maneira clara que o seu marco final é o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Logo, a garantia produz efeitos após a sentença penal recorrível, bem como depois do julgamento em segundo grau de jurisdição.

3. O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP

3.1 Síntese do caso

Márcio Rodrigues Dantas foi condenado em primeiro grau à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e de 13 dias-multa pela prática do crime de roubo (art. 157, 2º, I e II do Código Penal), com direito de recorrer em liberdade. Discordando da decisão, apenas a defesa recorreu para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que negou provimento à apelação e ordenou a expedição de mandado de prisão em desfavor do condenado.

Entendendo que o mandado não continha fundamento algum que justificasse a execução da pena antes do trânsito em julgado, a defesa, então, impetrou o HC 313.021/SP contra a ordem de prisão da 4ª Câmara do TJSP, junto ao Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que o ministro Francisco Falcão indeferiu o pedido de liminar, sob o argumento de que não havia nenhuma ilegalidade evidente que fosse suscetível de ser solucionada por meio daquela ação constitucional.

Pretendendo que fosse reconhecido o direito de recorrer em liberdade, foi impetrado HC 126.292/SP em face da referida decisão, agora junto ao Supremo Tribunal Federal. Neste habeas corpus, a impetrante alegou, em suma, que a segregação do paciente ocorreu sem que estivessem presentes os pressupostos da prisão preventiva e que, conforme assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prisão dependia do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Por maioria, os ministros do STF, em sessão plenária, nos termos do voto do relator, ministro Teori Zavascki, restauraram o tradicional entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso excepcional, não violava princípio da presunção de inocência e, por conseguinte, denegaram a ordem de habeas corpus. Votaram com o relator, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, restando vencidos a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente).

3.2 Os argumentos utilizados pelos ministros do STF

Em seu voto, o ministro Teori Zavascki defendeu que, após o julgamento em segundo grau, encerra-se o exame dos fatos e provas da causa e, por conseguinte, fica definida a culpa

do acusado, tendo em vista que os recursos cabíveis para instâncias extraordinárias (recurso especial e extraordinário) têm a função de discutir somente questão de direito.

Sustentou que o início do cumprimento pena, ainda que pendente o julgamento de recurso excepcional, não comprometeria o núcleo essencial do princípio da não-culpabilidade, desde que indivíduo tenha sido considerado como inocente durante o processo ordinário, assegurando-se os direitos e as garantias inerentes, bem como respeitando-se as regras probatórias.

Destacou o fato de que em nenhum outro lugar, depois do duplo grau de jurisdição, a execução de uma pena fica suspensa aguardando a análise da Suprema Corte.

O relator ainda advertiu que a aplicação do princípio da presunção da inocência em grau absoluto tem incentivado a sucessiva interposição de recursos com propósitos protelatórios, visando à prescrição da pretensão punitiva, o que acaba por inibir a efetividade da jurisdição penal.

Apesar de admitir a possibilidade de ocorrência de equívocos nas instâncias ordinárias, o ministro ressaltou que existem meios para suspender a execução provisória da pena, impedindo eventuais prejuízos aos condenados, como o habeas corpus e até mesmo as medidas cautelares.

Concluiu, então, propondo a restauração do entendimento que prevaleceu por bom tempo na Corte, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, no seguinte sentido: “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”.

O Ministro Edson Fachin acompanhou o voto do relator, defendendo que a execução provisória da pena quando findadas as instâncias ordinárias é compatível com a Constituição da República. Entende que o art. 5º, inciso LVI não pode ser interpretado de maneira isolada, considerando somente sua literalidade, mas em conjunto com outras normas constitucionais, notadamente as relativas ao sistema recursal e ao papel nele ocupado pelo STF e pelo STJ. De acordo com ele, a Constituição reservou a esses tribunais primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional e federal, respectivamente, uniformizando o entendimento nas instâncias ordinárias; na estrutura recursal ali prevista, eles não foram concebidos para reexaminar matéria fático-probatória.

O ministro Roberto Barroso defendeu a legitimidade do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância. Segundo ele, isso se justifica por três fundamentos jurídicos: (i) o texto constitucional condiciona a culpabilidade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, e não a prisão. Para a privação de liberdade do indivíduo basta ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária; (ii) a presunção de inocência é norma-princípio, que pode ser aplicada com menor grau em relação à efetividade da lei penal, quando exaurida a apreciação de fatos e provas e demonstrada a responsabilidade penal do acusado; (iii) com a decisão confirmatória da condenação há o fim as instâncias ordinárias e a execução provisória passa, então, a ser necessária para garantir a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Além disso, a execução antecipada contribui para o combate à impunidade, uma vez que coíbe a interposição de recursos com o fim de protelar até o processo até a prescrição.

