

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FILIPPI EFFTING DA SILVA

**PRISÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA: HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA EFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DA
SUPREMA CORTE**

Florianópolis

2017

**PRISÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA: HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA EFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DA
SUPREMA CORTE**

Trabalho de Conclusão apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito à obtenção
do título de Bacharel em Direito.
**Orientador: Cláudio Macedo de
Souza**

FLORIANÓPOLIS

2017

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo amor incondicional e suporte fornecido ao longo de toda a minha vida, em especial aos meus pais, Luciano e Sandra, pela educação e ensinamentos.

A Lais Martini Fink, por seu incansável apoio e enorme companheirismo, responsáveis por agraciar cada dia deste curso de graduação e haver tornado mais serena esta longa travessia.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram incomparáveis aprendizados e vivências durante os anos de graduação.

Aos amigos, pelos momentos de lazer e descontração.

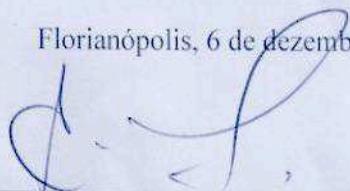
A todas as demais pessoas que, de forma ou de outra, tornaram possíveis a conclusão deste trabalho.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

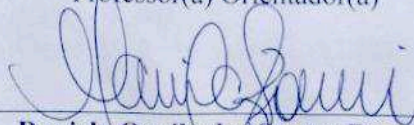
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Prisão na segunda instância: Harmonização entre os princípios da presunção de inocência e da eficiência na jurisprudência da suprema corte**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Filipi Effting da Silva**, defendido em **08/12/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.


Florianópolis, 6 de dezembro de 2017.



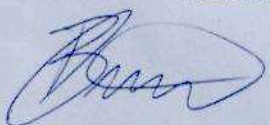
Cláudio Macedo de Souza
Professor(a) Orientador(a)



Daniela Queila dos Santos Bornin
Membro de Banca



Mathias Fioletto Silva
Membro de Banca



Beatriz L. G. de Camargo



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Filipi Effting da Silva**

RG:

CPF: **098.266.289-05**

Matrícula: **13103385**

Título do TCC: **Prisão na segunda instância: Harmonização entre os princípios da presunção de inocência e da eficiência na jurisprudência da suprema corte**

Orientador(a): **Cláudio Macedo de Souza**

Eu, **Filipi Effting da Silva**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2017.

Filipi Effting da Silva

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso objetiva debater a jurisprudência da Suprema Corte, a qual harmonizou os valores da eficiência da jurisdição e da presunção de inocência, a fim de dar celeridade ao sistema processual criminal. Em razão da presunção de inocência, presente na Constituição Federal, a pena privativa de liberdade por muito tempo passou a ser executada somente após o esgotamento da via recursal. Isto ocorreu porque o modelo brasileiro elegeu o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência. Em 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impedia o início da execução da pena após confirmação da sentença condenatória pela segunda instância. Respalhada e atenta a esta situação, a pesquisa apresentou a seguinte indagação: “Quais princípios foram determinantes para fundamentar a alteração da jurisprudência da Suprema Corte, que desconsiderou o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena de prisão depois da condenação pela segunda instância?”. Supôs-se que a Suprema Corte, ciente do retardo que significa o condicionamento da culpa definitiva ao trânsito em julgado, assinalou a imperiosidade de harmonizar o valor da eficiência da jurisdição com o da presunção de inocência, como forma de garantir a celeridade do processo. Diante da morosidade processual, a pesquisa afirma a importância da decisão do STF de harmonizar o valor da eficiência da jurisdição com o da presunção de inocência. Na linha dos direitos fundamentais, conclui-se que a harmonização de valores foi acertada porque se fundamenta na celeridade processual. Ademais, a pesquisa conclui que a harmonização entre princípios foi realizada mediante a mitigação da presunção de inocência em benefício da eficiência do processo. Conclui, ainda, que a eficiência constituída na ideia de celeridade processual foi a forma encontrada pela Suprema Corte para dar uma resposta à sociedade acerca da morosidade do processo; e, assim, reduzir os efeitos negativos produzidos pela impunidade.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Eficiência da Jurisdição. Morosidade Processual. Execução da Pena.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	01
2. CAPÍTULO 1 – DIREITOS INDIVIDUAIS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA	04
2.1 Direitos fundamentais: entre a antiguidade e a idade média	06
2.2 Direitos fundamentais: da idade moderna à contemporaneidade	09
2.3 A presunção de inocência e a eficiência da jurisdição	14
2.4 Demais princípios e garantias constitucionais e penais aplicáveis	18
2.5 O caráter relativo dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico	20
3. CAPÍTULO 2 - A SENTENÇA PROFERIDA NO BOJO DE AÇÃO PENAL E MEIOS RECURSAIS	22
3.1 Recursos e formas de insurgência às decisões criminais	26
3.1.1 <i>Recursos às cortes extraordinárias</i>	30
3.1.2 <i>Efeitos processuais da interposição dos Recursos Extraordinário e Especial</i>	32
4. CAPÍTULO 3 – A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E NOVOS CONTORNOS JURISPRUDENCIAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	34
4.1 Execução provisória da pena e o entendimento consolidado no STF até 2009	34
4.2 Execução provisória da pena e o entendimento consolidado no STF após 2009	36
4.3 A execução provisória da pena e nova superação jurisprudencial ocorrida no julgamento do HC 126.292/SP	37

4.4 O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e a manutenção do entendimento firmado no HC 126.292/SP	40
4.5 O trânsito em julgado como necessidade para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade	42
4.6 A insuficiência da confirmação pela segunda instância e necessária ratificação pelo STJ	43
4.7 A execução provisória da pena e o equilíbrio entre a presunção de inocência e a eficiência da jurisdição	44
4.8 A inexistência, no cenário internacional, do direito absoluto de se aguardar em liberdade até o trânsito em julgado	46
4.9 A inexistência de terceira ou quarta instância na seara recursal criminal e a ausência de efeito suspensivo nos recursos às cortes extraordinárias	49
4.10 A intempestividade brasileira na prestação jurisdicional e casos notórios	51
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso objetiva debater a respeito da jurisprudência da Suprema Corte, a qual harmonizou os valores da eficiência da jurisdição e da presunção de inocência, a fim de dar celeridade ao sistema processual criminal.

Em razão do princípio da presunção de inocência, presente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a pena privativa de liberdade por muito tempo passou a ser executada somente após o esgotamento da via recursal. Isto ocorreu porque o modelo brasileiro, contrariamente aos tratados internacionais, elegeu o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência.

Em 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impedia o início da execução da pena após confirmação da sentença condenatória pela segunda instância. Ademais, a Suprema Corte indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. A partir de então, a despeito de posições divergentes minoritárias, tornou-se possível o início do cumprimento da pena privativa de liberdade após o exaurimento da via recursal nas instâncias ordinárias.

Respalhada e atenta a esta situação, a pesquisa apresentou a seguinte indagação: “Quais princípios foram determinantes para fundamentar a alteração da jurisprudência da Suprema Corte, que desconsiderou o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena de prisão depois da condenação pela segunda instância?”.

Para responder à questão formulada, supôs-se que a Suprema Corte, ciente do retardo que significa o condicionamento da culpa definitiva ao trânsito em julgado, assinalou a imperiosidade de harmonizar, o mais rapidamente possível, o valor da eficiência da jurisdição com o da presunção de inocência, como forma de garantir a celeridade do processo penal.

A morosidade na prestação da jurisdição penal produz a sensação de impunidade e expande-se pela sociedade que passa a desconfiar da eficiência dos órgãos estatais.

A Constituição, em seu art. 5º, LXXVIII, faz referência à razoável duração do processo, elevando-o à categoria dos direitos e garantias fundamentais. Esse dispositivo advém da compreensão de que a tutela jurisdicional não engloba apenas a garantia do direito de ação, mas, principalmente, a tempestividade do processo. Donde se conclui que é uma garantia fundamental do cidadão, a prestação jurisdicional eficiente.

Da forma como estruturado o sistema da justiça criminal, percebe-se a paralisia dos processos, aspecto que compromete o princípio da eficiência. A multiplicidade de recursos ocasiona o retardado do trânsito em julgado da sentença e, em consequência, perdura por longo prazo o processo e a presunção absoluta de inocência. Neste caso, para dar uma resposta à morosidade da prestação jurisdicional criminal, a Suprema Corte decidiu pela possibilidade do cumprimento da pena após confirmação da sentença condenatória pela segunda instância, por meio da harmonização entre a presunção de inocência e a eficiência.

Por isso, será debatido o julgamento proferido pelo STF no Habeas Corpus n. 122.292, e, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, cuja decisão final de mérito irradiou efeitos *erga omnes* perante os juízos inferiores. De forma similar, decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena serão, também, devidamente avaliadas.

Ademais, avaliação das decisões do STF será realizada com a legislação atual, em especial o Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988, em cotejo com a principiologia penal e processual aplicável ao tema. Interligado com a execução provisória da pena, o trabalho trará um breve histórico acerca dos direitos fundamentais, pois a discussão está fortemente arraigada aos grupos e às sociedades humanas que moldaram o seu entendimento ao longo do tempo e ao papel desempenhado pelo Direito.

O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, os direitos fundamentais e princípios serão abordados numa perspectiva histórica. Serão discutidos, também, a presunção da inocência e da eficiência, princípios harmonizados pelo STF. A presunção de inocência é um dos princípios mais importantes de um ordenamento democrático, e que deve obrigatoriamente nortear

toda a ordem punitiva de um Estado. Não há como se conceber a figura de um Estado garantidor, com respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais a ela inerentes, que não presuma que seus cidadãos são inocentes, até demonstrado o contrário no bojo de um processo criminal devido e justo.

Destaca-se, ainda, que a eficiência da prestação jurisdicional anda de forma muito próxima ao princípio da celeridade processual, ambos oriundos do texto e do espírito da Constituição de 1988, que preza pela ótima prestação jurisdicional, sob as condições ideais de tempo.

No segundo capítulo, a sentença criminal e suas subespécies, bem como os variados meios recursais elencados na legislação processual penal serão abordadas. No terceiro e último capítulo, o diagnóstico da execução provisória da pena à luz da mais recente alteração jurisprudencial ocorrida na Suprema Corte será realizado. Ademais, quando da análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 e os votos dos ministros, o princípio da eficiência da jurisdição e da presunção de inocência serão confrontados; e, a possibilidade ou não da execução provisória da pena privativa de liberdade será investigada.

Ciente do equívoco que representa o condicionamento da culpa definitiva ao trânsito em julgado, a pesquisa assinalou a importância da decisão do STF de harmonizar o valor da eficiência da jurisdição com o da presunção de inocência, como forma de garantir a celeridade do processo.

Na linha dos direitos fundamentais, conclui-se que a harmonização de valores foi acertada porque se fundamenta na celeridade processual. Ademais, a pesquisa concluiu que a harmonização entre princípios foi realizada mediante a mitigação da presunção de inocência em benefício da eficiência do processo. Concluiu-se, ainda, que a eficiência constituída na ideia de celeridade processual foi a forma encontrada pela Suprema Corte para dar uma resposta à sociedade acerca da morosidade do processo; e, assim, reduzir os efeitos negativos produzidos pela impunidade.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES INDIVIDUAIS EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Este capítulo inicial objetiva traçar um panorama geral a respeito do entendimento consolidado ao longo dos tempos acerca da temática dos direitos humanos e fundamentais, relevantes ao tema central deste trabalho. Ao final, ainda serão analisados os dois princípios penais de maior relevância à discussão, quais sejam, os princípios da presunção de inocência e o da eficiência da jurisdição.

Há muito tempo que o ser humano, como elemento de uma sociedade estruturalmente organizada, desenvolve a ideia de direitos fundamentais. Não foi sempre que teve a robustez e concretude que ostenta nos dias atuais, ao contrário, nos tempos remotos, era não só mitigado, como tímido e de consistência muito menos robusta.

O estudo do tema dos direitos fundamentais é, em essência, de crucial relevo, não só para o estudo acerca dos seus reflexos na temática da execução provisória da pena de liberdade, mas também para uma integral compreensão filosófica e científica da natureza relacional do ser humano, pois sempre foi através deles que poderia se ter uma maior noção do quão desenvolvida e organizada determinada sociedade estaria. Em outras palavras, os valores que compõem o arcabouço de certa sociedade estruturada representam grande parte do contexto civilizatório daquele grupo político, uma vez que os direitos fundamentais estão intimamente ligados à evolução do grupo em questão.

Realizar a conceituação de Direitos Fundamentais e Humanos não é tarefa fácil. Valerio de Oliveiran Mazzuoli elabora uma conceituação sob uma perspectiva internacional de responsabilidade e solidariedade que os Estados têm para com os indivíduos sob sua jurisdição, da seguinte maneira¹:

Os direitos humanos são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra a violação e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. **São direitos que estabelecem um nível protetivo (standard) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional.** Assim sendo, garantem às pessoas sujeitas à jurisdição do Estado meios de vindicação de seus direitos, para além do plano interno, nas instâncias internacionais

¹ Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos, p. 22, Método, 2014.

de proteção (v.g., em nosso entorno geográfico, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que poderá submeter a questão à Corte Interamericana de Direitos Humanos). Destaca-se que, quando se trata da proteção dos direitos humanos, não importa a nacionalidade da vítima da violação, bastando que ela tenha sido violada em seus direitos por ato de um Estado sob cuja jurisdição se encontrava. (grifo nosso).

