



Universidades Lusíada

Kakizuko, Felipe Augusto, 1994-

Os efeitos de duas decisões penais condenatórias sobre o mesmo objeto : estudo de direito processual penal comparado luso-brasileiro

<http://hdl.handle.net/11067/6789>

Metadados

Data de Publicação

2022

Resumo

O presente estudo insere-se na área dos recursos em processo penal, em um momento importante quer para o arguido, quer para o acusado, quer para a vítima, quer para a própria comunidade jurídica, por estar relacionado com um dos direitos mais valiosos: o direito à liberdade. Possuindo como finalidade estudar o vínculo existente entre uma decisão irrecurável e a segregação do indivíduo, traz à tona alguns princípios, direitos e garantias individuais para confrontá-los com as opiniões na doutrina...

The present study inserts itself in the area of resources related to penal procedure, on an important moment for the defendant, for the accused, for the victim, and for the community for being related with one of the most prestigious values of our human civilization: the right to freedom. With the purpose of studying the link between a non-appealable decision and the segregation of the individual, the work brings to light some individual principles, rights and guarantees to confront them with t...

Palavras Chave

Apelação - Brasil, Apelação - Portugal, Sentenças (Processo penal) - Brasil, Sentenças (Processo penal) - Portugal, Processo Penal - Brasil, Processo Penal - Portugal, Direito Comparado

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-02T12:18:16Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

**Os efeitos de duas decisões penais condenatórias sobre
o mesmo objeto: estudo de direito processual penal
comparado luso-brasileiro**

Realizado por:
Felippe Augusto Kakizuko

Orientado por:
Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Arguente: Prof. Doutor Fernando José dos Santos Pinto Torrão

Dissertação aprovada em: 8 de fevereiro de 2023

Lisboa

2022



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Os efeitos de duas decisões penais condenatórias
sobre o mesmo objeto: estudo de direito processual
penal comparado luso-brasileiro

Felippe Augusto Kakizuko

Lisboa

Agosto 2022



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Os efeitos de duas decisões penais condenatórias
sobre o mesmo objeto: estudo de direito processual
penal comparado luso-brasileiro

Felippe Augusto Kakizuko

Lisboa

Agosto 2022

Felippe Augusto Kakizuko

Os efeitos de duas decisões penais condenatórias
sobre o mesmo objeto: estudo de direito processual
penal comparado luso-brasileiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de
Morais de Sousa e Brito

Lisboa

Agosto 2022

FICHA TÉCNICA

Autor Felipe Augusto Kakizuko
Orientadora Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Título Os efeitos de duas decisões penais condenatórias sobre o mesmo objeto: estudo de direito processual penal comparado luso-brasileiro
Local Lisboa
Ano 2022

MEDIATECA DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

KAKIZUKO, Felipe Augusto, 1994-

Os efeitos de duas decisões penais condenatórias sobre o mesmo objeto : estudo de direito processual penal comparado luso-brasileiro / Felipe Augusto Kakizuko ; orientado por Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito. - Lisboa : [s.n.], 2022. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - BRITO, Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e, 1970-

LCSH

1. Apelação - Brasil
2. Apelação - Portugal
3. Sentenças (Processo penal) - Brasil
4. Sentenças (Processo penal) - Portugal
5. Processo penal - Brasil
6. Processo penal - Portugal
7. Direito comparado
8. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
9. Teses - Portugal - Lisboa

1. Appellate procedure - Brazil
2. Appellate procedure - Portugal
3. Sentences (Criminal procedure) - Brazil
4. Sentences (Criminal procedure) - Portugal
5. Criminal procedure - Brazil
6. Criminal procedure - Portugal
7. Comparative law
8. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
9. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KHD5904.K35 2022

Primeiramente, dedico este trabalho aos meus pais, Hilton Kakizuko e Elizabeth Fukuda, pelos esforços incomensuráveis.

À minha irmã, Giovanna Kakizuko, que me orgulha a cada passo que dá em direção ao sucesso.

Aos meus avós Mamoru Kakizuko, Shizuko Kakizuko, Ana Fukuda e à saudosa memória de Yukio Fukuda. Aos meus tios, Helder Hirabara, Marlise Kakizuko, Márcio Shimomura, Cláudia Kakizuko, Liana Fukuda, Fernando Fukuda e Maryse Matsuzawa.

Aos meus amigos, que sempre me apoiaram nesta jornada.

Posteriormente, dedico a todos aqueles que anteriormente se mergulharam no estudo do processo penal, sem os quais essa pesquisa jamais se concretizaria.

A eles, os meus mais sinceros agradecimentos e minha íntegra admiração pelo aperfeiçoamento e defesa científica do volante direito processual penal.

AGRADECIMENTOS

Não poderia iniciar os agradecimentos desta pesquisa sem antes agradecer a Deus, criador de todas as coisas, por ter me proporcionado serenidade e fé para acreditar que tudo através Dele é possível, por ter cuidado de mim durante todo esse tempo, especialmente nestes dois anos em Lisboa, e por jamais permitir que eu perecesse.

Aos meus pais e irmã, de quem, nesses dois anos morando em Lisboa, jamais deixei de pensar sequer por um minuto, por não medirem esforços e me apoiarem em todas as minhas escolhas. Espero um dia poder retribuir toda diligência e pertinácia provida durante toda minha existência. Suposta meritocracia é, em verdade, consequência da dedicação dos senhores. Confesso que busquei as mais diversas formas de transcrever a minha gratidão, entretanto, não encontrei em lugar algum. Muito, mas muito obrigado por todo amor incondicional, carinho, preocupação e suporte.

Aos meus familiares, sobretudo àqueles supramencionados, pelo apoio e motivação. Palavras não são suficientes para expressar meus agradecimentos e admiração.

Aos meus queridos amigos, que trazem felicidade e alegria para sobrepujar as dificuldades da vida.

A todos os professores da Universidade Lusíada de Lisboa, em especial, a minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa e Brito, pelo apoio, auxílio e interlocução inestimáveis. À senhora, meu profundo apreço e admiração, fonte de uma das minhas maiores inspirações de vida, acadêmica e pessoal. Meus sinceros agradecimentos, seu apoio foi essencial para que o caminho fosse trilhado da melhor forma possível.

Estendo meus agradecimentos ao corpo docente da minha trajetória acadêmica na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR, por jamais medirem esforços no aprofundamento dos estudos do direito e pelo conhecimento compartilhado, exemplo e incentivo.

A todos aqueles com quem tive a oportunidade de estagiar/trabalhar. Todos contribuíram, de alguma forma, para meu crescimento profissional.

Enfim, a todos, que diretamente ou indiretamente fizeram parte deste processo primordial de construção e aprimoramento de minha formação educacional e

profissional, meu genuíno agradecimento. Esta etapa da minha vida não seria concretizável sem a colaboração de cada um de vocês.

“Never give in, never give in, never, never, never, never-in nothing, great or small, large or petty – never give in except to convictions of honour and good sense. Never yield to force; never yield to the apparently overwhelming might of the enemy”.

CHURCHIL, Winston. October 29, 1941.

APRESENTAÇÃO

Os efeitos de duas decisões penais condenatórias sobre o mesmo objeto. Estudo de direito processual penal comparado luso-brasileiro.

Felippe Augusto Kakizuko

O presente estudo insere-se na área dos recursos em processo penal, em um momento importante quer para o arguido, quer para o acusado, quer para a vítima, quer para a própria comunidade jurídica, por estar relacionado com um dos direitos mais valiosos: o direito à liberdade.

Possuindo como finalidade estudar o vínculo existente entre uma decisão irrecorrível e a segregação do indivíduo, traz à tona alguns princípios, direitos e garantias individuais para confrontá-los com as opiniões na doutrina brasileira quanto à possibilidade de se executar a pena de prisão em momento anterior ou posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória e com as opiniões da doutrina portuguesa quanto à figura da “dupla conforme” existente em determinadas circunstâncias na ordem jurídica portuguesa. A questão abarca o trânsito em julgado da decisão que, enquanto em Portugal já restou consolidado que se dá em certo momento e em determinados casos, no Brasil a discussão perdurou por aproximadamente 30 anos, até que o entendimento restou consolidado no final do ano de 2019, destacando os efeitos que podem ocorrer quando houver duas decisões condenatórias sobre o mesmo objeto, quer em Portugal, quer no Brasil.

A pesquisa busca aprofundar o estudo da evolução dos entendimentos sobre a distante possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado do édito condenatório. Sabidamente, no processo penal brasileiro, somente se dá o trânsito em julgado quando se esgotam todas as instâncias, ou seja, quando se exaurem todas as possibilidades de recursos. Busca-se, assim, analisar argumentos proferidos em sede do julgamento do tema, confrontando com preceitos constitucionais e infraconstitucionais, sob o olhar crítico da matéria penal, processual penal e constitucional.

Palavras-chave: Dupla conforme; Execução antecipada da pena; Execução provisória da pena; Prisão em segunda instância; Presunção de inocência.

PRESENTATION

The effects of two criminal condemning decisions on the same object. Comparative Portuguese-Brazilian study of criminal procedural law.

Felippe Augusto Kakizuko

The present study inserts itself in the area of resources related to penal procedure, on an important moment for the defendant, for the accused, for the victim, and for the community for being related with one of the most prestigious values of our human civilization: the right to freedom.

With the purpose of studying the link between a non-appealable decision and the segregation of the individual, the work brings to light some individual principles, rights and guarantees to confront them with the opinions in the Brazilian doctrine regarding the possibility of executing the prison sentence in moment before or after the final judgment of the conviction and with the opinions of Portuguese doctrine regarding the figure of the “double conform” existing in certain circumstances in the Portuguese legal system. The issue encompasses the final and unappealable decision that, while in Portugal it has already been consolidated that it takes place at a certain moment and in certain cases, in Brazil the discussion lasted for approximately 30 years, until the understanding was consolidated only at the end of the year of 2019, highlighting the effects that can occur when there are two convictions on the same object, either in Portugal or in Brazil.

The research seeks to deepen the study about the evolution of understandings about the distant possibility of executing the sentence before the final judgment of the conviction. It is well known, in the Brazilian criminal procedure, the final decision only occurs when all instances are exhausted, that is, when all possibilities of appeal are exhausted. Thus, it seeks to analyze arguments made during the trial of the subject, confronting constitutional and infra-constitutional precepts, under the critical eye of criminal, criminal procedural and constitutional matters.

Keywords: Double according; Early execution of sentence; Provisional execution of sentence; Prison in second instance; Presumption of innocence.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

- ADC - Ação Direta de Constitucionalidade
- CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos
- CF - Constituição Federal
- CP - Código Penal
- CPC - Código de Processo Civil
- CPP - Código de Processo Penal
- CRP - Constituição da República Portuguesa
- DF - Distrito Federal
- HC - Habeas Corpus
- OAB - Ordem dos Advogados do Brasil
- PEN - Partido Ecológico Nacional
- PIDCP - Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
- RA - Resposta à Acusação
- RESE - Recurso em Sentido Estrito
- RJ - Rio de Janeiro
- RS - Rio Grande do Sul
- SP - São Paulo
- STF - Supremo Tribunal Federal
- STJ - Superior Tribunal de Justiça
- STJ - Supremo Tribunal de Justiça
- TJMG - Tribuna de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. Introdução.....	20
2. A teoria geral dos recursos em portugal.....	25
2.1. Breve histórico do código de processo penal português e os recursos	25
2.2. Da elucidação recursal – fundamentos DOS RECURSOS	27
2.3. Das espécies recursais	34
2.3.1. Dos recursos ordinários.....	34
2.3.1.1. Da dupla conforme	37
2.3.2. Dos recursos extraordinários.....	44
2.3.2.1. Do recurso para fixação de jurisprudência	44
2.3.2.2. Do recurso de revisão.....	45
3. Da teoria geral dos recursos no brasil.....	48
3.1. Das classificações dos recursos	48
3.2. Efeitos dos recursos	49
3.3. Regras e princípios norteadores da atividade recursal	50
3.4. Requisitos recursais	53
3.5. Juízo de admissibilidade	55
3.6. Das espécies de recursos	56
3.6.1. Recurso em sentido estrito	56
3.6.2. Recurso de apelação.....	58
3.6.3. Embargos infringentes e embargos de nulidade	58
3.6.4. Embargos declaratórios.....	60
3.6.5. Agravo em execução penal	61
3.6.6. Carta testemunhável	62
3.6.7. Recurso especial e extraordinário	63
3.6.8. Do agravo em recurso especial e em recurso extraordinário	66
4. Do trânsito em julgado.....	67
4.1. O caso julgado.....	67
4.1.2. Caso julgado material.....	68
4.2. Do trânsito em julgado.....	69
5. Princípios fundamentais de processo penal e execução da pena proferida em segunda instância.....	71
5.1. Princípio da presunção da inocência.....	71
5.1.2. Presunção de inocência no Brasil	74
5.1.3. Presunção de inocência em Portugal	77

5.1.4. Conceito de presunção de inocência	79
5.2. Princípio da razoável duração do processo	84
5.2.1. A duração razoável do processo no Brasil	85
5.2.2. A duração razoável do processo em Portugal.....	85
5.2.3. Conceito	87
5.3. Do direito ao duplo grau de jurisdição	92
5.3.1. Evolução histórica no Brasil	92
5.3.2. Evolução histórica em Portugal	92
5.3.4. Conceito	93
6. Da execução antecipada da pena no Brasil	96
6.1. A evolução histórica do processo penal brasileiro e a reconstrução das bases jurídicas	96
6.2. Natureza jurídica da execução provisória da pena	103
6.3. A oscilação dos entendimentos da execução provisória da pena no supremo tribunal federal.....	104
6.4. Decisões do STF sobre o tema após a promulgação da Constituição Federal de 1988.....	105
6.4.1. HC nº 68.726/RJ, de 28 de junho de 1991	106
6.4.2. HC nº 69.964/RJ, de 18 de dezembro de 1992.....	108
6.4.3. Recurso ordinário em HC nº 84.846-0/RS, de 05 de novembro de 2004.	109
6.4.4. HC nº 84.078/MG, de 05 de fevereiro de 2009	109
6.4.5. HC nº 126.292/SP, de 17 de fevereiro de 2016	113
6.4.6. Julgamento da medida cautelar na ADC nº 43 e 44/DF, de 5 de outubro de 2016	115
6.4.7. ARE nº 964.246-RG/SP, de 10 de novembro de 2016.....	120
6.4.8. HC nº 152.752/PR, de 4 de abril de 2018	121
6.4.9. Julgamento do mérito nas ADC 43, 44 e 54, em 07 de novembro de 2019	124
6.5. Crítica aos argumentos favoráveis à execução antecipada da pena.	129
6.5.1. Os recursos extraordinários se limitam à apreciação da matéria de direito	130
6.5.2. A presunção de inocência se rarefaz com o transcorrer das instâncias ..	131
6.5.3. É presumido um duplo grau de jurisdição, e não um triplo ou quádruplo	132
6.5.4. Admitir a execução provisória da pena cooperaria para um maior equilíbrio e aplicabilidade do sistema penal.....	132
6.5.5. É uma forma de inibir práticas forenses que buscavam prolongar o processo penal e impedir que o indivíduo seja punido (sentimento de impunidade).....	134
6.5.6. Baixo número de recursos extraordinários admitidos	136

6.5.7. Os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo	137
6.5.8. Possui natureza jurídica de prisão processual e busca assegurar a credibilidade no judiciário e no sistema penal	139
6.5.9. Beneficiaria aqueles com condições financeiras melhores, pois estes poderiam levar o processo mais a frente possível	139
6.5.10. A invocação do direito comparado para justificar a execução antecipada da pena	141
7. Considerações finais e proposições conclusivas	142
Referências	149

1. INTRODUÇÃO

Tema de grande significado e relevância, se debruça em uma problemática que abarca o Direito Penal, mas que também possui intensa ligação com o Direito Constitucional, ante a imprescindibilidade de se debater sobre a estrutura fundamental e institucional do Estado e dos Direitos Humanos, que tutela a pedra angular da existência social: a dignidade da pessoa humana.

Atualmente, vivemos em uma sociedade que experimenta conflitos morais, éticos, sociais e culturais que, conseqüentemente, repercutem no mundo jurídico, nascendo a necessidade de criar novas leis ou modular determinados entendimentos para que acompanhe a evolução e anseios da sociedade, para que não se estagne no tempo.

Nota-se, percorrendo a evolução histórica sobre os direitos e garantias fundamentais que, ao instituir o Estado democrático de direito, grande foi o esforço para que estes fossem assegurados.

Com a promulgação da Constituição de 1988, cessava-se no Brasil um melancólico período histórico, manchado pelas abusivas práticas de restrições a direitos e garantias individuais. Afamava-se, em definitivo, a previsão de que ninguém será considerado culpado até que a sentença condenatória transite em julgado¹.

Equivocadamente, diante da nitidez da norma, acreditavam que impreterivelmente estaria obstada a possibilidade de se executar a pena antes do trânsito em julgado, e que eventuais prisões anteriores a este marco seria apenas com caráter cautelar.

Fruto de predileções políticas promovidas pela Assembleia Nacional Constituinte, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, se debruçaram sobre o tema, sendo que somente no final de 2019 houve a pacificação determinando a constitucionalidade do artigo 283², do Código de Processo Penal, sobejando a execução provisória da pena como ofensa direta aos dispositivos constitucionais.

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

² Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Os primeiros diálogos entre a presunção de inocência e a prisão em segunda instância, como popularmente é conhecida, se deu em 1991, em sede do HC 67.726/RJ, oportunidade em que ficou decidido que executar a pena antes do trânsito em julgado não afrontaria o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da CF, legitimando o entendimento preponderante da época. O mesmo posicionamento se deu quando o Plenário enfrentou novamente o tema, no HC nº 69964/RJ, no final do ano seguinte e nas demais ocasiões pelos 16 anos subsequentes.

Entretanto, a significativa mudança de entendimento foi proferida ao julgar o HC nº 84.078/MG, no início de fevereiro de 2009, quando o Plenário reconheceu a inconstitucionalidade do instituto ante aos dispositivos da Constituição Federal.

Neste prisma e com base no que parecia estar sedimentado na comunidade jurídica, o Poder Legislativo³ aprovou, com a sanção de Dilma Rousseff, presidente à época, o projeto de Lei nº 4.208/2011, convertida na Lei 12.403/2011, a alteração do artigo 283, do Código de Processo Penal para se adequar ao que a jurisprudência suprema havia decidido⁴.

Ao sobressalto dos operadores do direito, sem embargo do que havia decidido a Corte Suprema em 2009 e a edição da Lei nº 12.403/11, ao julgar o HC nº 126.292/SP, o Plenário consagrou o não comprometimento da presunção de inocência na hipótese da execução provisória da pena.

Todavia, em 2016, sucedeu o julgamento da Medida Cautelar na ADC nº 43 e 44/DF e do ARE nº 964.246-RG/SP, oportunidade em que, apesar da manutenção da inteligência proferida no HC nº 126.292/SP, surgiram algumas novas teses, mas que não foram suficientes para retornar a prestigiar o princípio da presunção da inocência como deve ser.

É, portanto, neste contexto de oscilações jurisprudenciais que a pesquisa ora em estudo se debruça. O presente trabalho busca empreender, na esfera do direito processual penal, penal e constitucional, uma análise acerca da execução antecipada da pena, isto

³ A estrutura política do Brasil se divide com base na concepção histórica de Montesquieu: Poder Executivo (observar as necessidades da coletividade e atendê-las conforme a Constituição e demais leis), Poder Legislativo e Poder Judiciário (aplicar a lei), atuando de forma independente e harmônica. Exercido pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal – Art. 44, CF) o Poder Legislativo possui múltiplas funções, principalmente criar leis e fiscalizar o Poder Executivo (Art. 48 e 49, CF).

⁴ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

é, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, explorando o debate sobre este tema nas mais diversas legislações, com enfoque em Portugal e no Brasil.

Esforça-se a analisar a evolução do instituto da execução provisória da pena a partir da consolidação dos direitos e garantias individuais recebidos pela Constituição Federal em 1988, analisando, de forma crítica, as principais teses tanto concordando, como discordando com a constitucionalidade da prisão em segunda instância.

Em Portugal, o instituto da dupla conforme considera que são irrecorríveis as decisões quando confirmem a condenação da primeira instância se a pena aplicada não ultrapasse oito anos de pena privativa de liberdade.

Baseiam-se na possibilidade mínima de erro judiciário quando há, no caso concreto, a confirmação do órgão colegiado da sentença proferida pelo juiz singular. Limita-se, desta forma, o direito ao recurso, objetivando levar à última instância somente os casos de grande relevância penal.

Portanto, para a legislação e jurisprudência portuguesa não configura ofensa às garantias individuais, por ser alheio ao direito às garantias de defesa, nomeadamente o direito ao duplo grau de jurisdição, a obrigatoriedade de um terceiro grau de jurisdição.

Consideramos que o instituto da execução antecipada da pena de prisão ou execução da pena de prisão em segunda instância no direito brasileiro e o instituto da dupla conforme no direito português, uma vez que permitem a execução da pena após decisão em 2º instância, sem haver direito a um terceiro grau de jurisdição, são comparáveis apesar das suas significativas diferenças. Quer um, quer outro põe em causa direitos de defesa do arguido.

Para aclarar a temática e sendo esse o pano de fundo, é necessário, antes de promover uma análise aos argumentos, explorar temas que contornam o assunto. Para isso, a pesquisa abordará, inicialmente, o sistema recursal em processo penal tanto do no ordenamento brasileiro como no português.

Depois, breves observações sobre o caso julgado e o marco temporal do trânsito em julgado da sentença/acórdão penal condenatório.

Finalizando tais tópicos, passar-se-á ao diagnóstico daqueles princípios que possuem afinidade com o tema.

Num primeiro plano, traz uma análise do princípio constitucional da presunção de inocência. Tal princípio, fundamental no direito penal português e brasileiro, como no de muitos Estados, determina que toda pessoa é considerada inocente até que seja condenada por sentença penal transitada em julgado, isto é, só pode ser considerada culpada no momento em que se esgota todas as instâncias.

Conforme será exposto durante a presente dissertação, este princípio não se esgota simplesmente no processo propriamente dito, pois se estende à organização dos tribunais e à execução das penas, devendo ser amplamente respeitado.

Também será tratado sobre a razoável duração do processo, haja vista ser previsto constitucionalmente a necessidade em proporcionar ao acusado um julgamento sem dilações.

Após, será delineado sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, que no direito brasileiro foi suscitado diversas vezes em Plenário a fim de buscar legitimar a execução antecipada da pena, o qual, no direito português, está por detrás da figura da dupla conforme.

Por fim, buscar-se-á atestar a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, no que tange ao Brasil, a partir dos estudos aqui conjugados, demonstrando a prudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil ao determinar a sua inconstitucionalidade quando do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, por ser cristalina a violação expressa de dispositivo constitucional, trazendo também críticas àqueles argumentos tendentes a legitimar a prisão em segunda instância.

Objetiva-se, de forma geral, compreender o instituto da execução provisória da pena na legislação brasileira, demonstrando o porquê da inconstitucionalidade no que toca ao Brasil, como também a fundamentação utilizada pela legislação portuguesa ao autorizar o cumprimento da pena sem haver um terceiro grau de recurso, com base nos direitos e garantias recepcionados por ambas as legislações.

Já os objetivos específicos se apresentam quando se analisa a influência dos princípios e garantias fundamentais no âmbito da legislação portuguesa e brasileira no que toca aos temas legais.

No tocante à delimitação, a orientação do estudo engloba os direitos e garantias fundamentais inerentes à qualidade de ser humano positivados nos ordenamentos

jurídicos de Portugal e Brasil, com realce aos que possuem maior simpatia com a prisão em segunda instância, e a sua hermenêutica no que tange aos intérpretes da lei constitucional para a modulação de entendimentos relacionados ao assunto em tela.

Por fim, do ponto de vista metodológico, se utilizou o método dedutivo, assentado na análise bibliográfica dos temas abordados, tanto na literatura portuguesa quanto brasileira. Baseada em obras, revistas jurídicas, artigos, periódicos jurídicos, lei seca, precedentes e jurisprudências, a pesquisa possibilitará compreender o que levou Portugal decidir pela execução da pena após a confirmação em segunda instância, se preenchido determinados requisitos, enquanto os Tribunais superiores do Brasil entenderam ser uma afronta à Constituição Federal possibilitar a prisão do arguido antes do trânsito em julgado.

2. A TEORIA GERAL DOS RECURSOS EM PORTUGAL

2.1. BREVE HISTÓRICO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS E OS RECURSOS

Tão logo vivendo num mundo dinâmico, o direito processual penal, em especial, possui um importantíssimo papel na defesa dos direitos humanos.

Uma vez admitindo a pluralidade de sujeitos processuais, estabelecido o processo como um sistema submisso, e a partir do momento em que se vê um terceiro imparcial, com fortes poderes decisórios, que ocupa uma função fundante da estrutura dialética, nasce a imprescindibilidade em se permitir o reexame da decisão por ele proferida.

Neste capítulo, perquire-se delinear sobre a construção das bases jurídicas portuguesas para que introduza o leitor ao tema e, por outro lado, proporcionar um maior aprofundamento também no que se refere ao posicionamento português sobre a prisão em segunda instância.

O direito processual penal português arcaico determinava indistintamente, na época das Ordenações Filipinas, que um procedimento não transitava em julgado enquanto não fosse reapreciado por um segundo juramento, e ao juiz, inclusive, era trazido a obrigação de recorrer, pois entendia-se que somente assim se teria a efetivação da justiça⁵.

No advento do Código de Processo Penal de 1929 e produto da ditadura militar - época em que os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos não tinham o merecido esmero pelo Estado Português -, os recursos se evadiam das rjezas da teoria e das críticas⁶, utilizando, por empréstimo, as regras processuais civis, não se inserindo no leque de prevalências das ciências penais, pois os holofotes se direcionavam às questões relacionadas aos princípios e às questões arquitetônicas do procedimento penal⁷. Seguia a mesma orientação das Ordenações Filipinas ao determinar a obrigatoriedade

⁵ SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português, Do Procedimento (Marcha do Processo)*. Vol. I. Universidade Católica Editora, 2013. p. 296

⁶ RODRIGUES, José Narciso da Cunha. *O Novo Código de Processo Penal (Jornadas de Direito Processual Penal)*, Coimbra. Livraria Almedina, 1988, p. 381

⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. *A Nova Constituição da República e o Processo Penal*. Revista da Ordem dos Advogados, 1976, Ano 36º, p. 99-109

da reanálise da matéria, dispondo aos recursos duas funções: corrigir decisões viciadas ou fazer a sindicância do que fora determinado⁸.

Aos poucos, observa-se uma evolução, para melhor, do processo penal. Com a promulgação do Decreto nº 20/147, em agosto de 1931, foi introduzido o regime do julgamento por tribunais coletivos e dos poderes das Relações em seus atos decisórios.

Em outubro de 1945, com o advento do Decreto-Lei nº 35.007, alguns princípios foram objeto de alteração e buscaram substituir a estrutura inquisitória que baseou a formulação do Código de Processo Penal para uma estrutura formalmente acusatória.

Já em 1969, as Leis nº 2138 e 2139 buscaram interferir no controle da recorribilidade ao Supremo Tribunal de Justiça das decisões proferidas pelas Relações, como também na embaraçosa *reformatio in pejus*.

Mais a frente, no período da Primavera Marcelista, quando Marcelo Caetano sucedeu António de Oliveira Salazar, houve alterações peremptórias no texto constitucional, fruto da Revisão de 1971, pelo Decreto-Lei nº 185/72, com alterações relacionadas à instrução processual penal. Neste ano, a Lei 2/72 trouxe novas disposições acerca da organização judiciária.

Neste seguimento, o Decreto-Lei nº 605/75 determinou regras ao inquérito policial e o processo correccional. No ano seguinte, em maio, desenrolou-se o Decreto-Lei nº 320/76, o qual discorreu sobre a providência extraordinária do *habeas corpus*, que até a atualidade é uma das mais sólidas e eficazes garantias das liberdades individuais, com vista a obstar prisões e detenções arbitrárias.

Importante trazer à tona que o processo penal somente ganhou um novo regime em matéria de recursos, próprio e específico, após abril de 1974.

Com o desenrolar do Decreto-Lei nº 402/82, o legislador demarcou normas indispensáveis para a introdução do Código Penal, e ressaltou a importância da materialização de um novo Código de Processo Penal⁹.

⁸ SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português, Do Procedimento (Marcha do Processo)*. Vol. I. Universidade Católica Editora, 2013. p. 297

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais*. In: AA. VV., *Para uma Nova Justiça Penal*. Coimbra. Editora Almedina, 1983, cit., p. 197

O advento deste novo Código trouxe poucas modificações à matéria de recursos e o entrave se deu quando buscavam alcançar equilíbrio entre a qualidade e a celeridade da justiça penal, face à organização judiciária, às tradições, concepções, mentalidades e à vida cotidiana, fato este que posteriormente, refletiu nos mais diversos diplomas, consubstanciando uma reforma global¹⁰.

Conferindo uma revisão profunda na matéria dos recursos, o Código de Processo Penal de 1987 repartiu-os em dois títulos, os “Recursos Ordinários” e os “Recursos Extraordinários”. Suprimiu o duplo grau de recurso e separou as competências das instâncias, trazendo às Relações o conhecimento de recursos apresentados em face de decisões do tribunal de primeira instância e ao Supremo Tribunal de Justiça a reapreciação das decisões finais dos tribunais coletivos e do júri. A partir de então, é claro a evolução da matéria recursal a partir do respaldo em preceitos constitucionais, aproximando gradativamente a um Estado Democrático de Direito.

Passado um ano, em 1998, através da Lei nº 59/98, a competência das instâncias recursais foi redistribuída com o fito de efetivar o duplo grau de jurisdição quanto às matérias fáticas, sublimando as funções do STJ para ser um tribunal de revista, alterando também o regime da uniformização jurisprudencial.

A fim de digladiar a morosidade do procedimento, o Decreto- Lei 320-C/2000¹¹ trouxe requisitos de admissibilidade à atividade recursal.

O sistema processual penal buscou, a todo momento, dar valência às garantias constitucionais dos cidadãos, sem que, todavia, se esvaísse a eficácia, celeridade e economia processual inerente a todas as legislações processualistas.

2.2. DA ELUCIDAÇÃO RECURSAL – FUNDAMENTOS DOS RECURSOS

Ideia resgatada das Ordenações Afonsinas e reproduzida com algumas alterações pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas, por via de regra só havia trânsito em julgado quando o procedimento fosse novamente reapreciado - de ofício - pelo magistrado, fundado no interesse público e no interesse do réu.

¹⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro. *Curso de Processo Penal*, Volume I, Lisboa. Editora Danúbio, 1986, p. 38-39

¹¹ <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/393231/details/normal?l=1>, acessado em: 07/07/2021

Porém, não houve outra saída senão modificar este remoto entendimento para que acompanhasse os anseios da sociedade e da comunidade jurídica.

Via pela qual sujeita a decisão a um novo juízo de apreciação, os recursos destinam-se a um tribunal hierarquicamente superior para corrigir eventuais erros da decisão judicial anterior ainda não transitada em julgado, ou corrigir uma decisão já com trânsito em julgado¹², diante da necessidade de proporcionar uma via de reexame das decisões emanadas pelo judiciário, haja vista que, em cada instância, há o auto esgotamento do poder jurisdicional. São, desta forma, remédios jurídicos aptos a despistar e corrigir equívocos *in judiciando* ou *in procedendo*¹³, por meio do reexame das decisões anteriormente proferidas, nos termos do artigo 410º, nº 1, do CPP¹⁴.

Podem, assim, corrigir imperfeições de decisões perversas, ilógicas, inválidas, ou fulcrada em notória violação das regras corriqueiras, tanto aquelas sem coisa julgada, ou mesmo aquelas já transitadas em julgado¹⁵. O objeto da impugnação são as decisões judiciais, que podem ser em forma de despacho, sentença ou acórdão¹⁶.

Um erro grave e a consecutiva injustiça de uma decisão judicial acolhe profunda prudência haja vista poder trazer consigo a privação da liberdade de alguém, e é neste momento que deve atuar a atividade recursal, se revestindo de um mecanismo intrínseco para reagir a estas situações de iniquidade¹⁷.

Em vista disto, a Constituição, dentro dos seus fins, intentou resguardar o direito ao recurso entre as mais significativas dimensões das garantias do arguido em processo penal, nos termos do artigo 32º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, inserindo-o juntamente com o complexo de garantias que compõem o direito de defesa¹⁸.

¹² SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português, Do Procedimento (Marcha do Processo)*. Vol. I. Universidade Católica Editora, 2013. p. 295

¹³ <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/3E0A72D2546B6E8680257E8800288733>, acessado em 07/07/2021

¹⁴ Artigo 410º, 1 – Sempre que a lei não restringir a cognição do tribunal ou os respectivos poderes, o recurso pode ter como fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida

¹⁵ CUNHA, Paulo. *Processo Comum de Declaração (apontamentos de Artur Costa e Jaime Lemos)*, tomo II, 3ª Ed., Tipografia Augusto Costa & C.ª, Coimbra, p. 376

¹⁶ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2ª Ed. Almedina, 2018. p. 209

¹⁷ CARVALHO, Paula Marques. *Manual Prática de Processo Penal – Atualizado de acordo com as alterações de 2019, nomeadamente, as relativas aos menores suspeitos ou arguidos, estatuto dos magistrados judiciais e novo estatuto do ministério público*. 12ª Ed. Almedina, 2019, p. 831

¹⁸ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2ª Ed. Almedina, 2018, p. 209

No entanto, não são todas as decisões proferidas pelo órgão jurisdicional que se sujeita à impugnação através dos recursos, mas são impugnáveis, por exemplo, por reclamação ou *habeas corpus*. Igualmente são as decisões que versem sobre medidas de coacção e garantia patrimonial - que podem ser alteradas pelo próprio juiz que a determinou -, ou decisões revestidas de nulidades ou irregularidades - que podem ser reparadas pelo mesmo órgão prolator -¹⁹.

Após a ruptura quase que total com o sistema recursal do processo civil, o Código de Processo Penal desdobra os recursos em recursos ordinários (do tribunal *a quo* para outro tribunal superior *ad quem*, direcionados às Relações ou ao Supremo Tribunal de Justiça) e recursos extraordinários – nomeadamente os recursos para fixação de jurisprudência e o recurso de revisão – (direcionados ao mesmo tribunal que proferiu a decisão), sendo aqueles interpostos diante de uma sentença ainda não transitada em julgado, e estes para aquelas com trânsito em julgado, com possibilidade recursal junto ao Tribunal Constitucional nos casos de conflitos sobre a sua constitucionalidade, para que se alcance o restabelecimento da paz jurídica, em busca da verdade material e a efetuação da justiça²⁰.

Os fundamentos da atividade recursal ordinária – será dado mais foco aos recursos ordinários, por possuir intimidade com o tema em questão - estão dispostos no artigo 410º, do Código de Processo Penal²¹. O texto contido nesta norma jurídica determina que o alicerce dos recursos podem ser o *error in iudicando* ou o *error procedendo*.

A diferenciação entre eles se dá dado que o *error iudicando* refere-se a um equívoco na conclusão da sentença que, diante dos fatos apresentados, adota um desfecho desacertado, recaindo sobre um erro material. Por consequência, será substituída ou reformada a decisão pelo órgão competente.

¹⁹ SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português, Do Procedimento (Marcha do Processo)*. Vol. I. Universidade Católica Editora, 2013. p. 295-296

²⁰ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*, 2ª Ed. Editora Almedina, 2019, p. 210

²¹ Artigo 410º “Fundamentos do recurso” 1 – Sempre que a lei não restringir a cognição do tribunal ou os respectivos poderes, o recurso pode ter como fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida. 2 – Mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do tribunal a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum: a) A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada; b) A contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão; c) Erro notório na apreciação da prova. 3 – O recurso pode ainda ter como fundamento, mesmo que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, a inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada.

Por sua vez, o *error in procedendo* alude à existência de vício de atividade, ocorrendo nas hipóteses de erro na estrutura formal de uma decisão, e a decisão fica sujeita à invalidação diante de sua nulidade. Configura, portanto, um erro de natureza processual.

