

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Richardson Xavier Brant¹

Fernanda Rodrigues Medeiros²

Gabriella Lacerda Caires³

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência, positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, vem sendo construído em vivo processo interpretativo nos tribunais brasileiros, em especial no Supremo Tribunal Federal. O centro do debate é o escopo de se determinar sua precisa extensão.

Em um primeiro momento, encontrava-se o STF em posição favorável à prisão antes de definitiva condenação. Instado, pois, a se posicionar acerca da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório, pendente de julgamento de recurso especial ou extraordinário, no julgamento do *Habeas Corpus* 68.726

¹ Mestre e Doutorando em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES. Professor do curso de Direito da UNIMONTES. Juiz de Direito do TJMG.

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

³ Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

de 1991, ficou afirmada a admissibilidade da execução provisória. À época, justificou-se tal posicionamento ao argumento de que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo. Por essa razão, não haveria impedimento à imediata execução da pena.

Em momento posterior, o entendimento até então dominante foi alterado pela decisão do Plenário do STF. Então, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, em 2009, vigorou a interpretação de que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, viola o princípio da presunção de inocência. Ressalvou-se, neste julgamento, que seria cabível a prisão cautelar, quando verificados seus pressupostos autorizadores.

No ano de 2016, outra reviravolta aconteceria. Em julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, do ARE 964.246-RG e das medidas cautelares nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, a posição do STF retomara àquela posição inicial: a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não guarda ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Nesse lineamento, objetiva-se com o presente estudo analisar os múltiplos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal ao se posicionar, no julgamento do HC 126.292, do ARE 964.246-RG e das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44.

A centralidade do estudo é a investigação

das razões de decidir, nas decisões do STF, da viabilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que pendente de julgamento o recurso especial ou extraordinário.

Princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade

O princípio da presunção de inocência consiste no direito assegurado ao acusado de não ser declarado culpado senão depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. No curso do devido processo legal, ao acusado deve ser possibilitada a ampla utilização de todos os meios de prova para promover a sua defesa e apresentar suas razões (Lima, 2017).

Considere-se que, enquanto instrumento de proteção da liberdade, a presunção de inocência tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas (Novelino, 2016).

O filósofo Beccaria (2014, p. 47), em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, já fizera alusão à presunção de inocência: “Ninguém pode ser condenado como criminoso até que seja provada a sua culpa, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública até que tenha sido provado que ele violou as regras pactuadas”.

Acerca do tema, Novelino (2016, p. 418) aponta que a referida garantia encontra-se positivada em importantes documentos no plano internacional:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece, em seu artigo 9, que “todo homem é inocente até que seja declarado culpado”. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a presunção adquiriu status de direito humano fundamental ao ser consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos seguintes termos: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade conforme a lei” (DUDH, art. 11.1). Posteriormente, foi incorporada ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a qual “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade” (CADH, art. 8, parágrafo I).

Nessa senda, o princípio da presunção de inocência firma-se com a Revolução Francesa, acolhido no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Sua positivação, na Constituição Federal de 1988, encontra-se no art. 5º, inciso LVII, com este enunciado: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Lima, 2017).

Observa-se que a Constituição Federal de 1988 cuidou da “presunção de inocência” de forma mais abrangente que a Convenção Americana de Direitos

Humanos, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678 de 1992. Isso se verifica na distinção, na Convenção, de que o limite da presunção de inocência encontra-se na comprovação legal da culpa do réu, sem precisar o exaurimento do devido processo legal. O limite da presunção de não-culpabilidade após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, na garantia constitucional, figura mais ampla (Távora; Alencar, 2017).

Em complemento relevante, o princípio da presunção de inocência desdobra-se em duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento.

Por força da regra probatória, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova. Incumbe ao acusador demonstrar que o réu praticou o fato delituoso imputado na peça acusatória. E utiliza-se a regra probatória sempre que houver dúvida sobre fato relevante à formação da decisão. Sendo assim, para imposição de uma sentença penal condenatória, faz-se necessário comprovar a existência dos fatos imputados, com a exigência de eliminar qualquer dúvida razoável (Lima, 2017).