A civilização humana, desde os seus mais remotos tempos, até a era atual, transcorreu um extenso caminho, sofrendo diversas transformações, sejam elas oriundas da seara social, religiosa, econômica, jurídica ou política. O que se entende por direitos fundamentais, de igual maneira, também evoluiu e, de forma semelhante, passou por diversas transformações ao longo das eras, de modo que o estudo e compreensão de seu processo histórico-evolutivo, para que se possa compreender como chegamos ao estágio atual, é da maior relevância.

É nesta toada que se justifica a utilização do método da historicidade no desenvolvimento cognitivo acerca dos direitos humanos e fundamentais, que, como quaisquer outros direitos, também são direitos históricos, isto é, se desenvolvem e se lapidam em processos históricos concomitantes com a evolução do pensamento humano.

Desta forma, tem-se que os antecedentes mais remotos dos direitos humanos têm suas origens em longínquo momento histórico denominado período axial, onde foram forjadas diretrizes gerais que permanecem como *standards* até os dias atuais, como, a exemplo, a noção de isonomia entre iguais e de liberdade.

Acerca do referido período, nos ensina Fábio Konder Comparato²:

É a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano **passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão**, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, **os fundamentos intelectuais** para a compreensão da pessoa humana e para afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes. (grifo nosso).

Assim, temos que na mais distante era da humanidade, após o acima mencionado período axial, já se possuía uma noção, mesmo que crua e embrionária, de direitos fundamentais.

Conforme o magistério de Rogério Gesta Leal, "*parece ser consenso entre os historiadores que as origens mais antigas dos direitos fundamentais da pessoa*

² COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 4. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11

*humana se encontram nos primórdios da civilização*³, englobando desde as concepções formuladas pelos mesopotâmicos, pelos gregos, pelos romanos até a era moderna.

Desta forma, nas páginas seguintes, será exposta a evolução histórica acerca dos direitos humanos e fundamentais ao longo das variadas sociedades humanas, expondo, ademais, os diplomas legislativos, as reformas e contribuições, fortemente relacionadas ao tópico principal do trabalho, qual seja, a execução provisória da pena privativa de liberdade, que também lida com a temática das liberdades individuais e demais garantias fundamentais.

2.1. Direitos fundamentais: entre a antiguidade e a idade média

Na Antiga Mesopotâmia que se originou o primeiro diploma legislativo escrito da História que se tem notícia, o Código de *Hamurabi*. Datado do segundo milênio antes de Cristo, com nome que homenageia o Rei Hamurábi, que à época reinava na mesopotâmia, foi também a primeira legislação a fazer alguma espécie de menção (dentre diversas outras, como na seara civilista e penalista) à temática dos direitos fundamentais, ao introduzir a infame Lei do Talião, a qual, apesar de não proibir penalidades excessivamente severas (em muitos casos, era o que, de fato, ocorria), revolucionou por garantir a proporcionalidade de tratamentos: nenhuma pena poderia ser maior que aquele dano previamente causado pelo apenado.

Tem-se aí uma grande evolução no estudo dos direitos fundamentais e no direito penal, visto que, até então, não raramente a sanção penal ultrapassava até a mesmo a pessoa do próprio infrator, apenando familiares e pessoas próximas, não raramente ostentando até mesmo um caráter perpétuo e nitidamente desproporcional, porquanto a relação era baseada na força, e não em preceitos legais e jurídicos. O limite era tanto quanto fosse a força do aplicador da pena. A lei do olho por olho, a despeito de seus lados negativos, teve como mérito o fato de ter, juridicamente, garantido a proporcionalidade.

Alexandre de Moraes⁴, ao tratar do processo histórico de consolidação dos direitos humanos e fundamentais entre as sociedades humanas, ensina que, a

³ LEAL, Rogério Gesta. Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 1997. p. 20

despeito de certos pontos nebulosos e negativos, sobretudo a crueldade de certas penas passíveis de aplicação, o Código de *Hamurabi* foi um dos textos normativos codificados pioneiros a consagrar uma miríade de direitos comuns, como a propriedade, a vida, a honra, a dignidade, a família, bem como, e, talvez, acima de tudo, a prever a supremacia das leis em face dos governantes e a proporcionalidade das penalidades.

Na antiguidade clássica, em especial na Grécia antiga, berço da democracia, visto que seus avanços políticos e sociais serviriam, no futuro, para consolidar e lapidar o próprio conceito de democracia moderna, houve notáveis contribuições nos campos dos direitos fundamentais.

Muito embora certas castas da sociedade grega não gozassem do *status* de cidadão, como mulheres, escravos e estrangeiros (que, bem verdade, consubstanciava boa parcela da sociedade), que ficavam à margem da sociedade e não participavam da vida política, não há como negar que houve avanços consideráveis em outros campos jurídicos e sociais.

Pedro Paulo Funari, acerca do funcionamento da vida política na Grécia Antiga, leciona sobre os avanços na sociedade grega⁵:

A democracia ateniense era direta: **todos os cidadãos podiam participar da assembleia do povo** (Eclésia), que tomava as decisões relativas aos assuntos políticos, em praça pública. Entretanto, é bom deixar bem claro que o regime democrático ateniense tinha os seus limites. Em Atenas, eram considerados cidadãos apenas os homens adultos (com mais de 18 anos de idade) nascidos de pai e mãe atenienses. **Apenas pessoas com esses atributos podiam participar do governo** democrático ateniense, o regime político do "povo soberano". Os cidadãos tinham três direitos essenciais: **liberdade individual, igualdade com relação aos outros cidadãos perante a lei e direito a falar na assembleia**. (grifo nosso).

Durante a Idade Média, período que se estendeu entre os séculos V, com a queda do Império Romano do Ocidente, até o século XV, durante a transição para a Idade Moderna, a Igreja Católica Apostólica Romana foi, em grande parte, responsável por ditar a tônica dos pensamentos e mentalidade presentes durante período.

⁴ MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral. Coleção Temas Jurídicos, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 24)

⁵ FUNARI, Pedro Paulo A. Grécia e Roma. São Paulo: Contexto. 2001. p. 34-37

Dentre outros elementos, esta época é marcada pela organização feudal, sendo o fator determinante de *status* social a posse de terras. A relação suserano-vassalo estava intimamente interligada a esta dinâmica social. Quem mais possuía terras, maior *status*, por consequência, possuiria

Neste sentido, sobre este período da história humana, leciona Fábio Konder Comparato⁶:

Toda a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo. A partir do século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Duas cabeças reinantes, o imperador carolíngio e o papa, passaram a disputar asperamente a hegemonia suprema sobre o território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter pares*), reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza e ao clero.

A despeito da estratificação social presente, surgiu nesta época um dos mais importantes institutos jurídicos de todos os tempos, e especialmente pertinente ao tema presentemente discutido neste trabalho, a *Magna Charta Libertatum*, ou Magna Carta, assinado no ano de 1215 d.C pelo rei inglês João sem Terra, que foi, basicamente, um instrumento político que limitou os poderes da monarquia: antes virtualmente ilimitados, a partir de então, passaram a seguir padrões e limites legalmente instituídos.

A *Magna Charta Libertatum* é tida como um dos instrumentos pioneiros no tema atinente à limitação do poder Estatal e da manutenção e estabelecimento dos Direitos Humanos Fundamentais, bem como por ter sido um dos primeiros passos dados pelo Homem no longo processo de consolidação da monarquia constitucional na sociedade europeia, que viria, ainda mais, a consolidar o elemento limitador do poder Estatal e garantidor dos direitos fundamentais do Homem. No mais, foi um instrumento legislativo que desempenhou importante papel no combate às prisões que ocorriam de forma rotineiramente arbitrária à época.

Sobre este instrumento jurídico, e neste sentido, nos leciona Manoel Gonçalves Filho⁷:

⁶ COMPARATO, 2005. p. 44

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995; p. 37

Se essa Carta, por um lado, não se preocupa com os direitos do Homem, mas sim com os direitos dos ingleses, decorrentes da imemorial *law of the land*, por outro, **ela consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia**. Tal reconhecimento de direitos importa numa clara limitação do poder, **inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos** [...] Note-se que na Magna Carta aponta a judicialidade um dos princípios do Estado de Direito, de fato, **ela exige o crivo do juiz relativamente à prisão do homem livre**. (...) Nela igualmente está a garantia de outros direitos fundamentais: **a liberdade de ir e vir** (n. 41), **a propriedade privada** (n. 31), **a graduação da pena à importância do delito** (n. 20 e 21). Ela também enuncia a regra '*no taxation without representation*' (n. 12 e 14). Ora, isto não só provocou mais tarde a institucionalização do Parlamento, como lhe serviu de arma para assumir o papel de legislador e de controlador da atividade governamental. (grifo nosso).

2.2 Direitos fundamentais: da idade moderna à contemporaneidade

Com a transição para a Idade Moderna, em meados do século XV, com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, antigos princípios feudais perderam força e deram azo a uma nova ordem política e jurídica que passou a vigor.

Foi no ano de 1679 que um dos mais relevantes instrumentos jurídicos de todos os tempos teve nascimento, o *Habeas Corpus Act*, instituído durante o reinado do Rei Inglês Carlos II. Foi um diploma marcado pela proteção conferida aos cidadãos contra prisões e detenções arbitrárias, instituindo o então chamado direito de mandado (*right to the writ*)⁸, que estabeleceu o direito de que uma corte de justiça sempre deveria analisar a legalidade de quaisquer tipos de detenções, de modo que abusos fossem coibidos e evitados.

Alexandre de Moraes, em maestria ímpar, acerca deste diploma legislativo, nos ensina⁹:

A lei previa que por meio de reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto se se tratar de traição ou felonía, assim declarada no mandado respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandado, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandado ou o certificado de que a cópia foi recusada, poderiam conceder providência de habeas corpus (exceto se o próprio indivíduo tivesse negligenciado, por

⁸ MIRANDA, Pontes de (Francisco Cavalcante). História e Prática do Habeas Corpus, vol. 1 – 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007; p. 42.

⁹ Cf. MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25-26..

dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executada perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se afiançável, o indivíduo seria solto, durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente. Além de outras previsões complementares, o *Habeas Corpus Act* previa multa de 500 (quinhentos) libras àquele que voltasse a prender, pelo mesmo fato, o indivíduo que tivesse obtido a ordem de soltura.

Conquanto seja um instrumento de ímpar importância, ainda mais considerando o contexto turbulento pelo qual a Inglaterra do século XVII passava, vale ressaltar que o *Habeas Corpus*, como remédio genérico contra detenções arbitrárias, já havia sido instituído no Reino Unido há pelo menos 3 séculos.

Outro instrumento legislativo, praticamente contemporâneo ao *Habeas Corpus Act*, e de importância indiscutivelmente semelhante, foi a Declaração de Direitos de 1689, conhecida por *Bill of Rights*, também oriundo da Inglaterra.

Como muitos outros instrumentos jurídicos deste período, a *Bill of Rights* também freava a discricionariedade do poder real frente aos seus governados. Estatuía que os atos da realeza que, sem aval expresso do Parlamento, suspendessem as leis ou sua execução, bem como ainda mandasse arrecadar, de qualquer forma fosse, dinheiro para a coroa real, além do que fosse legalmente permitido e previsto em lei, seriam ilegais¹⁰.

Sobre o tema, é do magistério de Günther Maluschke¹¹:

Petition of rights (Petição de Direito de 1628); *habeas corpus act* de 1679; *bill of rights* (Declaração dos Direitos de 1689) são resultados de lutas entre os estamentos do país e o poder real, e também esses documentos não são declarações de direitos humanos, mas a restauração e confirmação de liberdades não dos homens, mas dos ingleses. Na luta acerca dos direitos dos estamentos, frequentemente, pela inovação de direitos tradicionais, se faziam valer também pretensões jurídicas inovadoras, de modo que no final os direitos de todos os cidadãos ingleses começavam a ser respeitados; os direitos estamentais se transformam em direitos civis gerais.

Vale ressaltar, ainda, que o instrumento é um dos pioneiros no campo da separação dos poderes. Foi, indiscutivelmente, a partir dele que passou a haver uma menor intervenção real no poder legislativo inglês, que passou a contar com expressão popular mais acentuada e livre das amarradas e arbítrios reais.

Neste sentido, leciona Camparato¹²:

¹⁰ Cf. OLIVEIRA, Almir. Curso de direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26

¹¹ MALUSCHKE, Günther. Desenvolvimento histórico dos direitos humanos. Revista da ESMEC. Fortaleza, v.1, n. 1, 1997, p.81-94.)

O essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis. (grifo nosso).

A Declaração de Direitos de Virgínia foi um documento oriundo dos Estados Unidos da América, datado do ano de 1776, alocado no contexto histórico do tumultuoso processo de independência daquele País. Foi um documento jurídico anterior à própria independência dos Estados Unidos e possui fortes laços e inspirações no Iluminismo francês. Foi uma carta de direitos de especial relevo à época e que contava noções de direitos básicos basilares da idade contemporânea, como o direito à vida, liberdade, propriedade, entre outros.

Na lição de Alexandre de Moraes¹³:

Na Declaração de Direitos de Virgínia, a Seção I já proclamava o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Outros direitos humanos fundamentais foram expressamente previstos, tais quais, o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal do Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa.”

Esta declaração de direitos teve como tom marcante a preponderância no que concerne à limitação do poder estatal frente os indivíduos particulares e a valorização da liberdade e das garantias individuais.