A norma jurídica portuguesa adota diversas modalidades recursais, tais sejam:

- a) Recursos Ordinários: o prazo para interposição é de 30 dias a partir da decisão. Caso não recorra, passado este prazo, a decisão se torna definitiva e transita em julgado.
- b) Recursos Extraordinários: o objeto do recurso é uma questão que já é definitiva, ou seja, que já transitou em julgado. Um dos quais é o Recurso de Revisão, meio pelo qual se impugna uma decisão completamente injusta (artigo 449º).
- c) Recurso de controlo de constitucionalidade: interposto antes de transitar em julgado, possui como objeto próprio uma norma jurídica com dimensão inconstitucional. Para transitar em julgado, deve restar acabado este julgamento.

No que se refere à estrutura dos recursos, a legislação determina aos tribunais a apreciação dos recursos ordinários, de um tribunal *a quo* (tribunal recorrido) para outro hierarquicamente superior *ad quem* (tribunal superior). Já o recurso extraordinário traz a reapreciação ao próprio tribunal que proferiu a decisão, podendo, contudo, haver intervenção de outros tribunais, nos termos do artigo 437º e 451º²². Sempre deve ser apresentado perante o tribunal que articulou a decisão, a fim de que verifique os pressupostos e decida sobre a sua subida ou seu não conhecimento.

Em regra, a instância para que se recorre, é ao Tribunal da Relação, organizado por distritos conforme as competências territoriais. As Relações analisam tanto matérias fáticas quanto de direito, enquanto o Supremo Tribunal de Justiça só conhece matéria de direito.

O sistema judiciário organiza-se entre Tribunal Singular, Tribunal Colectivo e Tribunal por Júri. Consoante ao que se capta, a competência legal se dá em função da pena legal ou da natureza do crime, isto é, dos critérios quantitativos ou qualitativos,

²²http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=199&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo= Acessado em 15/07/2021

acarretando a seleção da intervenção de algum destes tribunais. Por outro lado, aos delitos apenados com pena abstrata grave, que levaria a competência para o Tribunal Colectivo, mas a gravidade real não é tão grave assim, permitindo o julgamento pelo Tribunal Singular, existe a competência que não legal chamada de sistema de competência concreta (artigo 16º, nº 3, do CPP)²³, a ser requerido pelo Ministério Público no momento em que se encerra o inquérito policial.

Neste prisma, insta salientar que, apesar do Ministério Público possuir a função de acusação, também detém a função de representante da sociedade, razão pela qual pode também recorrer mesmo no interesse do réu, atuando igualmente quando for para requerer a punição dos culpados, como para pedir a absolvição dos inocentes.

No tocante ao objeto do recurso, predomina no processo penal português a recorribilidade de todas as decisões, salvo aquelas que a lei impede. Os pressupostos de admissibilidade estão estampados no artigo 400º, do CPP, não sendo tolerável a atividade recursal perante: a) despachos de mero expediente; b) decisões que ordenem actos dependentes da livre resolução do tribunal; c) acórdãos proferidos pelas relações que não conheçam, a final, o objeto do processo; d) acórdãos absolutórios proferidos pelas relações em recurso, exceto no caso de decisão condenatória em 1ª instância em pena privativa de liberdade superior a 5 anos; e) acórdãos proferidos pelas relações em recurso que apliquem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos; f) acórdãos proferidos pelas relações em recurso que confirmem decisão de 1ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos; g) os demais casos previstos na lei.

Nos termos do artigo 402º e artigo 403º, pode abranger a totalidade da sentença (nº 1), exceto se fundados em razões de cunho pessoal do recorrente (nº 2) ou na hipótese de se limitar a uma parte autônoma da decisão, mas não em absoluto, conforme determina o artigo 403º, nº 3, pois podem, de qualquer maneira, decidir sobre todo o objeto do processo, inclusive substituir uma decisão absolutória por uma condenatória. É, portanto, possível a limitação quando for autônoma a parte recorrida da parte não recorrida, e essa autonomia pode ser vista, a título de exemplo, no caso de concurso de crimes quando o recurso se limita a somente um dos crimes. Neste sentido, embora em

²³ 3- Compete ainda ao tribunal singular julgar os processos por crimes previstos no artigo 14.º, n.º 2, alínea b), mesmo em caso de concurso de infracções, quando o Ministério Público, a acusação, ou, em requerimento, quando seja superveniente o conhecimento do concurso, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a cinco anos.

processo penal vigore o princípio do conhecimento amplo de todas as questões, é admissível que se limite a apenas uma parte, desde que com aprovação anterior do magistrado.

Relativamente aos efeitos do recurso, mais uma vez dando maior enfoque sobre os recursos ordinários, temos que todos possuem efeito devolutivo, e alguns recursos possuem efeito suspensivo, nos termos do artigo 408, do CPP²⁴, o que obsta a execução da pena sem a sua prévia decisão²⁵.

Os efeitos das decisões ficam suspensos nas hipóteses dos recursos que impugnam decisões finais condenatórias e os que incidem sobre a decisão sobre a pronúncia. Da mesma forma, podem suspender os efeitos da decisão que fulminou no recurso, conforme artigo 408º, nº 2.²⁶

Podem possuir efeito extensivo, ou seja, quando existir mais de um arguido no processo, ao serem interpostos, aproveitam aos demais.

Ao querer recorrer, deve sempre o requerimento estar motivado, caso contrário não será admitido o recurso (artigo 411, nº 3)²⁷. Pode ser objeto de rejeição, igualmente, o recurso que não ficar indicado as conclusões, especificando os fundamentos recursais e resumindo as razões do pedido na conclusão (artigo 412, nº 1)²⁸.

Neste óbice e caminhando para a análise dos dispositivos relacionados à tramitação dos recursos ordinários, se versar sobre matéria de direito, devem estar incluídas nessas conclusões a) as normas jurídicas violadas; b) o sentido em que, no entendimento do recorrente, o tribunal recorrido interpretou cada norma ou com que a aplicou e o sentido em que ela devia ter sido interpretada ou com que devia ser aplicado; c) em caso de erro na determinação da norma aplicável, a norma jurídica que, no

²⁴http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=199&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo= Acessado em 15.07.2021

²⁵ SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual – Do Procedimento (Marcha do Processo)*. Volume III. Universidade Católica Editora. 2018, p. 328

²⁶ 2 – Suspendem os efeitos da decisão recorrida: a) os recursos interpostos de decisões que condenarem ao pagamento de quaisquer importâncias, nos termos deste Código, se o recorrente depositar o seu valor; b) O recurso do despacho que julgar quebrada a caução; c) O recurso de despacho que ordene a execução da prisão, em caso de não cumprimento de pena não privativa da liberdade; d) O recurso de despacho que considere sem efeito, por falta de pagamento de taxa de justiça, o recurso da decisão final condenatória.

²⁷ 3 – O requerimento de interposição do recurso é sempre motivado, sob pena de não admissão do recurso, podendo a motivação, no caso de recurso interposto por declaração na ata, ser apresentada no prazo de 30 dias contados da data da interposição.

²⁸ 1– A motivação enuncia especificadamente os fundamentos do recurso e termina pela formulação de conclusões, deduzidas por artigos, em que o recorrente resume as razões do pedido.

entendimento do recorrente, deve ser aplicada (artigo 412, nº 2)²⁹. Caso verse sobre matéria fática: a) os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados; b) as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida; c) as provas que devem ser renovadas. A partir da interposição e juntado os devidos motivos, o juiz despacha a respeito da admissão, subordinada ao cumprimento dos pressupostos de admissão, fixando os seus efeitos e o regime de subida (artigo 414º, nº 1)³⁰, e os demais sujeitos processuais afetados recebem uma notificação para apresentar suas alegações, no prazo de 30 dias (artigo 413º)³¹.

As possibilidades de desistência da atividade recursal estão dispostas no artigo 415º³², do CPP, podendo ser feita até o momento de o processo ir concluso ao relator para o exame preliminar. A fim de salvaguardar o direito ao contraditório, abre-se vista ao Ministério Público em momento anterior da apresentação ao relator, sendo que somente após a ele é dirigido (artigos 416º e 417º, ambos do CPP)³³.

Posterior à conclusão do exame preliminar, abre-se prazo para o presidente e ao juiz-adjunto e depois à conferência (artigo 418º)³⁴. Nesta conferência, há intervenção do presidente da secção, do relator e do juiz-adjunto, e sua tramitação resta positivada no artigo 419º, do CPP³⁵.

A depender da análise sobre o objeto do recurso, podem ser rejeitados (artigo 420º, do CPP)³⁶. Do contrário, o processo, se não for decidido sumariamente ou julgado em conferência, segue e abre-se conclusão ao presidente da secção, marcando a audiência dentro dos próximos 20 dias (artigo 421º, do CPP)³⁷. Encerrada a audiência, o tribunal se reúne para deliberar (artigo 424º, do CPP)³⁸ para ser realizado o acórdão pelo relator, se vencer, e se for vencido, quem o faz é o juiz-adjunto (artigo 425º)³⁹.

²⁹ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-66985940>, acessado em 20/03/2022

³⁰ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58917127>, acessado em 20/03/2022

³¹ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58917126>, acessado em 20/03/2022

³² <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58834563>, acessado em 20/03/2022

³³ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58850775>, acessado em 20/03/2022

³⁴ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58850777>, acessado em 20/03/2022

³⁵ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-176315781>, acessado em 20/03/2022

³⁶ 1 – O recurso é rejeitado sempre que: a) For manifesta a sua improcedência; b) Se verifique causa que devia ter determinado a sua não admissão nos termos do n.º 2 do artigo 414.º; ou c) O recorrente não apresente, complete ou esclareça as conclusões formuladas e esse vício afectar a totalidade do recurso, nos termos do n.º 3 do artigo 417.º.

³⁷ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58244493>, acessado em 20/03/2022

³⁸ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58850781>, acessado em 20/03/2022

³⁹ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58850782>, acessado em 20/03/2022

Entretanto, pode ser que não seja possível analisar e decidir a causa, seja por insuficiência da matéria fática ou contradição insanável na fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão (artigo 410, nº 2, “a” e “b”, do CPP)⁴⁰. Nesta hipótese, remete-se novamente a novo julgamento, ou na totalidade do objeto ou somente pelas questões identificadas (artigo 426º, nº 1, do CPP)⁴¹.

Ao percorrer os artigos, depara-se com a competência das Relações, as quais, salvo nos casos em que o recurso se interpõe diretamente ao Supremo Tribunal de Justiça, são competentes para decidir sobre recurso de decisão proferida pelo tribunal de 1ª instância (artigo 427º, do CPP)⁴², tanto de matéria fática quanto de direito (artigo 428º, do CPP)⁴³. Insta salientar que, sobre a hipótese da alínea “f” do nº 1 do artigo 400º, do CPP, as Relações conhecem em última instância, dado ênfase pela sua intimidade com o tema.

Ao Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 432º, do CPP⁴⁴, recorre-se, com matéria exclusivamente de direito (artigo 434º, do CPP): a) de decisões das relações proferidas em 1ª instância; b) de decisões que não sejam irrecorríveis proferidas pelas relações, em recurso, nos termos do artigo 400º; c) de acórdãos finais proferidos pelo tribunal do júri ou pelo tribunal colectivo que apliquem pena de prisão superior a 5 anos, visando exclusivamente o reexame de matéria de direito; d) de decisões interlocutórias que devam subir com os recursos referidos nas alíneas anteriores; e) noutros casos que a lei especialmente preveja (artigo 433º, do CPP).

Passaremos, então, a análise das espécies recursais.

2.3. DAS ESPÉCIES RECURSAIS

2.3.1. DOS RECURSOS ORDINÁRIOS

Como dito anteriormente, por muito tempo o Direito Processual Penal Português emprestava as regras processuais civis, as quais, evidentemente, não estavam nem perto de salvaguardar direitos, liberdades e garantias de cidadãos. A partir de janeiro de

⁴⁰ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58221178>, acessado em 20/03/2022

⁴¹ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58917129>, acessado em 20/03/2022

⁴² <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-50578475>, acessado em 20/03/2022

⁴³ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58850785>, acessado em 20/03/2022

⁴⁴ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-176315776>, acessado em 20/03/2022

1988, passou a dispor de um novo regime processual, próprio e específico, se aproximando, progressivamente, a um Estado de Direito Democrático.

A legislação atual exterioriza duas modalidades de recursos ordinários: o recurso perante as Relações (artigos 399º a 436º) e o recurso perante o STJ (artigos 432º a 436º)⁴⁵.

São de competência dos tribunais da relação ou do STJ, nos termos dos artigos 11º, nº 4, alínea “b”, 12º, nº 3, alínea “b”, 427º e 432º, do CPP. Todavia, é possível concluir que ao STJ se dirige causas de maior gravidade, quer quando intervém como segunda instância recursal, quer quando atua como primeira instância. Diante do disposto nas alíneas “d”, “e” e “f”, do artigo 400º, a conclusão mencionada advém da releitura do dispositivo, determinando que são irrecorríveis as decisões que impõe pena não privativa de liberdade, pena de prisão não superior a 5 anos e pena de prisão não superior a 8 anos, respectivamente. Já quando permeia como primeira instância, a inferência se dá pela consulta ao artigo 432º, nº 1, alínea “c”, o qual determina que se a pena de prisão aplicada pelo tribunal coletivo ou do júri não ultrapassar 5 anos, a competência não é do STJ, mesmo que a matéria se revele unicamente de direito⁴⁶.

Mesmo que mais adiante exaurir-se-á as bases principiológicas, será ao menos feita uma breve exposição aos que se têm como oportuno. O princípio norteador é aquele estampado no artigo 399º, segundo o qual é possível recorrer de todos os acórdãos, sentenças e despachos desde que a irrecorribilidade não esteja prevista na legislação⁴⁷.

A restrição se verifica pelo artigo 400º, do CPP, como também nas hipóteses do despacho discorrer sobre conflito de competência (artigo 36º, nº 2); da decisão sobre a oposição do Ministério Público à consulta do processo ou à obtenção de elementos (artigo 89º, nº 2); do despacho indeferindo a prática de atos instrutórios (Artigo 291º, nº 2); da decisão instrutória que determina a pronúncia do arguido nos termos da exordial acusatória, formulada conforme ao artigos 283º ou do artigo 285º, nº 4, mesmo se versar sobre nulidade ou demais questões prévias ou incidentais (artigo 310º, nº 1 e 2).

⁴⁵ CARVALHO, Paula Marques. *Manual Prática de Processo Penal – Atualizado de acordo com as alterações de 2019, nomeadamente, as relativas aos menores suspeitos ou arguidos, estatuto dos magistrados judiciais e novo estatuto do ministério público*. 12ª Ed. Almedina, 2019, p. 845

⁴⁶ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Civil*. Almedina, 2018. p. 210

⁴⁷http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=199&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=

Relativamente a isso, é de entendimento reiterado do Tribunal Constitucional que a Constituição da República Portuguesa não exige o duplo grau de jurisdição a todas as decisões articuladas em processo penal, ficando resguardado este direito nas hipóteses de decisões condenatórias e àquelas relativas à situação do arguido, em face da privação ou restrição de qualquer dos direitos fundamentais do indivíduo⁴⁸.

O Código também se preocupou em proteger os arguidos no momento da atividade recursal, e essa proteção resta estampada no artigo 409º, do CPP⁴⁹. Estatuíu, assim, a proscricção da “*reformatio in pejus*”, a intentar impossibilitar que, na ocasião do acusado recorrer em seu favor, ou mesmo se o Ministério Público assim o fizer, que fique o Tribunal impedido de agravar sua situação. Porém, esta proibição não se aplica à agravação da quantia fixada para os dias-multa nos casos em que houve melhora na condição financeira do arguido, por ser necessário que se resguarde o fim político-criminal desta pena. Salienta-se que, por razões sistemáticas, apesar de estar inserido dentro do capítulo dos recursos ordinários, tal garantia recai sobre todos os recursos em processo penal⁵⁰.

Entre os demais princípios, é também relevante o princípio do duplo grau de recurso, reintroduzido ao processo penal pela reforma de 1998, que impõe a possibilidade de se recorrer de uma decisão tomada em sede recursal, de forma que esta é a regra, mas que comporta exceções, a depender de disposições excludentes. Teria, a depender do caso, um triplo grau de jurisdição, mesmo que verse somente sobre questão de direito. Entretanto, o Tribunal Constitucional fixou o entendimento de que a Constituição da República Portuguesa não delinea sobre o duplo grau de recurso, culminando na limitação de sua aplicação.

O que se depreende da leitura da Exposição de Motivos da lei 109/X⁵¹ é que reservou ao STJ somente os casos de maior relevância penal, evitando a asfixia deste juízo,

⁴⁸ MOURÃO, Helena. Da delimitação subjetiva do direito ao recurso em matéria penal – Fundamento e legitimidade para recorrer. Editora Almedina, 2018, p. 12 e seguintes

⁴⁹ 1 – Interposto recurso de decisão final somente pelo arguido, pelo Ministério Público, no exclusivo interesse daquele, ou pelo arguido e pelo Ministério Público no exclusivo interesse do primeiro, o tribunal superior não pode modificar, sua espécie ou medida, as sanções constantes da decisão recorrida, em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes.

⁵⁰ ANTUNES, Maria João. Direito Processual Civil. Almedina, 2018. p. 212

⁵¹ <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c637939595447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c3249334e44449324e4459774c5751784f4759744e474d794d4331694e4755774c54646c59324932596a6b7a5954566a4e79356b62324d3d&fich=b7426460-d18f-4c20-b4e0-7ecb6b93a5c7.doc&Inline=true>, acessado em 20/03/2022

tradicionalmente tido como um tribunal de revista com competência reservada à matéria de direito.

Abre-se parênteses para demonstrar que sua função é restabelecer a soberania da lei através da correção dos erros de interpretação e aplicação do regime jurídico, seja pelo tribunal de primeiro grau, seja em face de algum equívoco cometido pelas Relações,⁵² contribuindo para a uniformização da jurisprudência, ponto de grande importância, vez que, por carecer a lei de permanente interpretação, a jurisprudência busca exigir sintonização das normas entre si, evitando contradições valorativas, que decorre da ideia de justiça⁵³.

2.3.1.1. DA DUPLA CONFORME

Familiar a este princípio, e abrindo aspas para delinear brevemente o que mais adiante será objeto de exaustão teórica, vê-se a oportunidade em debater sobre a dupla conforme. O critério da gravidade da pena abstrata correspondente ao crime (artigo 400º, nº 1, alíneas “d”, “e” e “f”, do CPP) foi substituído em 2017 pelo critério da gravidade da pena aplicada, ocasionando a expansão das hipóteses de decisões irrecorríveis. Em 2013, permanecendo ainda o critério da pena aplicada, a irrecorribilidade também abrangeu os casos de acórdãos proferidos em sede recursal pelas relações que apliquem pena de prisão não superior a 5 anos. Assim, conclui-se que inexistente a regra do duplo grau de recurso. No máximo é possível defender que na verdade, com exceção de alguns casos, existe o princípio de um único grau de recurso - às lágrimas dos direitos de defesa.

Portanto, conforme o artigo 400º, nº 1, não existe viabilidade em se recorrer:

- a) De despachos de mero expediente. Na hipótese de somente o juiz ordenar actos estipulados pela lei, o despacho é irrecorrível. Todavia, se violar algum preceito legal, esta irrecorribilidade se esvai⁵⁴.

⁵² REIS, José Alberto dos. Código de Processo Civil Anotado. Volume VI, Coimbra Editora, 2012, p. 02.

⁵³ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2ª Ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução do original alemão intitulado: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5ª Ed Revista, 1983, p. 277.

⁵⁴ ANTUNES, Maria João. Direito Processual Civil. Almedina, 2018. p. 214-224

- b) De decisões que ordenam actos dependentes da livre resolução do tribunal; Por versarem sobre decisões discricionárias do juiz, por lei estipuladas, são irrecorríveis⁵⁵.
- c) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que não conheçam, a final, do objeto do processo, por não versar sobre o mérito da causa⁵⁶. Entretanto, abrange as decisões que extinguem a punibilidade⁵⁷, pelo que os doutrinadores entendem que o legislador foi muito longe.
- d) De acórdãos absolutórios proferidos, em recurso, pelas relações, exceto no caso de decisão condenatória em 1ª instância em pena de prisão superior a 5 anos. Nestes casos, a irrecorribilidade alicerça-se na natureza absolutória do acórdão emitido em sede recursal, conjugando tanto o conteúdo da decisão, a gravidade do delito e a espécie de pena posta em 1ª instância⁵⁸. Contrariamente ao que se entendia antes, a inadmissibilidade do recurso ao STJ independe da dupla conforme absolutória^{59 60}.
- e) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos; nesse caso, a vedação à recorribilidade se dá pela espécie e pela magnitude da pena aplicada, inobstante a natureza da decisão de 1ª instância⁶¹. Assim, se aplicada pena não privativa de liberdade, não cabe recurso.
- f) De acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos; fundamenta-se a irrecorribilidade na anuência das duas decisões condenatórias e na gravidade da pena aplicada em concreto ao arguido em sede recursal pelo tribunal, ainda quando esta pena concretamente aplicada

⁵⁵ ANTUNES, Maria João. Direito Processual Civil. Almedina, 2018. p. 214-224

⁵⁶ ANTUNES, Maria João. Direito Processual Civil. Almedina, 2018. p. 214-224

⁵⁷ Ac. do STJ, de 29.04.03, CJ, Acs. do STJ, XI, 2

⁵⁸ ANTUNES, Maria João. Direito Processual Civil. Almedina, 2018. p. 214-224

⁵⁹ SILVA, Germando Marques da. Direito Processual – Do Procedimento (Marcha do Processo). Volume III. Universidade Católica Editora. 2018, p. 309

⁶⁰ Esta alínea quando interpretada no sentido da irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovadoramente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos, constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, foi declarada inconstitucional com força obrigatória geral em 2018 por este acórdão, por violação do artigo 32.º, n.º 1, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2 da Constituição (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 595/2018 – Acessado em 10/01/2021, Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/595-2018-117343902>)

⁶¹ ANTUNES, Maria João. Direito Processual Civil. Almedina, 2018. p. 214-224

“seja a correspondente à pena única do concurso”⁶². Essa confirmação alude à condenação em si, e não sobre os fundamentos que a basearam, com exceção se entre a decisão de 1ª instância e a decisão da Relação se revelar contraditórias no que tange à matéria fática⁶³, ou se a confirmação não for integral, diminuindo a pena do arguido para menos de 8 anos⁶⁴.

- g) Nos demais casos previstos na lei. É o que sucede com os artigos 42º, nº 1; 86º, nº 5; 100º, nº 3; 280º, nº 3; 281º, nº 5; 310º, nº 1; 313º, nº 4.

Dentre as hipóteses de irrecorribilidade, merece destaque o disposto na alínea “f”, chamado de dupla conforme. É incontestável o prejuízo no que concerne a estratégia de defesa, vez que, salvo raros casos em que se pune com pena de prisão superior a 8 anos, o arguido não sabe se a ele ficará resguardado o direito ao duplo grau de recurso. A consequência direta desta restrição é a obstrução ao direito de defesa decorrente propriamente desta incerteza, de forma que há quem defenda a necessidade de se basear no critério da gravidade abstrata da pena. Vem à tona o questionamento em relação às Relações, que podem, querendo e temendo a interposição de recursos perante o Supremo Tribunal de Justiça, aplicar uma pena que não ultrapasse esse patamar, somente com o fim de inviabilizar a atividade recursal à instância superior⁶⁵.

Nas hipóteses de sentenças absolutórias, com o propósito de restringir o referido princípio em relação aos acórdãos do tribunal colectivo para o Tribunal da Relação, a Lei 48/2007 solidificou o entendimento de que não é admitido recorrer de acórdãos absolutórios proferidos pelas Relações que ratifica o proferido na primeira esfera. De outro lado, admite recurso, nestes mesmos termos, nos casos em que tenha havido condenação em primeira instância por crimes em que tenha sido aplicada pena de multa ou tenha havido condenação com pena de prisão superior a cinco anos, bem como nos casos em que o Ministério Público se utiliza da faculdade do artigo 16º, nº 3, do CPP⁶⁶.

Em decorrência deste entendimento, o que se vê na prática é que, invariavelmente, são recorríveis ao STJ os acórdãos absolutórios proferidos pelas Relações em sede recursal

⁶² ANTUNES, Maria João. Direito Processual Civil. Almedina, 2018, p. 214-224

⁶³ Ac. do STJ de 27.01.2010, CJ (STJ), 2010, T.I

⁶⁴ Ac. do STJ, de 25.03.2009, CJ (STJ), t. III

⁶⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal português. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 18, 2008, p. 381

⁶⁶ 3 – Compete ainda ao tribunal singular julgar os processos por crimes previstos na alínea b) do nº 2 do artigo 14º, mesmo em caso de concurso de infracções, quando Ministério Público, na acusação, ou, em requerimento, quando seja superveniente o conhecimento do concurso, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos.

após condenação em primeira instância, ainda que por crime punido com pena de multa, com pena de prisão superior a cinco anos ou nos casos em que o Ministério Público tenha usado a faculdade do artigo 16º, nº 3⁶⁷.

Já no que se relaciona aos acórdãos condenatórios proferidos em recurso, com a introdução da Lei 59/98, de 25 de agosto de 1998, depois de diversas vezes o Tribunal Constitucional confirmar a constitucionalidade do sistema à vista da Constituição da República Portuguesa, os acórdãos penais condenatórios proferidos no âmbito recursal pelo Tribunal das Relações se submeteram a um circunspecto regimento da figura da dupla conforme.

Outrora, entendia pela irrecorribilidade dos acórdãos proferidos pelo TR nos crimes apenados com pena de multa ou pena de prisão não superior a cinco anos, independentemente de concurso de infracções, ou em casos em que o Ministério Público se utilizasse do exposto no artigo 16º, nº 3, mesmo na eventualidade de se fundamentar na nulidade do processo e nas hipóteses em que, apesar de absolvido em primeira instância, fosse condenado pelo TR em recurso.

Mesmo que reputado constitucional o regime acima mencionado, o legislador o alterou, resultando na possibilidade, em todas as situações, de se recorrer ao Supremo Tribunal de Justiça quando absolvido em primeira instância, mesmo que a pena culminada ao crime não supere os cinco anos ou nos casos no artigo 16º, nº 3. Ao proceder desta forma, trouxe à tona a falência da regra da irrecorribilidade dos acórdãos articulados pelo Tribunal das Relações que, nos recursos, confirmavam a sentença proferida em primeira instância.

Em seguida, o objeto de discussão jurisprudencial e doutrinária se direccionou sobre o fato da dupla conforme se limitar pela moldura penal prevista nos dispositivos, ou seja, no que toca à pena aplicável ao crime. O Tribunal Constitucional, diante das controvérsias sobre o tema e com o intuito de colocar um ponto final nessa discussão, determinou que só seriam recorríveis acórdãos do Tribunal das Relações sobre crimes apenados com pena de prisão superior a oito anos, mesmo no caso de concurso de

⁶⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – 4ª Ed – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 1044

infrações. Ou seja, deve considerar a pena única aplicada ao condenado, não sendo relevante se as penas de cada crime não superar o patamar de 8 anos⁶⁸.

No âmbito do concurso de crimes, a hipótese em que não seria admitido recurso à instância superior é quando a pena máxima aplicada ao cúmulo não extrapolasse estes oito anos de prisão⁶⁹, ou seja, esta anulada expressão a que se refere a alínea f), do nº 1 do artigo 400º, do CPP, deveria ser entendida no sentido de que se o arguido pratica várias infrações, ainda que, separadamente, uma delas não exceda a pena abstracta de 8 anos, se o cúmulo jurídico correspondente exceder também este degrau, somando-se a verificação da dupla conforme, admite-se recurso, coadunando-se ao disposto no artigo 77º, nº 2, do Código Penal⁷⁰. Diante do momento processual em que somente se conhecem as penas que em teoria seriam aplicáveis, e ao cimentar o quadro de competência material e funcional dos tribunais para o exercício de actos jurisdicionais, a lei só se alude à pena em abstracto. Todavia, na grande maioria dos casos, é necessário se atentar à situação em concreto, sem subtrair as garantias de defesa essenciais de reapreciação.

Objeto de supressão pela Lei nº 48/2007, o termo “mesmo em caso de concurso de infrações”, que estava estampada na alínea f), do artigo 400, nº 1, abria portas a eventuais interpretações diversas no que toca à relevância da pena concreta aplicada às infrações em separado, o que é flagrante violação à garantia constitucional a defesa e o ao direito ao recurso, seja em razão das penas concretas do concurso de crimes, seja pelas molduras penais abstractas dos delitos em concurso, ou seja pela moldura penal abstracta mais severa. Esta alteração legislativa trouxe um sentido mais restritivo, determinando uma maior continência ao recurso, referindo à pena aplicada e não mais ao anterior entendimento de pena aplicável.

Porém, salienta-se que o Tribunal Constitucional pacificou o entendimento de que, em relação à garantia constitucional do direito à defesa (artigo 32º, nº 1, da CRP), designadamente o direito ao duplo grau de jurisdição, obstar a admissibilidade de recursos a um tribunal superior não configura ofensa às garantias individuais, pois,

⁶⁸ SILVA, Germano Marques da. Direito Processual – Do Procedimento (Marcha do Processo). Volume III. Universidade Católica Editora. 2018, p. 311

⁶⁹ acórdãos do TC nº 435/2001 e 104/2005

⁷⁰ 2 – A pena aplicável tem como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes, não podendo ultrapassar 25 anos tratando-se de pena de prisão e 900 dias tratando-se de pena de multa; e como limite mínimo a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes.

segundo ele, é estranho a tal dispositivo a obrigatoriedade de um terceiro grau de jurisdição.

Neste prisma e diante do entendimento do Tribunal Constitucional, por efeito da entrada em vigor da Lei nº 48/2007, foi alterada a competência do Supremo Tribunal de Justiça, proporcionando o seu acesso somente aos casos de maior relevância penal, estabelecendo-se que o critério da “pena aplicável” seria a pena aplicada em concreto⁷¹.

Isto é, se ao crime não for aplicada pena superior a 8 anos de prisão, só é admissível recurso para o STJ se a sentença de primeira instância confirmada ultrapassar, decorrente de cúmulo, 8 anos de prisão, estando restrito, desta forma, à pena conjunta.

Vale frisar ainda, sobre este assunto, que a recepção da Lei 48/2007 e com o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência (18 de fevereiro de 2009), proferido no processo nº 1957/08, da 3ª Secção, sobejou sedimentado que, em matéria de recursos penais, nos casos em que se verifica a sucessão leis processuais penais, é aplicável a lei vigente à data da decisão proferida em 1ª instância, salvo se a lei posterior for mais favorável ao arguido⁷² – *lex temporis regit actum*.

Do exposto, conclui-se que, encerrada a fase processual do julgamento diante da prolação da sentença em sede de primeira instância, e iniciando a fase recursal e executória, são irrecorríveis os acórdãos proferidos pelas Relações, em recurso, nas hipóteses em que condene por pena não privativa de liberdade, bem como quando, após confirmação da decisão proferida pelo tribunal singular, a pena de prisão aplicada não transcenda os oito anos. Portanto, da norma se extraem dois pressupostos de irrecorribilidade, tais sejam: a) o acórdão da relação confirmar a decisão proferida em 1ª instância; b) a pena aplicada na relação não ser superior a 8 anos de prisão.

Nesta matéria, o Tribunal Constitucional dispõe de uma assente jurisprudência segundo a qual o legislador ordinário goza da máxima liberdade de conformação concreta do direito ao recurso, desde que resguarde o direito e prerrogativa do arguido aos graus de recurso que a lei processual lhe faculta nesse momento, limitado, entretanto, pois não

⁷¹ conforme exposição de motivos da Proposta de Lei nº 109/X, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334277624445774f5331594c6d527659773d3d&fich=ppl109-X.doc&Inline=true>, acessado em 29/07/2021

⁷²<https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/605367/details/normal?emissor=Supremo+Tribunal+de+Justiça&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>

abarcas todas e quaisquer decisões em processo penal, mas somente aquelas condenatórias ou aquelas relativas ao arguido, seja em face de sua privação ou restrição da liberdade ou de outros direitos fundamentais⁷³.

A dupla conforme existe, desta forma, como instituto limitador da atividade recursal, enquanto fundamento de irrecorribilidade. Depreende-se que houve acerto na decisão, significando uma identidade quanto à sua essência, sendo inconcebível a ter como identidade absoluta ou coincidência, limitando-se aquele direito nos casos de absolvição ou de condenação em pena de prisão de pequena ou média gravidade, sem que ofenda qualquer garantia do arguido.

Nesta óptica, verifica-se que a dupla conforme possui duas divisões. É perfeita quando a Relação mantém a pena e a tipificação criminal. Todavia ainda é verificada se rejeita ou reduz a pena, porém nestas hipóteses se enquadram na chamada confirmação *in melius* (dupla conforme parcial). Isto é, para os efeitos da alínea f) em questão, o acórdão confirma a sentença proferida em 1ª instância desde que mantenha a condenação do arguido, mesmo que altere a medida da pena – isto é, não significa que exige coincidência entre duas decisões, mas sim identidade essencial, desde que mantenha a condenação na mesma qualificação jurídica e baseado na mesma matéria de facto -.

Isto posto, e considerando que num estado moderno a privação da liberdade do indivíduo é a *ultima ratio* diante à prática de um ilícito penal, a questão da admissibilidade dos recursos devem ser fruto de exaustiva atenção. A tendência da sociedade, bem como as correntes de pensamentos filosóficos, é contestar o sentido, eficácia e os resultados da aplicação da pena de prisão. O patamar imposto pelo STJ de 8 anos de prisão é o ponto central desta discussão, pois, evidentemente, uma prisão de 8 anos é demasiadamente grave e intrusiva na vida de um cidadão.

Necessário, portanto, uma análise rigorosa a respeito da matéria de fato e de direito, com respeito à direitos e liberdades fundamentais de um cidadão. Limitar, então, o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça apenas aos casos em que, além da verificação da dupla conforme, se aplique pena maior que 8 anos, pode não ser suficientemente eficiente no que tange aos direitos do arguido, pois ficam impedidos de terem pronúncia do Mais Alto Tribunal Português, composto pelos mais experientes juízes e magistrados,

⁷³ ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal, 2ª Ed. Editora Almedina, 2019, p. 212.

pelo que deveriam ser eles os competentes a julgar sobre um dos mais preciosos direitos fundamentais do homem, ou seja, a liberdade.

Portanto, sobeja subtraída ao conhecimento do STJ, quando presente no caso uma situação de dupla conforme condenatória, toda a matéria decisória referente aos crimes praticados pelos arguidos com penas aplicadas não superiores a 8 anos, revestindo-se de uma questão prévia da admissibilidade dos recursos⁷⁴.

2.3.2. DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

O trânsito em julgado da decisão traz como consequência o oblívio de vícios processuais que porventura residia no desenrolar do processo. Contudo, pode ser que esses vícios sejam tão vultuosos que a lei, excepcionalmente, prevê uma forma de se impugnar a decisão, mesmo que transitada em julgado. São mediante a interposição dos recursos extraordinários que se refuta esta repulsa.

A Lei admite duas modalidades, tais sejam: o recurso para fixação da jurisprudência (artigos 437º e ss, do CPP) e o recurso de revisão (artigo 449º e ss, do CPP).

2.3.2.1. DO RECURSO PARA FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Possui como escopo central a uniformização da jurisprudência, a diminuir os contrastes de entendimentos proferidos pelos tribunais superiores, de vultuosa pertinência para a efetiva justiça.