Lado outro, por força da regra de tratamento, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao acusado como se este já houvesse sido condenado. Merece ser tratado e considerado inocente enquanto durar (até findar) o processo criminal (Lima, 2017).

Em síntese, esse direito se apresenta como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se

o ônus da prova na fase de instrução processual. Significa a imposição de valoração em favor do acusado, quando houver dúvida quanto à existência de responsabilidade pelo fato imputado na mensuração e ponderação das provas produzidas. Serve ainda como parâmetro de tratamento ao acusado, em especial no que concerne à análise da necessidade ou não de sua segregação provisória (Capez, 2016).

Salienta-se, ainda, que a presunção de inocência exige a excepcionalidade e a estrita necessidade das prisões cautelares, tendo em vista que pessoas inocentes somente poderão ser levadas ao cárcere quando for estritamente necessária à instrução e à ordem pública. No exame desta garantia constitucional, deve-se evitar a vulgarização das prisões provisórias, para que estas não representem uma nítida e indevida antecipação de pena (Nucci, 2017).

Acerca do tema, Novellino (2016, p. 419) pondera que:

[...] a referida presunção afasta a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas não obsta a decretação ou a manutenção de prisão cautelar, se demonstrada a necessidade concreta e presentes os requisitos autorizadores previstos no artigo 312 do CPP, quais sejam, prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria. Tendo em vista a excepcionalidade da medida, os fundamentos dessa espécie de prisão “devem ser reavaliados a qualquer tempo, a fim

de evitar-se o cumprimento da pena sem sentença transitada em julgado”.

Nessa linha de compreensão, tem-se por estabelecido que as pessoas devem ser favorecidas pela presunção de inocência, sendo esse seu estado natural. Para se quebrar tal presunção, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes aptas a demonstrar ao Estado-juiz a culpa do réu (Nucci, 2017).

A execução provisória da pena na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era a orientação que prevalecera no ordenamento jurídico brasileiro antes e, por mais de vinte anos, durante a vigência da Constituição Federal de 1988.

Desde a promulgação do Código de Processo Penal de 1941, já vetusto, admitia-se a execução da pena após o julgamento em 2º grau. Na dicção do art. 637, ainda vigente, encontra-se este enunciado: “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” (Brasil, 1941).

Em consequência desse dispositivo, no caso de condenação em segunda instância, o próprio acórdão já determinava a expedição do mandado de prisão. Não se

aguardava nem mesmo eventual interposição de embargos de declaração.

O enunciado nº 267 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça já previra expressamente: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão” (Brasil, STJ, 2002).

A redação original do art. 594 do CPP, inclusive, subsistiu intacta até o advento da Lei nº 11.719/2008. O comando era expresso: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão” (Brasil, 1941).

Nessa linha de argumentação, desde o início de vigência do CPP (1941) até o advento da Lei nº 12.403/2011, esteve em vigor o disposto no art. 393: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados [...]” (Brasil, 1941).

Portanto, antes da modificação do entendimento no STF, em mais de vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988, entendeu-se que era possível a prisão após a decisão de 1º grau, para fins de recurso. E, note-se, já estava proclamada constitucionalmente a presunção de inocência.

Na evolução da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 68.726, realizado em 28/06/1991, entendeu que a presunção de inocência

não impede a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário e especial. Isso porque os referidos recursos não desfrutam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações. Cuida-se nas instâncias especial e extraordinária, - tão somente -, de eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade no reexame de decisões de instâncias inferiores. Não há, o que funciona como vedação, novo exame da matéria relativa a fatos e provas (STF, 2016).

O Plenário do STF reforçou a referida tese ao reconhecer as restrições ao direito de apelar em liberdade, determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei nº 11.719/2008). Asseverou, então, que referidas normas teriam sido recepcionadas pela CF/88. Especialmente, no ponto em que conclui que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação (STF, 2016).