É um documento que ostenta um valor histórico inigualável, e que chegou a influenciar até mesmo outros documentos de direitos humanos futuros, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que veio a ser outorgada na França no ano de 1789, que passava por turbulento processo revolucionário, bem como inspirou outras das colônias do continente norte-americana.

Foi fortemente influenciada por pensadores oriundos do período do Iluminismo francês.

Um fator marcante no início do século XX, no que se refere aos direitos humanos e fundamentais, foi o caráter humanista e preocupado com direitos humanos e garantias particulares inseridos nas constituições dos países desta

¹² COMPARATO, 1999, p. 80 e 81

¹³ Cf. MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27

época, notadamente a Constituição do México, de 1917, e a Constituição da República Alemã, de 1918.

A Constituição Mexicana de 1917 foi notória por inserir em seu bojo uma série de direitos sociais, como os direitos da seara trabalhista. Ademais, registre-se que esta foi a Carta Magna pioneira a conferir aos direitos trabalhistas o *status* de garantia fundamental, o que veio, futuramente, a influenciar diversos outros países, que seguiram rumo semelhante ao elaborar suas próprias cartas políticas¹⁴:

A Constituição da República de Weimar, em caminho similar àquele traçado pela Constituição Mexicana, também entabulou uma série de direitos e garantias fundamentais, sobretudo os conhecidos por direitos e garantias de segunda geração, máxime como uma resposta às atrocidades cometidas na Primeira Guerra Mundial. Adicionou uma série de direitos e garantias sociais ao rol de direitos e garantias fundamentais que já existiam no contexto jurídico e político da sociedade alemã.

Sobre os dois textos jurídicos acima discutidos, leciona Maria Cláudia Bucchianieri acerca da importância e influência de ambos no cenário internacional da época¹⁵:

Conclui-se que a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 devem sempre ser lembradas, ambas, como os primeiros textos constitucionais que efetivamente concretizaram, ao lado das liberdades públicas, dispositivos expressos, impositivos de uma conduta ativa por parte do Estado, para que este viabilize a plena fruição, por todos os cidadãos, dos direitos fundamentais de que são titulares.

Ao final deste século XX, após a introdução e familiarização das Cartas Políticas com os direitos sociais de segunda geração, houve uma nova adição ao rol geracional dos direitos: os ditos direitos de terceira geração, notadamente os direitos à solidariedade, à fraternidade, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e ao progresso humanitário.

Traduzem, assim, em direitos de cunho difusos e comuns, transcendendo a titularidade de um indivíduo singularmente coletivo para uma titularidade difundida

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. 2005, p. 174

¹⁵ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1192, 6 out. 2006

(ou difusa). Isto é, têm o condão de proteger a coletividade como um todo. São, em decorrência dessas particularidades, classificados como Direitos Transindividuais.

Sobre o tema, ensina Alexandre de Moraes¹⁶:

Os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos [...] que são os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Assim, pode inferir-se, portanto, que tais direitos, elencados nas Cartas Políticas acima mencionadas, possuem como titulares a espécie humana coletivamente considerada, o Homem, impossibilitando a identificação de um indivíduo único e particular, uma vez que possuem concentrado valor humanístico e universal, se fundamentado, consabido, na fraternidade.

Como forma de manifestar publicamente um repúdio em relação aos crimes contra a humanidade praticados pelas nações derrotadas durante a segunda guerra mundial, os membros da Organização das Nações Unidas – ONU aprovaram, ano de 1948, um documento político e jurídico intitulado Declaração Universal dos Direitos Humanos, que contava com a presença de uma extensa gama de direitos considerados fundamentais, incluindo aqueles presentes em notórias declarações históricas de direito prévias¹⁷.

Nesta direção, articula Erival da Silva¹⁸:

No texto da Declaração relacionam-se os direitos civis e políticos (conhecidos por direitos de primeira geração: liberdade) e os direitos sociais, econômicos e culturais (chamados direitos de segunda geração: trabalho), e há, ainda, a fraternidade como valor universal (denominados direitos de terceira geração: espírito de fraternidade, paz, justiça, entre outros – nos considerandos e arts. I, VIII, entre outros).

Importante mencionar, ainda, que essa distinção que separa os direitos fundamentais em gerações é normalmente atribuída como criação do jurista Karel Vasak, e teve como objetivo classificar e organizar os Direitos previamente consolidados por tratados internacionais, e pelos próprios Estados, ao longo dos períodos da História humana.

¹⁶ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 45

¹⁷ CASTILHO, Ricardo. Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92-95

¹⁸ OLIVEIRA, Erival da Silva. Direitos Humanos. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pág. 66

Dessa forma, aqueles direitos da primeira geração surgiram nas revoluções ocorridas na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, marcando presença nas cartas políticas contendo declarações de direitos resultante destas duas últimas, França e Estados Unidos.

Já os da segunda geração, a seu turno, são datados de meados do século XIX e XX, e foram frutos de uma resposta socioeconômica à acontecimentos que marcaram a época, notadamente a Revolução Industrial, que profundamente alterou as interações societárias humanas da época.

A terceira geração de direitos fundamentais, por fim, procedem, historicamente, de uma época pós 2ª Guerra Mundial, e surgiram num contexto de enfrentamento e abalo internacional para com as atrocidades perpetradas pelos mais variados países, notadamente o *reich* alemão, nesta época¹⁹.

Importante consignar que, muito embora, em certo modo, já houvesse a presença de direitos fundamentais essenciais ao Homem em tratados internacionais assinados por nações antes mesmo da 2ª Guerra Mundial, é inconteste que a mais importante declaração de direitos, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França revolucionária, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que irradia seus efeitos no mundo jurídico, humanístico e político até os dias de hoje, tendo influenciado enormemente a forma como o Homem passou a tratar seus semelhantes daquele ponto em diante na História.

2.3 A presunção de inocência e a eficiência da jurisdição

Historicamente, conforme o Homem passou a estruturar-se de forma mais organizada, com sociedades e arranjos complexos de pessoas ganhando contorno, o Estado, com o intuito de evitar a autotutela, passou a invocar a si próprio o *jus puniendi*. Assim, ocorre a transição da tutela particularmente aplicada, para a histórica consolidação deste poder nas mãos de uma figura central, o Estado.

E é esta a função primordial do direito penal e do direito processual penal: a função pacificadora e de efetiva aplicação do *jus puniendi* frente às concretudes da realidade, de modo que, consabido, a principiologia penal e processual penal

¹⁹ CASADO FILHO, Napoleão. Direitos Humanos e Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69-72

desempenha crucial papel, introduzindo-se neste contexto de proteção dos direitos humanos consolidados ao longo do tempo.

Neste ponto, é o ensinamento de Oliveira²⁰:

Princípios, então, que se apresentam como normas fundamentais do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. O Direito Processual Penal, portanto, é, essencialmente, um Direito de fundo constitucional.

Do mesmo modo, o direito processual penal “*é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representa, senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado*”²¹, desta forma, tem-se que os princípios de ordem constitucional e os princípios de ordem processual penal objetivam o auxílio hermenêutico e interpretativo do processo, servindo para fim de uniformização e padronização do direito positivado como resposta para determinados problemas que, porventura, surgirem no bojo do processo e, ainda, representando uma espécie de proteção extra aos Direitos Humanos e Fundamentais.

O princípio da presunção de inocência, ou princípio da não-culpabilidade, é um dos princípios mais importantes de um ordenamento democrático, e que deve obrigatoriamente nortear toda a ordem punitiva de um Estado. Não há como se conceber a figura de um Estado garantidor, com respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais a ela inerentes, que não presuma que seus cidadãos são inocentes, até demonstrado o contrário no bojo de um processo criminal devido e justo.

Historicamente, é possível datá-lo do período do Iluminismo francês, o século das Luzes, nascendo como uma necessidade que as pessoas sentiram, à época, de insurgir-se contra um sistema penal inquisitivo, oriundo do sistema romano-canônico, vigente à época, e que não respeitava as garantias penais e processuais de forma devida.

²⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de Processo Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1

Rangel, neste sentido, leciona²² (grifo nosso):

O princípio da presunção da inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando na Europa Continental, **surgiu à necessidade de se insurgir contra o sistema penal inquisitório, de base romano-canônico, que vigia desde o século XII**. Nesse período e sistema, o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. [...] Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789.

O princípio da presunção da inocência determina que “*antes de sentença condenatória transitar em julgado, há impossibilidade de se impor, ao acusado de um crime qualquer, medida de coação pessoal ao seu direito de liberdade, que se revista de características de execução de pena*”²³, sendo possível observa-lo sob três aspectos²⁴:

a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Registre-se que este é um dos principais basilares no nosso ordenamento, e especialmente importante para a compreensão e desenvolvimento deste trabalho, que, ao lidar com o tema da execução provisória da pena, invariavelmente irá lidar, também, com a questão da presunção de inocência.

O princípio da eficiência, ou efetividade, da jurisdição, também possuidor de *status* constitucional, atualmente assume especial destaque, visto que uma das problemáticas atuais de todo o processo penal é a ausência de tempestividade no que toca à efetiva entrega da prestação jurisdicional no âmbito criminal por parte do Estado, detentor do monopólio sob o *jus puniendi*, como alhures visto.

Leciona, acerca deste princípio, Cássio Scarpinella Bueno²⁵:

O princípio da efetividade do processo também repousa na locução contida no art. 5º, XXXV, de que a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário, o mesmo que, rendeu ensejo à apresentação do “princípio do acesso à justiça. Este princípio, por vezes, é

²² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²³ JESUS. Damásio Evangelista de. Princípio da presunção de inocência. Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre, n.º 50, p. 221. 2008

²⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, p. 83 2013. v.1.

²⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Ed. Saraiva, São Paulo, 2007. P. 146.

enunciado como “efetividade da jurisdição. (...) **O princípio da efetividade do processo, volta-se mais especificamente aos resultados práticos deste reconhecimento do direito, na exata medida em que ele o seja, isto é, aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo.** (grifo nosso).

Em um Estado verdadeiramente democrático, o acesso à justiça não é garantido tão somente se concedido ao cidadão o direito de peticionar junto aos órgãos do poder judiciário, mas também quando resolve o litígio a ele posto de maneira razoável e célere, de modo que a justiça tardiamente prestada, ou, ainda, executada, não se transforme em injustiça.

No processo penal, o problema é análogo, visto que o longo acervo recursal disponível aos jurisdicionados muitas vezes vem a servir para fins de retardamento da efetiva prestação do poder jurisdicional, se transformando em um instrumento arditamente utilizado pelos Acusados abastados, que dispõe de recursos financeiros para arcar com os altos custos que envolvem a advocacia de alto nível, com o intuito de estender o processo criminal pela maior quantidade de tempo possível, muitas vezes atrás de prescrição da pena ²⁶:

Advogado nenhum quer que o processo de seu cliente chegue ao fim, salvo se a absolvição for inevitável. No mesmo sentido se o promotor acha que as provas que existem são suficientes para um decreto condenatório, ele deseja que processo termine logo, mesmo que a pressa signifique a privação da liberdade, pois não é a sua.

Ressalta o mesmo autor, ainda, que “*o processo crime foi feito para andar rápido quando o cliente é o Tício das Coves, mas se for um empresário ou político, o quadro muda*”²⁷. Assim, a depender da saúde financeira do Acusado em uma ação penal, este princípio irá cair por terra, ficando no esquecimento: só ao órgão acusatório interessará a celeridade processual, enquanto que o Acusado e sua defesa buscam a extinção da punibilidade através da prescrição, o esquecimento social, o perecimento dos elementos probatórios relevantes e assim por diante.

No mais, pode-se dizer ainda que o princípio da eficiência da prestação jurisdicional anda de forma muito próxima ao princípio da celeridade processual, ambos oriundos do texto e do espírito da Constituição de 1988, que preza pela ótima prestação jurisdicional, sob as condições ideais de tempo.

²⁶ RANGEL, 2015, p. 66.

²⁷ RANGEL, 2015, p. 44.

Adiante neste trabalho, quando da análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 e os votos dos ministros, o princípio da efetividade da jurisdição será analisado em conjunto ao da presunção de inocência, com a realização da devida confrontação entre ambos e a perquirição acerca da possibilidade ou não da execução provisória da pena privativa de liberdade.

2.4 Demais princípios e garantias penais e constitucionais aplicáveis

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal assegura que *‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’*. Devido processo legal, portanto, é aquele procedimento regulado e esmiuçado pela Lei. Uma forma de garantia, portanto, e respeito aos direitos daqueles que, porventura, sejam Acusados pelo Estado.

Com isso, se consagra a necessidade de um procedimento penal tipificado, ou seja, elencado e devidamente explicitado pela legislação, de modo a evitar brechas e falhas, e, *“se tratando de aplicação da sanção penal, é necessário que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois nulla poena sine iudicio”*²⁸.

Conforme leciona José Herval Sampaio Júnior ²⁹:

Vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental **e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador**, porquanto “deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão”, não havendo lugar para a interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados os condicionamentos e limites que decorrem da cláusula *due process of Law*. (grifo nosso).

O princípio do devido processo penal possui duas esferas, que, apesar de integrarem lados opostos de um espectro, se complementam e formam a totalidade do princípio. O primeiro lado é o devido processo legal constituído em sua forma formal, ou processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meio de um procedimento que siga de forma devida os ditames da legislação aplicável (*procedural due process*). O segundo lado, o da perspectiva material do princípio,

²⁸ TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 11ª Ed. São Paul.: Juspodvm. 2016. p. 65

²⁹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Processo constitucional: nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método, p. 137, 2009

encontra-se no campo da aplicação e elaboração das leis, clamando por uma atuação judicial pautada, motivada e razoável³⁰.