Pela releitura do artigo 437º, do CPP⁷⁵, o objeto dessa modalidade recursal é um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça ou um acórdão proferido pelas Relações que não caibam recursos ordinários, concluindo a respeito do mérito da causa, como também serem decisões de cunho meramente processual. Deve, assim, ser uma decisão proferida em sede de última instância, com competência para julgar resguardada ao pleno das secções criminais⁷⁶. Os seus fundamentos são:

- a) existência de um conflito de jurisprudência, ou seja, quando existem dois acórdãos com soluções diferentes para casos semelhantes fundados na

⁷⁴<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c39c1c10d98ab15c802586400042ebb4?OpenDocument>, acessado em 30/06/2021, Acórdão 74/17.5JACBR.C1.S1

⁷⁵ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-58852287>, acessado em 20/03/2022

⁷⁶ SILVA, Germano Marques da. Direito Processual – Do Procedimento (Marcha do Processo). Volume III. Universidade Católica Editora. 2018, p. 362

mesma questão de direito e no domínio da mesma legislação, havendo um conflito entre o acórdão recorrido e o acórdão-fundamento. Este acórdão-fundamento deve ter sido proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça ou pelas Relações, bem como deve ser anterior e já transitado em julgado (artigo 437º, nº 4). Também deve influenciar o requisito temporal, pelo que não pode ter ocorrido modificações legislativas entre um acórdão e outro.

- b) afirmação de ilegalidade da decisão recorrida, isto é, deve haver um vício no acórdão objeto do recurso.

O prazo para a interposição é de 30 dias a partir do trânsito em julgado do acórdão proferido por último, dirigido ao Supremo Tribunal de Justiça, ou, caso for confrontando um acórdão das relações, deve ser perante a secretaria do tribunal que o proferiu. A partir da interposição, os demais sujeitos processuais possuem 10 dias para responder. Posteriormente, o recurso segue para a verificação de admissibilidade, e concluso ao relator para verificar a contradição de entendimento (artigo 440º). Realizado o exame preliminar, remete-se ao presidente e aos juízes-adjuntos, para depois ir à conferência. Se admissível, abre-se prazo de 15 dias para os interessados (artigo 442º) informarem a razão para fixar a jurisprudência no mesmo sentido do acórdão-fundamento, lembrando que deve, igualmente, respeitar a proibição da *reformatio in pejus*. A eficácia desta decisão engloba não somente o processo em curso, mas também os demais que tiveram a tramitação suspensa.

Salienta-se que esta decisão não traz a obrigatoriedade aos tribunais em segui-la, entretanto, caso não obedecer, devem apresentar as devidas fundamentações para entender de maneira diversa (artigo 445º, nº 3, do CPP).

A legitimidade tem respaldo no nº 5, do artigo 437º, sendo que podem ser interpostos, se tiverem interesse em agir, pelo arguido, pelo assistente, pelas partes civis, ou pelo Ministério Público, este último que, inclusive, possui obrigatoriedade em recorrer.

Quanto aos efeitos, segundo o artigo 438º, nº 3, não possui efeito suspensivo, o que autoriza o cumprimento da pena aplicada antes de ser julgado.

2.3.2.2. DO RECURSO DE REVISÃO

Como é comum aos Recursos Extraordinários, busca também sanar vícios de uma sentença que já transitou em julgado ou de despacho que colocou termo ao processo.

Busca atuar *pro societate* e *pro reo*. Traz-se à tona o princípio da justiça, que exige a imprescindibilidade em se renunciar a intangibilidade e a segurança trazida pelo trânsito em julgado da decisão se verificar ser possível trazer mais prejuízos do que se omitir em relação ao caso julgado anterior.

Seus fundamentos encontram-se dispostos no artigo 449º:

- a) uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão, independente da natureza da sentença, pois, aqui, o que importa é que esta tenha se baseado em provas falsas para decidir;
- b) uma sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo, sem a necessidade de haver nexos causal entre o crime cometido pelo julgador e o teor da decisão;
- c) os factos que serviram de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação, independentemente da natureza da sentença. A ambiguidade pode versar sobre a culpabilidade ou não do arguido, ou mesmo se a pena foi justa ou não.
- d) se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação. Ressalta-se a necessidade desses fatos serem novidades ao processo, e que, se versar somente na correção da medida concreta da sanção aplicada, é inadmissível o recurso (artigo 449, nº 1, “d”).
- e) se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos nº 1 a 3 do artigo 126º, desde que esta prova proibida tenha sido utilizada para basear a condenação.
- f) seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação.

- g) Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça, a fim de trazer efetividade para o poder judiciário português dos tratados internacionais.

Em relação aos requisitos temporais, pode ser a qualquer tempo, mesmo que tenha sido o procedimento extinto ou que a pena tenha sido cumprida ou extinta.

A legitimidade está estampada no artigo 450º, tal e qual, se o condenado tiver falecido, seu cônjuge, descendentes, ascendentes, adoptados, parentes ou qualquer um até quarto grau da linha colateral que tenha interesse.

A sua tramitação se dá da seguinte forma:

- a) Fase do juízo rescindente (artigo 451º): a partir da interposição do recurso, devidamente motivada, perante o tribunal que proferiu a decisão que necessita ser revista, o juiz verifica a sua admissibilidade, e abre prazo para os demais sujeitos processuais interessados (artigo 454º). Se admissível, remete-se ao STJ para analisar se é passível de revisão e, caso obtiver um resultado positivo, remete-o para um tribunal semelhante ao que proferiu a decisão.

Ressalta-se que, caso a revisão se funde em incerteza sobre a condenação e o condenado esteja cumprindo pena, o STJ deve decidir sobre o possível efeito suspensivo do recurso. No caso da revisão ser negada, não há a próxima fase.

- b) Fase do juízo rescisório: uma vez autorizada a revisão, segue para a presente fase. O processo se dirige à algum tribunal semelhante ao que proferiu a decisão, designando o dia para julgamento. A consequência do resultado positivo da revisão é o retorno do condenado à situação anterior, e deve se tornar pública (artigo 461, nº 2). Neste caso, na sentença se estipula as indenizações a serem pagas pelo Estado.

Aproximar-se-á, ante a exaustão do tema recursal do ordenamento português, à realidade jurídica brasileira.

3. DA TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO BRASIL

Da mesma forma que entende a legislação portuguesa, diante da posição de um terceiro no processo com poderes decisórios, nasce a necessidade de permitir o reexame das decisões por ele proferidas. Por conseguinte, os fundamentos recursais se respaldam na falibilidade humana e na inconformidade do prejudicado⁷⁷, a fim de melhorar os provimentos jurisdicionais com a nova apreciação do caso concreto⁷⁸. Se reveste de índole constitucional, por ser um desdobramento do devido processo e do direito de defesa.

No que tange à natureza jurídica dos recursos, é de se ter em mente que se distinguem das ações autônomas de impugnação – revisão criminal, *habeas corpus* e mandado de segurança -, vez que os recursos não são ações processuais penais e não instauram uma nova situação jurídica processual, diferentemente das ações autônomas, as quais formam um novo processo, com procedimento e relação jurídica processual próprios.

São, desta forma, uma continuidade da pretensão acusatória, se interposto pelo Ministério Público, ou instrumento de resistência defensiva, se interposto perante o interesse do réu, mediante a voluntariedade visando a reforma, a invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial⁷⁹.

3.1. DAS CLASSIFICAÇÕES DOS RECURSOS

Doutrinariamente, possuem duas grandes subdivisões. Diferentemente da divisão escolhida pelo legislador português, possui, num primeiro momento, os recursos ordinários, destinados a um novo reexame, total ou parcial, do caso penal decidido em primeira instância. Dirigem-se a um tribunal superior (*ad quem*), e alcança matérias de direito e matérias fáticas. Depois, prevê os recursos extraordinários, destinados aos tribunais superiores, que se limitam a analisar a aplicação da norma jurídica pelo órgão inferior, limitados a questões de direito, expressamente previstas em lei⁸⁰.

Podem se classificar, ainda, quanto à extensão da matéria a ser discutida, ou seja, em recursos totais, em que a parte se utiliza de sua faculdade para impugnar todo o campo

⁷⁷ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2019, 16ª Ed. Saraiva Jur

⁷⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 26

⁷⁹ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012, Elsevier Editora LTDA., p. 594

⁸⁰ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2019, 16ª Ed. Saraiva Jur

que legalmente é reexaminável, impugnando toda a decisão recorrida. Por outro lado, nos recursos parciais, a parte interessada se utiliza de parte de sua faculdade de reexame, ainda que a lei autorize ampla rediscussão de todas as questões que foram decididas, objetivando a reanálise apenas de uma parte da decisão. Um exemplo é quando alguém é condenado por um crime sem violência ou grave ameaça a pena inferior a 4 anos e o juiz de primeiro grau não substituiu por penas restritivas de direito e, ao apelar, discute somente a parte sobre a qual o juiz se omitiu sobre a substituição, sem discutir demais partes⁸¹.

No que se refere às restrições na fundamentação, podem ser de fundamentação livre, quando não há restrições da fundamentação recursal, possibilitando a discussão tanto de questões fáticas quanto de direito. Podem, por outro lado, ser de fundamentação vinculada, nos quais há um limite legislativo predeterminado sobre a matéria que pode ser impugnada, como por exemplo, nos recursos especiais e extraordinários⁸².

Quanto ao grau hierárquico, podem ser horizontais, no qual o reexame é realizado pelo mesmo órgão prolator da decisão, e verticais, em que a reanálise se dá por um órgão superior.

Se distinguem, também, como voluntários, os quais dependem da manifestação da parte interessada, e obrigatórios (de ofício), denominados de reexame necessário ou recursos de ofício, previstos no artigo 574, do CPP. Nestes recursos de ofício, enquanto não tiver sido realizado o reexame, a sentença não transita em julgado, se revestindo de uma real condição de eficácia da sentença⁸³.

Por fim, resta esclarecer que as categorias acima mencionadas podem combinar entre si, eis que não são excludentes uma das outras.

3.2. EFEITOS DOS RECURSOS

Se inserindo na análise dos efeitos dos recursos, além do efeito impeditivo da coisa julgada – por serem os recursos atividade impeditiva a impossibilitar que se faça coisa julgada formal e material -, aos recursos também são atribuídos os seguintes efeitos.

⁸¹ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2019, 16ª Ed. Saraiva Jur

⁸² JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2019, 16ª Ed. Saraiva Jur

⁸³ MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. 1954, p. 11

Existe o efeito devolutivo, onde no momento da interposição de um recurso, devolve total ou parcialmente o julgamento, dependendo se o recurso tenha como objeto a totalidade da decisão ou somente parte dela, sendo um efeito inerente a todas as modalidades recursais. Podem, desta forma, serem dirigidos ao próprio tribunal que proferiu a decisão (ex: embargos de declaração), ao tribunal *ad quem*, ou ao próprio juízo *a quo* (ex: recurso de apelação) e, se mantiver a decisão, encaminha-se ao tribunal superior (ex: recurso em sentido estrito; agravo em execução). Existem limites e regras relacionadas à extensão, podendo devolver o conhecimento de todas as questões discutidas no âmbito do processo, como pode ser limitado somente ao que fora alegado pela parte interessada. Salienta-se que, quando se está perante de um recurso extraordinário, a impugnação se restringe a questões de direito, sem que haja a devolução da matéria fática.

Já o efeito suspensivo se dá pois, quando da interposição de um recurso, a sentença proferida não pode surtir todos os seus efeitos antes que haja o trânsito em julgado. Assim, se condenado, como regra, aplica-se o efeito suspensivo. Porém, se constatado o *periculum libertatis* ou os demais requisitos do artigo 312, do CPP⁸⁴, é possível que seja decretado a prisão preventiva, devidamente fundamentada, afastando a regra da manutenção do réu em liberdade, de forma a autorizar a custódia cautelar do acusado. Caso se verifique a prolação de sentença absolutória, o efeito suspensivo se esvai, e o réu deve ser colocado imediatamente em liberdade⁸⁵.

3.3. REGRAS E PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE RECURSAL

Por obviedade, devem se consubstanciar em determinadas regras e princípios para se fidelizar ao processo penal legal. Este capítulo se dedicará a explicar as regras e princípios que o tribunal deve observar no momento do julgamento dos recursos.

Primeiramente, importa salientar que o fundamento jurídico do direito ao recurso é o princípio do duplo grau de jurisdição, o qual reserva o direito ao reexame das decisões proferidas por outro diverso que proferiu a decisão⁸⁶. Todavia, como se vê pela literalidade da lei, trata-se de um único reexame, de forma que o Superior Tribunal de Justiça (terceiro grau) e o Supremo Tribunal Federal (quarto grau), apesar de ser

⁸⁴ Art. 312 A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado

⁸⁵ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2019, 16ª Ed. Saraiva Jur

⁸⁶ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012, Elsevier Editora LTDA., p. 593

possível se recorrer a eles via recurso especial e recurso extraordinário, não pode ser considerado como manifestação do princípio do duplo grau de jurisdição.

Também denominado princípio da tipicidade, o princípio da taxatividade estabelece que as partes interessadas somente podem se utilizar de recursos expressamente previstos em lei, e dentro dos casos em que a lei os admite⁸⁷.

Previsto no artigo 579, do CPP⁸⁸, o princípio da fungibilidade determina que, salvo nas hipóteses de má-fé, único impedimento para a aplicação da fungibilidade recursal, a parte que interpôs recurso não será prejudicada caso interponha o recurso de maneira equivocada, restando ao juiz determinar o processamento do recurso equivocado pelo recurso cabível, desde que tempestivo. Salienta-se que este dispositivo é *pro* recurso, sendo inviável a sua leitura a *contrario sensu*⁸⁹.

Sobre a motivação, os recursos devem ser fundamentados, expondo as questões que querem ser reexaminadas, seja de fato e/ou de direito. Deve, portanto, a fim de enaltecer a dialeticidade dos recursos, o recorrente expor as razões pelas quais recorre, para que a parte contrária possa apresentar suas contrarrazões⁹⁰.

Da mesma forma que a legislação portuguesa, no diploma brasileiro também é proibido a *reformatio in pejus*, ou seja, conforme o artigo 617, do CPP⁹¹, veda-se a reforma da decisão para pior se o recurso for interposto no interesse do réu. Por outro lado, admite-se a *reformatio in mellius*, inclusive de ofício, quando ser necessário a reforma da decisão para melhorar a situação jurídica do réu.

Ao efeito devolutivo se vincula a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, com as devidas mitigações e relativizações atinente às particularidades do processo penal, designadamente a vedação a *reformatio in pejus* e do possível cenário da *reformatio in mellius*. Por esta regra, claramente limitadora da atividade recursal do acusador, define-se que se devolve ao tribunal o conhecimento do assunto debatido no recurso. Em vista disso, diante de um recurso proposto exclusivamente pelo Ministério Público, pode o tribunal condenar um réu que fora anteriormente absolvido, aumentar sua pena, como

⁸⁷ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012, Elsevier Editora LTDA., p. 593

⁸⁸ Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012, Elsevier Editora LTDA., p. 595

⁹⁰ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012, Elsevier Editora LTDA., p. 598

⁹¹ Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

também pode absolver ou mesmo diminuir a pena, mesmo que a defesa se demonstre inerte.

Há, igualmente, limitação da atividade recursal quando o assunto é despachos de mero expediente e decisões interlocutórias simples. Destaca-se as decisões simples pois, como no modelo brasileiro se distinguem as decisões interlocutórias em duas categorias, as mistas são recorríveis.

Primeiro, no que se refere aos despachos de mero expediente, cristalino é seu caráter ordenatório, sem cunho decisório, o que evidentemente não causam gravame, pelo que são irrecorríveis. Já nas decisões interlocutórias simples, apesar de restarem irrecorríveis, existe ali um mínimo poder decisório, e conseqüentemente um gravame à parte contrária. Entretanto, são irrecorríveis, salvo nos casos em que cabe recurso em sentido estrito (Artigo 581, do CPP).

Diante da irrecorribilidade de algumas decisões interlocutórias, não há o que se falar em preclusão, pelo que é possível alegar em sede de alegações finais ou como preliminar no recurso de apelação, diferente do que ocorre com as recorríveis via recurso em sentido estrito, em que há a preclusão da matéria caso o recurso não seja interposto no prazo legal. Insta salientar que, apesar de, em regra, serem irrecorríveis, todas decisões interlocutórias podem ser recorridas por meio dos embargos de declaração – recurso cabível quando se verifica obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão -, vez que às partes fica resguardado o direito de compreender a decisão judicial para analisar se todas as questões ventiladas foram objeto de análise pelo julgador.

Os recursos são indisponíveis quando a ação penal for pública, isto é, o Ministério Público, quando recorrer, não poderá desistir do recurso – com a exceção nos casos de ação processual penal de iniciativa privada -. O imputado, se assim desejar, pode desistir do recurso, desde que seja este ato consensual com seu defensor, devendo sempre prevalecer a postura do advogado, a fim de consagrar a ampla defesa, mesmo que o réu tenha desistido do recurso. Ressalta-se que os recursos não são obrigatórios, ficando a interposição ou não do recurso uma faculdade da parte⁹².

Por fim, resta evidenciar a extensão subjetiva dos efeitos dos recursos, nos termos do artigo 580, do CPP. Na hipótese de concurso de agentes, se a defesa de um dos réus

⁹² BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012, Elsevier Editora LTDA., p. 599

se manifestar favoravelmente à atividade recursal, este aproveitará aos demais, contanto que os motivos expostos nas razões do recurso não sejam de caráter exclusivamente pessoal⁹³. A razão é simples, manter a isonomia do respaldo jurídico para os indivíduos acusados que estão em igualdade jurídico-processual, a fim de evitar decisões conflitantes e tutela injustamente dessemelhante.

3.4. REQUISITOS RECURSAIS

Como já tivemos a oportunidade de exteriorizar anteriormente, os recursos não estabelecem uma nova relação jurídica, já que somente constitui um desdobramento ou mesmo uma fase processual de uma demanda já existente.

A doutrina brasileira segue a cognição de que, por se tratar de uma continuidade do exercício da pretensão acusatória ou de uma resistência da defesa, não há sequer o que se falar sobre condições da ação, por não ser um novo processo, senão só uma fase processual dentro de um mesmo procedimento.

Desta forma, as condições da ação podem integrar o mérito do recurso, podendo ser objeto de discussão – por exemplo, discutir se estavam presentes as condições da ação no momento da sua admissão -, mas não se exige novas condições da ação, ou seja, impossível é exigir novamente as condições da ação como pressuposto admissional da atividade recursal. Discutir, da mesma forma, interesse e possibilidade jurídica do pedido, como se pede em processo civil, é também impróprio. Porém, é possível trazer ao processo penal o interesse como interesse-necessidade, pelo qual o recurso deve ser o meio necessário para buscar e alcançar o resultado esperado.

Seguindo este trilha, a doutrina mundial determina não as condições ou pressupostos recursais, mas sim requisitos, como, por exemplo, a competência funcional do órgão que conhece o recurso, a legitimidade, o gravame, a recorribilidade da decisão e a tempestividade⁹⁴.

Neste óbice, existe a classificação dos requisitos recursais em:

⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, t. II, p. 207

⁹⁴ ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal, 3ª Ed. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 279

- a) Requisitos objetivos: cabimento, adequação, tempestividade e preparo (se a ação for de iniciativa privada);
- b) Requisitos subjetivos: legitimidade e existência de um gravame (interesse recursal).

Quanto aos requisitos objetivos, inicialmente se analisará o cabimento. Para ser cabível, pressupõe-se uma decisão passível de mudança ou revogação, isto é, não pode já ter sido formada coisa julgada, de forma que o estado de trânsito em julgado é um fator impeditivo da admissão do recurso – ao menos aos ordinários -.

É adequado quando interposto pela parte possuidora do interesse o recurso correto para atacar aquela decisão específica. Ressalta-se que, na esfera deste requisito, em casos excepcionais, se não constituir um erro grosseiro e se estiver preenchido o requisito temporal, admite-se um recurso inadequado como se adequado fosse, em função do princípio da fungibilidade. Deve, por outro lado, observar a forma e os formalismos anteriormente exigidos por lei (requisitos formais), sob pena de não conhecimento.

Para ser conhecido, deve atender à tempestividade, devendo ser interposto dentro do prazo legal estipulado por lei para cada modalidade de recurso. A contagem se inicia a partir da petição de interposição, de forma que a apresentação apenas das razões intempestivamente se revela como mera irregularidade processual, salvo nos casos em que se apresenta tanto a interposição quanto as razões no mesmo tempo.

A par destes requisitos objetivos, deve-se preencher também os requisitos subjetivos. Num primeiro momento, a legitimidade nada mais é do que um pressuposto do interesse em impugnar uma decisão⁹⁵. Assim, é legítimo quem ocupa ou o polo passivo ou o polo ativo do processo penal, sendo que, em uma ação pública incondicionada, a legitimidade é do Ministério Público, tanto para acusar como para recorrer. Já nos delitos de ação penal de iniciativa privada, a legitimidade ativa é da vítima ou de seu representante legal. Vale ressaltar que o assistente da acusação possui, igualmente, legitimidade para recorrer.

Para mais de legítimo, deve estar presente um gravame advindo da decisão impugnada, isto é, deve haver um prejuízo para a parte recorrente. Para tanto, deve a motivar legalmente mediante a demonstração dos motivos e fundamentos base para o recurso.

⁹⁵ MORAES, Maurício Zanoide. Interesse e Legitimação Para Recorrer no Processo Penal Brasileiro, p. 400

O interesse da parte está, assim, vinculado ao gravame (prejuízo jurídico), sendo um motivo impulsionador trazido ao titular do poder de impugnar.

Além disso, devem estar ausentes fatos impeditivos ou extintivos. Os fatos impeditivos se desdobram, atualmente, somente na renúncia ao recurso. Diante da voluntariedade da atividade recursal, as partes podem renunciar ao direito de recorrer, e sua verificação é anterior à interposição do recurso.

Por seu turno, os fatos extintivos ocorrem após a interposição do recurso, durante o seu processamento. Como fatos extintivos, há a desistência, decorrente da voluntariedade e da disponibilidade dos recursos, com exceção ao Ministério Público, o qual, apesar de não ser obrigado a recorrer, não pode desistir do recurso já interposto (artigo 576, do CPP)⁹⁶. O segundo fator extintivo é a deserção pela falta de pagamento das custas processuais (artigo 806, §2º, do CPP). Outra hipótese de deserção, porém exclusiva ao recurso de apelação, é a falta de pagamento de despesas de traslado, vez que, para subir ao Tribunal, deve ir mediante traslado.

Importa demonstrar que estas hipóteses de deserção dependem de uma intimação do interessado para efetuar o preparo, bem como, se tratando de réu pobre, a doutrina entende que não se pode mitigar o duplo grau de jurisdição e a ampla defesa em razão da situação econômica do réu⁹⁷.

3.5. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

No processo penal brasileiro verifica-se um duplo requisito de admissão dos recursos. Ultrapassada a fase de análise dos requisitos objetivos e subjetivos recursais, necessário é a análise do juízo de admissibilidade. Em um segundo momento, há um juízo de mérito. Assim, uma vez admitido, o procedimento se dirige ao juízo *ad quem*, para que possa analisar o seu mérito. Nesta fase, pode tanto dar provimento, quanto negar provimento.

É atividade natural do julgador que seja primeiro analisado questões prévias de admissibilidade do recurso (feito no juízo *a quo*), para que posteriormente julgue o seu mérito (pelo juízo *ad quem*). Todavia, o juízo de admissibilidade não vincula o tribunal superior, pelo que pode conhecer do recurso mesmo que o tribunal inferior não tenha

⁹⁶ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012, Elsevier Editora LTDA., p. 611

⁹⁷ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012, Elsevier Editora LTDA., p. 612

conhecido, o que não ocorre em sentido inverso, vez que o um recurso conhecido pelo juízo *ad quo* pode vir a ser não conhecido pelo juízo *ad quem*.

Neste contexto, deve o juízo *ad quo* recusar a subida do recurso quando, manifestamente, restar provado ser inadequado, intempestivo, deserto, requerido por parte ilegítima, ou estar ausente de interesse recursal.

A situação é diversa quando o assunto é recurso especial e extraordinário, pois, nestes casos, diante da política judiciária, que busca filtrar e dificultar o prosseguimento destes recursos para evitar a sobrecarga dos tribunais superiores, há a necessidade de prequestionar a matéria, como uma forma de juízo de admissibilidade.

Em síntese, o julgador pode, então, conhecer do recurso e assim dar provimento ou negar provimento, ou não conhecer, e nem sequer analisa o mérito. Nos casos em que não é conhecido, a decisão impugnada advinda do juízo *a quo* possui plena eficácia. Se conhecido, a nova decisão irá sobrestar sobre a decisão proferida em primeira instância.

3.6. DAS ESPÉCIES DE RECURSOS

Fatigado os principais pontos para introduzir o leitor à teoria geral dos recursos penais brasileiros, passa-se à análise dos tipos previstos pela legislação.

3.6.1. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

Trata-se de uma forma de impugnação ordinária ou extraordinária – podendo reapreciar tanto matéria de fato como de direito - destinada a atacar decisões taxativamente previstas no artigo 581, do CPP, ou, excepcionalmente, em leis especiais.

Através do Recurso em Sentido Estrito, impugna-se a decisão que não receber a denúncia ou a queixa (inciso I); que concluir pela incompetência do juízo (inciso II); que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição (inciso III); que pronunciar o réu (inciso IV); que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revoga-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante (inciso V); que julgar quebrada a fiança ou perdido seu valor (inciso VII); que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade (inciso VIII); que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade (inciso IX); que conceder ou negar a ordem de

habeas corpus (inciso X); que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena (inciso XI); que conceder, negar ou revogar livramento condicional (inciso XII); que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte (inciso XIII); que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir (inciso XIV); que denegar a apelação ou a julgar deserta (inciso XV); que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial (inciso XVI); que decidir sobre a unificação de penas (inciso XVII); que decidir o incidente de falsidade (inciso XVIII); que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado (inciso XIX); que impuser medida de segurança por transgressão de outra (inciso XX); que manter ou substituir a medida de segurança, nos casos do artigo 774 (inciso XXI); que revogar medida de segurança (inciso XXII); que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação (inciso XXIII); que converter a multa em detenção ou em prisão simples (inciso XXIV).

Para seu conhecimento, deve ser tempestivo, prevendo a lei cinco dias para a interposição e dois dias para a apresentação das razões, sempre contados a partir da intimação da decisão. As exceções são nos casos em que se impugna decisão que incluir ou excluir jurado na lista geral, onde o prazo é de 20 dias, bem como na hipótese de a impugnação ser feita pelo assistente da acusação não habilitado, no qual o prazo estipulado é de 15 dias para interposição e dois dias para as razões.

A legitimidade segue a regra geral dos recursos, ou seja, do artigo 577, do CPP⁹⁸, já discorrida no tópico anterior.

Quanto aos efeitos, primeiramente sobre o efeito devolutivo, caracteriza-se por ser misto, havendo um duplo efeito, vez que permite ao juiz *a quo* reexaminar a sua própria decisão e, caso venha a mantê-la, o recurso é remetido ao tribunal *ad quem*.

O efeito suspensivo é verificado nas hipóteses em que se decretar a perda da fiança; em que se denega a apelação; e em que se julga deserta a apelação.

⁹⁸ Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

3.6.2. RECURSO DE APELAÇÃO

Previsto no artigo 593, do CPP, o recurso de apelação é a mais costumeira modalidade recursal, que permite o reexame crítico de sentença proferida pelo juiz singular (*a quo*) por um juiz de grau superior (*ad quem*), sendo um meio ordinário por excelência⁹⁹.

Instaura o segundo grau, e permite uma nova fase de conhecimento do mérito do processo, vez que o legislador oportuniza a devolução das mesmas questões já anteriormente analisadas em sede de juízo singular, mas que, todavia, não podem ter como objeto novas demandas.

Para ser cabível, deve, por obviedade, inexistir uma coisa julgada formal e existir um gravame à parte interessada. Assim, ao interpor, seja por termo nos autos, seja por petição, no prazo legal geral de 5 dias, posteriormente abre-se prazo para a apresentação das razões (8 dias), sendo cabível contra sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular (inciso I); decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior, fato este que trouxe a característica residual à apelação (inciso II); as decisões do Tribunal do Júri (inciso III), quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia (“a”), for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados (“b”), houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança (“c”), for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (“d”).

Sempre terá efeito devolutivo, por ser necessário a devolução da matéria ao tribunal *ad quem*, mas nunca terá efeito suspensivo se a sentença for absolutória, nos termos do artigo 596, do CPP¹⁰⁰, hipótese em que o réu deve ser colocado imediatamente em liberdade. Noutra dimensão, se a sentença for condenatória, pode ou não ter efeito suspensivo, e poderá o réu apelar em liberdade.

3.6.3. EMBARGOS INFRINGENTES E EMBARGOS DE NULIDADE

Conexo diretamente ao Recurso em Sentido Estrito e ao Recurso de Apelação, prevê o artigo 609, parágrafo único, do CPP que, diante de uma decisão não unânime proferida em segunda instância, desfavorável ao réu, admite-se embargos infringentes e

⁹⁹ DALIA, Andrea Antonio; FERRAJOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milano, CEDAM, 1997, p. 685

¹⁰⁰ Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade.

embargos de nulidade, no prazo de 10 dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do artigo 613, do CPP. Ressalta-se que, apesar de serem dois recursos, ambos possuem o mesmo tratamento legal e sistemática de processamento, porém, com distintos conteúdos, razão pela qual serão abordados conjuntamente.

Possui como pressuposto a divergência entre os votos proferidos pelos juízes do tribunal, isto é, há um ou mais votos vencidos na decisão proferida no julgamento ou do RESE ou da RA.

No caso de embargos infringentes, a dissensão no voto vencido alude à uma questão de mérito. Por outro lado, os embargos de nulidade, o voto vencido tem por objeto da divergência questões exclusivamente processuais (condições da ação, nulidades processuais, etc).

As consequências do seu acolhimento são distintas. Como se pode extrair, caso haja o acolhimento dos embargos infringentes, procede-se à revisão da decisão, na totalidade ou somente parcialmente, enquanto nos casos de embargos de nulidade, a decisão que se ataca é anulada.

A competência para julgar é sempre de um órgão superior àquele que proferiu a decisão, mesmo que no bojo de um mesmo tribunal. Diante da direta ligação com os recursos em sentido estrito e com o recurso de apelação, e diante da competência de julgamento destes recursos pelas Câmaras Criminais (se for justiça estadual) ou pelas Turmas Criminais (se for justiça federal), são cabíveis, conforme o caso, para o órgão superior, ou seja, os Grupos Criminais (Tribunal de Justiça dos Estados) ou a Seção Criminal (Tribunal Regional Federal), respectivamente.

A sua interposição deve ser por petição, e é necessário que as razões (fundamentos) sejam apresentadas simultaneamente, dentro do mesmo prazo legal. Vale ressaltar que, quanto à legitimidade, estes embargos são exclusivos da defesa, e o gravame, nesta seara, se reveste pela existência de um voto divergente favorável à defesa, pois interessa ao réu fazer com que a decisão minoritária favorável, prevaleça sobre os votos contrários aos seus interesses.

O efeito é devolutivo, devolvendo ao órgão superior o julgamento da impugnação, sem que seja possível a análise pelo mesmo colegiado que proferiu o veredito. Possui,

também, o efeito suspensivo, por ser regra geral que o réu tenha o direito de recorrer em liberdade.

3.6.4. EMBARGOS DECLARATÓRIOS

É o recurso previsto pela Lei através do qual se impugna atos judiciais revestidos de obscuridade, ambiguidade, contradições ou omissões. Da mesma forma que é necessária uma acusação clara, coerente e lógica - sob pena de inépcia e rejeição liminar -, a decisão deve ser passível de ser compreendida na sua totalidade.

Desta maneira, prevê então o artigo 382¹⁰¹ o cabimento de embargos de declaração se a decisão for proferida por juiz singular. Se proferida em sede de acórdãos por tribunais, a previsão se encontra no artigo 619¹⁰², ambos do CPP. Além de corrigir decisões e, em verdade, muito mais do que isso, são um instrumento a serviço da eficácia da garantia da devida motivação das decisões judiciais.

Como é evidente, não servem para que devolva a decisão para um novo julgamento, mas serve apenas para que o julgador a aprimore, não sendo, da mesma forma, disponibilizado o contraditório, pois a outra parte não se manifesta, somente o juízo que decidiu. Todavia, se a modificação vier a ser radical, é aconselhado ao juiz que intime a parte contrária para que apresente as contrarrazões.

Devem ser opostos por escrito, com as razões inclusas, demonstrando qual o ponto que deve ser aclarado, no prazo de 2 dias, tanto para o juiz singular quanto para os tribunais, contados a partir da data da intimação do despacho ou decisão e o gravame se reveste pela própria manifestação jurisdicional ambígua, obscura, contraditória ou omissa.

O efeito é regressivo, por devolver ao próprio juízo que prolatou a decisão o poder de, novamente, a reexaminar e a aprimorar. Da mesma forma, se a decisão for recorrível, é claro, traz o efeito suspensivo, na medida em que interrompe o prazo para interposição de qualquer outro recurso.

¹⁰¹ Art. 382. 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.

¹⁰² Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

3.6.5. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

Após o normal desenrolar do processo, se restar devidamente provado a existência do delito e a autoria, com a conseqüente prolação da sentença penal condenatória, dá-se início à fase de execução penal. A partir do trânsito em julgado, constitui-se um título executivo.

De competência dos juízes e tribunais das instâncias ordinárias, inicia-se a fase dolorosa do processo penal. À vista disso, cabe ao juiz verificar a normalidade do procedimento, bem como resolver eventuais controvérsias sobre a execução da pena, seus limites e possibilidades, respeitando, evidentemente, os interesses jurídicos do réu que, nessa fase, aufere o status de condenado¹⁰³. Para garantir a efetividade da jurisdição, é imprescindível que seja possível impugnar os diversos incidentes que ocorrem neste momento, devendo ainda ser garantido o duplo grau de jurisdição também nesta fase.

O Agravo em Execução é, portanto, um meio de impugnar decisões prolatadas pelo juiz da Execução Penal que gere um gravame ou ao réu, ou ao Ministério Público, seguindo o mesmo rito do recurso em sentido estrito (artigos 581 a 592, do CPP), por se tratar de incidentes resolvidos através de decisões interlocutórias. Podem, por exemplo, impugnar decisões que nega ou concede progressão de regime, determina a regressão de regime, nega pedido de saída temporária, dentre outras.

Nos termos do artigo 578, do CPP, pode ser interposto por petição ou por termos nos próprios autos, com 5 dias de prazo para a interposição (artigo 586, do CPP), a contar da data de intimação da decisão, e 2 dias para as respectivas razões (artigo 588, do CPP), devidamente fundamentadas e coadunado com todas as peças que entende ser necessário, além daquelas obrigatórias dispostas no artigo 587, do CPP. Da mesma forma, necessita de um gravame para que haja interesse recursal.

Opera-se com efeito regressivo, pois retorna ao juiz que proferiu a decisão anterior para que reanalise, a mantendo ou reformando (artigo 589, do CPP). Quanto ao parágrafo único do artigo 589, nos casos em que o juiz da execução se retrate e reforme a decisão,

¹⁰³ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das Leis Penais. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumens Juris, 2001, p. 270

há a inversão do gravame, cabe à parte agora interessada recorrer, no prazo de 5 dias, por simples petição, ao tribunal *ad quem*.

Portanto, verifica-se o duplo efeito, regressivo num primeiro momento, vez que é possível a reanálise pelo juiz *a quo*, e devolutivo, pois, num segundo momento, se não houve retratação pelo juiz, o agravo é remetido ao tribunal *ad quem*. Por fim, não possui efeito suspensivo, mas que, na prática permite a interposição de *habeas corpus* para evitar ou sanar a grave coação ilegal que o apenado sofre ou pode sofrer futuramente. Isto pois, geralmente, os incidentes em sede da execução penal se revestem de questões diretamente congêneres ao estado de liberdade – ou a escassez dela -, do apenado, e conseqüentemente, versa sobre questões urgentes, incompatíveis com um recurso destituído de efeito suspensivo.

Entretanto, é habitual alguns tribunais não conhecerem do *habeas corpus* quando, na realidade, deveria ter sido interposto o agravo em execução. Sendo assim, é corriqueiro na prática forense que, na incerteza, o recorrente, que possui, é claro, interesse na decisão, ingresse tanto com o *habeas corpus* quanto o agravo em execução, pois se concedido o *habeas corpus*, o objeto do agravo fica prejudicado. Em contrapartida, se não conhecido o *writ*, ao menos o agravo já está tramitando.