A Ministra Rosa Weber, todavia, abriu a divergência em relação ao relator, enfatizando a importância da manutenção da jurisprudência da Suprema Corte, em nome do princípio da segurança jurídica. Para Weber, a Constituição Federal estabelece de maneira explícita uma ligação do princípio da não culpabilidade com uma condenação transitada em julgado. Valendo-se de trecho do voto proferido por Eros Grau no julgamento do HC 84.078/MG, a ministra sustenta que a execução da pena antes de decisão transitada em julgado consiste ou em prisão cautelar ou em antecipação de execução de pena, sendo esta última incompatível com o disposto no artigo 5º, LVII.

Segundo entendimento do Ministro Luiz Fux, a presunção de inocência, desde sua origem, está baseada na ideia de que uma pessoa é inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, não exigindo obrigatoriamente o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não obstante, ressalta que, depois do segundo grau de jurisdição, há uma coisa julgada singular, porque, a matéria fático-probatória se torna imutável, impassível de ser modificada pelos Tribunais Superiores, que só analisam questões de direito. Defendeu ainda a necessidade de se dar maior efetividade à Justiça, considerando que muitas vezes os recursos são utilizados com o intuito protelatório, visando apenas à prescrição. “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”, afirmou.

O Ministro Dias Toffoli acompanhou, na íntegra, o voto do relator.

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, manteve o posicionamento que vem adotando desde 2010, no sentido de que o início da execução da pena não afronta ao princípio da não

culpabilidade quando ocorrido após a análise da matéria fática e probatória, que se extingue com o duplo grau de jurisdição. Para Cármen Lúcia, “[...] o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, se em duas instâncias já foi assim considerado, [...]”. Assim, a culpa, com consequências para além do Direito Penal (como a suspensão de direitos políticos, por exemplo), só existe após o trânsito em julgado; já a condenação, que leva ao início de cumprimento de pena, após o exaurimento da fase de provas.

Reformando seu posicionamento exposto no julgamento do HC 84.078/MG, o ministro Gilmar Mendes defende agora que a execução da pena, com decisão de segundo grau, não ofende o princípio da presunção de inocência. Para o ministro, apesar de impedir o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, referido princípio não exige que seja tratado da mesma maneira ao longo do processo. Segundo ele, o ordenamento confere uma intensidade menor à presunção de inocência na medida em que processo penal se desenvolve. “Há diferença entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau”, afirmou. Nesse sentido, encerradas as instâncias ordinárias, tem-se um juízo seguro de que o acusado é culpado e que é forçosa a sua prisão. A partir desse momento, está em conformidade com a presunção de não culpabilidade o cumprimento sanção penal, mesmo que ainda pendente algum recurso excepcional, que são desprovidos de efeito suspensivo e destinados só a discutir questão de direito.

O Ministro Marco Aurélio de Mello, no entanto, acompanhou a divergência revelada pela Ministra Rosa Weber. Iniciou destacando a importância do princípio da segurança jurídica, da manutenção da jurisprudência no tribunal. Sustentou que a literalidade do art. 5º, inc. LVII não deixa margem para dúvidas de que a comprovação da culpa só se dá com o julgamento em última instância. De acordo com ele, “há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.” O ministro também ressaltou que só pode-se falar em execução provisória se houver possibilidade de retorno ao estágio anterior, em caso de reforma da decisão condenatória, o que não ocorre quando o objeto da execução recai sobre a liberdade do cidadão.

O Ministro Celso de Mello, que também divergiu da maioria, defendeu de maneira enérgica a absoluta falta de compatibilidade da execução provisória da pena com a garantia fundamental do da presunção de inocência. Segundo o ministro, a presunção de inocência é

conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e tem prevalecido ao longo da história nas sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Afirmou que, diferente dos diplomas internacionais geralmente invocados, a Constituição brasileira estabelece, de modo indiscutível, o trânsito em julgado da condenação penal como marco final da presunção de inocência. O objetivo foi repelir qualquer possibilidade de juízos prematuros de culpabilidade. Lembrando dados trazidos pelo Ministro Lewandowski no julgamento da ADPF 144/DF, registrou que, de 2006 até a presente data, 28,5% dos recursos extraordinários criminais foram providos pelo Supremo, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores.