Desta forma, extrai-se da perspectiva material do princípio do devido processo legal que os procedimentos de ordem penal não devem, tão somente, ser pautados na legislação, mas esta própria legislação deve ser pautada em supraprincípios e encontrar razoabilidade e moderação sistemática, de modo que sua aplicação também seja razoável e atinja os fins constitucionalmente elencados. O processo deve, neste sentido, sobretudo, ser um instrumento jurídico de garantia contra os excessos do Estado.

O princípio do contraditório é outro princípio basilar em nosso sistema processual e que encontra respaldo constitucional (Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988), o qual impõe que a ambas as partes deve ser dada a oportunidade de ciência, participação e influência nos atos processuais e, por consequência, no convencimento do magistrado. Em suma, toda alegação, documento ou prova apresentada por uma das partes em um processo deve resultar em uma oportunização de contradição à parte contrária (daí o nome contraditório), de modo que haja o estabelecimento de um equilíbrio e uma paridade entre os atores do processo.

Diversamente do que ocorre na seara do Processo Civil, no Processo Penal o contraditório não vem estampado em sua acepção meramente formal, onde é tão somente fornecido ao Acusado um direito de informação e reação, e nada mais. Adicionalmente, estatui a legislação processual penal que a Defesa, não só necessária, mas também é obrigatória que seja exercida de forma devidamente fundamentada, de modo que o Acusado não seja considerado indefeso. Não basta a simples existência de Defesa: tem de ser fundamentada e devida.

Távora, neste sentido, leciona³¹:

De modo diverso ao que ocorre no âmbito processual civil, no processo penal não é suficiente assegurar ao acusado apenas o direito à informação e à reação em um plano formal. “Estando em discussão a liberdade de locomoção, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer reação à pretensão acusatória, o próprio ordenamento jurídico impõe a

³⁰ TÁVORA, 2016. p. 65

³¹ TÁVORA, 2016. p. 50

obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor”. Nesse sentido o Código de Processo Penal assegura o contraditório em sua acepção material, como ocorre no art. 261, que estabelece a necessidade de defensor que exerça “manifestação fundamentada” e o art. 497, V, que atribui ao juiz presidente do Tribunal do Júri o dever de atribuir novo defensor, caso considere o acusado “indefeso. (grifo nosso).

No mais, pode-se dizer que o contraditório é o cerne do sistema acusatório de processo penal, no qual as figuras que compõe o triângulo da relação processual em um processo criminal são bem delineadas e equidistantes uma das outras, onde as partes que falam ativamente, quais sejam, acusado e acusação, dialogam, em grau de paridade, perante o Juízo, na tentativa de convencimento do magistrado. A quebra dessa paridade de diálogo poria em risco o próprio núcleo essencial de valores inerentes ao sistema acusatório, evidenciado sua extrema importância.

2.5 O caráter relativo dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico

Os direitos elencados na Carta Magna não se revestem de caráter absoluto, não sendo ilimitados, uma vez que encontram limite frente aos demais direitos elegidos pela própria Carta Maior (princípio da relatividade dos direitos fundamentais). Nem mesmo direitos importantes e cruciais como o da vida safam-se desta regra e encontram, da mesma maneira, limitações e relativizações, como quando o Texto Maior explicitamente permite a pena de morte em determinados casos (artigo 5º, inciso XLVII, a, da Constituição Federal).

Assim, temos que os direitos elencados na Constituição, dentre eles os direitos e garantias individuais consagrados no artigo 5º da Lei Maior, não prestam para ser espécie de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, muito menos como argumento para elidir eventual responsabilidade civil ou criminal, sob pena de total desvalorização do espírito e essência que permeia nosso Estado Democrático de Direito³².

Desta forma, averiguado no caso concreto que há potencial possibilidade de colisão de direitos fundamentais, o magistrado terá de ponderar, e, atendendo à regra da máxima observância dos direitos constitucionais envolvidos, deverá

³² MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 32ª ed., p. 94, 2016.

encontrar uma forma de conjugá-los e harmonizá-los, sempre atentando para a necessidade de se causar um menor abalo ou restrição possível no caso *sub judice*.

Esta é a tese que há muito impera no Supremo Tribunal Federal, tendo já assentado em múltiplas oportunidades acerca do caráter relativo e não absoluto dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal. No informativo de número 163 da Corte, inclusive, restou assentado³³:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - **permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades**, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido **em detrimento da ordem pública** ou com **desrespeito aos direitos e garantias de terceiros**. (grifo nosso).

Conclui-se, portanto, que a extensão de determinado direito fundamental deve ser aferida caso a caso, de modo que na eventualidade de conflito entre múltiplos direitos, haverá de se realizar um juízo de ponderação a fim de dirimir qual direito deverá sofrer mitigação no caso concreto e em detrimento de qual outro.

³³ Supremo Tribunal Federal, informativo n. 163. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>> acesso em 04 de novembro de 2017.

3. A SENTENÇA PROFERIDA NO BOJO DE AÇÃO PENAL E MEIOS RECURSAIS

Este segundo capítulo objetiva realizar uma análise descritiva acerca das variadas espécies de sentenças existentes em nosso ordenamento criminal, desde as condenatórias às absolutórias, bem como formas de impugnação.

De forma geral, pode-se conceituar a sentença como uma manifestação de lógica e de intelecto formalmente emitida pelo Estado-Juiz, com o intento de encerrar uma lide que se fizer presente no bojo de um processo, qualificada por uma pretensão resistida, via aplicação do que dispor a lei no caso concreto, mediante atuação judicial.

Segundo Fernando Capez³⁴, “*na sentença consuma-se a função jurisdicional, aplicando-se a lei ao caso concreto controvertido, com a finalidade de extinguir juridicamente a controvérsia*”. Assim, a Sentença age como um remédio administrado no caso concreto, extinguindo um caso controvertido posto a apreciação pelo Poder Judiciário.

Consigne-se que a Sentença proferida em um processo criminal não se resume à condenatória. De fato, há uma série de decisões passíveis de prolação que podem, cada qual a seu modo, amenizar ou dirimir, mesmo que parcialmente, o conflito existente no bojo do processo, cada qual contendo sua carga própria de declaração, condenação, constituição, etc.

Neste sentido, Távora³⁵:

O processo penal não se resume ao de natureza condenatória. Em processo penal não condenatório, ou mesmo em processos desta natureza, sentenças de outras espécies poderão ter lugar, tais como sentenças declaratórias, executivas, mandamentais ou constitutivas, em conformidade com a natureza do processo penal respectivo. Releva, portanto, que sejam enfrentadas tais espécies de sentença, com a advertência de que não há uma sentença com eficácia unicamente declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental ou executiva.

As sentenças, consideradas em seu sentido amplo, abarcam todos os provimentos jurisdicionais emanados da figura do Juiz que não adentram, de forma direta, no *meritum causae*. De forma diversa, põe fim a uma determinada etapa do

³⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, p. 609. 2016. v.1

³⁵ TÁVORA, 2016, p. 1504

processo, dirimindo uma questão eventualmente surgida no decorrer da Ação, solucionando questões que interessem ao passo processual, ou mesmo encerrando por completo uma etapa e dando início a outra, que irá seguir outro trâmite diverso, como ocorre no rito do Júri.

Desta forma, temos que as sentenças em sentido amplo subdividem-se em outras duas, quais sejam: decisões interlocutórias simples e decisões interlocutórias mistas.

As primeiras são aquelas decisões que solucionam questões atinentes à regularidade ou marcha processual, sem, contudo, penetrar diretamente no *meritum causae*, a exemplo de decisões que recebem uma denúncia ou queixa, que decretam o sequestro de bens ou até mesmo a prisão preventiva de um acusado.

As segundas, também conhecidas por decisões com força terminativa, são aquelas dotadas de poder terminativo em relação a uma determinada etapa processual ou da própria relação processual existente, sem, contudo, decidir o mérito da Ação nem, tampouco, adentrar nele³⁶. Como mencionado alhures, é o que ocorre no rito especial do Júri, onde a decisão de pronúncia, proferida por Magistrado singular e que põe fim à primeira etapa daquele rito especial, não analisa o mérito (culpa) do Acusado, mas, admitindo a presença de prova de materialidade e indícios suficientes de autoria³⁷, pronuncia-o e dá fim à etapa preliminar daquele rito, submetendo o Acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri. Como visto, não dá fim ao conflito que revolve o *meritum causae*, mas, mesmo assim, põe fim a uma etapa do processo e dá início a outra.

Segundo Capez³⁸, sentença em sentido estrito é aquela proferida pelo Magistrado sentenciante que soluciona a causa. Em outras palavras, é o ato judicial emanado pelo Estado-Juiz, que encerra o processo no primeiro grau de jurisdição, resolvendo o mérito da questão, desta forma, diretamente.

A sentença, considerada em seu sentido estrito, é aquela que compõe todo o conjunto de atos materiais proferidos pelo Magistrado que adentram no mérito do

³⁶ CAPEZ, 2016. p. 609

³⁷ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

³⁸ CAPEZ, 2016. p. 610

embate, subdividindo-se, de acordo com o que leciona a doutrina majoritária, em uma série de ramificações, quais sejam: condenatória, absolutória própria, absolutória imprópria e sentenças terminativas de mérito.

A sentença condenatória é aquela que julga procedente, mesmo que parcialmente, os pedidos exarados na Denúncia pelo representante do Ministério Público, Promotor de Justiça ou Procurador da República, a depender da espécie de jurisdição, em ações penais públicas, ou pela vítima, em sede de queixa, em ações penais privadas.

Távora, sobre o assunto, leciona³⁹:

Ao lado dessas está a sentença penal condenatória, que tem lugar quando reconhecida a procedência da inicial acusatória. Há um acertamento da pena, com a devida individualização, nos termos da Constituição do Brasil. A sentença condenatória aplica uma pena a ser executada contra o apenado. Para que haja cumprimento da sentença condenatória, é necessária a instauração de um processo de execução penal. O processo de execução penal corre em autos distintos daqueles da ação penal condenatória: são extraídas cópias do processo penal onde exarada a sentença exequenda e expedida guia de execução penal, formando-se os autos de execução penal, com os elementos essenciais do processo originário e, em especial, da sentença e do regime de cumprimento da pena.

As sentenças terminativas de mérito, também chamadas de sentenças definitivas em sentido estrito, são aquelas que, apesar de não julgar o *meritum causae*, não condenam, tampouco absolvem o Acusado, a exemplo das sentenças que reconhecem causas extintivas de punibilidade. Como exemplo, cite-se a decisão proferida pelo Magistrado singular que reconhece a perempção em ação penal privada, extinguindo a punibilidade do Acusado e cessando a relação processual. As hipóteses de perempção vêm previstas no artigo 60 do Código de Processo Penal e geram extinção da punibilidade, nos ditames do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Por fim, temos as sentenças absolutórias, consubstanciando-se estas em decisões exaradas pelo magistrado sentenciante que rejeitam a pretensão punitiva estatal, julgando improcedentes os pedidos formulados em sede de Denúncia (ou, como visto alhures, os pedidos formulados em queixa, caso se tratar de ação penal

³⁹ TÁVORA, 2016, p. 1505

de iniciativa privada), de modo que as razões da improcedência devem estar enquadradas em pelo menos uma das hipóteses elencadas no artigo 386 do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

As sentenças absolutórias próprias são as sentenças de mérito, fundadas em alguma das hipóteses acima, que reconhecem a improcedência da pretensão punitiva Estatal, gerando, de imediato, a soltura do réu, se preso, bem como o levantamento de quaisquer medidas cautelares porventura aplicado de forma provisória. Tais efeitos decorrem de interpretação *ipsis literis* do parágrafo único, e seus dois primeiros incisos, do artigo de lei acima transcrito.

As sentenças absolutórias impróprias, todavia, diferem em um ponto crucial das sentenças absolutórias próprias. De forma similar, também há aqui um reconhecimento de improcedência da pretensão punitiva estatal, todavia, o acusado, embora não seja a ele imposto pena (privativa de liberdade ou multa), sofrerá, ainda assim, uma sanção penal, qual seja, a medida de segurança, que nada mais é que uma nomenclatura eufemística para uma pena que se impõe a pessoa perigosa que sofra de distúrbios mentais. É o que veio a se denominar absolvição imprópria: casos onde, apesar de haver absolvição, há imposição de sanção penal.

Távora, acerca desta espécie peculiar de sentença absolutória, leciona⁴⁰ (grifo nosso):

As hipóteses de isenção de pena, quando o juiz reconhece exclusão de culpabilidade por inimizabilidade (art. 26, CP, ficando ressalvada a menoridade – art. 27, CP –, por ser remetida ao juízo da infância e da juventude, não havendo que se falar em processo penal), dão lugar ao que

⁴⁰ TÁVORA, 2016, p. 1543-1544

se tem por sentença absolutória imprópria, **que tem conteúdo que reconhece a prática do fato e, ao final, não obstante contenha dispositivo absolutório, aplica medida de segurança, que, nada mais é que uma denominação eufemística para uma “pena” cominada a alguém que sofra de alguma perturbação mental. A chamada “absolvição imprópria” é aqui entendida como um eufemismo, pois disfarça uma “condenação”**. Daí que, malgrado as controvérsias doutrinárias, entende-se aqui que a sentença absolutória imprópria é título executivo equiparável à sentença condenatória. Da mesma forma, “a sentença em que concede o perdão judicial é condenatória, conforme orientação do STF, valendo também como título executivo” (apesar do STJ afirmar que tal sentença é declaratória da extinção da punibilidade). Desse modo, as sentenças absolutórias impróprias – fundadas no reconhecimento da inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que implique na incapacidade de entendimento do fato ou de determinação de acordo com esse entendimento – produzem efeitos nas órbitas civil e administrativa, notadamente por terem acertado a controvérsia fática.