3.6.6. CARTA TESTEMUNHÁVEL

A carta testemunhável possui origens na legislação portuguesa, quando seu objetivo era evitar que juízes se dissimulassem a fim de não receber os recursos ou mesmo ordenava ao escrivão que não lhe desse andamento. Diante disso, comparecia em cartório o recorrente, juntamente com duas testemunhas, manifestava o intuito em recorrer e, caso o escrivão admitisse a autenticidade do narrado, solucionava-se o problema. Caso contrário, o recorrente se dirigia ao tribunal com as duas testemunhas para relatar o ocorrido.

Contudo, apesar de ainda em vigor, na prática atual este recurso é pouco usado, senão nunca usado, vez que é completamente desconexo com a realidade do processo penal e da contemporânea administração da justiça.

Previsto nos artigos 639¹⁰⁴ a 646, do CPP, as hipóteses de cabimento são duas, sendo interpostos quando uma decisão denegar o recurso (inciso I) e diante da hipótese de, embora admitindo o recurso, obste à sua expedição e seguimento para o tribunal *ad quem* (inciso II).

Serve, portanto, basicamente, para requerer o envio do recurso ao tribunal *ad quem*, para que siga a sua tramitação normal. Diante da sua subsidiariedade, a carta testemunhável cabe contra estas decisões denegatórias em sede de recurso em sentido estrito e agravo em execução.

Havendo gravame (o prejuízo se reveste em razão do não prosseguimento do recurso) deve ser requerida ao escrivão por escrito, no prazo de 2 dias, contados da data da intimação da decisão que denegou o recurso ou que obsteu seu prosseguimento, devidamente indicadas as peças que entender pertinente.

O escrivão tem o prazo de 5 dias para entregar o instrumento ao recorrente, e segue o rito do recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 643, do CPP. Apresenta-se as razões dentro de 2 dias, e após intima-se o recorrido para apresentação das contrarrazões no mesmo prazo. Os autos vão para que o juiz se retrate e, se for o caso, receba o recurso e determine sua subida ao tribunal *ad quem*. Se manter a decisão, sobe somente o instrumento.

Se mantida a decisão, pode o tribunal superior, querendo, julgar diretamente o mérito do recurso que teve seu prosseguimento denegado.

Os efeitos são mistos, regressivo num primeiro momento e devolutivo em momento posterior, sem a previsão de efeito suspensivo¹⁰⁵.

3.6.7. RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Os recursos especial e extraordinário são instrumentos de impugnar de natureza extraordinária. Levam ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), respectivamente, o reexame não de todo o objeto processual, mas somente aqueles limitados às questões de direito, isto é, sobre os aspectos jurídicos da decisão ora impugnada, expressamente previstos na legislação, sendo vedado o

¹⁰⁴ Art. 639. Dar-se-á carta testemunhável: I – da decisão que denegar o recurso; II – da que, admitindo embora o recurso, obstar à sua expedição e seguimento o juízo *ad quem*.

¹⁰⁵ Art. 646. A carta testemunhável não terá efeito suspensivo.

reexame simples sobre questões de fato. Em razão disso, estes recursos possuem fundamentação vinculada, justamente pelo fato de que a matéria que pode ser discutida se limita por aquelas previstas na Constituição.

Porém, há doutrinadores que criticam essa tênue distinção entre questões de fato e de direito, vez que, para muitos, toda questão de fato é sempre uma questão de direito, pois o direito é parte integrante do próprio caso. Sustentar diferente, seria praticamente como ignorar que toda questão jurídica compreende, necessariamente, questão de fato e de direito – que se cruzam diretamente¹⁰⁶ -.

Apesar desta discussão, e por mais que seja praticamente unânime a ideia que limitar estes recursos às matérias de direito é puro exercício do decisionismo e da discricionariedade judicial, ainda vigora esta ideologia na legislação brasileira¹⁰⁷.

Retomando o curso, ambos são destinados a impugnar decisões proferidas em única (na hipótese de a competência originária ser dos tribunais) ou última instância, sendo necessário o esgotamento de todas as demais vias recursais ordinárias para que sejam cabíveis, portanto, *ultima ratio*.

O recurso especial é julgado (artigo 105, inciso III, da CF) pelo Superior Tribunal de Justiça após decisão em única (nos casos em que os tribunais possuem competência originária) ou última instância pelos tribunais de justiça dos Estados ou dos tribunais regionais federais, quando contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência (“a”), sendo um instrumento de tutela e controle da aplicação da legislação infraconstitucional (ao STF, resta a competência de tutelar a Constituição Federal); julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal (“b”); dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (“c”).

Já o recurso extraordinário é julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), após decisão em única ou última instância pelos tribunais de justiça dos estados (com competência originária) ou dos tribunais regionais federais, como também nos casos de julgamento de recurso especial pelo STJ (com competência originária), quando contrariar dispositivo da Constituição Federal (“a”), mais especificadamente princípios constitucionais aplicáveis ao direito processual penal e penal, devendo ser direta e

¹⁰⁶ NEVES, Antonio Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. In: Digesta. Vol. I: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 2011, págs. 498-511

¹⁰⁷ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2019, 16ª Ed. Saraiva Jur

frontal; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (“b”); julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal (“c”); julgar válida lei local contestada em face de lei federal (“d”).

Ambos recursos possuem como prazo de interposição 15 dias com as devidas razões e, após, abre-se o prazo de 15 dias para a apresentação das contrarrazões (artigo 1.030, do CPC). Em relação ao interesse recursal, deve haver um gravame, decorrente da própria violação da lei federal (recurso especial) ou da Constituição (recurso extraordinário).

Possuem um requisito recursal específico, sem o qual eles sequer são conhecidos. Trata-se da ventilação prévia de questões jurídicas já arguidas pelas partes e já decididas pelo tribunal *a quo*, suscitando a problemática. Ao se dirigir ao tribunal, este, em sede de acórdão, realiza o prequestionamento.

No âmbito do recurso extraordinário, necessário é também a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (artigo 102, §3º, da CF). Como finalidade, esta exigência da repercussão geral busca firmar o papel do STF como Corte Constitucional, e não como instância recursal, levando ao STF somente questões relevantes para a ordem constitucional, em que a solução destas sejam exteriores ao interesse subjetivo das partes, e dar ao STF a imprescindibilidade em se decidir sobre cada questão constitucional somente uma única vez.

Esta repercussão geral (artigo 1.035, do CPC) é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e, portanto, um eficiente instrumento para filtrar e não sobrecarregar o STF. Uma vez reconhecida, suspende-se todos os processos pendentes de julgamento que possuem o mesmo objeto. Caso for negada, o recurso não é admitido e indefere-se liminarmente todos os recursos com matéria idêntica.

Os dois recursos em análise possuem efeito devolutivo, eis que devolvem o conhecimento da matéria para um tribunal superior que proferiu a decisão. Não possuem, contudo, efeito suspensivo, fato este que possui demasiada intimidade com o tema em estudo, haja vista que, durante muito tempo, diante de uma equivocada abordagem sobre a matéria na esfera penal, permitiu a flagrante inconstitucional execução antecipada da pena, às lágrimas da Constituição Federal.

3.6.8. DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso especial e o recurso extraordinário são admitidos mediante o preenchimento de determinados requisitos e são duplamente valorados, primeiramente no juízo de pré-admissibilidade feito no tribunal *a quo* e, caso seja admitido, novamente passa por um crivo no Tribunal respectivo (STJ ou STF), como já delineado anteriormente.

É sobre este juízo de admissibilidade feito pelo tribunal de origem, na ocasião de prolação de uma decisão denegatória da subida do recurso, que é cabível o agravo em recurso especial ou agravo em recurso extraordinário, conforme a espécie de recurso.

Previsto no artigo 1.042, do CPC¹⁰⁸, destina-se a permitir a subida do recurso quando denegada em sede de juízo de pré-admissibilidade, no prazo de 15 dias para a interposição e, sucessivamente, 15 dias para as contrarrazões, como se pode absorver da leitura do artigo 1.003, §5º, do CPC. Porém, há divergência no entendimento, vez que, por muitas vezes, estes agravos foram tidos como intempestivos diante da súmula 699, do STF¹⁰⁹, a qual determinava o prazo de 5 dias para a interposição. Esta cisão traz grande preocupação, pois, apesar do CPC determinar um certo prazo, os Tribunais Superiores estavam considerando o disposto no entendimento sumulado, trazendo grande insegurança na prática jurídica.

Sobre os efeitos, possui efeito misto, vez que há a possibilidade de retratação (efeito devolutivo), ou seja, do órgão prolator da decisão reconsiderá-la. Por outro lado, não obstante inexistir efeito suspensivo, se assim quiser, pode a parte interessada requerê-lo, nos termos do artigo 1.029, §5º, do CPC.

¹⁰⁸ Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.

¹⁰⁹ Súmula 699 – O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei 8038/1990, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da lei 8950/1994 ao Código de Processo Civil.

4. DO TRÂNSITO EM JULGADO

No decorrer do estudo e após exaurir a matéria relacionada à teoria geral dos recursos, nos deparamos com a necessidade em delinear sobre a coisa julgada.

Como seguimos o entendimento de que é imprescindível a espera do trânsito em julgado para o início do cumprimento de pena, importante trazer considerações acerca do assunto para o melhor desenvolvimento do tema, tanto no ordenamento brasileiro como no ordenamento português.

4.1. O CASO JULGADO

No momento em que se verifica a intocabilidade de uma decisão¹¹⁰, quando se coloca termo ao processo, isto é, quando não for possível indagar por mais nenhuma via de impugnação, esgotando-se os meios efetivamente admitidos, seja por meio de sentença ou acórdão, é que existe a extinção da instância e o sequente trânsito em julgado.

O caso julgado pode ser discernido entre caso julgado material e o caso julgado formal. A divergência versa sobre a relação jurídica. Caso for de cunho unicamente processual, há o caso julgado formal, que possui força obrigatória no próprio processo que é proferida (artigo 620º, CPP), e caso recair sobre o mérito da causa, verifica-se o caso julgado material, o qual produz força obrigatória dentro e fora do processo (artigo 619º, CPP)¹¹¹. Pode produzir efeitos tanto dentro do processo, como fora, ou ambos.

A escutar o clássico discernimento, vê-se que, em um primeiro momento, a coisa julgada formal se reveste pela própria decisão irrecorrível ou preclusa, e posteriormente advém a imutabilidade da decisão, produzindo seus efeitos externos (coisa julgada material)¹¹². A diferença alude ao julgamento em si, de sorte que, se não analisar e julgar o mérito, a decisão faz coisa julgada formal. Por outro lado, se o caso penal for julgado de maneira efetiva, existe coisa julgada formal e, após, produz a coisa julgada material.

Visa a proteção das decisões jurisdicionais e sua vinculação como base para demais manifestações do poder judiciário. Sua ausência é temerária, haja vista a abertura para

¹¹⁰ ANDRADE, Manuel Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1979

¹¹¹ FREITAS, José Lebre de. *Código de Processo Civil – Anotado – 2º Volume, 2ª Ed.* António Montalvão Machado e Rui Pinto. Coimbra Editora, p. 713

¹¹² JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. Saraiva JUR. 16ª Ed. 2019

decisões repetidamente diferentes¹¹³, trazendo a obrigação de acatá-la, por todos, em conformidade¹¹⁴, a impedir que o mesmo tribunal ou outro defina diferentemente o direito concreto aplicável à “relação material litigada”¹¹⁵.

Neste prisma, conclui-se que o objetivo do procedimento judicial é não só realizar a justiça, mas também trazer segurança jurídica.

4.1.2. CASO JULGADO MATERIAL

Com o caso julgado, por se revestir de um instrumento técnico que traz a conclusão definitiva de uma perseguição penal do criminoso - perseguição esta que não se pode perdurar eternamente -, é que se efetivamente se concretiza a justiça, a livrar o indivíduo do arbítrio incondicionado dos órgãos do poder punitivo do Estado. Traduz-se, portanto, por uma decisão imutável e irrevogável, que, por conseguinte, acarreta a imutabilidade do mandamento afluído da sentença¹¹⁶.

Giovanni Leone, em sua obra, diz que significa:

“cosa sobre la cual ha recaído la decisión del juez, expresa, por tanto, una entidad pasada, fija, firme en el tiempo, a la cual corresponde en clave de actualidad la cosa que debe ser juzgada (por eso, algunos contraponen a la cosa juzgada, la cosa que debe ser juzgada)”¹¹⁷.

A coisa julgada, entretanto, possui limites internos, tanto positivos como negativos.

Os efeitos positivos se verificam ao passo que a decisão ricocheteia relevância nos demais processos que precisam considerar o que já fora julgado em momento anterior, pois o que foi objeto de julgamento neste processo deve, ou ao menos deveria, ser indiscutível e certo em seu íntimo, tal como produzindo efeitos extensivos para fora dele.

Entretanto, o Código de Processo Penal português é omissivo quanto aos efeitos do caso julgado. Tiveram os doutrinadores, então, a procurar determinar o seu alcance e os seus efeitos dentro e fora do processo, restando prevalecente o entendimento de que a

¹¹³ SILVA, Germano Marques da. Direito Processual Penal Português – Do Procedimento (Marcha do Processo). Vol. 3. Universidade Católica Editora. 2018, p. 36

¹¹⁴ MALAFAIA, Joaquim. Os Efeitos das Decisões Judiciais No Processo Penal. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário. 1ª Ed. Editora GestLegal. 2017, p. 21

¹¹⁵ VARELA, Antunes. Manual de Processo Civil. 2ª Ed. Coimbra Editora, p. 703

¹¹⁶ LEONE, GIOVANNI. Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. V. 3, p. 321

¹¹⁷ LEONE, GIOVANNI. Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. V. 3, p. 320

sentença transitada em julgado deve ser assim entendida na sua integralidade, isto é, não podem ser considerados como provados os fatos isoladamente pela eficácia da coisa julgada¹¹⁸.

Já os efeitos negativos se verificam na medida em que traz o impedimento de novo julgamento acerca de um mesmo objeto, com previsão tanto em tratados internacionais como na Constituição da República Portuguesa em seu artigo 29º, nº 5, através do princípio *non bis in idem*, demasiadamente pertinente quando se fala de direitos e garantias fundamentais. No Brasil, esta garantia está prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal¹¹⁹. É, assim, inadmissível que seja julgado novamente pelas mesmas factuais jurídicas e pelos mesmos elementos essenciais do tipo legal pelos quais o arguido já foi submetido a julgamento.

Possível concluir, assim, que a coisa julgada abrange uma dupla dimensão, ou seja, constitucional (como garantia individual) e processual (preclusão e imutabilidade da decisão¹²⁰).

Importa, por fim, ainda evidenciar que se houver mitigação dos efeitos da coisa julgada, esta deve ser feita em favor da defesa. Diante disso, entende-se que, nas hipóteses de sentença penal absolutória, temos uma coisa “soberanamente” julgada, enquanto em relação às sentenças condenatórias, elas podem, a qualquer momento, ser revista pelo tribunal competente¹²¹.

4.2. DO TRÂNSITO EM JULGADO

À face do que foi evidenciado no tópico anterior, uma vez obtida a resposta imutável e irretratável do judiciário face ao procedimento penal, há a coisa julgada.

Esta coisa julgada pode ser vista como um instituto admitido pelo legislador no momento em que não se pode mais modificar ou revogar o ostentado na parte dispositiva da sentença, atingindo o marco temporal do trânsito em julgado.

O trânsito em julgado é, desta forma, uma expressão que indica a cessação da possibilidade de qualquer recurso defronte àquela decisão judicial, seja por ausência de

¹¹⁸ SILVA, Germano Marques da. Direito Processual Penal Português – Do Procedimento (Marcha do Processo). Vol. 3. Universidade Católica Editora. 2018, p. 39

¹¹⁹ Art. 5º. XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada

¹²⁰ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. Saraiva JUR. 16ª Ed. 2019

¹²¹ DECLERC, Elmir. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2008, p. 488

requisitos temporais, seja porque a lei não estipulou à hipótese jurídica a interposição de pedido de reexame da matéria, oportunidade em que se há o esgotamento das vias recursais. É entendido pela passagem da sentença do caráter mutável para a condição de imutável, iniciando uma nova situação jurídica, substanciada na coisa julgada¹²².

Assim, dá origem à coisa julgada formal, que, como visto anteriormente, é a impossibilidade de modificar a decisão no mesmo processo e, caso esta modificação ficar impedida também nos demais processos – em razão da matéria ter passado pelo crivo de todos os caminhos que permitem ao poder judiciário decidir a questão de maneira permanente -, faz-se a coisa julgada material.

Somente por meio do regular processo e mediante a interligação e a complementaridade de todos os princípios no exercício da persecução penal, ínsitos ao Estado Democrático de Direito, é que se pode obter uma decisão condenatória efetiva e afastar a presunção constitucional de inocência. Dá-se, desta forma, ao auferir o provimento jurisdicional definitivo, o trânsito em julgado.

¹²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145

5. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO DA PENA PROFERIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Finaliza-se, deste modo, o estudo sobre os temas que abraçam a execução antecipada da pena no Brasil e a execução da pena em Portugal após decisão proferida em segunda instância nos casos da dupla conforme. Partiremos, então, para o estudo dos princípios que podem interessar para a compreensão da compatibilidade dessas execuções com o sistema processual quer brasileiro, quer português.

5.1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O presente capítulo pretende analisar um dos princípios mais relevantes quando o assunto é direito processual penal, possuindo convivência apegada ao tema da pesquisa, se revestindo de um importante vetor na legitimidade da execução provisória da pena: o princípio da presunção de inocência.

Evidentemente, a tutela dos direitos e garantias fundamentais se revela elementar no plano de um Estado democrático de direito. A compreensão de seu alcance e sentido tem associação com o contexto histórico em que são interpretados. Por outro lado, é inviável que sejam interpretados na sua literalidade por si só, sob pena de reduzir a efetividade do sistema processual e obstar a concretização de outros princípios igualmente relevantes à ordem constitucional, como será visto mais adiante. Busca-se demonstrar as consequências deste princípio quando analisado para legitimar a execução provisória da pena, lembrando que foi um importante vetor autorizador desta anomalia jurídica.

A origem da presunção de inocência é remota e seus primeiros traços foram dispostos no direito romano (escritos de Trajano) com a máxima *in dubio pro reo*, fortemente influenciado pelo cristianismo e construído nos tempos em que regia o modelo inquisitorial¹²³.

Na antiguidade, o direito penal foi utilizado, por diversas vezes, como forma de perseguição, por ter o poder concentrado e monopolizado em somente uma figura. Tratava-se, literalmente, de uma presunção de culpabilidade, desdenhando as garantias inerentes a um procedimento justo, onde se dispensava, inclusive, a justa causa para a

¹²³ VILELA, Alexandra. Consideração acerca da presunção de inocência em direito processual penal. Coimbra. Coimbra Editora. 2000, p. 31

ação. Durante a Baixa Idade Média, os ordenamentos eram omissos em relação a esta prerrogativa e, mesmo diante de uma situação de insuficiência probatória, havia a possibilidade de condenação do acusado, sem contar com os demais prejuízos à defesa do arguido. Portanto, era necessária essa luta “contra a onipresença do poder do estado e o descaso deste com os reais interesses e necessidades da população”¹²⁴.

É claro que tais características eram incompatíveis com os direitos e garantias fundamentais. O descrédito deste sistema inquisitivo se deu justamente pelo fato de ser demasiadamente difícil atrelar a uma mesma pessoa funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar¹²⁵. Restava esta concentração de poderes comprometedor, quando se fala em imparcialidade do julgador¹²⁶.

Era, nitidamente, irrefutável a metamorfose de sua interpretação.

Com o princípio da presunção da inocência se reestabelece um Estado democrático de direito, essência de um ordenamento jurídico penal, instituto primordial para o exercício da jurisdição e evidente traço de um sistema processual garantista. Tal princípio ganhou força somente após a reforma do sistema repressivo empreendido anteriormente pela revolução liberal, como uma forma de reação vanguardista a um passado de insolências.

Nasceu em meio ao pacote de ideais iluministas, até que chegasse ao entendimento que nos dias atuais prevalece. Em 1764, conforme ensina Renato Brasileiro de Lima¹²⁷, “Cesare Beccaria, em sua célebre obra *Dos Delitos e das Penas*, já advertia que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”¹²⁸. E foi a partir daí que surgiram os primeiros ríscos contrários ao processo inquisitorial e os meios de repreensão mediavélicos¹²⁹.

A partir da Revolução Francesa do século XVIII, o que antes era controverso e pouco fundamentado – limitava-se ao *in dubio pro reo* -, se aperfeiçoou e se tornou expreso,

¹²⁴ STEIN, Ana Carolina Filippou. Presunção de inocência e processo penal um casamento em crise (?). Considerações sobre como a inobservância da garantia pode ter consequências para além dos autos do processo. In: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, 2015, Florianópolis. ISBN: 978-85-5505-127-2, p. 50

¹²⁵ JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 16ª Ed. Saraiva Jur. São Paulo, 2019.

¹²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 4ª Ed. JusPodivm, 2016.

¹²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 4ª Ed. JusPodivm, 2016

¹²⁸ Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999

¹²⁹ VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra Editora, 2011, p. 30

juntamente com os demais direitos elementares do cidadão, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1798), por meio do artigo 9º, o qual leciona que “todo acusado deve ser presumido inocente, até que seja declarado culpado”¹³⁰.

Iniciava-se, deste modo, a edificação de um direito cívico dispendo aos indivíduos a tutela jurídica fundamental inerentes à condição de cidadão, incumbindo ao Estado o seu abrigo, em direção drasticamente oposta à Escola Clássica – que perdeu sua força quando se verificou o descrédito em relação à ineficácia de seu sistema penal para diminuir a criminalidade - e caminhando em direção à filosofia positivista, divergindo dos princípios medievais até então inabaláveis, como veremos no decorrer deste tópico.

Foi, portanto, uma relutância liberal contra um primitivo passado de imoderações, considerada uma importante conquista diante do poder de punição estatal.

Como esperado, incontáveis foram os prejuízos oriundos da abstenção da presunção de inocência, razão pela qual foi reestabelecida nos mais variados diplomas internacionais no período da pós-segunda guerra mundial, trazendo sua observância a nível mundial e a conseqüente incorporação nas Constituições, a ganhar status constitucional.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, reiterou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948):

Artigo 11

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa¹³¹.

O que antes era levado ao Réu o ônus de provar sua inocência, e assim, era possuidor de uma real presunção de culpabilidade, ou seja, “na inquisição, a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculabilidade e semicondenação a uma pena leve”¹³², e também desamparado de quaisquer garantias perante o poder prepotente do Estado, posteriormente se atrelou

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal – Prólogo de Norberto Bobbio. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2ª Ed. Madrid, Trotta, 1997.

¹³¹ <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

¹³² JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 16ª Ed. Saraiva Jur. São Paulo. 2019.

alguns elementos processuais, invertendo o status do réu a motivar trazer este dever à acusação, ultrapassando o modelo incisivamente inquisitório do processo criminal que regia outrora.

A sua aplicabilidade e eficácia deve ser imediata. Iniciando uma nova era no que tange à matéria de direitos, fruto da evolução histórica da humanidade, busca demonstrar que o ora acusado pode não ser necessariamente o detentor da culpa pelo fato que lhe é imputado, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal¹³³, protegendo contra uma provável sanção antecipada. Para a sociedade, e reverenciando os direitos humanos, preferir-se-á a absolvição de um culpado, do que a condenação de um inocente, determinação esta que foi acolhida em diversos diplomas internacionais, tais como: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, Colômbia, 1948); Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, França, 1948 – Assembleia Geral das Nações Unidas); Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Roma, Itália, 1950); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966 – Assembleia Geral das Nações Unidas); Pacto de San José da Costa Rica (San José, Costa Rica, 1969).

Afastou-se, portanto, no óbice probatório, a necessidade de o acusado provar sua inocência perante à sociedade, fragmento de um modelo inquisitório, e trouxe à acusação o ônus de comprovar a culpabilidade do fato, a qual, caso não restar robusta e absoluta, resulta na absolvição do réu.

5.1.2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL

Paralelamente e pela primeira vez positivado na América, na Colômbia, a presunção de inocência foi enfatizada, quando da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), no artigo XXVI, dispondo que “parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se lhe a culpabilidade”¹³⁴.

Na sequência, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – 1969), também insculpiu o referido princípio em seu artigo 8º:

2. 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:

¹³³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹³⁴ https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior¹³⁵.

Não obstante, mesmo que tenha votado na Assembléia Geral da ONU e, assim, ratificado tacitamente a declaração, o Brasil somente se espelhou nas declarações internacionais de direitos humanos e trouxe à tona esta garantia processual quando a Constituição Federal Brasileira de 1988 assegurou expressamente (antes, o princípio da presunção de inocência existia somente de forma implícita), dentre seu rol de direitos e garantias, em seu artigo 5º, LVII, que:

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

[...]

LV-I - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹³⁶;

A despeito da sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro – apesar de não precisar estar positivado expressamente, já que é um pressuposto da condição

¹³⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

¹³⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

humana¹³⁷ -, observa-se que a Lei nº 12.403 alterou, em 2011, a redação do artigo 283, do Código de Processo Penal, e complementou o seu conteúdo constitucional:

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 preventiva¹³⁸.

Conjuntamente com as demais prerrogativas constitucionais e fruto de uma reação de um sistema processual repressivo pré-revolucionário, assegura ao acusado, autor de uma infração penal, um julgamento justo, tutelando a liberdade pessoal, a dignidade da pessoa humana e limitando o poder estatal, nos termos do espírito de um Estado democrático de direito, caindo por terra os regimes totalitários anteriores que por séculos abominavelmente desolou a população mediante tiranias arbitrárias, se amoldando aos modelos contemporâneos.

Aury Lopes Júnior, em sua obra¹³⁹, cita Vegas Torres que, por sua vez, ensina que a presunção de inocência possui 3 pilares: o primeiro pilar se baseia no liberalismo, proporcionando garantias ao arguido contra a atuação arbitral do Estado; o segundo se dá pelo tratamento diferente ao réu no curso processual, ao colocar limites nas medidas que suprimam seus direitos; por último, é o princípio que determina a imprescindibilidade de ser o juiz da causa o mesmo que aquele que irá prolatar a sentença.

Vale, por fim, discutir sobre o alcance da presunção de inocência aos olhos do legislador brasileiro, diante da intimidade com o tema. Realmente não faz parte dos elementos essenciais a questão do trânsito em julgado. Em diversos tratados internacionais fica limitado a “enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (CADH, art. 8.2), ou “enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (CEDH, art. 6.2), ou mesmo “até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (PIDCP, art. 14.2).

Do ponto de vista hermenêutico, é possível considerar que a culpa estará legalmente estabelecida após a prolação de decisão que julgue o mérito da causa, seja por sentença, por acórdão, ou por qualquer outro marco anterior ao trânsito em julgado. Diferentemente das diversas legislações modernas que também não determinaram o

¹³⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: Escritos de Direito e Processo em homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 51

¹³⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

¹³⁹ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 14ª Ed. Editora Saraiva Jur. São Paulo, 2017, p. 92.

trânsito em julgado como momento final da presunção de inocência (Constituição Espanhola 1978 – art. 24.2; Constituição Francesa 1958), o Brasil preferiu seguir, por exemplo, a legislação italiana, buscando dar máxima efetividade ao compromisso em preservar a dignidade da pessoa humana. Assim, o marco final da presunção de inocência é quando se tem o trânsito em julgado da sentença penal, ou seja, quando esta decisão se torna imutável, surgindo a coisa julgada material.

Logo, o STF, como guardião da CF – e não como seu dono, vale lembrar -, deve a enaltecer, vez que é preciso compreender que os conceitos no processo penal possuem fontes e séculos de história, estudo e discussão, não podendo ser distorcidos de forma autoritária e a golpes de decisão.

Atesta-se, portanto, diante do seu status de norma constitucional e por ser princípio fundamental da civilidade, a verificação de traços garantistas ao sistema processual brasileiro, obra da recepção das normas internacionais pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

5.1.3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM PORTUGAL

Aproximando ao âmbito europeu, embora no tempo da Sociedade das Nações já tivesse sido demonstrado a necessidade de garantir internacionalmente certos direitos fundamentais, somente após a 2ª Guerra Mundial foi evidenciado a imprescindibilidade de se criar mecanismos jurídicos capazes de tutelar direitos fundamentais dos cidadãos, com influência direta dos iluministas.

Cesare Beccaria¹⁴⁰, que afrontava o sistema inquisitorial, revelou a necessidade de uma reforma deste sistema, para proporcionar um tratamento diferenciado ao acusado, alicerçado na ampla defesa e na presunção de inocência, o que se expandiu na Europa.

As primeiras impressões acerca dessa reforma processual foram vistas quando se determinou o caráter excepcional da prisão preventiva, como também no momento em que foi abolida a tortura utilizada como forma de auferir a confissão do acusado, que se concretizou em 1788 por Luís XVI e foi positivada no seio da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)¹⁴¹.

¹⁴⁰ Beccaria, Cesare. Dos delitos e das penas. 2ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999

¹⁴¹ VILELA, 2000, p. 51 – Vilela, Alexandra. Consideração acerca da presunção de inocência em direito processual penal. 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra. 2000.

Conforme ensina José Carlos Vieira Andrade¹⁴², em uma perspectiva universalista:

“A experiência da guerra e dos totalitarismos, sobretudo num momento em que se anuncia uma nova ordem social e já não é possível condenar à abstenção o Estado – definitivamente consagrado como administrador da sociedade –, impôs que se aproveitassem os laços internacionais, entretanto criados, para declarar e estabelecer um certo núcleo fundamental de direitos internacionais do homem”.

Resta positivado no artigo 32º dentre as garantias de processo criminal:

Artigo 32º:

[...] 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa¹⁴³.

Possível concluir que seguiu, em análise aos autores portugueses e pelo que se extrai do conteúdo previsto no artigo 32º, a perspectiva de matriz europeia. Sua evolução histórica não se diferencia substancialmente da que ocorreu na Europa, de forma que foi positivada expressamente na Constituição da República Portuguesa após a transição do regime anteriormente autoritário para o regime político democrático. Advém, outrossim, das obrigações internacionais ratificadas que vinculam o Estado Português, designadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos termos dos artigos 8º e 16º, da Constituição Portuguesa¹⁴⁴.

Jorge Figueiredo Dias ensina sobre a sua índole necessária para o direito processual penal, a qual envolve não somente o *in dubio pro reo*, mas que igualmente se estende no que toca às medidas de coação, procura por provas e à razoável duração do processo¹⁴⁵. Neste mesmo sentido segue a doutrina de Germano Marques da Silva, a qual reputa como sendo a presunção de inocência uma regra de política proporcionada à pessoa humana dentro de uma sociedade que merece observância durante a instrução probatória até a fase recursal¹⁴⁶.

Estabelecendo uma relação já com o tema em questão, da mesma forma que o Brasil exige o exaurimento de todas as instâncias para que seja dado início ao cumprimento

¹⁴² Andrade, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4ª Ed. Almedina, Coimbra. 2009.

¹⁴³ <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202103251856/73938551/diploma/indice>

¹⁴⁴ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-50453475>, acessado em 20/03/2022

¹⁴⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 186-191

¹⁴⁶ SILVA, Germano Marques da. Curso de Processo Penal I – Noções Gerais, Elementos do Processo Penal. Editora Verbo. 6ª Ed. 2010.

de pena, ou seja, clama o trânsito em julgado da sentença, o ordenamento de Portugal também¹⁴⁷. Todavia, o que difere é que a organização judiciária portuguesa compreende 3 instâncias, enquanto no Brasil são duas instâncias, somando as possibilidades de impugnação ao Superior Tribunal de Justiça (terceira instância) e ao Supremo Tribunal Federal (quarta instância).

Por último, a concepção deste princípio em Portugal foi objeto em um dos julgados que posteriormente será analisado (HC nº 126.292/SP), quando o Ministro Teori Zavascki, em seu voto, refere que a presunção de inocência em Portugal é interpretada com restrições, pois entendê-la como absoluta seria correspondente a limitar a execução de qualquer medida que privasse o indivíduo da sua liberdade, até mesmo as medidas impostas cautelarmente.

5.1.4. CONCEITO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Consoante ao que ensina Renato Brasileiro de Lima¹⁴⁸:

“Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).”

É possível extrair que a presunção de inocência – ou presunção de não culpabilidade, vez que a Constituição Federal do Brasil em nenhum momento utiliza a expressão inocente, exprimindo, somente, que ninguém será considerado culpado, apesar de Badaró entender não haver diferença tais termos, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias¹⁴⁹ - institui um verdadeiro dever de tratamento, isto é, demanda ao réu um tratamento como inocente.

A par dessa distinção terminológica, fato é que o texto constitucional é mais amplo, haja vista a extensão da presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2) prevê a sua observação até que se prove legalmente a culpa do indivíduo. Por seu turno, o Pacto de San José da Costa Rica abre a lacuna para se pensar que este princípio “deixaria de ser aplicado antes do trânsito em julgado, desde

¹⁴⁷ Artigo 32.º, 2 – Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

¹⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 4ª Ed. JusPodivm, 2016.

¹⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283.

que já estivesse comprovada a culpa, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso, na medida em que a mesma Convenção Americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, “h”)¹⁵⁰. Todavia, a Constituição Federal brasileira é clara ao estabelecer que apenas o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é capaz de afastar o estado inicial de inocência que todos gozam.

Segundo Aury Lopes Júnior¹⁵¹:

“Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor).

A partir da análise constitucional e também do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, VEGAS TORRES aponta para as três principais manifestações (não excludentes, mas sim integradoras) da presunção de inocência:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual);
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.”

Nesta perspectiva, Gustavo Badaró¹⁵² leciona sobre os três significados da presunção de inocência:

“Quanto ao conteúdo da presunção de inocência, é possível distinguir três significados de tal princípio: (1) garantia política; (2) regra de tratamento do acusado; (3) regra probatória. A primeira, e talvez a mais importante forma de analisar o princípio, é como **garantia política** do cidadão. O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal

¹⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 4ª Ed. JusPodivm, 2016.

¹⁵¹ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 16ª Ed. Saraiva Jur. São Paulo. 2019.

¹⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro, Campus: Elsevier, 2012, p. 24-25.

acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.

A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. A presunção de inocência é, segundo Pisani, uma presunção política que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.

O dispositivo constitucional, contudo, não se encerra neste sentido político, de garantia de um estado de inocência. A “presunção de inocência” também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como **regra de julgamento** a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*.

Por fim, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. É manifestação clara deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias. A presunção de inocência não veda, porém, toda e qualquer prisão no curso do processo. Desde que se trate de uma prisão com natureza cautelar, fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero, a prisão será compatível com a presunção de inocência.

Outra repercussão da presunção de inocência, como regra de tratamento do acusado, é a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da pena.”

Na dicção de Bandeira¹⁵³, deste princípio se derivam duas regras fundamentais.

A primeira é a regra probatória (regra de juízo), derivando a distribuição do ônus à parte acusadora, a qual deve demonstrar a culpabilidade do acusado com um conjunto probatório idôneo.

Antônio Magalhães Gomes Filho destaca que¹⁵⁴:

- a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova);

¹⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 4ª Ed. JusPodivm, 2016.

¹⁵⁴ FILHO, Antônio Magalhães Gomes. “O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Revista do Advogado, AASP, nº42, 1994, p. 31.

- b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado;
- c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal);
- d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio).

Destarte, havendo dúvida relevante para o deslinde da causa, deve-se utilizar esta regra probatória, de sorte que, para que seja imposta uma sentença condenatória, é imprescindível que se prove a culpa do agente, ausente de quaisquer dúvidas razoáveis, impondo a necessidade de certeza¹⁵⁵, pois é inegavelmente preferível, em um juízo de ponderação, a absolvição de um culpado do que ver um inocente ser condenado.

No entanto, apesar de próximo, não deve ser confundido com o *in dubio pro reo*. Este diverso mandamento deve ser utilizado no momento da valoração das provas, ao passo que, havendo dúvidas, deve prevalecer a sentença absolutória, caso o órgão acusatório não consiga afastar a presunção de não culpabilidade.