Por fim, o então presidente da Corte, Min. Ricardo Lewandowski, acompanhando a divergência, afirmou que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é categórico quando prevê que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado, de maneira que não há que se falar em interpretação. Para o ministro, nem mesmo argumentos de ordem prática, como a efetividade da função jurisdicional, podem ser usados para relativizar esse princípio fundamental. Salientou que o Brasil, mundialmente, tem a quarta maior população de presos (seiscentos mil presos), número que aumentaria consideravelmente com a autorização de prisão depois de uma decisão de segundo grau. Disse ainda que, no caso de reversão de uma sentença posterior por parte dos Tribunais, em se tratando da liberdade, não haverá nenhuma possibilidade de retorno ao estado anterior.

3.3 A fragilidade dos argumentos favoráveis à execução da pena após a segunda instância

O argumento jurídico central usado para fundamentar a decisão que limitou o princípio da presunção de inocência, para antecipar a execução da pena para depois da “condenação em segunda instância”, é o do esgotamento do exame de fatos e provas nas instâncias ordinárias.

Afirmou-se que, como nos recursos especiais e extraordinários têm âmbito de cognição limitado à questão de direito^{7 8}, havendo, em segundo grau de jurisdição, um novo juízo condenatório, baseado em fatos e provas insuscetíveis de novo exame pela instância extraordinária, ficará fixada a culpa do acusado. Assim, nas palavras do ministro Fux, “há uma coisa julgada singular, porque, aquilo ali [a matéria fático-probatória], em regra, é imutável, indiscutível, porque não é passível de análise no Tribunal Superior”.

⁷ Enunciado nº 279 da Súmula de Jurisprudência do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

⁸ Enunciado nº 7 da Súmula de Jurisprudência do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Existem alguns problemas com esse argumento.

O processo penal brasileiro estrutura-se sobre o conceito jurídico de culpabilidade, diferentemente do modelo adotado nos Estados Unidos, que, em virtude da função de controle social do delito, estrutura-se em um conceito de culpabilidade fática (PRADO, 2015). De maneira geral, com base no conceito jurídico de culpabilidade, só é possível dizer que alguém é culpado com o encerramento do processo penal, quando a condenação fica insuscetível de ser modificada. Logo, não é correto dizer que a culpa está provada depois da decisão em segunda instância. Na nossa realidade, como o fim da presunção de inocência está associado ao trânsito em julgado, é só a partir daí que é permitido considerar que a culpa do acusado ficou provada.

Além disso, o fato de não ser possível reexaminar a matéria fática e probatória não obsta a possibilidade de reversão da decisão de segunda instância. No processo penal questões jurídicas importam tanto quanto as questões fáticas, para fins de absolvição/condenação. Nesse sentido, existem diversas questões de direito - como a nulidade das provas e a incidência do princípio da insignificância - que podem levar à absolvição, alteração ou redução da pena imposta ou à realização de um novo julgamento. Vale lembrar que até mesmo essa distinção entre questões de fato e questões de direito é criticada, já que toda questão envolve fato e direito. O que existe, na realidade, é tão-somente a predominância de um aspecto sobre o outro.

Ademais, apesar de terem como objetivo imediato a tutela do direito objetivo, os recursos excepcionais também se prestam para proteger o direito subjetivo da parte, mediamente. Desta maneira, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao julgarem, respectivamente, o recurso extraordinário e o especial, não se limitam a resolver em abstrato a matéria constitucional ou federal colocada em debate, mas também, a partir da conclusão tirada, aplicam o direito aos fatos⁹, dando ou negando provimento ao recurso.

Outro argumento jurídico usado diz respeito à baixa possibilidade de reforma ou anulação do acórdão do tribunal local. O reduzido número de recursos excepcionais que são providos, todavia, também não serve de justificativa para limitar os efeitos da presunção de inocência até a segunda instância. Isso porque a legitimidade deles não advém da quantidade de provimentos. Não obstante isso, pesquisas mostram que o número de provimentos de recursos excepcionais é significativo, sobretudo, se levarmos em conta a existência de vários

⁹ Súmula nº 456 do STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

mecanismos para restringir acesso aos tribunais superiores, como a exigência de prequestionamento e de demonstração de repercussão geral. Dados estatísticos do STF¹⁰, por exemplo, mostram que, entre 2006 e 2008, 28,5% dos recursos extraordinários criminais foram providos (destes, 3,3% parcialmente). Ou seja, quase um terço das decisões criminais proferidas nas instâncias inferiores foram reformadas pela Suprema Corte naquele período. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹¹, por sua vez, no período de 2008 a 2015, em média, o número de recursos especiais de natureza criminal que foram providos, total ou parcialmente, variou entre 29,30% e 49,31%.