É com a decretação de sentença que o poder jurisdicional do magistrado sentenciante exaure-se, sendo que, a partir de então, a este somente é dada a faculdade processual de correção de erros materiais. Não havendo *animus* da parte em recorrer, a sentença proferida pelo Magistrado sentenciante é perfeitamente exequível, surtindo os devidos efeitos legais após o trânsito em julgado. Contudo, havendo insurgência quanto à decisão proferida, a legislação processual elenca uma série de recursos que dão à parte insatisfeita a chance de rediscutir a matéria controversa, elevando o embate às instâncias superiores, conforme se observará adiante.

3.1 Recursos e formas de insurgência às decisões criminais

A multiplicidade de graus de jurisdição é cerne de qualquer máquina penal democrática. A chance de rediscutir matérias decididas em instâncias inferiores (instância *a quo*) por instâncias superiores (instâncias *ad quem*) é uma forma de remediar o arbítrio e a falibilidade humana, conferindo à parte vencida a faculdade de levar a matéria decidida à rediscussão em outra instância.

Segundo leciona Capez⁴¹:

Recurso é a providência legal imposta ao juiz ou concedida à parte interessada, consistente em um meio de se obter **nova apreciação da decisão ou situação processual**, com o fim de corrigi-la, modificá-la ou confirmá-la. Trata-se do meio pelo qual se obtém o reexame de uma decisão. (grifo nosso).

⁴¹ CAPEZ, 2016, p. 830.

. Lenza⁴², em sentido similar:

É desse princípio que advém a possibilidade de a parte revisar a matéria irressignada proferida pelo Juízo de primeira instância - a quo, o que é feito por meio dos recursos, que são direcionados a órgãos jurisdicionais superiores – ad quem

A ideia de existência de recursos que possibilitem uma rediscussão de matéria já decidida está fincada na garantia do duplo grau de jurisdição, princípio este que, a despeito de não estar expressamente entabulado na Constituição Federal de 1988, tem sua existência inferida através de uma interpretação sistemática do texto constitucional, já que o próprio Texto enumera e subdivide os órgãos que compõe o Poder Judiciário, conferindo aos diversos tribunais elencados competências recursais específicas.

É também aplicado em nosso ordenamento, em grau hierárquico paritário com o de uma norma constitucional, em virtude de previsão expressa no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário:

Art. 8º, II, alínea “h”: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Todavia, registre-se que o duplo reexame de matéria decidida não é uma garantia constitucional absoluta. De fato, há situações onde não é possível apelar de decreto condenatório para discutir a matéria fática em uma instância superior. Como exemplo, citem-se os casos de competência criminal originária de tribunais: se um deputado federal, diga-se, for condenado criminalmente pelo Supremo Tribunal Federal (corte a qual tem competência constitucional para julgar crimes destes parlamentares), esta decisão será inapelável. Há previsão de recursos para discutir certas questões pontuais (caso, por exemplo, dos embargos de declaração), porém, o mérito não poderá mais ser discutido.

Neste sentido, leciona Alexandre de Moraes⁴³:

A Constituição Federal consagra como regra a importância de os julgamentos ocorrerem, ordinariamente, em duas instâncias. A primeira, monocrática e a segunda, colegiada. Esse tradicional sistema judiciário brasileiro prevê a existência de juízos e tribunais estaduais, federais,

⁴² LENZA, Pedro. Direito Processual Penal Esquematizado. São Paulo: Saraiva 2012. p. 605. v.1.

⁴³ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 160

trabalhistas, eleitorais e militares como garantia de segurança jurídica e diminuição da possibilidade de erros judiciários. Portanto, o importante princípio do duplo grau de jurisdição é indicado por nosso texto constitucional, **sem, contudo, ser taxativamente obrigatório**. Menciona a Constituição Federal a existência de juízes e tribunais, bem como prevê a existência de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), **porém não existe a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. Dessa forma, há competências originárias em que não haverá o chamado duplo grau de jurisdição, por exemplo, nas ações de competência originária dos Tribunais.** (grifo nosso).

Távora⁴⁴, do mesmo modo, ensina que *“o duplo grau de jurisdição não é princípio sufragado na Constituição de 1988. Há processos penais onde esse duplo grau inexistente, tais como aqueles de competência originária do Supremo Tribunal Federal.”*

Ater-nos-emos mais, contudo, aos casos onde há previsão de recursos que possibilitam a rediscussão do mérito, pois são estes os casos que interessam à presente discussão.

No direito Processual Penal Brasileiro existem variadas espécies de recursos, tais como: Recurso em sentido estrito, Embargos de declaração, Apelação, Recurso extraordinário e Recurso especial. Passaremos, agora, a uma breve análise acerca do cabimento e função de cada um destes recursos elencados, em especial aos dos últimos, por serem de especial relevo ao presente trabalho.

O Recurso em Sentido Estrito, ou RESE, como é conhecido na prática forense, é um recurso incidental, comumente comparado ao Agravo do Processo Civil, manejado para atacar decisões proferidas no decorrer da ação penal. Este recurso vem disciplinado no artigo 581 e seguintes do Código de Processo Penal, em extenso rol taxativo⁴⁵.

O Recurso em Sentido Estrito se processa por instrumento, todavia, há hipóteses em que o recurso deverá ser apresentado nos próprios autos (vide artigo 583 do Código de Processo Penal), e endereçado ao TJ, TRF ou TRE locais.

Convém lembrar que muitas das hipóteses do rol de cabimento do artigo 581 do Código de Processo Penal foram tacitamente revogadas com o advento da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), que designa o recurso de Agravo em

⁴⁴ TÁVORA, 2016, p. 1830

⁴⁵ TÁVORA, 2016, p. 1891.

Execução como sendo o recurso cabível para muitas das hipóteses que previamente eram impugnáveis mediante interposição de Recurso em Sentido Estrito⁴⁶.

Os embargos de declaração é espécie de recurso que visa o saneamento de eventual incongruência ou desarmonia no édito atacado, não tendo o condão de rediscutir matéria meritória decidida.

Vem introduzido no artigo 382 do Código de Processo Penal, o qual aduz que “*qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão.*”.

Há também previsão expressa de interposição deste recurso nas cortes superiores (artigo 612, do Código de Processo Penal). A despeito desta dupla previsão, pacífico na doutrina e na jurisprudência que tratam, em essência, do exato mesmo recurso, sendo ambos forma de impugnar decisões judiciais obscuras, contraditórias, omissas ou ambíguas, cujo competência para julgamento recai sobre os próprios órgãos prolores da decisão atacada⁴⁷.

A Apelação, cuja nomenclatura deriva do latim *appellatio*, significando o ato de dirigir a palavra a alguém⁴⁸, é um recurso, em nosso ordenamento jurídico, utilizado para atacar sentença definitiva, ou com força de definitiva, interposto à segunda instância (Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais), para que se suceda um reexame de matéria fática e jurídica presente no feito. O objetivo, portanto, é que haja uma alteração substancial na decisão proferida pela instância a *quo* pela instância *ad quem*.

Távora, em suas palavras, leciona⁴⁹:

A apelação é o recurso manejável pela parte/assistente (sucumbente, ainda que parcialmente) para o fim de que seja uma decisão ou sentença reformada ou anulada pelo órgão de jurisdição de segundo grau. Desse modo, o apelo enseja a devolução da matéria decidida ao órgão ad quem nos limites da impugnação e, se necessário e diante da necessidade de novas provas, pode permitir a devolução de poderes instrutórios ao órgão de segunda instância (tribunal)

⁴⁶ TÁVORA, 2016, p. 1899-900.

⁴⁷ TÁVORA, 2016, p. 1920.

⁴⁸ CAPEZ, 2016, p. 851.

⁴⁹ TÁVORA, 2016, p. 1871.

A Apelação é um recurso considerado como amplo, uma vez que, como regra, devolve a plenitude da matéria decidida ao tribunal que irá julgar o Recurso⁵⁰, o que não significa, porém, que pode o Apelante formular novo pedido até então completamente avesso aos rumos que o Processo vinha tomando, não tendo sido objeto de julgamento na instância *a quo*.

Outra peculiaridade deste recurso é seu caráter residual: primeiro verifica-se se há um recurso específico elencado na legislação processual aplicável, na eventualidade de a resposta ser negativa, possível inferir que o recurso cabível será o da apelação.

3.1.1. *Recursos às cortes extraordinárias;*

Os Recursos que se enquadram nesta categoria especial são dois recursos elencados na Constituição Federal: o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial. Ambos possuem uma peculiaridade que os diferencia das demais espécies recursais, ao passo que precisam de exame prévio, visto que para ser julgados, devem estar contidos na matéria pertinente exigida para cada recurso, bem como, de acordo com jurisprudência sumulada e consolidada nas cortes, não prestam para reexame de matéria fática, tão somente jurídica.

O recurso Extraordinário possui como função impedir o desrespeito de normas Constitucionais, e é de competência do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o artigo 102, III, da Constituição Federal.

Segundo o magistério de Fernando Capez⁵¹:

O Recurso Extraordinário é um Recurso que objetiva devolver, ao Supremo Tribunal Federal, a competência para **conhecer e julgar questão federal de natureza constitucional**, suscitada e decidida em qualquer tribunal do país. Em outras palavras, é aquele interposto perante o Supremo Tribunal Federal das decisões judiciais em que não mais caiba recurso ordinário. Sua finalidade primordial, antes de constituir um instrumento voltado à correção de equívocos ocorridos no julgamento das causas judiciais pelos órgãos da instância inferior, **é conferir aplicação uniforme ao direito constitucional, a fim de garantir a autoridade e a unidade da Constituição Federal em todo o território brasileiro**, haja vista ser ela o fundamento e a condição de validade de todo o ordenamento nacional. Essa a conclusão a que se chega ao se analisar as hipóteses legais em que se admite o recurso extraordinário. (grifo nosso).

⁵⁰ CAPEZ, 2016, p. 851.

⁵¹ CAPEZ, 2016, p. 938.

As hipóteses de cabimento deste recurso estão previstas no artigo 102, inciso III, da Constituição de 1988, e são os seguintes:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Desta forma, tem-se que a função desta espécie recursal não é tão somente a de corrigir injustiças de ordem constitucional cometidas por instâncias inferiores, mas, primordialmente, é a de uniformizar a jurisprudência constitucional nos tribunais pátrios, de modo que a autoridade e validade da Constituição da República de 1988 não acabem se perdendo em essência.

O Recurso Especial, também de ordem constitucional, tem como destinatário outra corte extraordinária: o Superior Tribunal de Justiça. É um recurso que devolve ao STJ a competência para julgar questão de ordem federal de natureza infraconstitucional, suscitada e dirimida perante os Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

Dispõe o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, *ipsis literis*:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; 17 Art. 599. As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele.

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Desta forma, similarmente ao que ocorre com o Recurso Extraordinário, é possível inferir que este recurso, também, possui a função uniformizadora de jurisprudência, porém, neste caso, a jurisprudência infraconstitucional, de modo que haja uma interpretação uniforme das leis, e decisões conflitantes, acerca de matérias idênticas ao longo do território federado nacional, não coloquem em xeque a credibilidade do poder judiciário.

3.1.2. *Efeitos processuais da interposição dos recursos extraordinário e especial;*

Os Recursos Extraordinário e Especial não possuem, como regra, o efeito suspensivo automático, efeito este que obsta a imediata execução da sentença proferida. Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o efeito suspensivo poderia ser concedido tão somente via medida cautelar. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a legislação nova passou a permitir expressamente a formulação de pedido para concessão deste efeito. O Código de Processo Penal, contudo, em seu artigo 637, veda expressamente o efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, levando a crer, assim, que esta espécie recursal possuiria tão somente o efeito devolutivo:

Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrolados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Cabe registro que a legislação processual penal nenhuma menção faz ao Recurso Especial pelo fato desta espécie recursal ser criação da Constituição de 1988 e o Código de Processo Penal ser oriundo da década de 1940. Contudo, diante das similaridades compartilhadas por ambos os Apelos extraordinários, a lógica poderia facilmente ser estendida ao Recurso Especial, de igual modo, e assim o era.

Apesar da clareza da Lei, de 2009 até meados do ano de 2016, este artigo do Código de Processo Penal permaneceu sem aplicabilidade direta, visto que a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, calcada no princípio da não-culpabilidade, obstava a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do esgotamento da via recursal.

Com o novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, foi retomado o posicionamento que vigeu até o ano de 2009, revivendo este artigo de lei e dando-lhe novamente aplicabilidade. Passou-se a interpretá-lo de forma harmônica com os preceitos constitucionais da inocência e não-culpabilidade, de modo que a inexistência de efeito suspensivo nestes Apelos, a permitir a execução provisória da pena, não infringiria qualquer preceito de ordem constitucional.

Registre-se que, com a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, instituindo o Novo Código de Processo Civil (o qual se aplica ao processo penal por força da interpretação analógica permitida pelo Código de Processo Penal), a temática da

suspensividade dos Recursos às instâncias extraordinárias sofreu sensíveis reformulações, sem, todavia, alterar a excepcionalidade que circunda a concessão de efeito suspensivo a estas espécies recursais, sobretudo diante do que dispõe o artigo 995, do mesmo diploma legislativo, que estabelece que “*os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso*”.