Por outro lado, a segunda é a regra de tratamento, determinante ao poder estatal que fica impedido de agir e de se comportar em relação ao arguido como se condenado fosse enquanto não subsistir uma sentença condenatória transitada em julgado.

A título de exemplo, constata-se as medidas de privação cautelar da liberdade. Estas, segundo Jorge Figueiredo Dias¹⁵⁶, possuem caráter excepcional, sendo que a regra é responder o processo penal em liberdade. Veda-se, portanto, prisões processuais automáticas ou obrigatórias, bem como a possibilidade de execução provisória da pena.

Todavia, preenchidos os requisitos autorizadores, excepcionalmente podem ser decretadas a fim de garantir a efetividade do processo. Neste óbice, corrobora José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵⁷, ao articular que é adverso a interpretação do princípio da presunção de inocência, vez que, se visto de maneira intransigente, impossível seria a

¹⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 285.

¹⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito processual penal. 1º Vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 428.

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição da República portuguesa anotada. 3a ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. p. 203.

aplicação alguma medida cautelar, fato este que, possivelmente, inviabilizaria o processo penal.

Desta regra, Aury Lopes Júnior¹⁵⁸ segue parte da doutrina que entende que tal dever de tratamento influi em duas dimensões: a) interna ao processo; b) externa ao processo.

No que se refere à dimensão interna, impõe ao juiz uma obrigação conduzir o processo de maneira que a carga probatória recaia integralmente ao acusador, pois, uma vez inocente, não cabe ao acusado provar sua culpa. Havendo dúvida, conduz impreterivelmente à absolvição. Nesta óptica e em consequência da aplicação do princípio em tela, resta as prisões cautelares envoltas de inócuas restrições. Isto pois, quais os fundamentos para se prender alguém que não foi definitivamente condenado? Outrossim, por força do dever de tratamento, estas modalidades de prisões não podem ter como óbice a antecipação executória da sanção penal, e sim, deve ser legitimada, extraordinariamente, diante da real necessidade do Estado com base em fundamentos idôneos.

Externamente, se esforça no sentido de proteger o arguido contra a “publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”, intimidando um eventual julgamento midiático¹⁵⁹. Significa dizer que o princípio em apreço deve ser utilizado como um limite à exploração midiática que se desenvolve em volta do fato, do criminoso e, inclusive, do próprio processo penal judicial.

É sobre este princípio, dentre demais que posteriormente serão objeto de estudo, que versa a discussão do tema da (in)constitucionalidade da prisão em segunda instância.

Ante ao exposto, entende o autor da dissertação em tela ser imprescindível a cirúrgica análise sobre a presunção de inocência, por guardar extrema conexão com a execução provisória da pena, vez que possui relação consequencial na legitimação da execução provisória da pena, como passaremos a expor após transcorrido os demais subtópicos essenciais para o deslinde do estudo.

¹⁵⁸ JUNIOR, Aury Lopes. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 47/48.

¹⁵⁹ JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 16ª Ed. Saraiva Jur. São Paulo. 2019.

5.2. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Desde os primórdios, a dilação indevida do processo foi tida como uma obstrução à administração da justiça. A Segunda Guerra Mundial, novamente, foi o grande marco temporal que proporcionou o devido esmero, mesmo que obsoleto, pela questão.

Cesare Beccaria, em 1999 na sua ilustre obra “Dos delitos e das penas”¹⁶⁰, defendia, coerentemente, a primordialidade em guiar o processo sem mais delongas.

Por se tratar de um dos princípios que recorrem à defesa do arguido, a importância em se criar um juízo sobre a duração razoável do processo adveio da crítica à inércia do Estado, do clamor da sociedade que busca por justiça, como também do acusado que anseia um resultado favorável e aguarda anos para se obter uma resposta do judiciário.

A Comissão Europeia de Direitos do Homem (1950) trouxe em seu artigo 6º, §1º que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial [...]”¹⁶¹.

Anos depois, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos também insculpiu que:

ARTIGO 9

[...]

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença¹⁶².

No mesmo sentido foi o acordado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969). Por o Brasil ter aderido ao referido pacto (Pacto São José da Costa Rica), passou assim a integrar o ordenamento brasileiro com feito constitucional fundamental, o que antes era reputado como simples corolário do princípio do devido processo legal.

¹⁶⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁶¹ https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf

¹⁶² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

O motivo desta ascensão é claro: toda uma comunidade insatisfeita com a efetiva e tempestiva prestação jurisdicional¹⁶³.

Todavia, a lacuna se encontra quando procuramos a positivação de um prazo máximo exato para a duração do processo, razão pela qual doutrinadores a consideram, no Brasil, como “doutrina do não prazo”¹⁶⁴. Outros vão mais além ao dizer que esta ausência fere um Estado Democrático de Direito, desfavorecendo o cumprimento integral dos direitos humanos¹⁶⁵. É temerário, portanto, não existir um prazo máximo para o processo judicial.

5.2.1. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO BRASIL

A Constituição Federal dispõe:

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

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação¹⁶⁶.

5.2.2. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO EM PORTUGAL

No cenário jurídico português, por seu lado, a mora excessiva do procedimento, sobretudo o criminal, é um dos mais dramáticos problemas enfrentados pelos juristas, tendo inclusive o Tribunal de Estrasburgo intervindo na matéria. A Constituição da República determina:

Artigo 20º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva)

[...]

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

¹⁶³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª Ed. São Paulo. Atlas. 2006.

¹⁶⁴ JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 14ª Ed. São Paulo. Saraiva Jur. 2017, p. 117.

¹⁶⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo. Método. 2008, p. 74

¹⁶⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Artigo 215º

Prazos de duração máxima da prisão preventiva

1 - A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido:

- a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação;
- b) Oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória;
- c) Um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1.ª instância;
- d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

2 - Os prazos referidos no número anterior são elevados, respectivamente, para seis meses, dez meses, um ano e seis meses e dois anos, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos, ou por crime:

- a) Previsto no artigo 299.º, no n.º 1 do artigo 318.º, nos artigos 319.º, 326.º, 331.º ou no n.º 1 do artigo 333.º do Código Penal e nos artigos 30.º, 79.º e 80.º do Código de Justiça Militar, aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro;
- b) De furto de veículos ou de falsificação de documentos a eles respeitantes ou de elementos identificadores de veículos;
- c) De falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equiparados ou da respectiva passagem;
- d) De burla, insolvência dolosa, administração danosa do sector público ou cooperativo, falsificação, corrupção, peculato ou de participação económica em negócio;
- e) De branqueamento de vantagens de proveniência ilícita;
- f) De fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;
- g) Abrangido por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.

3 - Os prazos referidos no n.º 1 são elevados, respectivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e quatro meses, quando o procedimento for por um dos crimes referidos no número anterior e se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.

4 - A excepcional complexidade a que se refere o presente artigo apenas pode ser declarada durante a 1.ª instância, por despacho fundamentado, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, ouvidos o arguido e o assistente.

5 - Os prazos referidos nas alíneas c) e d) do n.º 1, bem como os correspondentemente referidos nos n.os 2 e 3, são acrescentados de seis meses se tiver havido recurso para

o Tribunal Constitucional ou se o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial.

6 - No caso de o arguido ter sido condenado a pena de prisão em 1.^a instância e a sentença condenatória ter sido confirmada em sede de recurso ordinário, o prazo máximo da prisão preventiva eleva-se para metade da pena que tiver sido fixada.

7 - A existência de vários processos contra o arguido por crimes praticados antes de lhe ter sido aplicada a prisão preventiva não permite exceder os prazos previstos nos números anteriores.

8 - Na contagem dos prazos de duração máxima da prisão preventiva são incluídos os períodos em que o arguido tiver estado sujeito a obrigação de permanência na habitação.

Evidente são as consequências, na maioria das vezes irreparáveis, decorrentes da dilação indevida do processo, encontrando-se preso cautelarmente ou não, sob pena de transgressão à própria Constituição da República.

5.2.3. CONCEITO

Traduz a noção de razoabilidade, isto é, proporcionalidade (a proibição de excesso), sem dilações indevidas. O que é proporcional não é abusivo, arbitrário ou policialesco. Busca, através de meios que asseguram a celeridade do transcurso processual, proporcionar às partes o direito de alcançar o provimento jurisdicional em um prazo razoável, isto é, o direito a uma justiça tempestiva.

Grande jurista brasileiro Rui Barbosa, em 1920 durante uma palestra que posteriormente restou estampada em sua ilustre obra “Oração aos Moços”:

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustificada qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.”¹⁶⁷

A Constituição Federal Brasileira positivou, porém de maneira vaga, um prazo razoável para a duração do processo, razão pela qual busca-se, nas jurisprudências do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, uma fonte mais categórica. Originado em 1968, em um julgado (caso Wemhoff), evidenciou alguns critérios tradicionalmente invocados pelo

¹⁶⁷ BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5^a Ed. Rio de Janeiro. Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Acesso em 13 de abril de 2020. Disponível em http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracaos_mocos.pdf.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, identificadores de um processo ausente de duração módica, tais sejam: a) complexidade do caso; b) conduta processual do acusado; c) conduta das autoridades judiciárias¹⁶⁸.

A devoção com a duração do processo penal é analisada sob duas feições. Em um âmbito geral, a sua aplicabilidade é encontrada em qualquer tipo de processo, não somente na esfera penal. Ao trazer para o direito processual penal, revela-se pertinente nos casos em que o acusado se encontra encarcerado cautelarmente, apesar de que, a partir do momento em que o Estado se apossa, ilegalmente, do tempo do indivíduo, mesmo que fora da hipótese da prisão cautelar, o processo em si já é uma “pena” – extrema angústia e infâmia, além de que a subordinação ao procedimento criminal autoriza a intromissão estatal sobre profusos direitos fundamentais¹⁶⁹ -, possuindo, desta forma, pertinência congênere. Nestes casos, evidencia-se a dilação indevida do processo mediante a aplicação do que se denominou a “doutrina dos sete critérios”:

- a) a duração da prisão cautelar;
- b) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, a pena fixada e a provável pena a ser aplicada em caso de condenação;
- c) os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros;
- d) a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo;
- e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias etc.);
- f) a maneira como a investigação foi conduzida;
- g) a conduta das autoridades judiciais.

Entretanto, não obstante estes vastos critérios na aferição do excesso de prazo razoável para um processo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) preferiu dar relevância à opção mais sucinta, restando entendido a aplicabilidade da teoria dos três critérios supramencionada, o que foi invocado também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁶⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. 2ª Ed. E-Book Baseada na 2ª Ed. impressa. Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

¹⁶⁹ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 16ª Ed. Saraiva Jur. São Paulo. 2019.

Todavia, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) entende que se acresce a estes critérios, no que concerne às prisões cautelares, a necessidade de se justificar a real exigência do interesse público, modulando de maneira a verificar a possibilidade de supressão do direito à liberdade¹⁷⁰. Alvo de muitas críticas, indigna o fato de não haver explicitamente prazo máximo da duração do processo.

Gustavo Badaró, em seu ensaio (2012)¹⁷¹ levanta essa reflexão. Na sua dicção, o mais plausível quando o assunto é termo inicial, seria dividir o princípio da duração razoável do processo em “dois direitos”: o direito de ser julgado em prazo razoável em qualquer tipo processual (trabalhista, civil, penal, etc.); e o direito de ser julgado num prazo razoável quando o caso concreto envolver um arguido preso cautelarmente e, se ultrapassado o prazo processual razoável, ser concedida sua liberdade, sem prejuízo ao processo em si. Esta seria uma forma que provavelmente restaria eficaz o dito direito fundamental.

No que tange ao âmbito penal, diante de sua maior repercussão, o termo inicial (*dies a quo*) é anterior ao início do processo penal, ou seja, inicia-se na fase preliminar – investigatória (instauração de inquérito policial, indiciamento, etc.)¹⁷². Por outro lado, na hipótese de ser decretada a prisão cautelar, a doutrina inclina-se no sentido que o *dies a quo* é a data da efetiva prisão, independente da natureza jurídica da segregação.

No que toca ao termo final, diverge também o entendimento. Para tanto, necessita a distinção entre os casos: para os processos em geral (CADH, artigo 8, nº 1), o termo final se dá com o trânsito em julgado da sentença; para o desencarceramento no cenário da prisão cautelar se não observada a celeridade (CADH, artigo 7, nº 5), existem duas correntes. A primeira coloca como *dies ad quem* a prolação da sentença meritória, mesmo que recorrível, enquanto a segunda corrente determina que somente se dará o termo final quando esgotadas todas as instâncias (posição de Gustavo Badaró¹⁷³, incluindo tanto a instrução processual como o julgamento dos recursos, como uma forma de abster o indivíduo de possíveis arbitrariedades e absurdos.

¹⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012, p. 35.

¹⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012

¹⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012, p. 37.

¹⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2012, p. 38.

Com a recepção da Emenda Constitucional nº 45¹⁷⁴, acrescentou-se, proporcionando ao direito ao processo no prazo razoável a feição de garantia constitucional, o §3º ao artigo 5º, inciso LXXVIII¹⁷⁵, ao passo que o direito de o arguido ser colocado em liberdade, na hipótese de estar preso e o processo ultrapassar seu prazo razoável, passou a ser uma garantia materialmente constitucional, ante à natureza hierárquica das normas.

Isto pois esta previsão constitucional não prevê, de forma expressa, sobre o direito do acusado preso ser colocado em liberdade nas hipóteses de ser ultrapassada a celeridade de tramitação, como dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁷⁶:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Prevalece o entendimento de que, nestes casos, é evidente o feito ilegal da prisão cautelar decorrente da violação do dispositivo constitucional (razoável duração do processo). Uma vez ilegal, e ao conjugar o artigo 5º, inciso LXXVIII, §3º e o inciso LXV - “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” - ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, sobeja explícito o direito de o acusado ter sua prisão relaxada quando da violação do direito constitucional em estudo.

Assim, notoriamente, o processo, diante de sua natureza de instrumento para efetivar a aplicação do direito material e venerando o princípio em estudo, não pode perdurar eternamente, bem como não pode ser demasiadamente longo, sob pena de exaurir sua finalidade e eficácia¹⁷⁷. Em contrapartida, busca-se, da mesma forma, evadir de processos hábeis em que se desprezam direitos e garantias fundamentais.

No entanto, trazer o princípio em tela para a discussão sobre a execução antecipada da pena é um assunto delicado. Isto pois, existe um tensionamento entre o tempo do direito e o tempo social. O direito, dificilmente, conseguirá atuar na mesma dinâmica do

¹⁷⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm

¹⁷⁵ LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁷⁶ artigo 7, nº 5, CADH - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

¹⁷⁷ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito Processual Esquemático / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves; Coordenador Pedro Lenza. 2ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

imediatos e corresponder às ambições sociais de uma justiça imediata e acelerada. Vale ressaltar que isso não autoriza o processo ser demasiadamente lento, ou mesmo ser infundável. O caminho é árduo, entretanto é necessário que se busque encontrar um equilíbrio entre a mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais, seja mediante a alteração da organização dos tribunais ou qualquer outra medida, senão somente autorizar o cumprimento antecipado da pena, transgredindo direitos essenciais para a condição de ser humano.

5.3. DO DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

5.3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) assegura, em seu artigo 8º, nº 2, “h”:

2. 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 superior¹⁷⁸.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, nº 5:

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei¹⁷⁹.

Assim, diante da integração destes dispositivos ao ordenamento jurídico brasileiro com status “supralegal” – leia-se, acima de leis ordinárias, mas abaixo da Constituição - , evidente é seu status de norma constitucional¹⁸⁰.

5.3.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA EM PORTUGAL

No seio português, o Tribunal Constitucional também salienta o direito ao recurso como uma das mais importantes dimensões das garantias de defesa do arguido em processo penal. Positivado no artigo 32º, nº 1, da CRP, por outro lado, é de entendimento pacífico que as restrições ao direito ao recurso, nas hipóteses de decisões penais não condenatórias ou que não afectem a liberdade ou outros direitos fundamentais do arguido, não são ilegítimas.

O duplo grau de jurisdição abrange tanto matéria de direito quanto matéria de facto. Entretanto, o recurso impugnando matéria de facto não implica em renovação de prova perante o tribunal ad quem, nem tampouco que conduzir à reapreciação de provas gravadas ou registadas¹⁸¹. O Tribunal Constitucional ainda diz, diante de seu modelo de

¹⁷⁸ https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, acessado em: 29/04/2021

¹⁷⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, acessado em: 29/04/2021

¹⁸⁰ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2020.

¹⁸¹ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980573.html>

funcionamento, ser ele próprio uma primeira garantia de acerto no julgamento do mérito do processo.

Seguindo nesta ótica, com a previsão do recurso de revista alargada nos casos do artigo 410, nº 2, do Código de Processo Penal¹⁸², mesmo que se limite a tão só reexaminar matérias de direito, ao Supremo Tribunal de Justiça se resguarda não apenas a possibilidade de anular a decisão recorrida, mas também pode determinar o reenvio do processo para um novo julgamento, preservando o núcleo essencial do direito ao recurso contra sentenças penais condenatórias.

Da mesma forma, insta ressaltar que no direito internacional, bem como na Constituição da República Portuguesa, não é exigido um duplo grau de jurisdição. É consagrado somente indiretamente pela previsão do direito ao recurso, uma das categorias do direito de defesa¹⁸³. Portanto, conforme também estudado anteriormente, a recorribilidade das decisões está prevista no artigo 432º do Código Penal, de forma que o duplo grau de jurisdição pode ser suprimido em determinadas situações sem que, ao mesmo tempo, burle os direitos de defesa.

5.3.4. CONCEITO

O princípio do duplo grau de jurisdição busca garantir o direito do arguido ao reexame da matéria de fato e de direito da decisão por um órgão jurisdicional diverso daquele que proferiu anteriormente (*juízo a quo*), porém, assegura somente uma única revisão, ou seja, exceto nos casos de competência originária dos Tribunais, o processo deve ser examinado uma vez em sede de primeiro grau e reexaminado mais uma vez por meio dos Recursos dirigidos aos Tribunais Superiores¹⁸⁴.

Decorrente da própria estrutura atribuída ao Poder Judiciário, delegou-se à Constituição Federal (artigos 102, II, 105, II e 108, II) conferir a competência recursal aos tribunais (artigo 93, III, CF). É, portanto, uma garantia que possibilita a revisão, por intermédio de recurso, das causas já apreciadas em primeiro grau¹⁸⁵.

¹⁸² Artigo 410.º, 2 – Mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum: a) A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada; b) A contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão; c) Erro notório na apreciação da prova.

¹⁸³ Artigo 32.º, 1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.

¹⁸⁴ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012, p. 32.

¹⁸⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 2020.

Busca dirimir os erros cometidos por um juiz singular - o qual é humano e, é claro, falível -, submetendo a questão a um órgão colegiado, como também impõe limites aos poderes do titular, de maneira que sua ausência seria inaceitável em um Estado de Direito¹⁸⁶. Sob outra perspectiva, aprimora a qualidade da prestação jurisdicional, afinal, os juízes *a quo* têm conhecimento de que a sua decisão poderá ser objeto de análise por um órgão, na maioria das vezes, superior hierarquicamente composto por juízes fadados de bagagem jurídica. Tal e qual, porquanto consuetudinário se inconformar com uma decisão diversa da esperada e com o fulcro de confortar psicologicamente a parte prejudicada, o reexame da decisão traz paz anímica¹⁸⁷, tanto nos casos de procedência e sua consequente condenação, quando acarreta a irresignação do réu; tanto nos casos de improcedência, externada pela absolvição, onde o inconformismo recai sobre órgão acusatório; e nos casos de procedência parcial, fato que provoca reação ambivalente¹⁸⁸.

No contexto brasileiro, diante do reconhecimento expresso pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, § 2º, “h”) e apesar de não estar positivado na Constituição Federal, a linha doutrinária segue entendimento de que o direito ao duplo grau de jurisdição se insere de forma implícita na garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV) e no direito à ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV).

É exercido, em regra, por meio do recurso de apelação, no qual se devolve ao juízo ad quem o conhecimento da matéria de fato e de direito apreciada na instância originária. Da mesma forma, conforme predetermina a Constituição Federal em seu artigo 102, II, “a”, e artigo 105, II, “a”, o duplo grau de jurisdição é assegurado quando da interposição de recurso ordinário frente à decisão denegatória de habeas corpus de competência originária de outro tribunal. O mesmo ocorre na hipótese de recurso ordinário em relação à crimes políticos, interposto frente à decisão proferida por Juiz Federal de 1ª instância, cuja competência de apreciação é do Supremo Tribunal Federal (CF, artigo 201, II, “b”). Levar o exame de matéria inédita diretamente aos Tribunais constitui flagrante violação do presente princípio, por constituir supressão do primeiro grau de jurisdição¹⁸⁹.

Abre-se aspas para, oportunamente, discutir sobre o recurso extraordinário e o recurso especial. Apesar de muitas vezes serem mal interpretados, eles não são manifestações do duplo grau de jurisdição, seja porque não se reexamina matérias fáticas e probatórias

¹⁸⁶ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012, p. 33.

¹⁸⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 4ª Ed. JusPodivm, 2016.

¹⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penal e Processuais Penais. 4ª Ed. 2015.

¹⁸⁹ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2012. P. 32.

colhidas na instância de origem, mas também pois somente buscam a tutela da Constituição Federal (Recurso Extraordinário) ou da legislação federal infraconstitucional (Recurso Especial).

Neste prisma, no direito processual penal brasileiro, as exceções são verificadas quando se deparam com a existência do foro privilegiado. Isto, pois, o foro privilegiado – ou foro por prerrogativa de função – concede a determinadas autoridades o julgamento diretamente por órgão colegiado, inexistindo uma instância superior para recorrer sobre as questões de fato, onde somente seriam eventualmente cabíveis recursos “extraordinários”. Nestes casos, diante do esvaziamento da garantia do duplo grau de jurisdição pelo privilégio funcional e da apreciação originária por órgão de cúpula, somente não se lesa a Constituição pois, como a Carta Maior brasileira não consagra expressamente o princípio em estudo, pode haver uma restrição à garantia que decorre da CADH, vez que possui caráter “supralegal”, ou seja, abaixo da Constituição¹⁹⁰. Ademais, Gilmar Mendes esclarece que mesmo se fosse consagrado no texto constitucional, seria possível haver a supressão ou limitação do duplo grau de jurisdição ante ao próprio sistema constitucional, vez que ela própria consagra uma competência originária e não estabelece um recurso ordinário cabível, isto é, aqueles que possuem como objeto o reexame tanto das matérias fáticas quanto matérias de direito¹⁹¹.

Infere-se, portanto, que estar-se-á frente ao duplo grau de jurisdição nos casos em que o reexame da matéria, feito por órgão hierarquicamente superior, alberga toda a matéria de fato e de direito, tanto por meio dos recursos como por meio do reexame necessário. Em contrapartida, apesar de ser um fator que traz estabilidade do sistema judiciário, não deve ser fundamento para se perpetuar um processo. Não deve servir para, rotineiramente e incansavelmente, buscar um trânsito em julgado favorável, razão pela qual se veda a incessante interposição de recursos buscando um veredito auspicioso ao triplo e quarto grau de jurisdição¹⁹².

¹⁹⁰ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2020.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 497.

¹⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penal e Processuais Penais. 4ª Ed. 2015.

6. DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um grande marco, encerrando um melancólico período histórico de manifesta restrição dos direitos e garantias individuais. Pela primeira vez foi consagrado o princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”¹⁹³, consoante já delineado.

Equivocadamente, imaginava-se que a partir daí estaria afastada a possibilidade de execução provisória da pena, salvo, evidentemente, casos de prisões com caráter cautelar.

Como será debatido no decorrer do estudo, apesar de cognoscível o dispositivo que dispõe sobre a presunção de inocência, o cumprimento antecipado da pena foi objeto de discussão por três décadas no seio do Supremo Tribunal Federal, o qual, ora entendia pela sua possibilidade, ora dizia ser inconstitucional, até que no final de 2019 houve a efectiva pacificação do tema.

Antes de analisar a constitucionalidade da execução provisória da pena após o segundo grau de jurisdição, é importante que enfatize sua magnitude tanto social como jurídico-política, de modo a cingir tanto o direito penal, o qual propende a segurança do indivíduo como a garantia da efetividade da justiça tanto para o cumprimento, tanto para a punição se as normas forem descumpridas, como o direito constitucional, que se dirige à estrutura fundamental e institucional do Estado e dos direitos e garantias inerentes ao ser humano, protegendo a dignidade da pessoa humana, pedra angular da existência social.

A fim de promover uma análise crítica dos argumentos utilizados pelos legisladores e para, oportunamente, fazer uma comparação entre a legislação portuguesa e brasileira sobre o tema, entendo ser vital a apreciação preliminar de alguns temas.

6.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A RECONSTRUÇÃO DAS BASES JURÍDICAS

Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su

¹⁹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos em el Derecho vigente, no es tampoco más que ele tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro¹⁹⁴.

Em primeiro lugar, vemos pertinência em se debater sobre a evolução histórica do Código de Processo Penal e sua época em que foi criado, o que permite-nos compreender melhor sobre como o contexto histórico em que foi elaborado influenciou nos pensamentos e ideais da época.

Na época da colonização do Brasil, apesar de Portugal estar sendo vigorado pelas Ordenações Manuelinas, os titulares do poder de determinar, por livre arbítrio, qual o modelo de direito a ser aplicável eram aqueles que recebiam um território para explorar¹⁹⁵.

Com a entrada em vigor das Ordenações Filipinas, foi levado ao Brasil o modelo filipino prevalecente em Portugal, o qual vigorou até o evento do famoso Grito do Ipiranga em 1822, às margens do riacho Ipiranga, local onde foi proclamada a independência do Brasil. Este foi o momento oportuno para criar normas, de fato, brasileiras¹⁹⁶. Calhou, assim, na elaboração da Constituição do Império em Março de 1824, substituindo o anterior regime inquisitório, proporcionando às terras recentemente descobertas um rol de garantias e direitos individuais inerentes à condição de cidadãos.

Em novembro de 1832, ante às ânsias da sociedade influenciada por mandamentos filantrópicos e liberais¹⁹⁷, editou-se o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, considerado por muitos doutrinadores como sendo um resplandecente triunfo na esfera jurídica¹⁹⁸.

Em passos prudentes, o Brasil foi se requintando. Ultrapassado o período de liberalismo (1832-1841) e o período reacionário (1841-1871), em 1888, aboliu-se a escravidão e

¹⁹⁴ GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal – Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona, Bosch, 1935, p. 67.

¹⁹⁵ JÚNIOR, João Mendes de Almeida. O processo criminal brasileiro, 4ª Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 140-141.

¹⁹⁶ PIERANGELI, José Henrique. Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas. São Paulo: IOB Thompson, 2004. p. 79.

¹⁹⁷ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 1ª Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 96.

¹⁹⁸ PIERANGELI, José Henrique. Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas. São Paulo: IOB Thompson, 2004. p. 92.

logo no ano subsequente caiu por terra a monarquia e foi proclamada a República. No contexto processual penal, o ano de 1891 trouxe, por um lado, significativos preceitos com a “nova Constituição”, além de ter levado aos Estados-membros a competência para estatuir sobre direito processual e organização judiciária. Por outro lado, infortúnios, pois alguns historiadores entenderam que a aplicação da lei penal sobejou prejudicada diante da diversidade de sistemas¹⁹⁹.

Este modelo pluralista, muito criticado à época, foi sepultado com a Revolução de 1930 e a edição da Constituição de 1934, que fixou a competência privativa da União para preceituar sobre do direito processual, vigorante até os dias atuais, nos termos do artigo 22, inciso I, da CF²⁰⁰.

A execução provisória da pena possui estreito vínculo com os ideais do ainda vigente Código de Processo Penal de 1941 aprovado no decurso do Estado Novo (1937-1946), época sombria comandada por Getúlio Vargas, de regime manifestamente ditatorial, carregando, desta forma, pontos notoriamente autoritários, ideologia dominante no período²⁰¹. Ao arrepio dos operadores do direito, apesar de ter sido submetido a diversas modificações legislativas após a recepção da Constituição de 1988, mantiveram alguns pontos autoritários da época varguista, época em que exercia uma verdadeira função de apetrecho para corporizar o poder punitivo estatal.

Vale acentuar que o Estado Novo adveio em um momento sereno e sua fundação trouxe um estado de guerra contra os ideais liberais e políticos de esquerda²⁰², vez que dava maior preponderância à interesses coletivos sobre os individuais, e era marcado pelo pensamento ideológico de que sempre deve prevalecer a manutenção da ordem pública do que a liberdade dos indivíduos²⁰³.

Este período foi marcado por diversas transgressões ao que hoje entendemos como direitos fundamentais. Alguns traços, como usar da violência como meio ideal para solucionar controvérsias políticas e salvar a nação, a censura aos meios de comunicação, segregação e até mesmo tortura daqueles que obstavam o regime

¹⁹⁹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 1ª Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1961.p. 102.

²⁰⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

²⁰¹ FERNANDES, João Batista Ribeira de Andrade. História do Brasil. 16ª Ed. Rio de Janeiro, São José, 1957, p. 421.

²⁰² CARONE, Edgard. O Estado Novo: 1937-1945. Rio de Janeiro: Difel, 1976, p. 253.

²⁰³ FAUSTO, Boris. O pensando nacional autoritário: 1920-1940. São Paulo: Zahar, 2001, p. 15-47.

ditatorial vigente, demonstravam o total desprezo frente à estas garantias, demasiadamente semelhante ao observado na Itália. Estes horizontes acabaram por refletir na Constituição de 1937, que passou a concordar com a possibilidade de intervenção Federal nos Estados com a nomeação, pelo próprio presidente, de uma pessoa de sua confiança, autorizar a edição legislativa ao presidente vez que o Parlamento restara resoluto, estabelecer pena de morte a determinados casos, declarar do estado de emergência - cenário que conferia ao Presidente a restrição abusiva de liberdades -, além de outras medidas de cunho irrefutavelmente opressor.

Francisco Luís da Silva Campos, nomeado por Getúlio Vargas para ser Ministro da Justiça e encarregado de supervisionar a elaboração da Constituição de 1937 e dos diplomas legais penais, apesar de criticado e associado com o regime totalitário, insistia na retórica de que o Estado Novo defendia, fielmente, a democracia. Absolutamente controverso, todavia, haja vista escudar a dispensabilidade do legislativo para representação do povo, entendendo que poderia ser um impasse nos interesses do período.

E foi neste seio, inequivocamente autoritário e com traços semelhantes do Código Rocco do fascismo italiano, que foi criado o Código de Processo Penal. Omissos no que se refere à presunção de inocência, somente trouxe consigo um circunscrito *in dubio pro reo*²⁰⁴, levando ao juiz o ônus de explorar todas as fontes probatórias com base neste instituto.

Ademais, quanto aos requisitos autorizadores de prisão, trouxe uma real presunção de culpa; a segregação preventiva obrigatória em casos de crimes apenados com 10 anos ou mais; em matéria recursal, querendo recorrer, deveria o réu se recolher obrigatoriamente à prisão ou prestar fiança; sobressair a ordem à liberdade, o interesse público às garantias individuais. Fica nítido, portanto, a intenção do legislador de estabelecer uma culpabilidade prévia, característica de um regime autoritário²⁰⁵, retratado, em consequência, também nos demais Códigos fundados na época.

Veio à tona, então, o novo Golpe de Estado de 1964 colocando ponto final ao governo de João Goulart, sob o argumento de que deve prevalecer o interesse e a vontade da

²⁰⁴ ABREU, Florêncio de. Novos Aspectos do processo penal brasileiro. Revista Forense, v. 92, nov. 1942, p. 333.

²⁰⁵ CASARA, Rubens R. R. Mitologia processual penal. São Paulo, Editora Saraiva. 2015, p. 240.

nação, análogo ao Golpe de 1937. Mas somente em 1988, quando a Constituição da República foi promulgada, é que se estreava uma nova era política-jurídica.

Chamada por Ulysses Guimarães de “Constituição Cidadã”, presidente da Assembleia Nacional Constituinte na época, os padrões foram submetidos a alterações, ante sua carga de disposições autocráticas. É evidente, portanto, que o sistema processual, apesar de possuir aparência apartidária, experimenta e se modifica consoante às modificações políticas e econômicas suportadas pela sociedade²⁰⁶.

O processo penal, enquanto fenômeno jurídico, anteriormente idealizado para a defesa social e com o réu tido como mero objeto, com o advento do novo ordenamento coberto de extenso rol de direitos e garantias individuais, novos ares – democráticos - foram trazidos. Reconheceu, por exemplo, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana²⁰⁷.

Por possuir intrínseco vínculo com a legislação constitucional, por ser dele derivado, sua reconstrução foi essencial. A partir da concretização da Constituição Federal, robusta no que se refere aos direitos e garantias individuais, o modelo inquisitorial anteriormente admitido foi sucedido pelo modelo acusatório, entretanto implícito, egrégio por desassociar as funções de acusação, defesa e julgamento²⁰⁸. Reconhece um vasto rol de direitos e garantias individuais (Título II, CF), como o acesso ao Judiciário independente do pagamento de taxas (art. 5º, XXXIV, alínea “a”); a inexistência de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII); princípio da intranscendência da pena (art. 5º, XLV); a privação da pena de morte (art. 5º, XLVII, “a”), de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”), de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII, “c”), de banimento (art. 5º, XLVII, “d”) e cruéis (art. 5º, XLVII, “e”); o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII); o devido processo legal (art. 5º, LIV); o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); a vedação às provas ilícitas (art. 5º, LVI); a presunção de inocência (art. 5º, LVII); a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII); dentre outros.

Como se pode ver, a recepção do sistema acusatório trouxe consigo a necessidade em se alterar alguns dispositivos que possuíam vínculo ao sistema inquisitorial

²⁰⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 77.

²⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 94.

²⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 518.

anteriormente admitido, sob pena de violação da Carta Maior. Por ser uma norma fundamental e por não se recobrir de orientações, mas sim de premissas, o direito processual penal deve se embasar nela para criação e validação das suas normas, alicerçados nos limites já por ela delineados, respeitando as suas normas e princípios, mesmo porque o Código Processual, como instrumento pelo qual aplica-se o direito material, se intromete diretamente na liberdade do indivíduo e ambos diligenciam no sentido de proteção dos seus cidadãos, trazendo à tona a relação de identidade entre a carta constitucional com o diploma de processo penal²⁰⁹.

Logo, não obstante a tentativa de se aproximar aos intentos dos direitos e garantias individuais trazidas pela promulgação da Constituição Federal de 1988, fato é que o Código vigente no sistema penal atual ainda possui raízes congêneres aos ideais autoritários, o que, possivelmente, deu azo à entendimentos transgressores de prerrogativas inerentes à condição de pessoa humana, como é o caso da execução provisória da pena.

Como pode se depreender da leitura, buscou-se demonstrar as bases em que foi criado o Código de Processo Penal, trazendo uma releitura defronte à Constituição de 1988, ficando clara a superação dos ideais eficientistas que eram admitidos no curso da persecução penal, até que restou acolhido pela comunidade jurídica o papel garantidor dos juízes para a tutela de direitos e garantias fundamentais.

Diante disso, foi longa a caminhada para se adequar os dispositivos com o Estado Democrático de Direito, concretizado – ao menos tentou-se concretizar - com a Constituição de 1988.

A adequação do direito processual penal à realidade jurídica é essencial para que se compatibilize com as necessidades do mundo jurídico. Ora, uma vez que a Carta Magna brasileira pressupõe que todo indivíduo é considerado inocente até que haja o trânsito em julgado, como pode ter sido admitido por tanto tempo a possibilidade de execução antecipada da pena sem que seja atingido este marco? A literalidade da lei é clara.

Equivocadamente, imaginava-se, quando a Constituição Federal recepcionou o princípio da presunção de inocência, que estaria afastada a possibilidade de se executar a pena provisoriamente e que somente seriam admitidas prisões com caráter cautelar.

²⁰⁹ BETTIOL, Giuseppe. Instituições de direito e de processo penal. Coimbra Editores, 1974, p. 249.