A tese de que o princípio da presunção de inocência não inibe a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente de julgamento o recurso especial ou extraordinário, já fora confirmada em outros julgados.

Mencione-se, no que se relaciona à assertiva anterior, a título de exemplo: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min.

Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004 e HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007.

Essa mesma orientação foi, ainda, reiterada nos enunciados nº 716 e 717 da Súmula do STF, aprovados em sessão plenária realizada em 24/09/2003. Têm os enunciados em comum pressupostos de situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias.⁴

Não obstante a concessão de algumas ordens de *habeas corpus* a partir de 2007, a alteração da tradicional jurisprudência adveio somente no julgamento do HC 84.078 em 2009. Oportunidade em que se retomou o entendimento segundo o qual o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

A partir daí, passou-se a interpretar o princípio da presunção de inocência como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Entendeu-se, nesse prumo, que a ampla defesa “engloba

4 Súmula nº 716 do STF: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717 do STF: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”. Ao cabo do julgamento, assentou-se a conclusão de que a prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, somente seria legítima se fundada em requisitos cautelares específicos.⁵

Em mais um capítulo do debate, o entendimento fixado em 2009 foi revisto pelo STF no ano de 2016, no julgamento do HC 126.292, nesta direção:

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 afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (STF, 2016)⁶.

O teor da decisão proferida no HC 126.292, posteriormente, fora confirmado liminarmente nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Essas ações foram propostas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB, indicado como fundamento o art. 283 do CPP. Neste julgamento, o STF compreendeu que o referido artigo não constituiria óbice ao início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

5 STF, HC 84.078, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010.

6 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: jun. 2019.

Essa nova orientação foi reafirmada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 964.246/SP, em julgamento pelo Plenário Virtual. Nesse caso, como se tratou de deliberação meritória realizada após reconhecimento de julgamento com repercussão geral, a matéria deveria ser aplicada doravante nos processos em curso nas instâncias inferiores (Avena, 2017).

Interpretação do princípio da presunção de inocência à luz da Constituição

O jurista alemão Müller (2000, p. 61-62), na sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, revela que uma norma, ainda que clara ou mesmo unívoca no papel, pode se afigurar extremamente destituída de clareza quando aplicada no caso concreto. Nestes termos a lição que se partilha:

Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é carente de interpretação porque e à medida em que ela não é “unívoca”, “evidente”, porque e à medida em que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”.

Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída.

O jurista português Canotilho (2003, p. 1213), com fundamento na Teoria Estruturante de Müller, traz a seguinte contribuição:

O elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um “domínio normativo”, isto é, um “pedaço de realidade social” que o programa normativo só parcialmente contempla; consequentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).

Nesse compasso, Reale (2015), na obra *O Direito como Experiência: Introdução à epistemologia*, ressalta a essencialidade do ato interpretativo, revelador

da impossibilidade de uma norma dispensar a atividade interpretativa.

Ademais, Maximiliano (2010, p. 196), estudioso da hermenêutica do direito brasileiro, já ponderava sobre a interpretação literal:

A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias ideias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal no texto. [...] Não raro os brocardos já se acham destituídos de valor científico (exemplo - *in claris cessat interpretatio*), ou, pelo menos, são falsos e inexatos na sua generalidade forçada, em desacordo com a origem [...] Aplicam-se mais extensamente do que se deve, tornam-se fontes de erros e confusões, pelo motivo apontado, de ser a forma muito mais geral do que o conteúdo.

A clareza das regras, em síntese, somente é obtida pelo procedimento de interpretação, procedendo-se à análise sistêmica, conciliando-a com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio (STF, 2018).

Nessa linha de compreensão, embora se defenda que a “literalidade” do art. 5º, LVII, da CF/88 não admitiria interpretações, não é possível se escusar da divergência juridicamente relevante sobre o que significa,

para os fins constitucionais, a expressão “ninguém será considerado culpado”.