Desta forma, conquanto haja previsão expressa acerca da possibilidade de se requerer o efeito suspensivo nos Recursos Extraordinário e Especial⁵², diante de uma leitura sistematizada do diploma processual civil, é possível concluir que eventual concessão há de ser reservada tão somente a casos particularmente excepcionais, tal como era sob a égide do diploma anterior.

⁵² Vide artigo 1.029, §5º, do Novo Código de Processo Civil.

4. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E NOVOS CONTORNOS JURISPRUDENCIAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por muito tempo, durante a quase última década, o entendimento prevalente nas cortes párias, sobretudo no Supremo Tribunal Federal (máxime após pacificação da matéria, através do julgamento do *Habeas Corpus* n. 84078/MG), era o de que a execução da pena somente daria início após o esgotamento completo da via recursal por parte do Acusado, com posterior certificação de trânsito em julgado da sentença condenatória e sequencial início do cumprimento da reprimenda imposta.

Recentemente, contudo, este entendimento foi drasticamente reformulado pelo Supremo Tribunal federal, em uma reviravolta jurisprudencial: em nova composição da corte, passou-se, então, a admitir a execução provisória da pena após confirmação da sentença condenatória pela segunda instância. Primeiramente, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, e, posteriormente, em duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que sedimentaram a decisão previamente patrocinada pelos Juízes da Suprema Corte no HC supramencionado, desta vez, com efeitos *erga omnes*, vinculando as cortes de justiça inferiores.

Inicialmente neste capítulo, faremos comentários acerca do entendimento passado que permeava a execução provisória da pena, para, em seguida, analisar as decisões que estabeleceram entendimento diametralmente oposto, restaurando antigo posicionamento, conforme as novas reviravoltas jurisprudências ocorridas no Supremo Tribunal Federal, com o intento de adequá-lo e conformá-lo ao ordenamento pário, expondo o devido embate existente entre os princípios da presunção de inocência e o da eficiência da justiça na discussão desta matéria.

4.1. Execução provisória da pena e o entendimento consolidado no STF até 2009

Entre o período que compreendeu a promulgação da Constituição Federal, no ano de 1988, até o ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal consolidou um entendimento acerca do tema da execução provisória da pena no sentido de sua compatibilidade com o Texto Maior, não havendo afronta a qualquer garantia ou direito fundamental, máxime o da não-culpabilidade e o da presunção de inocência.

Por quase 20 anos, este foi o entendimento que prevaleceu de forma quase dominante no Tribunal Supremo, que reiteradamente assentou, dentre outros, que a inexistência de efeito suspensivo nos Recursos Extraordinário e Especial daria azo à possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Confere-se, neste sentido, ementa de *Habeas Corpus* de relatoria da Min. Ellen Gracie, datado do ano de 2005, que arguia acerca da compatibilidade da execução provisória da pena com o ordenamento jurídico vigente⁵³:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. 1. **A sentença condenatória, mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo.** 2. HC indeferido. (grifo nosso).

No mesmo sentido, acórdão de outro *Habeas Corpus*, do ano de 2000, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, que, já à época, trazia argumentação similar⁵⁴:

Presunção de não culpabilidade. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. **A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo,** quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator. (grifo nosso).

Como se vê, a Corte não encontrava dificuldade em harmonizar a execução provisória da pena com o contexto jurídico da época. A argumentação seguia lógica simples: a inexistência de efeito suspensivo nos recursos criminais que chegavam ao Tribunal permitiria a execução prematura da pena antes do esgotamento da via recursal, sem que houvesse aí qualquer afronta a preceitos jurídicos e direitos fundamentais.

Ademais, arguia-se que o exame fático e probatório esgotava-se após o julgamento de apelação pela segunda instância, sendo nesta etapa, assim, que se encerraria o duplo grau de jurisdição em sua verdadeira essência. Este

⁵³ STF - HC: 85886 RJ, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 06/09/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 28-10-2005

⁵⁴ STF, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, HC 80535/SC - SANTA CATARINA, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 12/12/2000, Órgão Julgador: Primeira Turma

entendimento encontrava respaldo na própria jurisprudência sumulada da Corte, que até os dias atuais veda o mero reexame fático em sede de Recurso Extraordinário ⁵⁵.

4.2. Execução provisória da pena e o entendimento consolidado no STF após 2009

A alteração deste entendimento que, sob a égide da Constituição de 1988, imperou na Corte por mais de duas décadas, o qual afirmava ser legítima a execução provisória de pena privativa de liberdade antes do esgotamento da via recursal, veio a ocorrer, de fato, após julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* 84.078/MG, ocorrido no dia 05 de fevereiro de 2009, oportunidade esta que, por sete votos a quatro, os Ministros entenderam que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, mostrava-se incompatível com os princípios da não-culpabilidade e presunção de inocência.

O HC, que contou com a relatoria do Min. Eros Grau, pacificou entendimento minoritário que vinha crescendo na corte nos anos que antecederam esta superação jurisprudencial.

No caso posto *sob iudice*, atribuiu-se ao Superior Tribunal de Justiça constrangimento ilegal, consubstanciando-se supostamente em virtude de denegação de *Habeas Corpus* ao paciente impetrante, que se insurgia quanto à expedição de mandado de prisão em razão de confirmação de decisão condenatória na segunda instância. O STJ, com respaldo na jurisprudência dominante da época, denegou a ordem e manteve a prisão do paciente.

No Supremo Tribunal Federal, o acórdão, que registrou a incompatibilidade da execução provisória com o nosso ordenamento, contou com a seguinte ementa⁵⁶:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira

⁵⁵ Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>

⁵⁶ STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010

instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. **2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** [...] Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, **o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.** (grifo nosso).

Fácil perceber, sobretudo diante do apertado placar que decidiu o *Habeas Corpus* (sete votos favoráveis à alteração jurisprudencial e 4 contrários), o caso provocou intensos e prolongados debates na corte.

De um lado, acompanhando o voto de relatoria do Min. Eros Grau, havia os ministros Celso de Mello, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cezar Peluzo. Doutro, os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Carmen Lúcia e Menezes Direito, que votavam contrariamente à concessão da ordem do *Habeas Corpus* e pela preservação da jurisprudência da Casa.

Os ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito sustentaram em seus votos que o esgotamento da discussão fática no processo criminal se dá na segunda instância, no julgamento da Apelação, e que, diante da inexistência de efeito suspensivo nos Recursos destinados às instâncias extraordinárias (Recurso Especial e Recurso Extraordinário), a execução provisória da pena mostrava-se compatível com o ordenamento jurídico vigente.

O Ministro Joaquim Barbosa ainda atentou para o fato de que condicionar o início da execução penal ao trânsito em julgado, em nossa realidade, que conta com vasto acervo recursal, traduziria, em essência, em um verdadeiro estado de impunidade, sobretudo diante de ardilosas táticas empregadas pelos recorrentes, que buscam a prescrição da pena mediante a exploração do sistema recursal, que permitiria estender o trânsito em julgado quase que indefinidamente.

A Ministra Ellen Gracie, ainda, fez menção ao fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San José* da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, não assegura um direito irrestrito de recorrer, seja até a “4ª instância”, seja até mesmo a recorrer em liberdade, realidade no Brasil.

Confira-se excerto do voto da Ministra Ellen Gracie, explanando sua posição:

O Pacto de San José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas, sim, o direito de recorrer *tout court*. E seus redatores certamente não tinham em mente a superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos. Seria demais, segundo penso, tentar interpretar o Pacto de *San José* à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste extravagância exclusiva deste país.

Ao final, como acima já explicitado, contudo, prevaleceu a tese que a prisão de Omar Coelho Vitor (paciente impetrante do *Habeas Corpus*), antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, era ilegítima e incompatível com os princípios da presunção de inocência e não-culpabilidade elencados na Constituição Federal.

Superou-se, desta forma, antiga jurisprudência, iniciando uma nova era na Suprema Corte. A execução provisória da pena, agora, não mais encontrava respaldo no ordenamento, e passou a ser interpretada de forma diversa. Os Recursos direcionados às instâncias extraordinárias passaram, de forma indireta, a contar com uma espécie *sui generis* de efeito suspensivo.

4.3. A execução provisória da pena e nova superação jurisprudencial ocorrida no julgamento do HC 126.292/SP

Em fevereiro de 2016, foi colocado em debate, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o entendimento já consolidado na Corte desde o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, em 2009, onde, ao final, restou assentado, por 07 votos a 04, que a execução provisória da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado e do esgotamento da via recursal, não contrariava o ordenamento jurídico e não traduziria em afronta à presunção de inocência.

O *Habeas Corpus* em questão se tratava de um caso singular. O paciente impetrante, Marcio Rodrigues Dantas, havia sido condenado a uma pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao disposto no artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal (roubo majorado). Prolatada a sentença pela primeira instância, a Defesa recorreu ao

Tribunal de Justiça competente, que, ao desprover o recurso, determinou fosse imediatamente expedido mandado de prisão, em que pese tenha o apenado recorrido em liberdade.

Inconformada, a Defesa impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, arguindo que, ao decretar a prisão do paciente, o Tribunal coator não elencou qualquer elemento fático ou jurídico que pudesse justificar segregação cautelar provisória do impetrante, aduzindo que a decisão afrontaria o princípio da presunção de inocência, requerendo, ainda, pedido de liminar.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, sob a presidência do Min. Francisco Falcão, entendeu que, no caso em apreço, não se verificava a excepcionalidade requerida para a concessão de medida liminar, bem como que o *writ* utilizado não era o instrumento jurídico adequado àquela discussão⁵⁷:

IMPETRANTE: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO ADVOGADO: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO(S) IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: MÁRCIO RODRIGUES DANTAS DECISÃO. [...]. **Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ** (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). **Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator.** [...] Publique-se. Intimem-se. BRASIL - DF, 22 de dezembro de 2014. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Presidente. (grifo nosso).

Ainda inconformados com a decisão, estando pendente o julgamento do mérito do *writ* pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça, a Defesa impetrou novo HC no Supremo Tribunal Federal, que, por maioria dos votos, acabou por denegar a ordem⁵⁸:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio**

⁵⁷ HC 313.021, Relator (a): Min GURGEL DE FARIAI, tribunal pleno, julgado em 07/02/2016.

⁵⁸ HC 126292, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (grifo nosso).

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade depois de confirmada a condenação do apenado no Tribunal competente para julgamento da apelação, asseverando que os recursos de natureza extraordinária (Recurso extraordinário *strictu sensu* e recurso especial), por não possuírem efeito suspensivo, e bem como por se restringirem a análise de matéria de ordem constitucional e não fática, não poderiam servir como óbice ao cumprimento da pena, entendendo que, decisão em sentido contrário, possibilitaria potencial desequilíbrio entre o princípio da presunção da inocência do apenado e o princípio da efetividade das decisões condenatórias.

Este julgamento de casos concreto abriu as portas, assim, para que o novo entendimento pudesse vir a ser firmado em uma ação abstrata, consolidando o novo entendimento patrocinado pela corte, o que, de fato, veio a ocorrer, não muito tempo após, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44.

4.4. O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e a manutenção do entendimento firmado no HC 126.292/SP

Intensos debates se sucederam nas Cortes brasileiras após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* 126.292/SP, motivando o manejo de ações constitucionais abstratas para dirimir a controvérsia jurídica causada.

Motivados por essa repentina controvérsia jurídica e jurisprudencial que o julgamento daquele *Habeas Corpus* acabou gerando, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados manejaram, cada qual, Ação Declaratória de Constitucionalidade, alegando que, conquanto não tivesse o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP o condão de vincular os tribunais inferiores (efeito *erga omnes*), os juízos vinham aderindo à recente decisão, proferindo uma série de decisões, que, ao adotar idênticos posicionamentos, deliberadamente ignoravam o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal.

O caso começou a ser julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 01 de setembro de 2016, com o voto inicial do relator de ambas as ações, o Min. Marco Aurélio de Melo, pela concessão de medida liminar requerida pelos

autores das ações, e o da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal⁵⁹ e imediata suspensão dos efeitos jurídicos de todas as decisões prolatadas por juízos inferiores que contrariassem o disposto.

Em seu voto, o relator destacou que o texto de lei, sobretudo o artigo em voga, não dá margem à dupla interpretação, de modo que o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal se coaduna com perfeições com a ordem jurídica vigente, máxime os princípios de presunção de inocência e não-culpabilidade, sendo a restrição de liberdade grau máximo de excepcionalidade que não se justificaria se imposta provisoriamente antes do esgotamento da via recursal por parte do apenado.

Alegou ainda, que, a prisão, antes do trânsito em julgado, é uma exceção que ocorre tão somente nos casos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, que elencam casos de prisão provisória como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ordem econômica e outros fatores. O Relator arguiu que, admitindo a prisão após a confirmação da sentença pela segunda instância no processo criminal seria uma inversão da ordem natural do processo e evidentemente na contramão do ordenamento jurídica vigente.

Sustentou o Ministro, *ipsis literis*:

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender.

Não obstante o esforço argumentativo do Relator Min. Marco Aurélio, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, por 6 votos a 5, foram decididas no sentido de que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação pela primeira instância e confirmação pela segunda, indeferindo as liminares pleiteadas pelos autores de ambas as ações.

⁵⁹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Passaremos, agora, a uma análise pormenorizada dos votos dos juízes da Suprema Corte, examinando os principais argumentos contrários e favoráveis ao entendimento firmado pelos Ministros nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade supramencionadas, com o intento de melhor compatibilizá-la com o nosso ordenamento jurídico e demonstrar o porquê de sua perfeita harmonia com a legislação constitucional e ordinária vigente no Brasil.