Debruçou-se sobre esta perquirição por diversas vezes no STF, sem pacificação do tema por mais de 30 anos da promulgação da Carta de 88, até que em 2019 finalmente foi tomada uma posição íntegra.

Num primeiro plano, importa tecer algumas considerações sobre. A execução provisória da pena (ou execução antecipada da pena, ou prisão em segunda instância), pode se definir como o cumprimento provisório de decisão em tribunal colegiado que manteve sentença penal condenatória ou que impôs condenação em grau recursal, mas que ainda não atingiu o trânsito em julgado de sua condenação²¹⁰.

Apesar de ser um tema controverso, a doutrina defendeu a existência no ordenamento brasileiro de duas modalidades de prisão: a prisão enquanto pena e a prisão processual (ou provisória, cautelar), sendo que a primeira possuiria como *conditio sine qua non* o trânsito em julgado, enquanto a outra permitiria, mediante o cumprimento de determinados requisitos, a decretação da prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária²¹¹.

Todavia, mesmo que expressamente prevista a presunção de inocência e diante de todas as reformas legislativas experimentadas, teve vezes em que foi autorizada a execução antecipada da pena nas hipóteses de acórdão penal condenatório em grau de apelação, mesmo que ainda cabível recurso especial ou extraordinário, pois entendiam não comprometer o princípio previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CF, ou mesmo alegando que não existiria contradição entre a regra da eficácia imediata dos acórdãos que apenas podiam ser atacados via recursos excepcionais e o fato de existir a exigência do trânsito em julgado como pressuposto para que os efeitos fossem produzidos.

Autorizou-se, assim, a prisão em segunda instância após o acórdão condenatório ou em razão de acórdão que manteve a condenação proferido em grau de apelação. Porém, será que versa sobre uma obrigatoriedade do tribunal, ou será que não é obrigatória, mas depende da análise de cada caso concreto?

²¹⁰ ORLANDI, Renzo. Provisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza. L'indice penale 3, Padova, Cedam, 2000, p. 90.

²¹¹ BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo Penal, 11ª Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2016, p. 572.

Existem várias questões que foram levantadas em razão do (errôneo) entendimento dos tribunais superiores, que serão objeto de debate no decorrer deste capítulo.

6.2. NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Tema ainda controverso no meio jurídico, a natureza jurídica da execução provisória da pena foi tida como prisão pena por alguns autores como Hélio Tornaghi²¹² e Afrânio Silva Jardim²¹³ por se revestir de uma prisão decorrente de sentença recorrível, mas que, entretanto, é definitiva, apesar de ser passível reforma. Por outro ângulo, Fernando da Costa Tourinho Filho²¹⁴ e Roberto Delmanto Junior²¹⁵ defendiam se tratar de uma prisão provisória processual, haja vista o momento processual que não possibilita o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Supremo Tribunal Federal, quando da relatoria do Ministro Néri da Silveira, ao admitir a possibilidade de execução antecipada da pena no julgamento do *Habeas Corpus* nº 68.726/RJ, em 1991, diante dos interesses relacionados à efetiva aplicação da lei penal ou da eficácia da execução da pena imposta, entendeu ser uma prisão de ordem processual.

Posteriormente, em 2009 o entendimento foi alterado passando a reconhecer a sua inconstitucionalidade, em sede do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, de relatoria de Eros Grau. Nessa oportunidade, a conclusão foi de que uma prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada à título de prisão cautelar.

Pensaram os operadores do direito que o tema havia sido pacificado, porém, novamente voltou à tona. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, da Medida Cautelar na ADC nº 43 e 44/DF, ou mesmo do *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, de relatoria de Edson Fachin, reavivou a discussão sobre a sua natureza jurídica, porém naquela época (2018) restou indefinível.

Ora entendiam que a prisão era consequência natural da condenação, sendo portanto, prisão pena, decorrente do juízo de culpabilidade comprovado pelas instâncias ordinárias (Teori Zavaski), ou porque a materialidade e autoria do fato restavam

²¹² TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. 2ª Ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 167.

²¹³ JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 269.

²¹⁴ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal. 35ª Ed. São Paulo, Editora Saraiva, p. 414.

²¹⁵ JUNIOR, Roberto Delmanto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 209.

estabelecidas neste momento (Luís Roberto Barroso) – apesar de, no momento do julgamento, Barroso defender seu voto com base na exigência de assegurar a ordem pública, circunstância esta que versa sobre a prisão preventiva -, ou pois a ausência da natureza cautelar se daria vez que havia o esgotamento dos recursos ordinários com efeito suspensivo (Cármem Lúcia). Ora entendiam, por outro lado, em razão de ser inconstitucional e ilegal, a inexistência na legislação brasileira da “execução provisória” (Celso de Mello na ADC nº 43 e 44/DF).

À vista disso, é possível dizer que a natureza jurídica da execução provisória da pena é uma modalidade de prisão *sui generis* (Marco Aurélio, no julgamento do HC nº 69.964/RJ), não sendo possível enquadrá-la como prisão pena – vez que ausente de trânsito em julgado -, nem como prisão processual - pois não restam preenchidos os requisitos caracterizadores e também não há indicação de *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* -.

Como é evidente, esta espécie de privação de liberdade não é contemplada no ordenamento brasileiro, se revestindo, de flagrante ofensa ao princípio da legalidade e da tipicidade processual, o que a torna ilegal, haja vista tais premissas serem obrigatórias quando da decretação de uma restrição de liberdade individual²¹⁶. Era a execução provisória da pena, então, arbitrária, fruto da autoridade do Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete da Constituição Federal.

6.3. A OSCILAÇÃO DOS ENTENDIMENTOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para cumprir com o objetivo, realizou-se uma busca no próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, acerca das mais relevantes manifestações deste órgão sobre o tema a partir da promulgação da Constituição de 1988, para um maior aprofundamento sobre o tema.

Anteriormente ao marco da recepção dos direitos e garantias pela Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena, mesmo que ainda irresoluto o julgamento dos recursos extraordinários, respeitando o disposto no antigo artigo 393, do CPP. Na antiga legislação processual penal, era necessário que o réu

²¹⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. Princípio da legalidade: a constante necessidade de reaver essa conquista. In: LOPES, Anderson Bezerra et alii. (Orgs). Direito Penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da Constituição cidadã: novos caminhos e desafios. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 333.

condenado, se desejasse recorrer, se recolhesse à prisão, o que perdurou, inclusive, mesmo após ter recepcionado a Nova Constituição.

Face a face com as decisões tomadas, permite-se concluir que, ao longo das batalhas travadas, basicamente quatro posições foram tomadas sobre a sua admissibilidade.

Num primeiro plano, os entendimentos tomados em sede do HC nº 68.726/RJ, HC nº 69.964/RJ, HC nº 126.292/SP, HC nº 152.752/PR, ARE nº 964.246-RG/SP e o antes tomado na ADC nº 43 e 44/DF, nutriam que não seria uma afronta à CF a execução antecipada da pena, mesmo defronte ao disposto no artigo 5º, LVII, da CF.

A segunda posição ratifica a afronta direta à Constituição Federal, designadamente à presunção de inocência, admitindo, excepcionalmente, as prisões neste momento processual com caráter temporário (artigo 1º, da Lei 7.960/89) ou preventivo (artigo 312, do Código de Processo Penal), conforme se abstrai da leitura do HC nº 84.078/MG, dos votos vencido do HC nº 64.964/RJ e HC nº 152.752/PR.

Já a terceira corrente entendia ser necessário aguardar o trânsito em julgado, de sorte que, se necessário, deve-se aguardar o julgamento do recurso especial e agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, garantindo o direito de ser presumido inocente até que ocorra o esgotamento destes recursos, conforme se vê do julgamento da Medida Cautelar das ADCs nº 43 e 44/DF e HC nº 152.752/PR.

Por fim, a quarta corrente entendia que, para mais de admitir a custódia provisória posteriormente o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, mesmo que ainda seja cabível recurso extraordinário para a instância superior, somou-se as hipóteses de que, se versar sobre crimes graves, restaria autorizado o cumprimento da pena provisoriamente, pelo que se vê da releitura do HC nº 152.752/PR.

Passaremos, por conseguinte, à análise dos mais substanciais julgados proferidos pela Corte Suprema que exploram o assunto em tela.

6.4. DECISÕES DO STF SOBRE O TEMA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como bem já delineado, a recepção da Constituição foi um grande marco. Anteriormente a ela, o entendimento prevalecente na corte suprema era que sim, seria possível o cumprimento provisório da pena decorrente de sentença penal condenatória,

independente de trânsito em julgado, mesmo que haja a interposição do recurso extraordinário, por não ter dado a ele efeito suspensivo (artigo 637, do CPP).

Acolhendo a presunção de inocência como direito fundamental dos indivíduos, diversos casos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal a fim de reconhecer a ilegalidade da prisão advindas de acórdãos confirmatórios de condenação ou mesmo de acórdãos condenatórios.

Antes de adentrar nos julgados, insta salientar que esta montanha russa de entendimentos é saudável e pode sim acontecer. Porém, rupturas repentinas e bruscas podem trazer consequências além da esfera jurídica, ameaçando a segurança jurídica e conseqüentemente o país como um todo. Isto posto e sem mais delongas, seguimos na análise dos julgados pertinentes, que serão exauridos *a posteriori*.

6.4.1. HC nº 68.726/RJ, DE 28 DE JUNHO DE 1991²¹⁷

O HC nº 68.726/RJ foi um dos desbravadores da modulação de entendimentos sobre a prisão em segunda instância, o que pode ter sido a causa para que o enfrentamento ao tema não ter sido tão aprofundado, ou mesmo por ter admitido determinados pontos tão contrastantes.

Nesta oportunidade, o Paciente, condenado tanto em primeiro como em segundo grau pelo Tribunal fluminense à pena de quatro anos de detenção em razão da prática do delito previsto no artigo 121, § 3º e 4º e artigo 129, § 6º e 7º, do CP, em concurso formal²¹⁸, pleiteou a violação dos artigos 699, do CPP, bem como o artigo 5º, LVII, da CF/88.

Distribuído ao Ministro Néri da Silveira, o Plenário, composto pelos ministros Carlos Velloso, Célio Borja, Ilmar Galvão, Moreira Alves, Octavio Galloti, Paulo Brossard, Sepúlveda Oertence, entendeu pela denegação da ordem, de forma unânime, acompanhando o voto do relator. De acordo com a ata de julgamento, não estavam presentes os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Sydney Sanches.

²¹⁷ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>

²¹⁸ artigo 70, do CP – Art. 70 – Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

O entendimento da época foi, diante à inexistência de efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários (artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990)²¹⁹, uma vez mantida a sentença condenatória e exaurida as instâncias ordinárias de impugnação, autorizava-se o início de cumprimento de pena.

Baseou-se no sentido de que, a partir do esgotamento dos recursos ordinários, ocorreria o trânsito em julgado. Em paralelo, distinguiu o “caso julgado” da “coisa julgada”, pelo que coisa julgada é verificada quando não há mais possibilidade de interposição de recurso, seja ordinário ou extraordinário. Já o caso julgado se dá quando há uma sentença condenatória, hipótese em que esta pode produzir efeitos, mesmo que ainda impugnável por vias extraordinárias sem efeito suspensivo.

Ademais, não haveria contradição entre a expedição de prisão nos casos em que estariam pendente o julgamento de recursos extraordinários e a presunção de inocência estampada na Constituição Federal. Isto pois, a presunção de não culpabilidade ligava-se não sobre a posição de intangibilidade do réu, mas sim estabelecer que, a partir de ser condenado, observando o devido processo legal e demais princípios – como por exemplo o contraditório e a ampla defesa -, sua culpabilidade restaria reconhecida, fato este que autorizava a prisão naquele momento processual. Além do mais, aguardar o trânsito em julgado para dar cumprimento a execução da pena embarçaria, inclusive, as prisões com caráter provisório.

Foi levantada a repercussão da definição do princípio da presunção de inocência, o qual entendiam ser mais adequado falar sobre princípio da não culpabilidade, pois, estar sendo processado criminalmente não pode jamais significar que é culpado. Todavia, uma vez obtido um juízo condenatório, ainda mais se confirmado pelo tribunal em sede de recurso, devia a execução provisória da pena ser a medida adequada, tendo em conta o efeito devolutivo dos recursos extraordinários, sublinhando-se a ausência do efeito suspensivo.

A natureza jurídica que entendeu o relator nesta ocasião seria que a prisão, nestes casos, se tratava de prisão processual, com o fito de garantir a aplicação da lei penal e a execução da sanção imposta.

²¹⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm

6.4.2. HC nº 69.964/RJ, DE 18 DE DEZEMBRO DE 1992²²⁰

Daí em diante iniciou-se um ciclo que terminaria somente três décadas depois. No ano seguinte, em dezembro, chegou ao conhecimento do STF novamente o cabimento da execução provisória da pena. A defesa pugnava o direito do réu em recorrer em liberdade após a condenação pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro até que haja o devido trânsito em julgado, diante do estampado no artigo 5º, LVII, da CF.

O Plenário ficou dividido nesta ocasião, de um lado Celso de Mello, Francisco Rezek, Ilmar Galvão (relator), Marco Aurélio, Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Galloti, Paulo Brossard e Sydney Sanches (presidente), entendendo pela denegação do remédio constitucional, diante da jurisprudência fixada já em outra oportunidade pelo STF.

Por outro lado, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence entenderam ser afronta à presunção de inocência, vez que a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ser admitida como medida cautelar, possuindo a execução provisória da pena natureza jurídica de prisão *sui generis*. Para eles, a prisão advinda de condenação penal ainda recorrível somente poderia ser uma prisão cautelar ou a antecipação do cumprimento de pena, sendo que esta última é evidente violação da Constituição.

A votação encerrou com 8 votos favoráveis à execução provisória da pena e 2 votos contrários²²¹. É evidente que a recepção da Constituição traria diversas divergências, da mesma forma que era impossível dizer que nada mudou com a sua recepção. Todavia, o plenário mais uma vez decidiu de forma a afrontar a CF.

A fim de não sobrecarregar a leitura, insta salientar que o entendimento proferido nestas duas primeiras ocasiões foram basicamente os mesmos demonstrados nos HC nº 72.366, julgado em 1995; HC nº 73.968, julgado em 1996; e HC nº 74.983, julgado em 1997. Visto que o entendimento parecia sólido, com entendimento majoritário do STF sobre o assunto, foi editado as Súmulas 716²²² e 717²²³, as quais eram favoráveis à execução provisória da pena privativa de liberdade.

²²⁰ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72111>

²²¹ Colocar um numerozinho e dizer: apesar de presente, Carlos Velloso se declarou impedido de votar no aludido julgamento.

²²² Súmula 716/STF: Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória – 2003.

²²³ Súmula 717/STF: Não impede a progressão de regime de execução de pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial – 2003.

6.4.3. RECURSO ORDINÁRIO EM HC Nº 84.846-0/RS, DE 05 DE NOVEMBRO DE 2004²²⁴

Desta vez, o caso versava sobre uma condenação de dois anos e oito meses em razão da prática do delito de estelionato (artigo 171, § 3º, c/c o artigo 29, do CP) e, não satisfeito, apelou e obteve um resultado parcial, razão pela qual foi interposto recurso especial, postulando a outorga de efeito suspensivo ao recurso ora interposto, a fim de impedir o início de cumprimento da pena.

O relator Ministro Carlos Velloso foi claro ao demonstrar a pacificação do assunto pela jurisprudência do STF, não havendo o que se falar em coação ilegal no que se refere à execução provisória da pena nos casos em que ainda esteja pendente a análise de recursos extraordinários, haja vista a ausência de efeito suspensivo.

Digladiou que o previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CF não obstaría a imediata prisão do condenado, vez que, diante do efeito somente devolutivo dos recursos extraordinários, não significa que o réu possui o direito de aguardar o julgamento deles em liberdade, como poderia ocorrer no âmbito do recurso de apelação, utilizando como base o fixado em jurisprudência nos autos de HC nº 72.102/MG, de 1995, e HC nº 74.852/SP, julgado em 1997.

6.4.4. HC Nº 84.078/MG, DE 05 DE FEVEREIRO DE 2009²²⁵

Até então era de entendimento pacífico que a execução provisória da pena não afrontaria a Constituição. Porém, nesta oportunidade, o Supremo Tribunal Federal pareceu estar caminhando em direção acertada, autorizando as prisões cautelares, porém impedindo a execução provisória da pena, em razão da afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Cidadã.

O caso versava sobre uma condenação proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em razão da prática de crime de homicídio qualificado tentado (artigo 121, § 2º, inciso I e IV e artigo 14, inciso II, do CP). Estavam pendentes os julgamentos dos recursos especial e extraordinário e, a pedido do órgão ministerial, foi decretada sua prisão baseada na condenação mantida pelo TJMG, sob o argumento de que o acusado

²²⁴ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382881>

²²⁵ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>

poderia se furtar à aplicação da lei penal se não iniciasse o cumprimento da pena antecipada.

Diante disso, a defesa apresentou o *Habeas Corpus* para proteger a liberdade de locomoção do indivíduo, requerendo, no que se vê relevante ao tema em apreço, a inidoneidade dos fundamentos da prisão preventiva e a impossibilidade de prisão definitiva anteriormente ao trânsito em julgado de decisão condenatória. Submetido ao plenário, os votos divergiram.

Para a maioria (Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski) foi reconhecida a impossibilidade da prisão em segunda instância, haja vista a previsão da presunção de inocência pela Carta Maior - sendo a tese vencedora -. Entenderam pela imprescindibilidade em se aguardar o trânsito em julgado para assim dar início ao cumprimento de pena, mesmo que os recursos pendentes não possuam efeito suspensivo, vez que se deve sobrepor a isso a presunção de inocência até que haja o definitivo trânsito em julgado da sentença. Segundo eles, ver de outro modo é manifesta ofensa à garantia constitucional.

Sobre isso, é importante tecer alguns pontos. Os recursos especial e extraordinário são tratados dentro do Código de Processo Civil²²⁶, e são dali emprestados ao procedimento criminal. Todavia, não podem ser da mesma forma tratados pois, diferente do que ocorre na seara civil, é impossível que se retorne ao *status quo ante*, pois os danos decorrentes de uma prisão indevida são irreparáveis. Assim, mesmo ambos recursos não tendo, segundo a legislação civil, efeito suspensivo, é impossível importar tal regra ao processo penal, pois não se pode reestabelecer ao indivíduo a liberdade perdida.

Ainda naquela época decidiu o Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de cumprimento antecipado da pena nos casos de pena restritiva de direitos. Ora, com mais razão ainda deve-se coibir a execução provisória da pena privativa de liberdade, por se tratar de medida muito mais grave, não sendo plausível que a admitam sob pena de ferir o princípio da isonomia, como também fere o direito de defesa do acusado que deveria estar presente em todas as fases processuais, desequilibrando a relação entre o Estado (pretensão punitiva em aplicar a pena) com o acusado (direito de se defender até que se esgotem os caminhos). Eros Grau também defendeu que cumprir a execução da pena privativa em momento anterior do trânsito em julgado da decisão é a mesma

²²⁶ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 2019, 16ª Ed. Saraiva Jur.

coisa que considerar o indivíduo já culpado, o que vai de encontro com o que estabelece a Constituição. Para ele, somente pode haver prisões a título cautelar antes da condenação transitar em julgado, como por exemplo as prisões em flagrante, as prisões temporárias ou as prisões preventivas.

Ressalta-se que, mesmo que cogitado na ocasião, a tese de rarefazer progressivamente este princípio constitucional ao passo que fosse sobrevivendo os próximos graus de jurisdição caiu por terra. Assim, este “novo” princípio recepcionado pela legislação somente se esvairia quando se obtém o caso julgado formal, de forma que se torna um obstáculo expressamente previsto na Constituição Federal a restringir a atividade punitiva estatal, sendo de tarefa da Corte Constitucional fazer imperar o que foi ali determinado.

Continuando a tese desfavorável à execução antecipada da pena, informou existirem outros meios menos gravosos e que são igualmente eficazes, mas que garantem os outros direitos fundamentais, como, por exemplo, a prisão preventiva, canonizando, assim, o princípio da proporcionalidade, mas que evidentemente necessitariam estar presentes os requisitos legais para tanto. É evidente que para também assegurar os interesses da coletividade, pode-se admitir alguma modalidade de prisão cautelar, mas que deve ser devidamente fundamentada.

Ressaltaram que sua admissão seria melindrosa, por infringir não somente a presunção de inocência, mas também a dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade.

Em contrapartida, os Ministros Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Menezes Direito entendiam que era inconcebível que a execução provisória da pena fosse restringida em razão da existência de julgamento dos recursos extraordinário e especial, haja vista a abrangência da matéria se limitar a questões de direito, não sendo ali relevantes questões de fato. Uma vez observado o devido processo legal, tendo o Ministério Público comprovado a autoria, a materialidade e a imputabilidade, e tendo o juiz sentenciado pela condenação, significaria dizer que tudo o que fora apontado nos autos, como também o conjunto probatório, convergem neste sentido.

Por esta razão, entendiam que a proibição da execução antecipada da pena seria equipotente a agraciar estes recursos com o efeito suspensivo, indo contra o que prevê a legislação (artigo 637, do CPP e artigo 27, §2º, da Lei 8.038/90). Aliás, da mesma

forma, sequer era uma medida autoritária, pois diversos países liberais a têm como constitucional, como Canadá e França, sendo que somente o Brasil estaria condicionando a execução da pena ao julgamento da Suprema Corte, mesmo após garantido o duplo grau de jurisdição. Neste óbice, sustentavam que até a própria Convenção Americana de Direitos Humanos presumia um duplo grau de jurisdição, e não um “triplo grau de jurisdição”, fato este que fomentaria ainda mais a ideia de que o princípio da não culpabilidade não seria acometido.

Ademais, insistiam na necessidade em considerar a sentença ou o acórdão como sendo uma ordem escrita e fundamentada proferida por uma autoridade judiciária competente, com base em provas produzidas nos autos, possuindo igual credibilidade, se revestindo de um título possível de ser executado.

Equivocadamente, consideraram que essa execução antecipada da pena seria provisória e assim não afetaria o que pressupõe a própria legislação (artigo 105, da Lei de Execuções penais) que condiciona a execução da pena à imposição de expedir a guia de recolhimento, a qual somente pode ser realizada se houver o trânsito em julgado da decisão. Seria, assim, expedida guia de recolhimento provisório, os recursos extraordinários recebidos em seu efeito devolutivo, e o condenado poderia recorrer o que seria de seu interesse, porém sem impedir o seu encarceramento prisional.

Desta forma, expedia-se uma ordem de prisão pelo órgão competente, não violando os direitos e garantias individuais, vez que passou pelo crivo de cognição plena e exaustiva das instâncias ordinárias. Para eles, admitir a prisão cautelar, realizada em sede de juízo sumário que não causou exaurimento de todas as instâncias e não reconhecer a execução provisória da pena era irrefutável contradição.

Acresce-se a demonstração da função social da execução provisória da pena, por ser uma forma de resposta tempestiva à violação das normas previstas nos ordenamentos penais, que podem trazer consequências positivas para a sociedade.

Também, admitir a prisão em segunda instância seria uma forma de inibir práticas forenses que buscavam, cada vez mais, prolongar o processo penal e impedir que o indivíduo seja efetivamente punido, devendo sopesar tanto a proteção dos direitos do réu como os direitos e interesses da sociedade, a qual também necessita de ampla proteção pelo Estado.

6.4.5. HC nº 126.292/SP, DE 17 DE FEVEREIRO DE 2016²²⁷

Após transcorrer quase 7 anos com o entendimento pacificado da (clarividente) afronta à Constituição da execução provisória da pena, foi dirigido outro *Habeas Corpus* ao Supremo Tribunal Federal. Por 7 votos a 4, voltou a mudar a jurisprudência da corte e afirmou a possibilidade de execução da pena após a confirmação da condenação pela segunda instância, podendo esse cumprimento ser provisório ou não a depender da comprovação dos fatos no processo, proporcionando um novo reverso na história da presunção de inocência.

O HC nº 126.292/SP foi impetrado em desfavor de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em fevereiro de 2016, trazendo à tona o questionamento em um caso que versava sobre um roubo majorado (artigo 157, §2º, inciso I e II, do CP) apenado em cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, com o direito de recorrer em liberdade. Inconformada, a defesa apresentou recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, sucessivamente, negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o réu. Diante do mandado de prisão expedido, foi impetrado Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, porém novamente indeferido, razão pela qual foi apresentado o presente.

Em Plenário, novamente os votos ficaram divididos. De um lado, os Ministros Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Roberto Barroso e Teoria Zavaski votaram a favor da execução provisória da pena.

Com a maioria dos votos, e a conseqüente mutação constitucional, novamente sustentaram o que já haviam sustentado nas outras oportunidades, razão pela qual serão expostos somente novos argumentos que forem relevantes.

Um dos pontos foi o debatido em sede do HC nº 68.726/RJ, segundo o qual, por não estar previsto o efeito suspensivo aos recursos extraordinários e como já houve o esgotamento das instâncias ordinárias, nada obstará o cumprimento provisório de pena. Inclusive, segundo eles, é justamente o fato de somente ter efeito devolutivo que demonstra a harmonização entre a presunção de inocência e a efetividade da tutela jurisdicional do Estado, o que justificaria o cumprimento antecipado da pena.

²²⁷ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

Voltou a debater a sua natureza jurídica e, segundo o voto proferido na época, esta prisão teria natureza jurídica de prisão processual, constituindo uma exigência de ordem pública imprescindível para assegurar a credibilidade no Judiciário e no sistema penal. Além disso, afere-se que não restaria o condenado ausente de respaldo jurídico diante de algum juízo equivocado que viole seus direitos e garantias, por ainda ser possível a impetração de *habeas corpus* ou mesmo medidas cautelares.

Ademais, nesse momento processual certas coisas já são irrefutáveis, como por exemplo a materialidade e autoria do delito. Levando em consideração que os recursos extraordinários servem apenas para discutir questões de direito, ficaria autorizado o cumprimento da pena nesta altura, argumento reiterado quando do julgamento do HC nº 69.964/RJ e HC nº 84.078/MG.

Outrossim, buscou-se demonstrar a admissão da execução provisória da pena nos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Alemanha, Portugal, França, entre outros, que, após a observância do duplo grau de jurisdição, não suspendiam para aguardar o julgamento pela corte superior, justamente por não condicionarem a execução da pena ao trânsito em julgado, o que, na óptica do pesquisador, definha a presunção de inocência. Para eles, os recursos de substância extraordinária buscam preservar o sistema normativo, e não analisar se a decisão foi justa ou não.

Salientou ainda que os recursos extraordinários, diante da necessidade de demonstrar a existência de repercussão geral, são, em grande parte, infrutíferos por ausência dos requisitos de admissibilidade, o que fomenta a ideia de que tais recursos possuem caráter evidentemente protelatórios com o fito de obter a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Já a corrente vencida, formada pelos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski (presidente) e Rosa Weber, depreendiam a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, defendendo a manutenção da jurisprudência já fixada no Supremo Tribunal Federal para consagrar o princípio da segurança jurídica.

Em adição às teses outrora nutridas, demonstraram que era impossível dar à presunção de inocência as diversas interpretações, diante do modelo garantista da Constituição Federal. A Carta Maior é clara ao dispor sobre esta garantia e admitir esta modulação reiterada seria inoportável com o ordenamento jurídico vigente, por promulgar uma emenda constitucional via interpretação constitucional, ou seja, toda vez se reescreve

uma norma jurídica quando se altera a interpretação. É, assim, temerário, em razão da existência do instituto da mutação constitucional.

Consoante eles, trata-se de uma real presunção de inocência, e não uma presunção de não culpabilidade, de forma que somente pode ser afastada mediante uma decisão transitada em julgado, sendo inadmissível tratar o acusado como condenado fosse antes deste marco temporal.

Ademais, retornou o argumento de que é impossível, na esfera penal, diferentemente do que ocorre no âmbito cível, que se retorne ao *status quo ante* se reformada a decisão, e os prejuízos são imensuráveis.

Por esta decisão possuir caráter não vinculante, a qualquer momento poderia ser tomada uma nova posição por parte do STF.

6.4.6. JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADC Nº 43 E 44/DF, DE 5 DE OUTUBRO DE 2016²²⁸

Naturalmente, o entendimento proferido naquela oportunidade não agradou a todos, especialmente a Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional.

Juntos e entendendo pela indispensabilidade do previsto no artigo 283 do CPP²²⁹, exteriorizaram ao Supremo Tribunal Federal as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 (PEN) e 44/DF (OAB), em razão da axiomática contradição frente à Constituição Federal.

Nesta oportunidade foi julgada a medida cautelar destas ações, porém, indeferida por maioria dos votos.

Sustentavam que as hipóteses de prisão estavam ali estampadas na lei (artigo 283, do CPP), e admitir a modalidade de prisão como foi decidido no HC nº 126.292/SP (prisão *sui generis*) seria impossível e violaria inclusive o princípio da reserva legal ao aceitar essa criação de gênero de prisão através de decisão aditiva. Por isso, postularam a concessão de liminar buscando a declaração de inconstitucionalidade da execução provisória da pena e a suspensão das que estivessem sendo cumpridas. Quanto ao

²²⁸ (<https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2018/04/09085221/Medida-Cautelar-na-ADC-44DF.pdf>)

²²⁹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

mérito, requereram a declaração de constitucionalidade do artigo 283, do CPP com as garantias e direitos previstos na Constituição, promovendo, alternativamente, que se vede a prisão em segunda instância até que se julgue o mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, a qual posteriormente reconheceu o estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário brasileiro²³⁰, que posteriormente irá ser objeto de análise.

Ao julgar as medidas cautelares destas ações, os votos novamente ficaram divididos, todavia uma nova corrente se formou. Esta nova tese baseava-se na ideia de que o cumprimento da pena de forma antecipada apenas seria admissível após o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, ou seja, até terceira instância.

A corrente vencedora reiterou os argumentos utilizados no HC nº 126.292/SP e novamente admitiu-se a execução provisória da pena, possuindo relevo a tese que norteava a atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinários somente excepcionalmente, nos termos do artigo 637, do CPP²³¹ combinado com o artigo 1.029, § 5º, do CPC²³², por meio da interpretação extensiva e aplicação analógica do Código de Processo Civil, contando com os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Teori Zavaski.

Outro argumento levantado que vale mencionar é que, ainda que considerando o que dispõe o artigo 283, do CPP²³³, este não se dirigiria a todos e quaisquer tipos de prisão,

²³⁰ Em recente decisão liminar da ADPF 347/DF, ficou reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, pois – de fato não configura nenhum ineditismo –, primeiramente, diante da precariedade dos estabelecimentos, infelizmente fica clara a impossibilidade de cumprir com as finalidades da pena, e muitas vezes estimula a reincidência. Depois, é clara a inércia do Estado no que tange à proteção efetiva aos direitos fundamentais, dignidade, integridade psíquica e higidez física do apenado, de tal maneira que foi considerado, nesta oportunidade, como um tratamento degradante e indigno dos que ali estão em custódia, convertendo-se estas punições em penas cruéis e desumanas.

²³¹ Art. 637. 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) e dos artigos 995 (Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

²³² Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...) § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II – ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

²³³ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

mas somente àquelas ali previstas. Como a ordem de prisão em segundo grau decorreria de ordem escrita e fundamentada por autoridade competente, haveria harmonia com o artigo 283, do CPP e com o artigo 5º, inciso LVII, da CF.

Também, mesmo que condicione a prisão ao trânsito em julgado da decisão, foi defendido que esta regra não seria conflitante com a regra especial que agracia efeito imediato aos acórdãos que somente são impugnáveis mediante recursos excepcionais, que normalmente não possuiriam efeito suspensivo.

Neste óbice, como a presunção de inocência é um princípio e não uma regra, a garantia deve ser analisada e admitida harmonizando com os demais princípios estampados na Constituição, de forma a ser conjuntamente interpretada. Diante disso, ao ponderar com a duração razoável do processo e a efetividade do sistema penal, a execução da pena seria uma medida adequada.

Esta corrente foi além defendendo que, mesmo diante do disposto no artigo 5º, inciso LVII, é possível executar a pena antecipadamente, pois as instâncias ordinárias possuem sim competência e técnica para julgar um caso efetivamente, e entender o contrário seria dizer que a própria Constituição presume a incapacidade dos juízos ordinários. De mais a mais, não é de competência do STJ e do STF, quando do julgamento dos recursos especiais e extraordinários, servir como terceira e quarta instância para reanalisar os casos em virtude da insatisfação da parte interessada, e sim cabe a eles a estabilização e uniformização de entendimentos que se contradizem e causam insegurança jurídica.

Ainda, sustentaram a necessidade de prevalecer o interesse social, ponderando os direitos das vítimas relacionados à segurança e dignidade com a proteção do direito à liberdade do condenado, por ser usual o sentimento de impunidade e procrastinação dos casos penais.

Ao pedir que se reconheça a inviabilidade em se alterar o entendimento vigorante de 2009 a 2016, o requerente pediu respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal, de forma análoga, para que vigore o entendimento jurisprudencial menos grave. Em resposta, os ministros entenderam que a questão versa sobre matéria processual, designadamente sobre a dinâmica do processo, e não de direito penal, razão pela qual sua incidência é imediata.

Ademais, mesmo que reconhecida a declaração do estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário²³⁴, não teria antinomia com a execução da pena, posto que não é fundamento nem justificativa para interpretação das regras relacionadas ao processo penal. Naquela oportunidade, também, não foi sugerido sequer soluções para o sistema penitenciário que visassem a melhoria dos estabelecimentos, e embaraçar os casos em que seria legítima a determinação de sanções por parte do Estado somente com base neste argumento debilitado e fraco seria absolutamente perigoso.

No que concerne ao atentado ao princípio da reserva legal, defendiam que, além da Constituição possibilitar o seu reconhecimento, esta orientação possuía base em razão do disposto no artigo 637, do CPP, de forma que a execução provisória da pena adviria logicamente do efeito atribuído aos recursos extraordinários.

Em contrapartida, teve Ministros que insistiam na inadmissibilidade da execução provisória da pena, diante do artigo 5º, inciso LVII, da CF e artigo 283, do CPP, mas que tiveram seus votos vencidos.

Segundo eles (Ministro Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber) era cristalino o estampado na CF, no sentido de condicionar a pena à culpa consolidada, de forma que uma é pressuposto para a outra, a fim de resguardar e não assolar a garantia constitucional.

Idem, impossível seria exteriorizar a inconstitucionalidade do artigo 283, do CPP, que apenas reproduziu uma cláusula pétrea anteriormente concebida pela Carta Magna, a qual sequer pode ser objeto de restrição pelo poder constituinte derivado, inclusive sendo de opção do legislador que, ao invés da fadiga do duplo grau de jurisdição, sobressaia a imperatividade do trânsito em julgado para firmar a culpa do indivíduo. Logo o STF deve praticar política criminal com amparo nesta Carta, não em face dela.

Já sobre a fortuita ineficácia do sistema de punição brasileiro advinda da excessiva impugnação de decisões judiciais que se revestem de caráter protelatório, bem como pelo aumento da sensação de impunidade dos delinquentes, conveniente seria uma reforma iniciada pelo Poder Legislativo do sistema processual buscando proporcionar

²³⁴ O Partido Socialismo e Liberdade buscou, através da ADPF 347, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro pelas lesões a preceitos fundamentais - leia-se, deplorável situação da população prisional, longe de possuir o caráter de ressocialização do indivíduo - diante das ações/omissões/inércia por parte do Estado com os que se encontravam cumprindo pena, o qual foi reconhecido pelo STF

maior efetividade do sistema, e não suprimir os direitos e garantias inerentes à qualidade de cidadão expressamente previsto tanto na Constituição Federal, como em tratados internacionais.

Soma-se o fato de que foi reconhecido pelo STF as condições indignas e degradantes do sistema carcerário brasileiro, problema este que é reflexo da ausência de políticas públicas capazes de fornecer um mínimo de dignidade aos que se encontram encarcerados, o que torna controverso o cabimento da execução provisória da pena, vez que contribuiria para a superlotação dos estabelecimentos.