Nesse sentido, Mendes (*apud* Mello, 2015) adverte que a definição do que vem a ser considerado culpado depende de intermediações do legislador ordinário:

No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado. O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui.

Nessa esteira, para a definição do sentido e alcance da norma, recorre-se às regras de hermenêutica que orientam o intérprete na fiel execução das normas, à luz do ordenamento jurídico-constitucional.

A unidade do sistema jurídico e da Constituição Federal determinam a necessidade de eliminar incoerências, inconsistências e contradições internas. Nesse quadro, quando duas ou mais normas parecem incompatíveis no momento de sua aplicação a um caso concreto, procede-se à atividade de interpretação conforme, voltada à definição do significado das normas constitucionais, concebidas em termos gerais e abstratos. Com isso, preserva-se a unidade do Direito e, quando necessário, procede-se à atividade de ponderação, atribuindo-se pesos relativos às normas em conflito, à luz dos princípios constitucionais, para que se chegue à decisão sobre qual norma deverá ser concretamente aplicada (STF, 2018).

O princípio da presunção de inocência, ainda que se apresente de modo aparente com significado claro e unívoco, encontra-se insculpido em um sistema unitário. Deve ser harmonizado com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente (STF, 2018).

Na linha de interpretação adotada, verifica-se que, nos casos em que o Constituinte pretendeu conferir imunidade à prisão, ele o fez expressamente. É o que se nota nos dispositivos legais adiante transcritos:

Art. 53. [...] § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que,

pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Art. 86. [...] §3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão (Brasil, 1988).

Considere-se que, caso o legislador constituinte originário almejasse impedir a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a proibição seria expressa. Constaria de dispositivo próprio na inteligência de que as exceções, porque de interpretação estrita, precisam ser explícitas.

Ao que se considerou e argumentou, é plausível concluir que a presunção de inocência até o trânsito em julgado não se confunde com a impossibilidade de prisão decorrente de condenação não transitada em julgado (STF, 2018).

Em acréscimo, verifica-se que o enunciado do art. 5º, em que está prevista a garantia da presunção de inocência, estabelece outras duas normas que contemplam a possibilidade de prisão anteriormente ao trânsito em julgado da condenação. Nestas hipóteses, a única exigência é que a decisão seja determinada por autoridade judiciária competente e esteja devidamente fundamentada. Posta assim a enunciação dos referidos cânones:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de

autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (Brasil, 1988).

Em argumento pontual, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 126.292, considera que o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento das vias recursais em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária:

Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória). Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária (STF, 2016)⁷.

7 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em set. 2018.

Nesta linha de argumentação, o princípio da presunção de inocência deve ser compatibilizado com o princípio da duração razoável do processo, garantia fundamental inscrita no art. 5º, LXXVIII da CF. Em consonância de exegese com a soberania constitucionalmente proclamada dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF/88) e alinhado, sistematicamente, com a disciplina da previsão de manifestação recursal da Constituição Federal de 1988 (STF, 2016).

O acesso via recurso ao STF e ao STJ é contemplado em caráter de absoluta excepcionalidade. Da leitura dos artigos 102 e 105 da CF/88, depreende-se que o acesso às instâncias nobres visa ao objetivo institucional da função de estabilização e uniformização da interpretação das normas constitucionais. Em sua composição, a par da definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nos tribunais superiores, fica afastado o caráter de instâncias revisoras universais (STF, 2016).

Sob esses fundamentos, a análise sistêmica da Constituição autoriza a compreensão de que a presunção de não-culpabilidade não impede a decretação da prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Também de que não condiciona a prisão antes do trânsito em julgado da condenação tão somente às hipóteses do art. 302 e 312 do CPP.

Em outro aspecto, o juízo condenatório, uma vez declarado pela autoridade judiciária competente, revela

fundamentos mais robustos do que os que autorizam a prisão em flagrante ou a prisão preventiva – estas últimas calcadas em argumentos cautelares, em juízo não exauriente.