4.5. O trânsito em julgado como necessidade para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade

Muitos dos ministros que votaram favoravelmente à pretensão exposta pelos autores das Ações Declaratórias de Constitucionalidade se posicionaram no sentido de que, para que se possa dar início ao cumprimento da pena privativa de liberdade, há de se esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória, com o completo esgotamento da via recursal, sem o qual, há de se ferir o que a Constituição expressamente entabula como direito fundamental.

O Min. Celso de Mello, em seu voto, afirmou que a Constituição Federal é muito clara ao estabelecer que a presunção de inocência se mostra hígida e aplicável até que se verifique o trânsito em julgado de sentença condenatória. Defendeu, portanto, a incompatibilidade do instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade com o direito fundamental do acusado de se presumir inocente até provado o contrário através de sentença condenatória transitada em julgado, garantido pela Constituição Federal e pela legislação criminal aplicável. Reiterou ainda que, eventual ineficácia da jurisdição penal ou do sistema punitivo não pode traduzir em mitigações de direitos fundamentais do réu, duramente consolidados ao longo dos tempos e expressos na Carta Maior.

Extrai-se, *ipsis literis*, do voto do Ministro:

Eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motivada pela prodigalização de meios recursais, culminando por gerar no meio social a sensação de impunidade, **não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente**, pois não é essa prerrogativa básica que frustra o sentimento de justiça dos cidadãos ou que provoca qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário. A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, **há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal**, mas não, como

se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático [...] **É por isso, Senhora Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado.** (grifo nosso).

Em suma, sustentou-se pela total incompatibilidade do instituto da execução provisória da pena com princípios constitucionais de ordem garantista vigentes em nosso ordenamento jurídico, como o princípio da presunção de inocência e o da não-culpabilidade, não havendo hipótese ou possibilidade de entendimento diverso diante da clareza do texto constitucional e legal aplicáveis ao caso em tela.

4.6. A insuficiência da confirmação pela segunda instância e necessária ratificação pelo STJ

O Min. Dias Toffoli, acolhendo parcialmente o voto do relator, em interessante argumentação, sustentou que a execução provisória da pena somente mostrar-se-ia viável após confirmação da sentença condenatória pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial, visto que a manutenção de sentença condenatória pela segunda instância não seria o suficiente para se permitir uma execução provisória da pena. A possibilidade de interposição de Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, assim, não constituiria óbice à execução provisória da pena, que, contudo, ainda carecia de confirmação por uma das instâncias extraordinárias.

O Ministro argumentou:

Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, **efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual** [...]. Assentadas essas premissas, há que se precisar o momento em que se atinge a certeza na formação da culpa. Essa certeza não advém apenas do alto grau de probabilidade – vale dizer, para além de qualquer dúvida razoável - da autoria e da materialidade do delito, questões de natureza eminentemente fática, cuja apreciação ordinariamente se exaure nas instâncias locais. Com efeito, para além dessas questões fáticas, a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta, atividade que pressupõe o estabelecimento: i) das penas aplicáveis dentre as cominadas; ii) da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; iii) do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e iv) da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, CP). **Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça**, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez

da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação. (grifo nosso).

Como se viu, o Min. Dias Toffoli argui que, para além das questões fáticas, estas, sabidamente, com apreciação exaurida nas instâncias ordinárias, o juízo de valor sobre a culpa do acusado também deverá levar em conta questões jurídicas, como a tipicidade, antijuricidade e a culpabilidade na conduta do agente, elementos estes cuja apreciação ainda poderá recair sob o crivo do Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação infraconstitucional federal.

Desta forma, segundo o raciocínio do Magistrado, para que se dê início à execução provisória da pena, necessária seria a espera do julgamento de eventual Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça o qual, mesmo não podendo reavaliar matérias de ordem fática, ainda poderá reavaliar matéria jurídica, que, se avaliada positivamente, levaria a uma inquestionável absolvição.

Argumentou ainda que a própria jurisprudência da Corte possui mecanismos para lidar com o abuso exploratório da via recursal por parte do Acusado, casos onde o Supremo Tribunal Federal já determinou a imediata baixa dos autos da ação penal, independentemente de publicação do julgado, se detectada a utilização sucessiva de recursos de forma abusiva, cujo escopo seria, basicamente, o de obstar o trânsito em julgado em busca da prescrição da pretensão punitiva.

Expostos os argumentos contrários, passaremos agora à análise e enunciação dos aspectos e argumentos favoráveis à execução provisória da pena, em cotejo com os votos exarados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram contrariamente à pretensão exercida pelos autores das ADC n. 43 e 44, com o objetivo de expor o porquê da completa harmonia da possibilidade de se executar provisoriamente a pena privativa de liberdade após confirmação pela segunda instância com o nosso ordenamento vigente.

4.7. A execução provisória da pena e o equilíbrio entre a presunção de inocência e a eficiência da jurisdição

Como se sabe, os princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico devem coexistir em harmonia, de modo que todos, com sua parcela, possam participar harmonicamente das relações jurídicas que decorram da atividade

humana. Diferente não ocorre com os dois princípios fundamentais mais pertinentes à obra: o princípio da presunção de inocência e o da eficiência da jurisdição.

Assim, submeter o início da execução da pena tão somente após o completo esgotamento da via recursal no Supremo Tribunal Federal, quando já cessada a apreciação fática do caso muitas vezes há anos (sem a qual, consabido, muito difícil uma absolvição criminal), seria o mesmo que desprestigiar por completo o princípio da efetividade da jurisdição penal em benefício do princípio da presunção de inocência, conquanto possuam ambos o mesmo *status* constitucional.

Da mesma forma como não seria proporcional retirar do acusado a garantia de presunção de inocência após um mero indiciamento pela autoridade policial, um recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público ou até mesmo após uma sentença condenatória exarada na primeira instância, também não seria razoável mantê-la, em sua integral essência, até o julgamento do último recurso possível no Supremo Tribunal Federal, após anos e anos de decisões confirmatórias da primeira decisão condenatória. Este enorme lapso temporal entre delito e punição seria um contrassenso e desserviço à jurisdição penal.

O Min. Roberto Barroso, em seu voto exarado no julgamento das ADCs, demonstrou partilhar de entendimento similar. Veja-se:

A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena **quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau** (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. **É necessário conferir ao art. 5º, LVII a interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal**, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida e a integridade psicofísica – **todos com status constitucional**. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendi que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem – e justificam – a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. [...] A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, **pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes**. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao **ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal**, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal

Assim, pode-se arguir que ambos os princípios (e não regras, como partidários de entendimento diverso fazem parecer ser), de ordem constitucional, ressalte-se, devem coexistir harmonicamente. Nenhuma interpretação que tenda a priorizar um deles em detrimento completo do outro pode ser aceita, porquanto inviável em nosso ordenamento, que preza pelo convívio sadio e construtivo entre as regras e princípios existentes.

4.8. A inexistência, no cenário internacional, do direito absoluto de se aguardar em liberdade até o trânsito em julgado

A possibilidade de se permanecer em completa liberdade, mesmo após uma série de decisões confirmatórias de uma sentença condenatória, aguardando referendo da Suprema Corte, é uma realidade brasileira que não encontra precedente em praticamente nenhuma outra legislação alienígena. Não são muitos os países que possuem um entendimento tão inflexível acerca do princípio da presunção de inocência como aquele que costumeiramente se vê sendo defendido no Brasil.

De fato, no cenário internacional, após a condenação inicial, a regra é a permanência em cárcere enquanto se aguarda o julgamento dos recursos interpostos, com uma mitigação da presunção de inocência após condenação inicial, de forma a harmonizá-la com o princípio da efetividade da jurisdição e das decisões criminais.

Quando do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, esmiuçado alhures neste trabalho, o Min. Teori Zavascki, relator do *writ* em questão, citando a Min. Ellen Gracie, que, no julgamento do *Habeas Corpus* 85.886/MG, asseverou que “em nenhum lugar do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Suprema Corte”, trouxe, ao bojo de seu voto, obra aprofundada sobre o direito comparado que circunda o tema da execução provisória da pena, cujo trecho de interesse será a seguir integralmente transcrito, *in verbis*⁶⁰:

a) Inglaterra.

⁶⁰ Garantismo Penal Integral, 3ª edição, ‘Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078’, p. 507.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do *Supreme Court Act* 1981. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. [...] O *Criminal Justice Act* 2003 representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à *High Court* versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da *Crown Court*'. [...] Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos 14 Em elaboração Via Imprensa. ADC 43 / DF recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança. [...]

b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso *Coffin versus Estados Unidos* em 1895. Mais além, o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que 'se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo'. [...] Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expreso do Código dos Estados Unidos (*US Code*). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções. [...] Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, "nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o 'juízo de primeiro grau', com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes". Prossegue informando que "o sistema legal norteamericano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão".

c) Canadá

[...] O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta. 15 Em elaboração Via Imprensa. ADC 43 / DF Na Suprema Corte, o julgamento do caso *R. v. Pearson*(1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, "é claro", a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha

[...] Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão [...] prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. [...] Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia [...] é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário [...]. As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos

aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

e) França

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. [...] Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. [...]

f) Portugal

16 Em elaboração Via Imprensa. ADC 43 / DF [...] O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

g) Espanha

[...] A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. [...] Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

h) Argentina

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional. Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida". (grifo nosso).

Como se observa, a legislação e a jurisprudência dos mais variados países interpreta o princípio da presunção de inocência com reservas, a depender do estágio que o procedimento criminal se encontrar, justamente com o objetivo de se harmonizar e creditar o princípio da efetividade da jurisdição e das decisões criminais.

4.9. A inexistência de terceira ou quarta instância na seara recursal criminal e a ausência de efeito suspensivo nos recursos às cortes extraordinárias

A Constituição Federal não possui o objetivo de estabelecer uma terceira ou quarta instância como destinatária recursal no processo criminal, para fins de reavaliação da matéria fática colhida em uma ação, como se uma terceira ou quarta instância os tribunais das instâncias extraordinárias fossem. Não é esta a função das cortes. De fato, em nosso ordenamento, o acesso às instâncias extraordinárias tem como objetivo precípuo a uniformização da jurisprudência constitucional e infraconstitucional. Retomar o entendimento firmado anteriormente ao julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 seria retomar entendimento que não se coaduna com a função constitucionalmente estabelecida para às nossas cortes extraordinárias.

Tanto é assim, no caso do Supremo Tribunal Federal, que a própria Constituição, em seu artigo 102, 3º, exige a demonstração de repercussão geral nas questões constitucionais suscitadas em sede de recurso extraordinário. Isto é, cabe ao requerente demonstrar que, em seu caso concreto, houve um ataque à norma jurídica constitucional que, de tamanha relevância, transcenderia seu próprio caso particular.

A Ministra Ellen Gracie, no julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, acima já analisado, chegou a fazer menção ao fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San José* da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, responsável pela inserção do duplo grau de jurisdição e do direito recursal em nosso ordenamento constitucional, não se traduz em um direito irrestrito de se recorrer, seja até a “4ª instância”, seja até mesmo a recorrer em liberdade, realidade no Brasil:

O Pacto de San José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas, sim, o direito de recorrer *tout court*. E seus redatores certamente não tinham em mente a superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos. Seria demasia, segundo penso, tentar interpretar o Pacto de *San José* à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste extravagância exclusiva deste país.

Em adição, como consabido, mesmo com recentes alterações no diploma processual civil, como alhures já consignado neste trabalho, permanece em nosso

ordenamento a concepção de que o efeito suspensivo nos recursos às instâncias extraordinárias é medida excepcional e longe de ser automática.

O Min. Edson Fachin, em seu voto proferido no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, em brilhante argumentação acerca da suspensividade dos Recursos Extraordinário e Especial e dos efeitos jurídicos daí decorrentes, ponderou:

Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República [...] entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão **segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade**. Quando do julgamento do HC 126.292/SP, ainda estava em vigor o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, segundo o qual “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. A essa regra somava-se aquela do art. 637 do CPP segundo a qual “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”. Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. **Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal**. A regra geral continua a ser o recebimento desses recursos excepcionais no efeito meramente devolutivo. E é evidente que tal possibilidade de persiste especialmente para atribuir-se efeito suspensivo diante de teratologia ou abuso de poder. Como se sabe, **as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo possuem eficácia imediata**. Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir o imediato efeito do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo. (grifo nosso).

Pondera, assim, acertadamente, acerca da imediata efetividade de decisões jurídicas não impugnáveis mediante recursos com efeito suspensivo, opção legislativa esta que decorre da necessidade evidente de se conceder uma maior efetividade às decisões jurídicas.

Fôssemos voltar a entendimento passado e dar ao princípio estabelecido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, um caráter absoluto, em detrimento do princípio da efetividade das decisões condenatórias, teríamos, fatalmente, que admitir que a execução da pena privativa de liberdade só poderia ser executada quando o acusado se conformasse com sua fortuna no processo penal e parasse de

opor novos embargos declaratórios, a fim de que o trânsito em julgado finalmente se operasse. Desnecessário mencionar que tal cenário constituiria evidente desacato ao princípio da efetividade da jurisdição e um contrassenso jurídico.

Ademais, registre-se, porquanto oportuno, que os Recursos Extraordinário e Especial não apresentam particular efetividade no que toca à melhoria na situação processual do Réu. Como dito alhures neste trabalho, sem que haja uma aprofundada apreciação fática do caso, se torna muito difícil uma absolvição em uma instância extraordinária, o que acaba por refletir no baixo percentual de aproveitamento de recursos criminais nestas instâncias.