Reconhecendo a possibilidade de equívoco na segunda instância, os ministros afirmam que, nesses casos, existem outros meios com capacidade de impedir eventuais prejuízos para o condenado, suspendendo a execução provisória da pena, como a ação constitucional do habeas corpus. O uso do habeas corpus, realmente, tem o poder de evitar as inúmeras injustiças causadas pela execução antecipada da pena. Porém, lamentavelmente, em muitos casos pode não se mostrar tão célere a ponto de evitar a prisão daqueles que ainda tem recursos excepcionais pendentes. A título de exemplo, como nos informa Rafael Muneratti (2016), em relação aos habeas corpus impetrados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo no ano de 2015, o Superior Tribunal de Justiça demora em média 10 dias para analisar um pedido de liminar. Porém, naqueles com liminares indeferidas, que respondem por cerca de 80% do total (5.187), o tempo para um julgamento favorável de mérito pode levar em média 219 dias, ou seja, mais de 7 meses, período em que o paciente permaneceria cumprindo pena de modo ilegal.

Alguns ministros alegaram também que a expressão “ninguém será considerado culpado” não se confunde com “ninguém será preso”. Essa afirmação tenta fazer parecer que ser preso (execução da sentença) e ser considerado culpado (declaração culpa) são coisas desvinculadas uma da outra. Essa diferenciação, todavia, é equivocada, porque não leva em conta o fato de que, juridicamente, ser preso, no sentido de “cumprir pena”, pressupõe necessariamente que o acusado tenha sido considerado culpado. Logicamente, para que haja prisão-pena (desprovida de natureza cautelar), é imprescindível que tenha ocorrido um crime e, para que haja delito, é preciso que tenha sido declarada a culpabilidade do acusado, o que, para a Constituição da República, só possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

¹⁰ STF, ADPF 144 DF, relator: Min. Celso de Mello, j. 30/06/2008.

¹¹ STJ, ADC 43, DF, relator: Min. Marco Aurélio, j. pendente.

Foi falada ainda que a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário justificaria a tese da execução antecipada da pena. De acordo com o artigo 637 do Código de Processo Penal estabelecer 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”. Porém, a legislação ordinária deve ser interpretada à luz da Constituição, e não ao contrário. Não bastasse isso, a Lei de Execução Penal, editada em no ano de 1984, condicionou expressamente a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. As normas contidas nela, assim, além de coerentes com a Constituição de 1988, prevalecem sobre o preceito do art. 637 do CPP, que editado em 1941, durante a vigência do Estado Novo. Mais: ao contrário do processo civil, o processo penal não se coaduna com o não reconhecimento de efeito suspensivo aos recursos excepcionais, uma vez que as consequências da execução provisória do acórdão condenatório, que recai sobre a liberdade do indivíduo, são totalmente irreversíveis, em caso de eventual reforma da decisão.

Por fim, outro relevante argumento favorável à antecipação da execução é o de que a garantia da presunção de inocência na Constituição Federal foi veiculada por norma-princípio, podendo ser aplicada com menor intensidade, desde que resguardado o seu núcleo essencial, quando em confronto com direitos ou garantias constitucionais, num típico processo de ponderação. Deste modo, após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, fixada a responsabilidade penal do réu, a presunção de inocência deve atenuada em relação à efetividade do sistema penal, tendo em vista que é comum a utilização desmedida de recursos com o fim de facilitar a prescrição da pretensão punitiva ou executória, deixando o crime impune.

No direito penal e processual penal brasileiro, o termo “princípio” é tradicionalmente utilizado para se referir àquelas normas mais importantes. Em geral, não é empregado para se referir àquela norma relativa e que se sujeita à ponderação. Nem tudo aquilo que a doutrina chama de “princípio” pode ser ponderado. Admitir a possibilidade de ponderação do princípio da legalidade penal, por exemplo, poderia levar ao absurdo de existir crime sem lei.