Nesse contexto, seria franca contradição admitir que uma ordem de prisão decretada em juízo meramente conjectural, exercido no início do inquérito ou da ação penal, em juízo de cognição sumária, pudesse revelar-se mais adequada e compatível com a Constituição do que uma ordem de prisão decorrente do juízo de mérito. Para condenação, em juízo de cognição plena do mérito, em regra por órgão colegiado, aproxima-se mais da certeza da condenação do acusado (STF, 2016).

Não é correto, portanto, conferir ao princípio constitucional da presunção de inocência caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão com outros princípios e regras constitucionais. Todos os princípios, em mesmo patamar de hierarquia axiológica e normativa, devem ser ponderados concretamente. Não se mostra adequado, em face do princípio da cedência recíproca, juízo prévio em caráter abstrato. Nessa linha, prevalece o entendimento de que somente depois de esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade (STF, 2016).

Novos fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal para a admissibilidade da execução provisória da pena

A Constituição, enquanto projeto ético-político de convivência justa, visa assegurar um nível adequado de estabilidade às instituições políticas e jurídicas. Para além da função simbólica, para que permaneça legítima e cumpra essa função, é preciso que a Constituição seja um projeto em permanente reconstrução, aberto ao tempo e ao câmbio da realidade (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017).

A Constituição Federal de 1988, não obstante a sua rigidez, não está livre de mudanças e alterações, que podem ser formais ou informais⁸. A mutação constitucional é um processo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas constitucionais, em evolução semântica e histórica, sem que haja qualquer modificação no texto.

Nas lições do Ministro Barroso (2015, p. 123-127), o novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo:

8 Quanto aos meios formais, cuida-se da alteração do texto constitucional por meio da atuação do poder de reforma constitucional, o que se verifica mediante um processo legislativo previamente estabelecido pelo poder constituinte. No âmbito da chamada mudança informal, cuida-se do fenômeno que modifica determinada Constituição, sem que haja, a rigor, alteração do texto normativo e sem que se cumpra com os requisitos formais necessários à modificação do seu conteúdo textual (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017).

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente. [...] A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. [...] A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa.

A variação da interpretação então explicita o fenômeno da mutação constitucional. No tema em tratamento, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu próprio entendimento anterior sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Em outro momento, conduziu-se o tribunal para nova mudança em razão do impacto traumático criado após a primeira alteração de orientação (STF, 2016).

Considere-se a relevância de que, no julgamento do HC 126.292, do ARE 964.246-RG e das medidas

cautelares nas ADCs 43 e 44, procedeu-se a um *overruling*⁹ dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência, não para um mero retorno à jurisprudência anterior a 2009, mas para estabelecer novas considerações sobre o âmbito de sua incidência e, com base nelas, reconhecer a legitimidade da execução imediata de condenações, sucessivamente ao esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias (STF, 2018).

Sedimentou-se, no julgamento do HC 126.292, do ARE 964.246-RG e das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, o entendimento segundo o qual, antes de prolatada a sentença penal, há de se manter reserva na dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica. Isso significa, em suma, atribuir ao acusado, para todos os efeitos, a presunção de inocência. Todavia, há de se ponderar que o princípio da presunção de inocência – em gradação sucessiva – assume menor peso à medida que o processo avança. Isso porque parte-se de um juízo superficial no início e avança-se para um juízo mais seguro, mais próximo da certeza, na exata proporção em que as provas são produzidas e os juízos são formados.

Verifica-se que, na fase pré-processual, quando

9 *Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (overruled) por outro precedente de forma expressa ou tácita. O próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento posterior, em alteração de interpretação. A contraponto, fala-se em *distinguish* quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos discutidos e aqueles que serviram de base para a tese jurídica (*ratio decidendi*) e que constam do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade, especificidade, no julgamento afasta a aplicação do precedente, torna-a superada. (Didier Jr.; Braga; Oliveira; 2016).

há mera apuração da prática de infrações penais, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo. De modo diverso, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e isso equivale ao aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. Isso porque, com o desenvolvimento do processo, há demonstração cada vez mais segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente aproxima-se do exaurimento da cognição, quando se tem por finalizada, concluída, a produção e a apreciação de fatos e provas (STF, 2016).