O Min. Roberto Barroso, em notável contribuição ao tema, em seu voto proferido no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, asseverou, *in verbis*:

O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp.. [...] A afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública pela necessidade de se aguardar o trânsito em julgado do RE e do REsp torna-se ainda mais patente pela análise do baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária, tanto no STF, quanto no STJ. Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos extraordinários criminais providos em favor do réu foi de 1,12%. Já no caso do STJ, dados fornecidos pela Presidência do Tribunal indicam que os recursos especiais criminais providos em favor do réu no período de 01.01.2009 até 20.06.2016 foi de 10,29%.

4.10.A intempestividade brasileira na prestação jurisdicional e casos notórios

O Brasil já foi reconhecido em diversas oportunidades, nacional e internacionalmente, por sua morosidade e falha na devida entrega de prestação jurisdicional tempestiva. Exporemos, agora, de forma objetiva e breve, alguns casos que atingiram grande repercussão e que vieram a evidenciar a falta de tempestividade na entrega da prestação jurisdicional pelas cortes brasileiras.

Um dos casos de maior repercussão no âmbito nacional, e mesmo internacional, foi o de Maria da Penha Fernandes, brasileira, vítima de incontáveis tentativas de homicídio por parte de seu ex-marido, tendo ficado paraplégica em

decorrência delas. Em 28 de setembro de 1984, o Ministério Público ofereceu Denúncia contra seu agressor, porém, quase duas décadas após, o caso ainda não havia sido dirimido definitivamente pelo Poder Judiciário, levando, em 2001, a uma condenação do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por excessiva intempestividade na entrega da prestação jurisdicional no caso Maria da Penha⁶¹.

Em 2003, quase vinte anos após os fatos, depois do completo esgotamento da via recursal e perto da prescrição da pretensão punitiva estatal, o agressor finalmente foi condenado à pena privativa de liberdade de 8 anos de reclusão, tendo ficado, ressalte-se, em liberdade durante o integral julgamento do processo e cumprido menos de 2 anos da pena imposta em regime fechado.

Outro caso de notoriedade foi o de Damião Ximenes Lopes, deficiente mental que foi espancado e assassinado por funcionários em hospital psiquiátrico no município de Sobral, Ceará, em 22 de novembro de 1999. A busca da família de Damião por justiça acabou por gerar ao Brasil, no ano de 2006, a sua primeira condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ineficiência e retardado na prestação jurisdicional⁶², sete anos após a morte de Damião e sem que ainda houvesse prolação de sentença judicial pelo Estado Brasileiro responsabilizando o Hospital e os agressores.

Somente quase dez anos após a morte de Damião, em junho de 2009, que foi proferida sentença na primeira instância, responsabilizando o proprietário da clínica psiquiátrica, mais seis funcionários, pela morte de Damião.

Outro caso de relevo, e mais recente, que atingiu considerável repercussão no âmbito nacional, seja pela função pública de destaque ocupada pelo condenado, seja pela hipersuficiência financeira do mesmo, foi o do ex-senador da República e bilionário Luiz Estevão. Ao longo de quase duas décadas de tramitação judicial, Estevão interpôs quase quatro dezenas de recursos perante as cortes brasileiras, antes de finalmente ser preso em 2016, quando a sentença transitou em julgado após alteração jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ocorrida naquele ano após julgamento do emblemático HC 126.292/SP.

⁶¹ Disponível em < <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> >

⁶² Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>

Estevão, que fez história ao se tornar o primeiro senador da república cassado por seus colegas, no ano de 1999, foi condenado, em 2006, a 31 anos de reclusão, em regime fechado, por crimes de peculato, estelionato, corrupção ativa, formação de quadrilha e uso de documento falso. Os dois últimos dois crimes acabaram por prescrever, em virtude do longo trâmite judicial, sendo que, em razão da alteração jurisprudencial ocorrida no STF, os outros delitos não chegaram a prescrever por questão de poucos anos⁶³.

O caso Luiz Estevão, e o de tantos outros, acabou por evidenciar que o sistema que deixa por aguardar o referendo da Suprema Corte para executar uma pena privativa de liberdade já imposta não é um sistema garantista, mas um sistema grosseiramente injusto que preza pelos interesses de pouquíssimos indivíduos capazes de arcar com os altos custos que circundam a advocacia de alto nível. Uma pessoa de poucos recursos jamais teria tido a possibilidade de interpor quase 40 recursos à Justiça ao longo de tantos anos para obstar o início do cumprimento de sua pena, a evidenciar que esta “garantia” a muito poucos serve.

A alteração jurisprudencial ocorrida no Supremo Tribunal Federal vem em um bom momento, porquanto patente que a interpretação que obsta a prisão quando já proferida decisão condenatória na segunda instância se traduz em evidente proteção deficiente de muitos outros valores e bens jurídicos tutelados por nosso ordenamento legal, tais como os direitos fundamentais da vida, integridade física e segurança, em um inquestionável desequilíbrio entre os princípios da presunção de inocência e o da efetividade das decisões judiciais, ambos, consigne-se novamente, de *status* constitucional.

A possibilidade de se aguardar pelo trânsito em julgado, após o longo esgotamento da via recursal, retardando por anos, e às vezes até mesmo por décadas, o início do cumprimento de pena privativa de liberdade já imposta, enfraquece demasiadamente a efetividade da lei penal, comprometendo a própria confiança depositada pela sociedade no funcionamento e efetividade das leis que a rege. A existência de uma sólida via recursal é um marco respeitável do sistema penal acusatório e dos pilares que sustentam um ordenamento democrático, porém,

⁶³ Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/03/ex-senador-luiz-estevao-vai-para-cadeia-10-anos-depois-de-condenacao.html>>

não pode jamais servir para fins inescrupulosos ou como um estímulo para que se obste o trânsito em julgado e a entrega da prestação jurisdicional, favorecendo uma porcentagem ínfima de apenados em detrimento de uma sólida parcela que permanece às margens deste privilégio.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente Trabalho de Conclusão de Curso objetivou debater a jurisprudência da Suprema Corte, a qual harmonizou os valores da eficiência da jurisdição e da presunção de inocência, a fim de dar celeridade ao sistema processual criminal. Em razão da presunção de inocência, presente na Constituição Federal, a pena privativa de liberdade por muito tempo passou a ser executada somente após o esgotamento da via recursal. Isto ocorreu porque o modelo brasileiro elegeu o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência. A longa via recursal existente no Brasil e a decisão do STF de 2016 foram determinantes para a elaboração deste trabalho monográfico baseado no aparente embate entre os valores da eficiência processual e da presunção de inocência.

Inicialmente, os direitos fundamentais foram abordados numa perspectiva histórica, porque se trata de tema fortemente ligado à execução provisória da pena. Ainda no primeiro capítulo, além da presunção de inocência e da eficiência, elencamos outros princípios constitucionais tais como o contraditório e o devido processo legal.

Ressalte-se, também, que ao final desta primeira etapa abordamos o caráter relativo dos direitos fundamentais que compõem o ordenamento jurídico, sinalizando para o fato de que, em nosso sistema, não vige a regra do absolutismo dos direitos e garantias fundamentais existentes. Ou seja, havendo no caso concreto a colisão entre direitos, possível será a mitigação de certo princípio fundamental em detrimento de outro, que poderá ser aplicado com mais força ou não, a depender das particularidades aferidas. Esta singularidade é de especial relevo à temática deste trabalho, visto que os dois princípios fundamentais aqui em voga, apresentam aparente colisão quando se investiga acerca da possibilidade ou não da execução provisória da pena privativa de liberdade.

No segundo capítulo, tratamos das variadas espécies de decisões passíveis de prolação no bojo de uma ação penal, sejam sentenças condenatórias, sejam sentenças absolutórias, e em suas várias classificações doutrinárias. Ao final, discutiu-se a via recursal, elencando as variadas espécies de recursos existentes em nosso ordenamento, com especial ênfase aos voltados às instâncias extraordinárias.

No terceiro capítulo, o debate em torno da execução provisória da pena foi realizado. Primeiramente, traçamos um panorama jurisprudencial geral acerca do tema. Posteriormente, foi diagnosticado o entendimento inicial prevalente no Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição Federal de 1988, qual seja, o de que a execução provisória da pena na segunda instância seria plenamente compatível com a ordem jurídica. Tal interpretação foi predominante e embasou múltiplos julgados ao longo dos anos que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal.

Em 2009, após julgamento Habeas Corpus 84.078/MG, este panorama veio a se reverter, porque a Corte passou a interpretar a execução provisória da pena como incompatível com o ordenamento e uma violação ao princípio da presunção de inocência.

Em 2016, após quase sete anos de prevalência deste entendimento de incompatibilidade, novamente, com composição diversa, a Corte alterou seu entendimento. Na verdade, restaurou o entendimento pré-2009 e interpretou a execução provisória da pena privativa de liberdade como compatível com a ordem jurídica mediante harmonização entre os princípios da presunção de inocência e o da eficiência das decisões judiciais. Primeiramente, com o julgamento do HC 126.292/SP, e, logo em seguida, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, onde o entendimento patrocinado no HC foi novamente firmado.

De fato, a decisão que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP e ADCs n. 43 e 44 supramencionados, é o entendimento que melhor se coaduna com o nosso ordenamento jurídico, ao harmonizar os princípios da presunção de inocência e o da eficiência das decisões judiciais. Há aqui dois valores, igualmente importantes e de inquestionável respaldo constitucional em cotejo com a celeridade processual.

Como visto, concluímos que ambos os princípios aqui em aparente confronto devem ser aplicados, cada qual, na medida do possível e respeitando as particularidades de cada caso. Destacou-se que não é viável a mitigação da presunção de inocência após um mero recebimento de denúncia ofertada pelo Ministério Público em benefício da efetividade da jurisdição. Mas, também, não seria

razoável a contínua mitigação da eficiência, mesmo após a interposição de duas dezenas de recursos nas instâncias extraordinárias ao longo de incontáveis anos, em benefício exclusivo do princípio da presunção de inocência. Deve-se achar um ponto de equilíbrio nesta discussão, de modo que os princípios constitucionais não sofram mitigação desnecessária em um cenário onde ambos poderiam ser aplicados harmonicamente. A execução da pena privativa de liberdade imposta, após confirmação pela segunda instância se traduz neste ponto de equilíbrio.

Não podem ser aceitas interpretações que impõem limites quase que intransponíveis ao princípio estampado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sobre o termo “trânsito em julgado”, a exigir uma espécie de inépcia absoluta das instâncias ordinárias e transformar as decisões condenatórias de lá decorrentes em mero papel judicial, meramente relegadas a espera de um longo processo de referendo pela Suprema Corte.

De fato, é preciso admitir que a presunção de inocência poderá ser mitigada após uma condenação oriunda de um juízo monocrático na primeira instância, e da sua confirmação por um colegiado na segunda instância. Com o devido respeito aos princípios do contraditório e do devido processo legal durante todo o trâmite judicial, pode-se admitir que a Constituição Federal não desejou afirmar que sobre as decisões condenatórias provenientes das instâncias ordinárias paira presunção de desconfiança e, que, por isso, careceriam de confirmação pelas instâncias extraordinárias. Portanto, esta orientação se coaduna com o espírito constitucional e os demais princípios de lá extraídos.

Ciente do equívoco que representa o condicionamento da culpa definitiva ao trânsito em julgado, a pesquisa assinalou a importância da decisão do STF de harmonizar o valor da eficiência da jurisdição com o da presunção de inocência, como forma de garantir a celeridade do processo.

Na linha dos direitos fundamentais, conclui-se que a harmonização de valores foi acertada porque se fundamenta na celeridade processual e nos demais princípios constitucionais existentes. Ademais, a pesquisa concluiu que a harmonização entre princípios foi realizada mediante a mitigação da presunção de inocência em benefício da eficiência da jurisdição após o processo transcorrer

determinada marco, qual seja, a confirmação da sentença na segunda instância. Assim, a forma encontrada pela Suprema Corte para dar uma resposta acerca da morosidade processual foi positiva e compatível com o nosso ordenamento; e, assim, apta a reduzir os efeitos negativos produzidos pela impunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

BRASIL. Decreto - Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

BRASIL. Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

BRASIL. Decreto- Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 10 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85886**, da 2ª Turma. Paciente: Marcelo Pires Vieira. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça RJ. Relator (a): Min. Ellen Gracie. BRASIL, 06 maio 2005. Disponível em: <<http://dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354366>>. Acesso em: 10 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator (a): Min. Teori Zavascki, 17fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%2E+OU+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jstcj64>>. Acesso em: 17 set. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Saraiva, São Paulo, 2007

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. São Paulo: Saraiva, 2016. v.1

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos Humanos e Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. São Paulo: Saraiva, 2005

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995

FUNARI, Pedro Paulo A. **Grécia e Roma**. São Paulo: Contexto, 2001

JESUS, Damásio Evangelista de. **Princípio da presunção de inocência**. Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre, n.º 50, 2008

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva 2012. v.1.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos, Método**, 2014

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. Coleção Temas Jurídicos, 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 32ª ed., 2016.

MIRANDA, Pontes de (Francisco Cavalcante). **História e Prática do Habeas Corpus**, vol. 1 – 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> >. E- Book. Acesso em 10 de novembro de 2017.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1192, 6 out. 2006

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2009

Supremo Tribunal Federal, **informativo n. 163**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>> acesso em 04 de novembro de 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11^a Ed. São Paul.: Juspodvm. 2016.