As contradições não se esvaem ali, haja vista a decisão tomada no julgamento do HC nº 69.696/SP declarando a não recepção dos revogados artigos 393, inciso II e 408, § 1º, ambos do CPP, que determinavam que o nome do réu seja incluído prematuramente no rol dos culpados. Como, por um lado, proíbem o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, e ao mesmo tempo, admitem a execução antecipada da pena, a qual é flagrantemente mais grave para o indivíduo, ainda mais com a situação humilhante dos presídios brasileiros? É, portanto, demasiada a controvérsia.

Ainda neste julgamento, foi levantada uma outra orientação intermediária entre as outras pelo Ministro Dias Toffoli. Os argumentos que basearam seu entendimento se dirigem ao fato de que a presunção de inocência somente se esvai quando ocorresse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não até o esgotamento dos recursos ordinários. Para ele, as ideias dispostas no artigo 283, do CPP e no artigo 5º, inciso LVII, da CF, seriam suficientes para inibir o cumprimento antecipado da pena, de forma que resta irrelevante o questionamento sobre os efeitos dos recursos extraordinário e especial.

Isto pois, segundo ele, como o recurso especial é o instrumento recursal adequado para tutelar o direito federal e, nos casos de eventuais ilegalidades de caráter individual, neste âmbito ficaria solucionado, diferentemente do que ocorre no recurso extraordinário, pois as correções ultrapassam o cunho individual, é possível entender como requisito para a formação de culpa o trânsito em julgado após esgotar ao menos a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, posteriormente viabilizando a execução provisória da pena. Porém, vez que a formação definitiva de culpa se sujeita a um juízo de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sobeja ao Superior Tribunal de Justiça a última interpretação e análise da legislação federal. Desta forma, seria dado a Ele a constituição da culpa e o conseqüente trânsito em julgado, e a execução provisória da

pena se iniciaria após o esgotamento dos recursos especial ou agravo em recurso especial, como uma forma de releitura do artigo 283, do CPP diante da Carta Magna.

Com base nestes argumentos que já tinham sido levantados anteriormente no HC nº 69.964/RJ, HC nº 126.292 e HC nº 84.078/MG, foi requerida a conformidade com a Constituição do artigo 283, do CPP, vedada a execução provisória da pena quando houver o esgotamento das instâncias ordinárias.

Entretanto, em outubro de 2016, ao finalizar o julgamento da presente Medida Cautelar, o Plenário, por maioria dos votos, decidiu manter o posicionamento consolidado no HC nº 126.298, declarando a constitucionalidade da execução da pena antecipada após o esgotamento das instâncias ordinárias, estancando quaisquer dúvidas que permeavam sobre o assunto. Porém, o fato de não ter analisado o mérito da ação, causou grande insegurança jurídica.

Declarou-se, assim, a coerência com a Constituição da prisão em segunda instância nas hipóteses em que haja a confirmação da condenação em segundo grau, exceto se concedido efeito suspensivo mediante decisão judicial fundamentada.

6.4.7. ARE Nº 964.246-RG/SP, DE 10 DE NOVEMBRO DE 2016²³⁵

Após transcorrer aproximadamente um mês da decisão pela constitucionalidade da execução provisória da pena em sede de Plenário Virtual pelo Supremo Tribunal Federal, novamente, diante da repercussão geral demonstrada no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246/SP²³⁶, chegou a reiterada análise da conformidade com a Constituição da prisão em segunda instância, em um caso relacionado à uma confirmação de condenação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo pela prática de roubo majorado (artigo 157, § 2º, incisos I e II, do CP), oportunidade em que fora determinado o cumprimento provisório da pena.

O Plenário, outra vez, se dividiu.

Aos que votaram pela admissibilidade da execução provisória da pena (Ministros Cármen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Roberto Barroso e Teori

²³⁵ (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>)

²³⁶ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>

Zavaski), assim o fizeram com base nos argumentos anteriormente pronunciados no julgamento do HC nº 126.292/SP e na Medida Cautelar na ADC nº 43 e 44/DF.

À tese vencedora acresceu um novo fundamento. Segundo ele, o recurso extraordinário era utilizado basicamente para que somente prolongue o procedimento penal na prática forense, se revestindo de caráter exclusivamente protelatório para que a ação prescreva. Para eles, esta modalidade de recurso não serve mais para rediscutir mérito da causa, ou tão-pouco carrega tópicos a rediscutir culpabilidade ou a medida da pena, mas sim prolongar a trajetória processual incessantemente.

Por outro lado, a tese vencida (Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski) ainda sustentava a prisão em segunda instância, bem como teceu imensas críticas relacionadas ao regime de repercussão geral que fora submetido o tema, vez que sequer foi apaziguado o tema no Plenário na época, haja vista ainda estar irresoluto o mérito da ADC nº 43 e 44/DF.

Insta ainda salientar que a Ministra Rosa Weber, apesar de possuir assento na ocasião, foi omissa em relação ao tema, optando por não votar sobre o assunto.

Todavia, a tese vencedora foi, novamente, aquela que entendeu pela harmonia da execução provisória da pena com o princípio da presunção de inocência, mesmo que ainda esteja pendente o recurso especial ou extraordinário.

6.4.8. HC Nº 152.752/PR, DE 4 DE ABRIL DE 2018²³⁷

Nesta ocasião, após o julgamento das medidas cautelares, foi remetido ao Supremo Tribunal Federal um *Habeas Corpus* buscando a inconstitucionalidade do entendimento que vigorava na época, em um caso de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Diante do aspecto federal da matéria, o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, que foi condenado em primeira instância pelas Varas Federais, posteriormente teve sua condenação confirmada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, razão pela qual foi ordenado o cumprimento provisório da pena imposta.

Após sanada a divergência nas Turmas do STF sobre a admissibilidade de *Habeas Corpus*, haja vista a possibilidade de recorrer pelas vias normais de recursos, com a

²³⁷ (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>)

maioria dos votos pendendo para o seu cabimento, os autos foram remetidos para a apreciação do mérito.

Os votos se divergiram e novos pontos foram colocados em pauta. Os Ministros que votaram pela denegação da ordem e a consequente perduração do cumprimento provisório da pena (Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luiz Fux, Roberto Barroso e Rosa Weber), assim o fizeram com base nas teses já proferidas em julgamentos anteriores, tais sejam, no HC nº 68.726/RJ, HC nº 69.694/RJ, HC nº 126.292/SP, ARE nº 964.246-RG/SP e na Medida Cautelar na ADC nº 43 e 44/DF. Somou-se a isso o fundamento de que não é somente necessária a uniformização da jurisprudência, mas também a manter coesa, consistente, invariável e plena.

Outrossim, diante da carência de revisão deste tema pelo controle abstrato de constitucionalidade, é impensável que se alegue qualquer ilegalidade ou abuso de poder no que se refere à decisão do Superior Tribunal de Justiça que manteve o cumprimento provisório da pena imposta pelo TRF da 4ª Região, porquanto somente seguiu a outrora jurisprudência pacificada no STF.

Em contrapartida, os Ministros que ainda buscavam a inconstitucionalidade da execução provisória da pena diante do previsto nos artigos 5º, inciso LVII, da CF e 283, do CPP, repisaram nos argumentos anteriormente enunciados.

Essa corrente, formada pelos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, ainda acresceu que, além da confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, seria necessário evidenciar as razões que levariam a crer ser necessário a imposição da custódia cautelar do indivíduo, pois a própria Constituição delimita as hipóteses de prisão (artigo 5º, inciso LXI)²³⁸, bem como é necessário a fundamentação das decisões por parte dos órgãos do Poder Judiciário (artigo 93, inciso IX)²³⁹.

O Ministro Dias Toffoli seguiu outra corrente, da mesma forma que sustentou em sede do julgamento da Medida Cautelar na ADC nº 43 e 44/DF, insistindo na imprescindibilidade em se aguardar, ao menos, o julgamento dos recursos especial ou agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, posto que é último

²³⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

²³⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

momento processual onde se analisa a culpa do agente em que se pode, eventualmente, obter reforma da decisão.

Já o Ministro Gilmar Mendes seguiu no sentido de que é importante que se resguarde a ordem pública, bem como que é possível o cumprimento antecipado da pena após a análise pelo Superior Tribunal de Justiça, seguindo o mesmo pensamento de Roberto Barroso e Dias Toffoli, respectivamente, formando a quarta corrente.

Para ele, a execução provisória da pena seria possível dependendo da natureza do crime, sua gravidade ou a quantidade de pena, não sendo uma medida automática a todas as hipóteses quando da confirmação em segundo grau. Inclusive, conforme seu voto, esta questão da automaticidade da prisão após a confirmação da condenação em segundo grau fez com que alterasse o seu entendimento. Aduziu que houve uma má interpretação da tese formulada pelo STF, a qual devia ser considerada uma possibilidade e não uma obrigação.

Consoante ao seu voto, pugnou pelo trânsito em julgado progressivo – o Ministro defende que há uma progressiva edificação da culpa do agente, de acordo com o esgotamento das instâncias anteriores -, pelo qual o cumprimento antecipado somente se justificaria após o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça. Sua viabilidade teria cabimento se o condenado não recorresse sobre questões relacionadas às penas aplicadas ou, caso apele, não impugnasse questões que, de alguma forma, interviesse na pena anteriormente imposta. Poderia, portanto, iniciar o cumprimento de pena após o julgamento em segundo grau nos casos de crimes graves, pelos quais seriam condenados, via de regra, ao cumprimento de pena em regime fechado, garantindo, desta forma, a ordem pública e a aplicação da lei penal.

Ademais, pelo que se depreende do seu voto, teria as seguintes hipóteses que autorizariam o cumprimento antecipado da pena: a) nos casos em que a pena imposta fosse incontestada e não tenha o réu recorrido; b) se a questão impugnada em recurso já foi objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça ou Pelo Supremo Tribunal Federal; c) e nos casos de crimes graves apenados e imposto o cumprimento em regime fechado.

Com a maioria dos votos, a decisão final foi por denegar a ordem, mantendo-se a prisão em desfavor do ex-presidente. Afere-se, portanto, que o entendimento foi mantido, tanto nas Medidas Cautelares das ADC 43 e 44/DF, quanto no HC ora analisado. Por estar

aguardando o julgamento do mérito, foram juntadas, por prevenção, à ADC nº 54, reabrindo novamente o tema para que o STF se pronunciar.

6.4.9. JULGAMENTO DO MÉRITO NAS ADC 43, 44 E 54, EM 07 DE NOVEMBRO DE 2019²⁴⁰

Finalmente, em 07 de novembro de 2019, foi colocado um ponto final - ao menos é o que parece – na oscilação de entendimentos sobre a execução antecipada da pena.

O que antes era um fato relativo, restou firmado em Plenário do STF a inconstitucionalidade deste instituto, diante do disposto no Código de Processo Penal no artigo 283, o qual é claro ao estipular o trânsito em julgado como marco para o início do cumprimento de pena.

Cumprir salientar que estas ações proporcionaram pela primeira vez em sede de controle de constitucionalidade a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a todos os demais casos que tenham o mesmo objeto.

Buscaram, a fim de louvar a democracia e considerando aqueles que lidam diariamente com a seara criminal, ouvir o entendimento sobre a questão da sociedade civil, por meio do instituto do *amicus curiae*, para melhor refletir sobre o assunto, como Jürgen Habermas (teoria da ação comunicativa) e Hans Kelsen ventilaram em seus anos de vida dedicados ao estudo da democracia.

Os votos, como costumeiro, ficaram divididos. Dos 11 ministros presentes, 6 entenderam inconstitucional a execução provisória da pena. Fato este que, vale ressaltar, não restaurará os dias de injustiça e os dias extorquidos daqueles que, rudemente e arbitrariamente, cumpriram as penas inconstitucionais nos últimos anos, mas que indubitavelmente é um marco importante para a restauração da segurança jurídica do país e o “retorno” do reverência aos direitos fundamentais.

De um lado, venceram os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, votando pela constitucionalidade do artigo 283, do CPP, retornando à cognição professada na resolução do HC nº 84.078/MG, mas, doravante, com efeito vinculante e *erga omnes*, restando o cumprimento de pena privativa de liberdade somente admitido após ocorrer o trânsito em julgado da decisão

²⁴⁰ (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>)

penal condenatória. Todavia, evitando maiores delongas por não ser o foco do presente estudo, insta salientar que esta decisão não se aplica ao Tribunal do Júri, que posteriormente foi objeto de análise também em sede de Plenário pelo STF. Diferente do procedimento “comum”, no Júri há o veredito, e sobre ele o júri tem soberania.

Não obstante o argumento de que no Brasil existem 4 instâncias de julgamento, peculiar ao país, cumulada com a tese do excessivo número de recursos que resulta muitas vezes na prescrição, aumentando o sentimento de impunidade, foi defendido que simplesmente o fato de ter uma única prisão sido decretada de forma injusta com base na confirmação do segundo grau, e tenha sido esta posteriormente reformada nas instâncias superiores, justificaria a relevância de se aguardar pela decisão imutável.

Foi demonstrado tanto em Plenário como no estudo realizado²⁴¹ as porcentagens quanto ao êxito nas impetrações de *habeas corpus* no STJ e STF, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Com base nisso, conclui-se que em julgamento pelo STJ, a porcentagem de êxito, seja total ou parcial, oscilou entre 45% (o menor), em 2014 e 75% (o maior) em 2010, perfazendo uma média de 54,5%. Em 2016, o índice foi para 49%, também em razão do ajuizamento das ADC 43 e 44/DF, fato este que motivou os autores a analisarem mais decisões de méritos que foram favoráveis.

Das 770 decisões:

- 5 decisões substituíram as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos;
- 11 decisões afastaram o caráter hediondo do crime, permitindo a alteração de regime menos gravoso;
- 4 decisões diminuíram a pena por ausência de fundamentação idônea para o aumento que foi aplicado;
- 19 decisões diminuíram a pena, compensando a confissão espontânea com a agravante da reincidência;

²⁴¹ FILHO, Davi Eduardo Depiné. MUNERATTI, Rafael. Execução Antecipada da pena – A profecia que se autocumpre. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-antecipada-da-pena-a-profecia-que-se-autocumpre-22102019>, 2019, acessado em setembro/21.

- 44 decisões alteraram a pena ou o regime imposto em razão da prática de crime de tráfico de drogas;
- 4 decisões optaram pela absolvição do acusado, em razão do princípio da insignificância;
- 117 liminares concedidas para alterar o regime inicial de cumprimento de pena diante das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF

Em análise dos recursos especiais e agravos em recurso especial, foram analisadas 591 decisões, formando um total de 44% de êxito:

- 240 decisões com deferimento total ou parcial;
- 21 ordens de habeas corpus concedidas de ofício em sede dos recursos;

Já no STF, foram analisadas 282 decisões em 2016:

- 32 decisões concessivas de ordem, total ou parcial;
- 10 concessões com base nas súmulas 718 e 719/STF
- 4 decisões diminuíram a pena e o regime fixado ao reconhecerem a ocorrência de privilégio no crime de tráfico de drogas;
- 3 decisões diminuíram a pena aplicada.

Em 2017, as concessões totais ou parciais dos habeas corpus impetrados no STJ giraram em torno de 50,48%, enquanto no STF, das 494 decisões de mérito analisadas:

- 43 obtiveram êxito, parcial ou total, 8,7% de sucesso;
- 11 de 71 impetrações terem sido julgadas favoráveis para a aplicação das súmulas 718 e 719/STF;
- 19 concessões alterando o regime inicial de cumprimento de pena;
- 2 decisões reduzindo a pena;
- 4 decisões reconhecendo a atipicidade do crime, em razão do princípio da insignificância;

Em 2018, em sede do STJ, foram analisadas 9.731 decisões, dentre as quais 6.068 tiveram êxito, total ou parcial, perfazendo um total de 61,84%. Já no STF, das 262 decisões analisadas neste mesmo ano:

- 41 obtiveram êxito, total ou parcial, correspondente a 15%;
- 9 de 60 pedidos de aplicação das súmulas 718 e 719/STF foram concedidas;
- 17 decisões alterando o regime inicial de cumprimento de pena;
- 3 concessões para alteração de regime inicial;
- 2 decisões reconhecendo o privilégio para o crime de tráfico de entorpecentes;
- 2 decisões optando pela redução da pena;
- 7 decisões reconhecendo a atipicidade da conduta por insignificância e ausência de lesão ao bem jurídico tutelado.

Tais dados colhidos são suficientemente significativos para que se observe a literalidade do texto constitucional, a fim de obstar prisões injustas e/ou indevidas. Estas liberdades restringidas injustamente, decorrentes de condenação em segunda instância, mas que posteriormente fossem de alguma forma modificadas, acarretaria em uma grande injustiça estatal, pois são impossíveis de devolver ao indivíduo (retornar ao *status quo ante*), como bem delineado outrora. Diferente da seara cível, a liberdade de locomoção é algo que não pode ser satisfeito através da indenização monetária. É sempre preferível, evidentemente, se aventurar em absolver um culpado do que condenar alguém inocente.

Em alternativa, o Ministro Gilmar Mendes novamente digladiou sobre a distorção dos julgamentos realizados no STF quando autorizou a execução provisória da pena, demonstrando a ausência de explicação adequada. Segundo ele, diferentemente do que os tribunais estavam aplicando na prática, esta prisão não possui caráter obrigatório, mas depende da análise de cada caso em concreto, como também exige a comprovação da imperatividade da custódia, o que não estava sendo observado pelos tribunais, os quais estavam determinando automaticamente a prisão após o esgotamento da segunda instância que, por seu turno, feria o princípio constitucional da presunção de inocência.

Neste óbice, aliás, exigir que a decisão final transite em julgado não impede as demais modalidades de prisão preventiva previstas no CPP²⁴², desde que fundamentadas, mas uma prisão baseada unicamente no veredito condenatório só pode ser determinada após o quebranto recursal, quando não restasse dúvida quanto à sua culpabilidade.

Da mesma forma, todos devem repudiar as atividades delituosas e lutar contra os criminosos, todavia é infundada o que dizem ser a presunção de inocência um obstáculo à jurisdição, haja vista a primordialidade em se observar direitos e garantias básicas daqueles que estão sendo investigados.

No que concerne ao sentimento de impunidade, o Ministro Dias Toffoli discorreu que o sistema judiciário possui um mecanismo para precaver o descomedimento dos recursos quando possuem caráter unicamente protelatório, objetivando a prescrição do crime e a consequente extinção de punibilidade.

Os vencidos, os Ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Luis Fux e Roberto Barroso, julgaram improcedente a ação.

Para eles, o princípio da presunção de inocência não restaria representado com a prisão do réu apenas no final do julgamento, pois é necessário que se harmonize conjuntamente com demais dispositivos constitucionais que tratam da prisão, como o devido processo legal e as hipóteses de prisão expressamente previstas, para assim proporcionar à justiça a devida efetividade.

Ademais, a juridicidade da lei penal se deve, mormente, pela certeza do veredito, de maneira que sua escassez aflora um conceito mutual de impunidade. Em outro óbice, cabe também ao sistema penal a garantia da valência dos devidos procedimentos legais elementares, designadamente as garantias de defesa.

Nesta lógica, foi defendido que a presunção de inocência, em verdade, se exaure após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, vez que se encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado (ressalvada a estreita via da revisão criminal), pois resta apenas às demais instâncias verificações relacionadas à matéria de direito, defendendo, inclusive, que o cumprimento da decisão se refere a um mandamento de ordem pública.

²⁴² Artigo 312 e 313, do CPP.

Barroso ainda discorreu como elemento chave a favor do instituto que interpretar a Constituição à rigor seria beneficiar, em grande parte, os acusados detentores de uma condição financeira mais favorável, por disporem de mais meios para levar o processo até a última instância, protelando o processo e sua condenação enquanto desfruta de sua liberdade quando não deveria, fato este que fomenta a ideia de impunibilidade do agente.

Por fim, e evitando maiores delongas, por já ter sido exaustivamente debatido e demonstrado os principais argumentos em sede de julgamento, aduziram que desprezar os julgamentos proferidos até segundo grau seria uma ofensa aos que ali desempenham sua função, sendo inadmissível que seja visto como tribunais de mera passagem. Subestimar estes juízos, os quais observaram o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e todas as demais garantias do processo penal, demonstraria fraqueza do Poder Judiciário. Assim, aos favoráveis à prisão em segunda instância, o princípio constitucional não fica afetado, pois é formada a segurança jurídica quando se esvai o segundo grau.

Ante ao exposto, sepulta-se a constante alteração de entendimentos que perduraram por muitas décadas que é advinda do ativismo judicial, relacionado ao clamor social e a necessidade do combate à corrupção, crime que assolou e ainda assola a nação, trazendo imensos prejuízos de ordem econômica e social.

Evidente que, do ponto de vista técnico, é um caso bastante simples, vez que o texto constitucional é claro ao estipular a presunção de inocência e a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para que o condenado possa iniciar o cumprimento de pena. Porém, a discussão foi tomada por falsos moralismos, de um ponto que até tornou cego e irracional o sistema judiciário brasileiro. Foi, portanto, um marco da luta pelos direitos de defesa, restaurando-se o princípio da presunção de inocência como deve ser.

6.5. CRÍTICA AOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA.

Para concluir, e para assim buscar atingir os objetivos do estudo, passar-se-á à análise criteriosa dos principais argumentos utilizados pelos Ministros favoráveis à execução antecipada da pena.

6.5.1. OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS SE LIMITAM À APRECIÇÃO DA MATÉRIA DE DIREITO

Este foi um dos principais argumentos para justificar a restrição da garantia da presunção de inocência em todas as oportunidades em que autorizou o cumprimento antecipado da pena. Por não haver reavaliação fática, afirmou-se ser mínima a possibilidade de reforma ou anulação do acórdão proferido pelo tribunal. Num primeiro plano, há que se diferenciar a culpabilidade fática - adotada pelo modelo norte-americano em que se assenta no paradigma de controle social do delito -, da culpabilidade normativa, adotada pelo Brasil, amoldado na característica da presunção de inocência de cláusula pétreia e reitor do processo penal, ou seja, o conceito normativo exige a defluência completa do processo até que a condenação se torne imutável. Portanto, há equívoco em afirmar que após o julgamento pelo segundo grau está provada a culpa, já que no sistema brasileiro vincula-se a presunção de inocência ao trânsito em julgado, sendo que somente após este marco a culpa restaria corporificada.

Neste prisma, o argumento de que, uma vez observado o devido processo legal, tendo o Ministério Público comprovado a autoria, a materialidade e a imputabilidade, e tendo o juiz sentenciado pela condenação, significaria dizer que tudo o que fora apontado nos autos, como também o conjunto probatório, convergem neste sentido. Porém, tal entendimento é ludibriado. Isto pois é incorreto dizer que a culpa está provada após o segundo grau. A CF é clara ao vincular a presunção de inocência com o trânsito em julgado, e somente neste marco é que se pode dizer que a culpa está formada. Por um lado, é errado primeiramente pois dá aos recursos extraordinários uma redução simplista de suas funções, trazendo à tona a dicotomia recursos ordinários *versus* recursos extraordinários. Enquanto os recursos ordinários possuem a função de proteger o direito subjetivo das partes contra os vícios da decisão, os recursos extraordinários possuem uma função nomofilática, a zelar pela uniformização da interpretação e aplicação do Direito. Assim, da mesma forma, mesmo que secundariamente, possuem capacidade para anular *ab initio*, reduzir pena ou mesmo alterar o regime de cumprimento, por exemplo, o que fulminaria na reforma do acórdão condenatório, evidenciando a impossibilidade de deixar de considerar e tratar o acusado como se inocente fosse durante a tramitação destes recursos aplicando um *status* equivalente a uma condenação definitiva. Segundo, pois deve-se distinguir a presunção enquanto regra de julgamento (*in dubio pro reo*, empregado quando há dúvidas no processo de valoração de prova) e enquanto regra de tratamento, devendo ser o

acusado gozador da mesma situação jurídica que um inocente, assim tratado até o trânsito em julgado.

Vê-se, portanto, a ilegitimidade deste argumento para sustentar a execução antecipada da pena.

6.5.2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SE RAREFAZ COM O TRANSCORRER DAS INSTÂNCIAS

Da mesma forma, é falacioso este argumento. Inclusive, foi com base neste argumento que se desenvolveu a tese de que o cumprimento provisório da pena poderia iniciar logo após o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo STJ.

Porém, é equivocado não somente porque ignora a dogmática ligada ao tema, como também porque impõe o trânsito em julgado como marco temporal para o início do cumprimento de pena, como bem enfatiza o artigo 5º, LVII, da CF. Por o ordenamento jurídico brasileiro adotar a culpabilidade jurídica (em contraposição a culpabilidade fática, adotada pelos Estados Unidos), o reconhecimento da culpabilidade depende do transcurso do processo até o momento em que a sentença seja imutável, que, por sua vez, depende da superveniência do marco temporal do trânsito em julgado, e não o mero esgotamento da apreciação de questões fáticas. Também, justamente pela CF reconhecer a culpabilidade jurídica, que repousa na presunção de inocência – que tem o trânsito em julgado como *conditio sine qua non* para o cumprimento de pena -, é que a usual expressão “presume-se inocente até que se prove o contrário”, ou mesmo argumentos que tentam vincular a presunção de inocência à apreciação das provas em segunda instância, ou mesmo autorizar o cumprimento de pena após o julgamento pelo STJ, soam equivocadas. Na legislação brasileira, o efeito da presunção de inocência é procrastinado até que ocorra o trânsito em julgado, de modo que os pronunciamentos acerca da culpabilidade do acusado anteriores a esta demarcação são simplesmente provisórios. Assim, a culpabilidade progressiva é um verdadeiro ranço técnico-positivista, pois traz uma noção de presunção de culpa em detrimento da presunção de inocência, nos remetendo aos ideais fascistas de épocas (felizmente) passadas.

6.5.3. É PRESUMIDO UM DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, E NÃO UM TRIPLO OU QUÁDRUPLO

Muito embora esteja previsto implicitamente na Constituição de 1988, é previsto em outros tratados recebidos pelo Brasil (Pacto de San José da Costa Rica, artigo 8º, 2, “h”), razão pela qual deve, da mesma forma, ser respeitado – o direito ao recurso -. Aliás, nada tem a ver com a admissibilidade da execução provisória da pena. Mesmo que não preveja um triplo ou quarto grau de jurisdição, fato é que a CF impõe, como reconhecimento da culpabilidade e o consequente início de cumprimento de pena, a ocorrência do trânsito em julgado da sentença ou acórdão que proferiu a decisão. O Brasil foi, portanto, soberano em suas escolhas políticas e jurídicas - por escolha da Assembleia Nacional Constituinte - ao determinar o trânsito em julgado como marco temporal para início do cumprimento de pena.

O duplo grau de jurisdição adveio a fim de reduzir as possibilidades de erro judiciário, como também para diminuir as chances de erro, omissões e defeitos. A confirmação da condenação em segunda instância traz a ideia de que o Tribunal certamente agiu com todo o rigor e cuidado que o caso demanda. Porém, o legislador, ao prever o artigo 5º, LVII, da CF, quis determinar que a simples submissão à instância revisora não é suficiente para afastar a presunção de inocência, devendo sobrevir o trânsito em julgado da sentença/acórdão condenatório.

6.5.4. ADMITIR A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COOPERARIA PARA UM MAIOR EQUILÍBRIO E APLICABILIDADE DO SISTEMA PENAL

A tese defendida era de que admitir a execução antecipada da pena cooperava para um soberano equilíbrio e aplicabilidade do sistema penal, não somente pois obstaria a interposição de recursos com caráter protelatórios, como também prestigiaria a autoridade e credibilidade dos juízes das instâncias ordinárias. Por outro ângulo, auxiliaria a fragmentar o sentimento de impunidade, vez que aguardar o trânsito em julgado enfraqueceu a guarda dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, como também aumentaria a confiança da sociedade no poder judiciário.

Todavia, sequer existem dados seguros que realmente é corriqueira esta prática abusiva. O que se verifica é que o provimento positivo aos réus dos recursos extraordinários é pequeno²⁴³, porém existe. Nestes julgados não ficou exatamente claro

²⁴³ HC nº 126.292/SP; Medida Cautelar na ADC nº 43/DF.

as estatísticas demonstradas pelos Ministros. Ora, se nem os Ministros possuem a certeza sobre os números, e levando em consideração que um número mínimo de provimento dos recursos extraordinários é relevante para o direito penal, como seria possível sustentar a legitimidade da execução provisória da pena com base neste argumento?

Apesar disso, o STJ e o STF já estipularam mecanismos que visam embaraçar o abuso no direito à impugnação, isto é, uma vez evidenciado o abuso e o caráter procrastinador do recurso e havendo risco de prescrição da pretensão punitiva, os autos devem retornar à origem para o cumprimento de pena, inobstante haver a publicação da decisão²⁴⁴. Da mesma forma, o Ministro Dias Toffoli decidiu que a interposição protelatória de recursos implica em litigância de má-fé, fato este que autoriza o pagamento de multa sobre o valor da condenação (RE nº 465.383/ES-AgR-AgR-EDv-ED, Tribunal Pleno, de relatoria do Min. Dias Toffoli)²⁴⁵. Como dito, o STJ também se pronunciou no sentido de evitar tais práticas abusivas, ao determinar que sejam rejeitados o processamento dos recursos excepcionais se ficar claro o caráter protelatório, operando efeitos *ex tunc* e retroage o trânsito em julgado à data do escoamento do prazo para a interposição do recurso em tese admissível, dificultando – ou mesmo tornando quase impossível –, a prescrição. (ARE nº 732.931-AgR-ED/MG, 1ª t., rel. Min. Dias Toffoli, DJe 28/05/2014)²⁴⁶

Pode-se concluir, então, que os próprios tribunais superiores – afinal, se não fossem eles, quem seriam – pacificaram mecanismos para dificultar a prescrição da pretensão punitiva e o conseqüente sentimento de impunidade ao manejar os recursos de forma abusiva.

Ademais, pugna-se tanto por um sistema penal eficiente, como será eficiente se busca obter, a qualquer custo – leia-se, atropelando direitos e garantias –, esta tão almejada eficiência? É inadmissível que haja supressão de direitos e garantias fundamentais – designadamente a presunção de inocência –, para buscar a efetividade e a

²⁴⁴ Segunda questão de ordem no recurso extraordinário. Abuso do direito de recorrer. Manejo sistemático de 3 (três) recursos extraordinários contra julgados do Superior Tribunal de Justiça provenientes do mesmo recurso especial. Caráter manifestamente protelatório. Pretensão de alcançar a prescrição da pretensão punitiva. Risco iminente da prescrição. Determinação de baixa imediata dos autos independentemente da publicação da decisão. Entendimento consolidado na jurisprudência da Corte. (STF – RE: 839163 DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 05/11/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 10/02/2015 - <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311630606/recurso-extraordinario-re-839163-distrito-federal>).

²⁴⁵ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623818>

²⁴⁶ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757460339>

economicidade processual, que sepultaria de uma vez por todas os preceitos fundamentais. Inclusive, esta tarefa não é sequer do Poder Judiciário, e sim do Poder Executivo, haja vista ser evidentemente um problema de organização dos Tribunais. Ao Poder Judiciário, incumbe fazer valer os direitos e garantias constitucionalmente previstos, até mesmo se for contra os interesses da maioria da população, e é para este fim mesmo que existe a Constituição Federal. Decidir contra ela e em favor do clamor público traz manifesta insegurança jurídica, posto que o direito penal não seria interpretado baseado em suas regras, mas sim pela preocupação do julgador em satisfazer o público, preocupado na repercussão e nos efeitos que esta determinada decisão traria²⁴⁷.

Portanto, considerando que inexistente qualquer demonstração empírica que vinculem o respeito ao artigo 5º, LVII, da CF à atrofia do sistema penal, clarividente é que relativizar um preceito fundamental sob o argumento de eficiência ou combate à impunidade, sob premissas utilitaristas, sequer é argumento legítimo. Deve-se, em contrapartida, sempre fazer prevalecer as garantias fundamentais para que assim proporcionar a efetividade ao processo penal.

6.5.5. É UMA FORMA DE INIBIR PRÁTICAS FORENSES QUE BUSCAVAM PROLONGAR O PROCESSO PENAL E IMPEDIR QUE O INDIVÍDUO SEJA PUNIDO (SENTIMENTO DE IMPUNIDADE)

Que o sistema judiciário brasileiro está abarrotado não é notícia inédita para ninguém. Um país com dimensões como o Brasil, com somente 2 turmas criminais no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não possui organização judiciária suficiente para dar conta das demandas. É, assim, legítimo o argumento da demora jurisdicional absurda. Todavia, a ilegitimidade está na solução que queriam impor para resolver este problema: a execução antecipada da pena. É claro que não vai ser este instituto que vai resolver o problema da demora jurisdicional, sob pena de trazer um efeito unicamente anestésico. Conciliar o tempo que o direito necessita para resolver os litígios e o tempo que a sociedade espera é algo difícil. A sociedade clama por uma justiça rápida e imediata, porém o tempo do direito é outro, sendo praticamente impossível que seja suprida todas as ambições da sociedade. Todavia, não quer dizer que o processo deva

²⁴⁷ QUEIROZ, Roger Moreira de. O princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292 e pelo STF: crítica a uma decisão descompromissada com a Constituição. Revista dos Tribunais 995, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, p. 205.

demorar demais ou ser infindável. Devemos, então, buscar encontrar um equilíbrio entre a demora jurisdicional e o constrangimento dos direitos e garantias individuais.

Acresce-se o fato de que, uma vez autorizada a execução antecipada da pena, sem a excepcionalidade das prisões de caráter cautelar, o indivíduo, que ainda não possui sua culpa definitiva, estaria aguardando o processo preso. Salienta-se, como anteriormente dito, que já houve o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” dos cárceres brasileiros²⁴⁸. Diante do sistema carcerário medieval e indigno, e considerando que o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, ficaria preso durante todo este tempo em condições desumanas. É temerário que derroque garantias processuais em razão de uma incapacidade do Poder Judiciário.

Da mesma forma, somente auxiliaria a sobrecarregar – e piorar ainda mais as condições ali experimentadas – o sistema carcerário, sendo manifesta a catástrofe²⁴⁹.

Por outro lado, não é papel do STF corresponder às expectativas sociais criadas, mas sim corresponder àquelas jurídico-constitucionais, atuando como guardião da CF e da eficácia dos direitos fundamentais. Pensar ao contrário remeteria à admissão, por exemplo, da tortura para obter a confissão, a pena de morte, a pena perpétua, que possuem forte apelo popular, mas, na esfera constitucional, é impensável.

Outrossim, prevalecer a interpretação que buscasse privilegiar a efetividade do sistema processual penal não deve preceder. Sem adentrar no mérito da constitucionalidade da decisão, já foi demonstrado que o Poder Judiciário estabeleceu mecanismos tendentes a obstar o direito de recorrer abusivo, o que afasta qualquer – ao menos tenta - possibilidade do risco de sentimento de impunidade e, conseqüentemente, aumenta-se

²⁴⁸ Custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário – arguição de descumprimento de preceito fundamental – adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema penitenciário nacional – superlotação carcerária – condições desumanas de custódia – violação massiva de direitos fundamentais – falhas estruturais – estado de coisas inconstitucional – configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09.2015, Processo Eletrônico DJe-031, Divulgado em 18/02/2016. Publicado em 19/02/2016.

²⁴⁹ JÚNIOR, Aury Lopes. BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer. Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consulente: Maria Cláudia de Seixas. 2016.

a credibilidade no judiciário, seja lá qual for o sentido dessa palavra impunidade num país onde a população carcerária se aproxima dos setecentos mil presos²⁵⁰.

Dentre as medidas, verifica-se o reconhecimento da implicação em litigância de má-fé, possibilitando a imposição de multa; a determinação de baixa imediata à origem, se constatar o caráter meramente protelatório do recurso e restar evidente o risco de prescrição da pretensão punitiva; a natureza declaratória da decisão que rejeitar o processamento dos recursos extraordinários, operando o efeito *ex tunc*, retroagindo o trânsito em julgado a data final do prazo do recurso admitido.