Argumente-se, uma vez mais, que nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade. Isso porque, nestas instâncias excepcionais, existe a impossibilidade de reapreciação de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico-constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos dos artigos 102, III, e 105, III, da CF/88, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida (STF, 2016).

Nesse sentido, o ministro Teori Zavascki elucidava que os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto são recursos que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória, visto que possuem âmbito de

cognição estrito à matéria de direito:

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. (STF, 2016)¹⁰.

É o que prevê o enunciado nº 7 da Súmula

10 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: jun. 2019.

do STJ, ao dispor que “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (STJ, 1989). De idêntico conteúdo, o enunciado nº 279 da Súmula do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (STF, 1963).

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 (STF, 2016).

O ministro Luís Roberto Barroso também sustentou, no julgamento do HC 126.292, que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Elencou que “em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios”. Ponderou depois que isso “reforçou a seletividade do sistema penal, visto que a ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados”. Por fim, ressaltou que “o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”. Tudo isso porque “a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução

da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva”, fazendo emergir uma sensação geral de impunidade (STF, 2016).

Essa nova orientação do STF destaca que os eventuais equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias podem ser afastados por outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado. Nesse sentido, as medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial, bem como a ação constitucional do *habeas corpus*, compõem um conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado (STF, 2016).

Em outro ponto, deve-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento do HC 84.079 reproduziu a compreensão de que, embora adequada aos albos da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas e submetidas ao filtro constitucional em suas ações, procedimentos e decisões (STF, 2018).

Respeita-se a posição dos que entendem que seria inadequado interpretar, de forma restritiva, o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, que, de forma inequívoca, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Mas parece um louvável acerto a posição do Pleno do STF ao decidir, no julgamento do HC 126.292, do ARE 964.246-RG e das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1998 consagrou como direito fundamental o princípio da presunção de inocência, que consiste no direito de não ser declarado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Todavia, após debatido processo interpretativo com o fim de determinar a extensão e o alcance desta norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende a presunção de inocência.

Justificou-se a referida orientação no argumento principal de que o ordenamento jurídico brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória para que se decrete a prisão, em razão de que a presunção de inocência deve ser compreendida

em interpretação sistemática, na ponderação com outros princípios e valores constitucionais.

Acresce-se aos motivos, a razão de que, no âmbito das instâncias ordinárias, fica exaurida a possibilidade do exame de fatos e provas – haja vista que os recursos de natureza extraordinária só se prestam a debater matéria exclusivamente de direito. Também é relevante a afirmação da busca de equilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal.

Nessa linha de argumentação, conclui-se que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal – acerca da execução provisória da pena – alinha à interpretação do princípio da presunção de inocência com a unidade da Constituição e do ordenamento jurídico vigente. Confere força normativa ao sistema jurídico, porque mantém a norma constitucional mais próxima da realidade social. Significa relevante contribuição ao combate da impunidade que é mácula permanente ao longo de nossa história. Fortalece-se o propósito de um alcance maior em todos os segmentos sociais!

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. (Tradução por Neury Carvalho Lima). São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. *Código de processo penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas STJ*. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.345*. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJE de 20/08/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 74.983/RS. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJE 29/08/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2874983%2EENUME%2E+OU+74983%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hxp2fgw>>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJE 25/02/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2ENUMER%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmu88wm>>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE 17/05/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%2ENUMER%2E+OU+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jukvr93>>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752/PR. Relator: FACHIN, Edson. Publicado no DJE 15/02/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+152752%2ENUMER%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+152752%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb2a6y8h>>. Acesso em: jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula do STF*. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf >. Acesso em: jun. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal/ Nestor Távora*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2017.