Caso se adotasse a classificação acima, a norma que prevê a presunção de inocência seria considerada regra (e não princípio), não se sujeitando à ponderação. O artigo 5º, inc. LVII é inequívoco, não admitindo interpretação: somente há culpa, e, portanto, prisão enquanto execução de pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, após o

juízo de todos os recursos. É importante ressaltar que a prisão cautelar não é resultado de relativização do princípio da presunção de inocência, uma vez que tal medida se destina a outras finalidades descritas no Código de Processo Penal, como garantir a instrução do processo, por exemplo.

Mesmo que fosse tida como um princípio, suscetível de ponderação, o combate à impunidade não é um argumento jurídico importante que legitime a restrição da presunção de inocência. A impunidade é uma questão que diz respeito à política criminal, que deveria ser tratada no âmbito do Poder Legislativo, mudança do sistema recursal, e jamais na esfera do Poder Judiciário, com a relativização de garantia fundamental dos indivíduos.

Portanto, constata-se que não há qualquer justificativa jurídica para, durante a tramitação dos recursos especial ou extraordinário, deixar de considerar que o acusado deve ser tratado como um inocente, principiando o cumprimento de uma pena. Por mais relevante que seja o combate da prescrição e, conseqüentemente, da impunidade, não se pode admitir a abolição de uma regra constitucionalmente prevista, com base em argumentos consequencialistas ou utilitaristas.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha como objetivo verificar se a execução da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, porém anterior ao trânsito em julgado, violaria o princípio constitucional da presunção de inocência.

A primeira parte destinou-se a realizar uma abordagem histórica do princípio da presunção da inocência, constatando que o mencionado princípio teve origem formal no século XVIII, com sua consagração na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, visando transformar o tratamento oferecido ao acusado, cuja culpa era presumida. Posteriormente, tal garantia foi gradualmente sendo reafirmada por diversos diplomas internacionais sobre direitos humanos e pelas constituições de vários países, alguns não prevendo expressamente; outros reconhecendo de forma genérica; alguns condicionando a manutenção do status de inocente até a comprovação da culpa e outros ao julgamento definitivo. Constatou-se ainda que somente na Constituição Federal de 1988 o princípio foi incluído efetivamente no ordenamento jurídico pátrio e que ele pode ser analisado de diferentes enfoques de análise, entre eles, o de norma de tratamento, que veda prisão para início do cumprimento da pena, sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da condenação.

A segunda parte, por sua vez, destinou-se a analisar o recente julgamento do habeas corpus 126.292 pela Suprema Corte, que restaurou entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que pendentes recursos excepcionais. Verificou-se, então, que os argumentos favoráveis à execução provisória da pena, como o da impossibilidade de reexame da matéria fático-probatória, foram todos construídos com o objetivo promover a quebra do paradigma da impunidade - causado em virtude da interposição sucessiva de recurso com fim de atingir a prescrição - em detrimento do princípio da presunção de inocência. Os argumentos contrários, todavia, basearam-se essencialmente na taxatividade do dispositivo constitucional, que não dá margem para interpretação outra senão aquela que considera o trânsito em julgado como marco final da presunção de inocência.

A partir do exposto, pôde-se concluir que não é compatível com a garantia fundamental presunção de inocência determinar o início de execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, quando ainda é possível interpor ou está pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário. Resultado melhor e mais legítimo seria alcançado com um

reforma do sistema recursal do que restringir garantia fundamental dos indivíduos para ampliar o poder punitivo do Estado.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078/MG**. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 11 de novembro de 2016.

_____. **Habeas corpus nº 126.292/SP**. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 11 de novembro de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª edição revista, editora revista dos tribunais, São Paulo, 2002.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. Editora Saraiva, 11ª edição, São Paulo, 2014.

PRADO, Geraldo. **O trânsito em julgado da decisão penal condenatória**. In: Boletim do IBCCrim, n.277, dezembro de 2015.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUNERATTI, Rafael. **Habeas corpus e medida cautelar não evitam as prisões ilegais decorrentes da execução provisória da pena**. 06 de setembro de 2016 Disponível em: <<http://jota.info/habeas-corpus-e-medida-cautel-ar-nao-evitam-priso-es-ilegais-decorrentes-da-execucao-provisoria-da-pena>>. Acesso em: 13 novembro de 2016.