6.5.6. BAIXO NÚMERO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS ADMITIDOS

Por outro lado, sustentam que é muito reduzido o número de recursos especial e extraordinários admitidos ou providos. Talvez por ser necessário demonstrar repercussão geral, por ser imprescindível o prequestionamento, por haver grandes limitações diante das diversas súmulas proibitivas, ou mesmo porque são infrutíferos em grande parte, o que fomenta a ideia de que são interpostos com caráter exclusivamente protelatórios para conseguir a prescrição da pretensão punitiva estatal. Porém, parte de uma premissa absolutamente equivocada, vez que a legitimação não é quantitativa, de forma que independe do número de recursos vitoriosos.

A fim de demonstrar a falácia da tese, imaginemos que em grande parte dos casos os recursos de apelação interpostos no interesse do acusado sejam improvidos. Isto seria suficiente para vigorar a ideia de que a presunção de inocência não mais vigorará no lapso temporal entre a sentença de primeiro grau e o julgamento do recurso de apelação? Evidentemente que não, do mesmo modo que a presunção de inocência independe do número de sentenças absolutórias. Ou seja, imaginemos que existissem estatísticas que demonstrassem que o número de sentenças absolutórias é muito inferior do que as sentenças condenatórias. Isto seria suficiente para afastar a aplicabilidade da presunção de inocência e todos os acusados deveriam responder ao procedimento em segregação? Por obviedade, não.

²⁵⁰<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieWl3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

Da mesma forma, não é possível sustentar que se os recursos são em grande parte improlíficos, deve-se, antes mesmo de decidir, prender o condenado, já que se presume serem infundados. Aberração jurídica!

Pensando por outro lado, quanto vale a liberdade de um indivíduo? É possível mensurar financeiramente o tempo restringido ilegalmente? Como se pode retornar ao *status quo ante*? Partindo da premissa que existe um recurso extraordinário admitido pelos tribunais superiores, não é temerário sustentar a execução provisória da pena com base em argumentos falaciosos? A resposta é positiva, vez que, conforme também já delineado nos tópicos anteriores, diferentemente da esfera cível, é impossível retornar à situação anterior.

É, portanto, insustentável tal argumento²⁵¹.

6.5.7. OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS NÃO POSSUEM EFEITO SUSPENSIVO

Imperioso compreender que o fato de determinar a prisão antes do marco temporal do trânsito em julgado e sem caráter cautelar não se reduz ao vulgar problema do efeito dos recursos extraordinários. Importa lembrar que estes recursos são emprestados do Processo Civil, onde ali existe a possibilidade de se retornar ao *status quo ante*, sendo possível retomar o patrimônio sem qualquer perda ou prejuízo. Já no processo penal, a liberdade de alguém que está em jogo, uma das mais caras garantias do ser humano, que engloba as demais esferas dos direitos e liberdades individuais tutelados pela presunção de inocência. Trata-se de uma via de mão única, sendo impossível restaurar a liberdade ou o tempo perdido enquanto preso.

Um outro direito que se atinge, paralelamente, é o direito de defesa, caracterizando um desequilíbrio entre a pretensão do Estado de punir e o direito do acusado de elidir esta pretensão²⁵², trazendo prejuízos irreversíveis e irremediáveis.

Exatamente por isso, e mais pelo processo penal não incidir sobre interesses meramente patrimoniais do homem, mas sim sobre o próprio ser, é que se vê a

²⁵¹ JÚNIOR, Aury Lopes. BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer. Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consulente: Maria Cláudia de Seixas. 2016.

²⁵² Ministro Eros Grau, em julgamento do HC nº 94.408, de 10 de fevereiro de 2009 - disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/3340>, Acessado em 08/09/2021.

impossibilidade de aplicabilidade integral dessas regras emprestadas, representando uma indevida aproximação com o processo civil.

Logo, a discussão é mais profunda, não possuindo relação o conceito de trânsito em julgado com os efeitos recursais²⁵³, já que o caráter extraordinário desses recursos em nada influencia no conceito de trânsito em julgado pré-estabelecido como marco final do processo. Certo é que não é elemento essencial da presunção de inocência que ela vigore até o trânsito em julgado, porém mais certo ainda é que a CF/88, a fim de sofisticar, buscou fixar um momento mais amplo do que a simples comprovação legal da culpa por sentença/acórdão, exigindo a ocorrência do trânsito em julgado como elemento indispensável para o cumprimento de pena²⁵⁴.

Ademais, mesmo que ainda fosse possível reconhecer o efeito suspensivo nos procedimentos criminais para justificar a execução antecipada da pena, seria necessário que a lei expressamente a regulamentasse para interferir na esfera dos direitos e liberdades individuais de forma legal, sob pena de violação do elemento intransponível do princípio da legalidade²⁵⁵. Neste óbice, também seria necessário, ante a necessidade de estrito cumprimento da tipicidade processual, que as medidas restritivas de direitos fossem devidamente previstas na legislação, de forma escrita, estrita e prévia²⁵⁶, de forma que é inadmissível a extração de prisão ou qualquer medida restritiva de liberdade por analogia ou interpretação extensiva²⁵⁷.

Portanto, o simples fato de não haver a previsão do efeito suspensivo não é argumento para autorizar a execução provisória da pena, a qual, se assim quisesse – e fosse cabível no ordenamento brasileiro -, deveria ser exposta na lei, de forma clara e inequívoca, caso contrário equivaleria a autorizar qualquer modalidade de prisão.

²⁵³ JÚNIOR, Aury Lopes. BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer. Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas. 2016.

²⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Manual dos recursos penais. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 393-394.

²⁵⁵ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el processo penal. Madrid: Colex, 1990, p. 71.

²⁵⁶ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el processo penal. Madrid: Colex, 1990, p. 28

²⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, liberdade e cautelares alternativas ao cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 28.

6.5.8. POSSUI NATUREZA JURÍDICA DE PRISÃO PROCESSUAL E BUSCA ASSEGURAR A CREDIBILIDADE NO JUDICIÁRIO E NO SISTEMA PENAL

Igualmente é inadmissível, diante do princípio da legalidade e da tipificação processual, que se acolha a tese de que a execução provisória da pena busca resguardar a ordem pública para assegurar a credibilidade no sistema penal. A decretação de prisão preventiva exige o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 312, do CPP (Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.) e, além disso, que seja medida excepcional e provisória. O STF, em diversas oportunidades, exteriorizou que o clamor público e a credibilidade da justiça não são argumentos a amparar a decretação de prisão provisória, mas deve, somando-se a isto, observar os requisitos previamente estipulados, sob pena da prisão se revestir de ilegalidade.

6.5.9. BENEFICIARIA AQUELES COM CONDIÇÕES FINANCEIRAS MELHORES, POIS ESTES PODERIAM LEVAR O PROCESSO MAIS A FRENTE POSSÍVEL

A premissa de que se opor à execução antecipada da pena violaria o princípio da igualdade e da seletividade do processo penal, haja vista que alegado que apenas os réus com melhores condições financeiras, que possuem capacidade de contratar melhores advogados, se beneficiariam da possibilidade em aguardar o julgamento dos recursos em liberdade para que somente após, com o trânsito em julgado, passe ao início de cumprimento de pena, também é um argumento débil.

Em verdade, houve equívoco por parte do STF ao alegar a violação do disposto no artigo 5º, caput, da CF²⁵⁸. A garantia da igualdade traz a ideia de que se deve tratar equitativamente a todos, independente de qualquer privilégio ou perseguições. Todos se submetem aos mandamentos estampados na ordem jurídica, com igual direito à proteção de direitos²⁵⁹.

²⁵⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁵⁹ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1998, p. 167.

Autorizar a execução antecipada da pena não possui nenhum vínculo relacionado à violação do princípio da igualdade e à seletividade do sistema penal. Dizer que o sistema penal é efetivo por ser composto por magistrados implacáveis - como berra a ideologia da defesa social, que traz ao aparelho penal a função de lutar contra os criminosos mediante a aplicação de penas e prisões, sendo que a eficiência do sistema é medida pelos números de criminalidade e de impunidade²⁶⁰ -, associado ao número de condenações é argumento absurdo.

Ainda mais tendo em conta a desigualdade extrema que existe no Brasil, vê-se que os reais prejudicados por isso são os indivíduos de classes subalternas, os quais são claramente os primados fregueses do sistema punitivo. O STF, em contrapartida, preferiu admitir a execução provisória da pena, atropelando o direito ao contraditório e ampla defesa (Artigo 5º, LV, CF), bem como, em prol de um suposto tratamento homogêneo da justiça criminal, limitar o direito à presunção de inocência, enquanto deveria, diversamente, sugerir mecanismos que efetivamente remediaria a vala entre as classes mais favorecidas economicamente e a principal clientela dos cárceres – os quais são limitados estruturalmente em razão da deficiência da Defensoria Pública de atender todas as demandas necessárias -, para que todos tenham seus direitos afeiçoados. É indubitável que a maior população carcerária é composta por grupos sociais mais vulneráveis da população, basta uma consulta ao sítio eletrônico do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP).²⁶¹ Grande parte daqueles que estão segregados são aqueles que praticam crimes contra o patrimônio (38,52%), de tráfico de drogas (24,74%) e de homicídio (11,27%). Destas pessoas, aproximadamente metade são de cor parda (49,88%) e quase 20 % são negros (16,81%), sendo predominantemente pessoas sem ou com baixa escolaridade. É evidente a desigualdade, apesar de raso o estudo sobre a população carcerária brasileira, sendo possível concluir que o sistema prisional é composto por pessoas menos abastadas, e conseqüentemente serão estes os mais afetados pela admissão da execução provisória da pena, haja vista obstar o pronunciamento pelos mais supremos tribunais²⁶².

²⁶⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Política criminal, crise do sistema penal e alternativas à prisão no Brasil. In: _____. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 288

²⁶¹ Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>, Acessado em: 20/09/2021.

²⁶² Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoib2ZlZWZmNzktNjRlZi00MjNiLWZmYmYtNjExNmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>, Acessado em: 20.09.2021.

Logo, não seriam aqueles processados por crimes de colarinho branco os mais privilegiados pela autorização da execução provisória da pena, mas sim seus “clientes corriqueiros”.

6.5.10. A INVOCAÇÃO DO DIREITO COMPARADO PARA JUSTIFICAR A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Invocar o direito comparado para justificar a execução antecipada também é um argumento débil. Isto pois, ao realizem estas generalizações, desconsideraram as incontáveis dessemelhanças entre os sistemas jurídicos. Estas diferenças se revestem desde a fase policial, durante as investigações preliminares, em que alguns países adotam um modelo de promotor investigador, outros um modelo policial; na fase de julgamento pelo primeiro grau, em que existem países que adotam o julgamento por órgão colegiado neste momento, ao contrário do ordenamento brasileiro, cujo julgamento é monocrático; na fase recursal, em que existem países que sequer autorizam os processos irem além do segundo grau de jurisdição; e até mesmo na fase executória, na qual vê-se o sistema carcerário brasileiro extremamente debilitado para alcançar a devida proteção dos direitos e garantias daqueles que ali cumprem pena.

Ainda mais, soma-se questões de cunho político criminal e processual. São estruturas completamente diferentes e, para além disso, ainda temos a CF determinando o trânsito em julgado – ao contrário de muitas legislações maiores -, como marco temporal do fim da presunção de inocência, fato este que supera qualquer possibilidade de paralelismo entre o direito comparado de demais países com a realidade do Brasil.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

O estudo em tela buscou exteriorizar como os direitos e garantias fundamentais foram recepcionados nas mais diversas legislações como norma constitucional, com maior enfoque às legislações portuguesas e brasileiras, após um longo caminho de tratamentos perversos e desumanos, sendo um grande marco a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) e o Pacto de San Jose da Costa Rica (1969). Estas lutas sociais foram primordiais para transparecer a necessidade em obstar, ao menos minimamente, a força estatal frente às garantias que devem ser efetivadas com a menor intromissão possível.

Vale lembrar que o Código de Processo Penal brasileiro vigente foi desenvolvido durante um período de regime extremamente ditatorial, refletindo nos ideais dos legisladores da época. Entre prevalecer o direito à liberdade em frente à manutenção da ordem pública, preferiram dar preferência à conservação da ordem pública. Instituiu-se, não por menos, no que se refere à prisão, uma verdadeira presunção de culpa.

O advento da Constituição Cidadã em 1988 consagrou os direitos e garantias individuais previstos nos demais tratados internacionais, além do modelo acusatório do processo, impondo uma releitura do Código de Processo Penal à luz desse novo modelo. Dentre as alterações, verifica-se o caráter de *ultima ratio* da prisão, admitida somente em situações claramente determinadas pela legislação, diante da recepção da presunção de inocência. Foi necessário, e ainda é, que se compreenda as normas constitucionais não apenas como diretrizes, mas como reais obrigações a serem observadas pelos intérpretes da lei e pelos legisladores.

Por outro lado, é necessário que seja proporcionado eficiência ao processo penal, vez que também é o objetivo do projeto constitucional. Para que se possa legitimamente chegar à imposição de penalidades, é imprescindível que se observe a relação entre meios e fins, conservando direitos e garantias individuais.

Além dos demais princípio estudados, dá-se maior relevância ao princípio da presunção de inocência, por possuir maior afinidade com o tema em apreço, preceito imperativo de ordem pública de veemente aplicação. Muito embora ser possível ver que desde a Roma Antiga fala-se em *in dubio pro reo*, essa garantia somente se concretizou com a

Revolução Francesa, resultado de uma reação contra uma série de abusos praticados no decorrer dos tempos. As discussões no seio das escolas italianas resultaram, primordialmente, no dispositivo constitucional da legislação da Itália que determinava que ninguém seria considerado culpado até condenação definitiva.

No contexto brasileiro, ao buscar substituir alguns dispositivos de regime penitenciário em 1981, o que originou a Lei de Execução Penal, a opção do legislador foi de determinar a exigência de trânsito em julgado como requisito para que seja aplicada a pena privativa de liberdade.

Após 1985, com a queda da Ditadura Militar, os constituintes originários, convocando uma Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, da mesma forma e com base na constituição italiana, instituíram o trânsito em julgado como marco temporal do início do cumprimento da pena. Também previram no Código de Processo Penal as modalidades de prisão admitidas, sendo a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária (prisões processuais) e a prisão decorrente de sentença penal condenatória (prisão penal).

Ao recepcionar o Pacto de San Jose da Costa Rica, restou previsto, agora como norma constitucional, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Apenas com base nisso, é possível ver, claramente, a inconstitucionalidade dos posicionamentos que buscam antecipar a punição estatal, vez que, por suas características, não se enquadra em nenhuma modalidade de prisão. Não se reveste de prisão processual, pois não obedece ao critério da excepcionalidade nem da provisoriedade, e também não é prisão penal, pois ainda não houve o trânsito em julgado. Por exclusão, verifica-se que se trata de modalidade de prisão *sui generis*, advinda da atitude autoritária do Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete último da Constituição, evidentemente manifestamente ilegal, por não decorrer da legalidade.

Grande parte dos ordenamentos jurídicos, senão todos, buscaram positivizar este princípio para trazer a necessidade de ter em posse um veredito final imutável para se dar início ao cumprimento de pena, todavia com a limitação e modulação demandada pela realidade de cada um de acordo com as peculiaridades locais, dando maior ou menor extensão, alcance, interpretação e aplicabilidade. Por outro lado, em nenhum deles a positivação se deu de forma absoluta, por ser necessário também resguardar

os demais dispositivos e interesses constitucionais, restando aos Tribunais zelar pelo seu cumprimento.

É uma garantia subjetiva do acusado que o acompanha no decorrer de todo o procedimento criminal. É evidente que o juiz não pode, nem deve, agir de forma a considerar que aquele acusado já possui uma condenação definitiva, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da sentença. Na dinâmica da persecução penal, a Carta Maior é clara ao estabelecer como marco temporal final o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Porém, este princípio não pode ser visto de forma radical, vez que, se assim for entendido, sequer medidas cautelares seriam legítimas, restando o processo penal eivado de manifesta ineficácia²⁶³. Decorre da própria Constituição a possibilidade de conciliação dos dispositivos constitucionais com as medidas de custódia cautelares, mas é claro seu caráter excepcional e a imprescindibilidade em se demonstrar a necessidade em cada caso em concreto. Emanada da própria essência principiológica a inviabilidade em ser interpretado de forma absoluta, devendo ser circunspecto com os demais princípios de natureza equivalente, porém não pode ser ignorado, haja vista seu caráter necessário quando se trata de direitos e garantias fundamentais intrínsecos ao ser humano.

A mesa-redonda sobre a presunção de inocência tangencia relevantes pormenores relacionados à garantia de direitos fundamentais no seio do Estado Democrático de Direito, abarcando questões pragmáticas, como é o caso do tema em estudo: o volátil entendimento sobre a prisão em segunda instância.

Apesar de claro e manifesto o previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, por vezes o Tribunal Supremo brasileiro admitiu a possibilidade de privação de liberdade antes mesmo da decisão se tornar definitiva, indo em sentido contrário ao que prevê a Carta Magna.

Por um lado, é uma garantia que alberga o suposto autor de um crime, garantindo que seja considerado culpado somente após o esgotamento da atividade recursal. Por outro óbice, vê-se, na prática, uma vultuosa quantidade de recursos que postergam o ponto

²⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

final do procedimento, aparentando a ineficácia da lei penal para efetivar a sua aplicação.

Após as mudanças paulatinas de erudições no que se refere ao cumprimento antecipado da pena privativa de liberdade que até 2009 admitia a execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, o primeiro passo para afastar essa constitucionalidade foi no HC nº 80.078/MG, responsável pelo entendimento de que o texto constitucional deveria ser aplicado em sua literalidade. Em 2016, no HC nº 126.292/SP, alterou-se novamente o entendimento, retornando ao que fora pacificado na Corte anteriormente, determinando que a presunção de inocência não ficaria ferida pela execução provisória da sentença penal condenatória proferida em grau recursal, sendo possível – ressalta-se, possível, e não obrigatório – o início de cumprimento de pena, mesmo que interposto recurso especial ou recurso extraordinário.

Vale lembrar que este julgado seguiu a cognição da Lei da Ficha Limpa²⁶⁴, que previa expressamente a impossibilidade de se eleger caso possua sentença condenatória confirmadas ou proferidas por órgão colegiado (artigo 1º, inciso I, alínea “e”) em determinados crimes, alterando o que anteriormente havia o STF decidido, o que possivelmente corrobora a tese de que esta alteração jurisprudencial foi influenciada pelo contexto político que experimentava o país.

O argumento foi que os recursos extraordinários não visam analisar a justiça das sentenças ou acórdãos, mas sim busca preservar a higidez do sistema normativo e os aspectos meramente objetivos, fato este que fomenta o argumento de que é raro modificar a situação do acusado. Assim, não ficaria comprometido o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, haja vista a observância desta garantia durante todo o processo ordinário criminal, onde há o exaurimento da cognição sobre a matéria fática pelos juízos, respeitando todas as regras, direitos e garantias, além de estar de acordo com o modelo acusatório, o que autorizaria a produção de efeitos desde já²⁶⁵.

Mais a frente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou, erroneamente, a obrigatoriedade do cumprimento da pena nas hipóteses em que o réu fosse sucumbente no segundo grau, ainda que houvesse recursos pendentes. O reflexo do entendido foi o HC nº 152.752/PR questionando esta obrigatoriedade, todavia indeferido. O ex-

²⁶⁴ Lei Complementar nº 135/2010) (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm)

²⁶⁵ 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.

presidente Luis Inácio Lula da Silva foi, então, submetido ao início de cumprimento de pena.

Ao alívio, no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, para determinar que a execução da pena privativa de liberdade seria possível somente com o trânsito em julgado da respectiva condenação, com eficácia vinculante e efeito *erga omnes*, prestigiando o princípio da presunção de inocência.

Apesar de pacificado a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, certo é que ainda pairam dúvidas e ainda não é consensual. Verifica-se alegações antagônicas dentre os Ministros, havendo posicionamentos concretos de ambos os lados.

Como se pode extrair do estudo, buscou-se trazer os principais argumentos proferidos em sede de julgamento, por ambos os lados, tanto os que eram a favor, quanto os que eram contra a execução antecipada da pena.

Independente das diversas mudanças, certo é que reintroduzir a possibilidade de se executar antecipadamente a pena, como por vezes foi feito pelo STF, é um flagrante rompimento constitucional, desviando tanto do texto da Carta Magna, como interpretando de forma diversa do próprio programa constitucional. Todavia, é justamente em razão desta pluralidade de horizontes peculiares ao diálogo entre a presunção de inocência e a prisão instância que se observa oscilações jurisprudenciais no cenário jurídico brasileiro.

Na nossa óptica, o Supremo Tribunal Federal finalmente acertou em proibir a execução antecipada da pena. Por se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, tal decisão possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, cessando a insegurança jurídica até então existente.

Em contrapartida, porém sem que seja possível afiançar a inconstitucionalidade do entendimento jurisprudencial, pois cada país interpreta a lei de acordo com seus intrínsecos interesses e necessidades, avista-se o Tribunal Constitucional Português com o entendimento já sedimentado, detendo uma sólida jurisprudência.

Uma vez encerrada a fase processual de julgamento e diante da confirmação da condenação pelas Relações, caso a pena aplicada não extrapole oito anos, dá-se a dupla conforme e, por consequência, fica autorizado o início do cumprimento de pena.

Para eles, em virtude da anuência de duas instâncias em relação às questões meritórias, coliga-se que a decisão é acurada e está ausente de vícios, havendo uma certa identidade quanto à sua essência, autorizando a jurisprudência a mitigar o direito à defesa. Todavia, manifesta é a abertura a críticas determinar como requisito de irrecorribilidade um patamar mínimo de pena. Evidentemente, pode não ser abastadamente efetivo quando se observa pelo prisma dos direitos e garantias individuais, haja vista o impedimento de obstem o julgamento do caso pelo mais alto tribunal português.

Assim, a dupla conforme foi admitida na ordem jurídica portuguesa, destarte, como um instituto limitador da atividade recursal, enquanto pressuposto de irrecorribilidade.

Ao problema brasileiro, entendemos ter uma solução, sem a intenção de esgotar o tema que admite um extenso rol de providências a serem tomadas e saídas possíveis. Uma medida adequada que não atingiria diretamente o texto constitucional, seria determinar que os recursos extraordinários passassem a serem julgados como ação rescisória, tanto pelo STJ, quanto pelo STF, conforme a “PEC dos Recursos”²⁶⁶ buscava.

A proposta trazia aos recursos especial e extraordinário o julgamento em grau rescisório, o que consequenciaria no trânsito em julgado tão logo esgotada a jurisdição de segunda instância, que, por seu turno, resguardaria de forma integral o disposto no artigo 5º, LVII, da CF. Uma vez que a presunção de inocência não seria modificada ou diminuído seu alcance – já que constitucionalmente proibido -, as alterações se dariam no seio da atividade recursal. Porém, apesar de ser legítima esta alteração, vez que não intrometeria em cláusulas pétreas, diante do contexto político e o decorrente interesse puramente político da época, a proposta não veio a se concretizar, preferindo o STF violar a literalidade da Constituição Federal, às lágrimas do legislador originário. Existem, portanto, diversos mecanismos que alcançariam o resultado esperado sem violentar o texto constitucional, mas que, por não ser o objeto do estudo, deixaremos aqui a questão aberta para eventuais formações de opiniões.

Ante ao exposto, entendemos que o retorno do entendimento contrário quando do HC nº 126.292/SP foi claramente motivado em razão do contexto que vivia o Brasil, observando-se um verdadeiro “jogo de cadeiras” político, diante da grave crise política que o país experimentava, carregada de esquemas de corrupção, os quais ainda são

²⁶⁶ Proposta de Emenda à Constituição nº 15/2011, disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3821804&ts=1630416268480&disposition=inline>, acessado em 21.09.2021.

visíveis, infelizmente. Foi, portanto, uma decisão de política criminal, de uma sociedade sedenta por uma concreta punibilidade, de conveniência do momento, onde a Corte Suprema deixou de lado a sua função de guardar e zelar a Constituição Federal e agiu como um constituinte derivado reformador, legitimidade esta resguardada, na verdade, ao Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Florêncio de - Novos Aspectos do Processo Penal Brasileiro. *Revista Forense*. 92 (1942).

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.^a ed. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.^a ed. Coimbra : Almedina, 2009.

ANDRADE, Manuel Domingues de - *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra : Coimbra Editora, 1979.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de - Política Criminal, Crise do Sistema Penal e Alternativas à Prisão no Brasil. In *Pelas Mãos da Criminologia: o Controle Penal para Além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro : Revan, 2012.

ANTUNES, Maria João - *Direito Processual Civil*. Coimbra : Almedina, 2018.

ANTUNES, Maria João - *Direito Processual Penal*. 2.^a ed. Coimbra : Almedina, 2019.

ARMENTA DEU, Teresa - *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3.^a ed. Madrid : Marcial Pons, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy - *Manual Dos Recursos Penais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy - *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy - *Processo Penal [recurso eletrônico]*. Rio de Janeiro : Campus, Elsevier, 2012.

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

BARBOSA, Rui - *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5.^a ed. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. [Consult. 13 abr. 2020]. Disponível em WWW: <URL: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>.

BECCARIA, Cesare - *Dos delitos e das penas*. 2.^a ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

BECCARIA, Cesare - *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira. 2011.

BELEZA, Teresa Pizarro - *Direito Penal*. 2.^a ed. Lisboa : AAFDL, 1985. Vol. 1.

BETTIOL, Giuseppe - *Instituições de direito e de processo penal*. Coimbra : Coimbra Editores, 1974.

BETTIOL, Giuseppe - *Sulle presunzioni nel diritto e nel processo penale*. In *Scritti Giuridici*. Padova : Cedam, 1996. T. 1.

BITTENCOURT, César Roberto - *Falência da pena de prisão : causas e alternativas*. 2.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

BONFIM, Edilson Mougnot - *Curso de processo penal*. 11.^a ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes ; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.^a ed. Coimbra : Editora Coimbra, 2007. Vol. 1.

CAPEZ, Fernando - *Curso de Processo Penal*. 27.^a ed. São Paulo : SaraivaJur, 2020.

CARONE, Edgard - *O Estado Novo : 1937-1945*. Rio de Janeiro : Difel, 1976.

CARRARA, Francesco - *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. São Paulo : Editora Saraiva, 1956. Vol. 2.

CARVALHO, Amilton Bueno de - *Lei, para que(m)?*. In: *Escritos de Direito e Processo em homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Paula Marques - *Manual prática de processo penal – atualizado de acordo com as alterações de 2019, nomeadamente, as relativas aos menores suspeitos ou arguidos, estatuto dos Magistrados Judiciais e Novo Estatuto do Ministério Público*. 12.^a ed. Coimbra : Almedina, 2019.

CASARA, Rubens R. R. - *Mitologia Processual Penal*. São Paulo : Editora Saraiva. 2015.

CUNHA, Paulo - *Processo comum de declaração (Apontamentos de Artur Costa e Jaime Lemos)*. 3.^a ed., Coimbra : Tipografia Augusto Costa. 1940. T. 2.

DALIA, Andrea Antonio ; FERRAJOLI, Marzia - *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milano : CEDAM, 1997.

DECLERC, Elmir - *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2008.

DEZEM, Guilherme Madeira - *Curso de Processo Penal*. E-Book Baseado na 2.^a ed. impressa. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal – parte geral – questões fundamentais a doutrina geral do crime*. 2.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. T. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito penal português – as consequências jurídicas do crime*. Coimbra Editora, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Para uma reforma global do processo penal português. da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In *Para uma Nova Justiça Penal*. Coimbra : Editora Almedina, 1983.

DIAS, Jorge Figueiredo - A nova constituição da república e o processo penal. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 36 (1976).

DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Processual Penal*. Coimbra : Coimbra Editora, 1984. Vol. 1.

DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Processual Penal*. Coimbra : Coimbra Editora, 1974.

DIAS, Jorge Figueiredo - Sobre a revisão de 2007 do código de processo penal português. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 18 (2008).

DOTTI, René Ariel - *Curso de Direito Penal*. 5.^a ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.

ESTEFAM, André - *Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)*. 6.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

FAUSTO, Boris - *O Pensando Nacional Autoritário : 1920-1940*. São Paulo : Zahar, 2001.

FERNANDES, João Batista Ribeira de Andrade - *História do Brasil*. 16.^a ed. Rio de Janeiro : São José, 1957.

FERRAJOLI, Luigi - *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio ; trad. Perfecto Andrés Ibáñez [et al.]. 2.^a ed. Madrid : Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi - *Direito e razão : teoria do garantismo penal*. 3.^a ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi - *Direito e Razão*. 3.^a ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro - *Curso de Processo Penal*. Lisboa : Editora Danúbio, 1986. Vol. 1.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes - O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. 42 (1994).

FILHO, Antonio Magalhães Gomes - Presunção de inocência : princípios e garantias. In: *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

FILHO, Davi Eduardo Depiné ; MUNERATTI, Rafael - Execução Antecipada Da Pena – A Profecia Que Se Autocumpre. *Jota* [Em linha]. (22 out. 2019). [Consult. 12 set. 2021]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-antecipada-da-pena-a-profecia-que-se-autocumpre-22102019>>.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho - *Processo penal*. São Paulo : Editora Saraiva, 35.^a ed., 2013.

FREITAS, José Lebre de - *Código de processo civil – anotado*. António Montalvão Machado e Rui Pinto. 2.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2008. Vol. 2.

GIACOMOLLI, Nereu José - *Prisão, liberdade e cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo : Marcial Pons, 2013.

GOLDSCHMIDT, James - *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal – conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de Diciembre de 1934 y de Enero, Febrero y Marzo de 1935*. Barcelona : Bosch, 1935.

GRECO, Rogério - *Curso de Direito Penal : Parte Geral*. Editora Atlas, 2017. Vol. 1.

HASSAMER, Winfried - *Três temas de direito penal*. Porto Alegre : Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HESSE, Konrad - *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editos, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva - *Direito Processual Penal*. 11.^a ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

JESUS, Damásio de – *Direito Penal*. 34.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

JUNIOR, Aury Lopes - *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2009. Vol. 2.

JÚNIOR, Aury Lopes - *Direito processual penal*. 14.^a ed. São Paulo : Saraiva Jur, 2017.

JÚNIOR, Aury Lopes - *Direito Processual Penal*. 16.^a ed. São Paulo : Saraiva Jur, 2019.

JÚNIOR, Aury Lopes - *Direito Processual Penal*. São Paulo : Saraiva Jur, 2020.

JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique – *Parecer : presunção de inocência : do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória* [Em linha]. Consultante: Maria Cláudia de Seixas. São Paulo : [s.n.], 2016. [Consult. 18 fev. 2021]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>.

JÚNIOR, João Mendes de Almeida - *O processo criminal brasileiro*. 4.^a ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1959. Vol. 1.

JUNIOR, Roberto Delmanto - *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2.^a ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

LARENZ, Karl - *Metodologia da ciência do direito*. 2.^a ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LEONE, Giovanni - *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. Vol. 3.

LIMA, Renato Brasileiro de - *Manual de processo penal*. 4.^a ed. Salvador : JusPodivm, 2016.

MALAFAIA, Joaquim - *Os efeitos das decisões judiciais no processo penal*. Dissertação de mestrado em direito judiciário. Coimbra : Editora GestLegal, 2017.

MANZINI, Vincenzo - *Tratado de derecho procesal penal*. Itália : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

MARQUES, José Frederico - *Elementos de direito processual penal*. 1.^a ed. Rio de Janeiro : Forense, 1961. Vol. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira ; COELHO, Inocêncio Mártires ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - *Curso de direito constitucional*. 2.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

MENDLOW, Gabriel - França Argentina e EUA preveem prisão após decisão de 2.^a instância. Entrevista. *Estadão* [Em linha]. (7 fevereiro 2018). [Consult, 18 agosto 2021]. Disponível em WWW:<URL:<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/franca-argentina-e-eua-preveem-prisao-apos-decisao-de-2-instancia,70002180958>>.

MENDONÇA, Andrey Borges de - *Nova reforma do código de processo penal*. São Paulo : Método, 2008.

MIR PUIG, Santiago - *Derecho Penal. Parte general*. 4.^a ed. Barcelona : PPU, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini - *Processo penal*. 18.^a ed. São Paulo : Atlas. 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini - *Manual de direito penal*. 25.^a ed. São Paulo : Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de - *Direito constitucional*. 21.^a ed. São Paulo : Atlas, 2007.

MORAES, Maurício Zanoide - *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Maurício Zanoide de - *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa - *Ainda e sempre a coisa julgada. direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1971.

MOURÃO, Helena - *Da Delimitação subjetiva do direito ao recurso em matéria penal – fundamento e legitimidade para recorrer*. Coimbra : Almedina, 2018.

NEVES, Antonio Castanheira - *A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do supremo tribunal de justiça como tribunal de revista. In Digesta : escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra : Coimbra Editora, Vol. 1, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza - *Princípios constitucionais penal e processuais penais*. 4.^a ed., 2015.

ORLANDI, Renzo - *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza. l'indice penale 3*, Padova : Cedam, 2000.

PIERANGELI, José Henrique - *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo : IOB Thompson, 2004.

PIOVESAN, Flávia - *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Editora Saraiva, 12.^a ed., 2011.

PRADO, Geraldo - *Sistema acusatório. a conformidade constitucional das leis penais*. Rio de Janeiro : Lumens Juris, 2.^a ed., 2001.

PRADO, Luiz Regis - *Curso de direito penal brasileiro – parte geral e especial*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 17.^a ed., 2019.

QUEIJO, Maria Elizabeth - Princípio da legalidade: a constante necessidade de reaver essa conquista. In LOPES, Anderson Bezerra, org. [et al.] - *Direito Penal, processo*

penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da Constituição cidadã: novos caminhos e desafios. Belo Horizonte : D'Plácido, 2018.

QUEIROZ, Paulo de Souza - *Funções do direito penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Roger Moreira de - O princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292 e pelo STF : crítica a uma decisão descompromissada com a constituição. *Revista dos Tribunais*, 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo - *Direito processual esquematizado*. Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves ; coordenador Pedro Lenza. São Paulo : Editora Saraiva, 2.^a ed., 2013.

REIS, José Alberto dos - *Código de processo civil anotado*. Coimbra : Coimbra Editora, Vol. 6, 2012.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha - *O novo código de processo penal (Jornadas de direito processual penal)*. Coimbra : Livraria Almedina, 1988.

ROMANO, Mario - *Commentario sistemático del codice penale*. Milano : Giuffrè, Vol. 1, 1987.

ROXIN, Claus - *Concepción bilateral y concepción unilateral del principio de culpabilidad, na sua colectânea culpabilidad y prevención em derecho penal*. Tradução de Muñoz Conde. Madrid : Editora Réus, 1981.

ROXIN, Claus - *Derecho Penal – Parte General : fundamentos: la estructura de la teoria del delito*. Madrid : Civitas, 1.^a ed., T. 1, 1997.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar - *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid : Colex, 1990.

SILVA, Germano Marques da - *Curso de processo penal I – noções gerais, elementos do processo penal*. Lisboa Editora Verbo, 6.^a ed., 2010.

SILVA, Germano Marques da - *Direito processual penal português : do procedimento (marcha do processo)*. Lisboa : Universidade Católica Editora. Vol. 3, 2018.

SILVA, Germano Marques da - *Direito processual penal português, do procedimento (marcha do processo)*. Lisboa : Universidade Católica Editora, Vol. 1, 2013.

SILVA, Marco Antonio Marques da - *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2001.

STEIN, Ana Carolina Filippon - *Presunção de inocência e processo penal um casamento em crise (?)*. considerações sobre como a inobservância da garantia pode ter consequências para além dos autos do processo. In XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis. ISBN: 978-85-5505-127-2, 2015.

TORNAGHI, Hélio - *Instituições de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 2.^a ed., Vol. 3, 1978.

VARELA, Antunes - *Manual de processo civil*. Coimbra : Coimbra Editora, 2.^a ed., 1985.

VILELA, Alexandra - *Consideração acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra : Coimbra Editora, 2.^a ed., 2000.

VILELA, Alexandra - *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra : Coimbra Editora, 2011.