



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DIANTE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Simone Maria da Silva Santos

Rio de Janeiro
2017

SIMONE MARIA DA SILVA SANTOS

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DIANTE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professora Orientadora:
Ana Lúcia da Costa Barros

Rio de Janeiro
2017

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DIANTE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Simone Maria da Silva Santos

Graduada pelas Faculdades Integradas
Bennett. Analista Judiciário.

Resumo – o Supremo Tribunal Federal, alterando o seu entendimento anterior, aplicado desde o ano de 2009, passou a admitir, a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, em 17/02/2016, a execução provisória da pena, após a condenação do réu na segunda instância, o que foi ratificado, por decisão vinculante, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44. A nova interpretação tem suscitado inúmeros questionamentos na doutrina. O presente artigo, ao discorrer sobre o Estado Democrático de Direito, a dupla função da pena privativa de liberdade e os efeitos decorrentes da interposição de recursos ordinários e extraordinários, tem por finalidade analisar se a execução provisória da pena, mediante a adoção do sistema do duplo grau de jurisdição, viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Processual Penal. Princípio da Presunção de Inocência. Pena Privativa de Liberdade. Execução Provisória.

Sumário – Introdução. 1. A função desempenhada pelo princípio constitucional da presunção de inocência como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito. 2. Controvérsia acerca do efetivo cumprimento da dupla função da pena privativa de liberdade. 3. Das consequências resultantes da execução provisória da pena ante a existência de recurso pendente de julgamento nos Tribunais Superiores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre posicionamento adotado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de admitir a execução provisória da pena, analisando-o sob a ótica do princípio da presunção de não-culpabilidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5/10/1988, estabelece como um de seus princípios, o da presunção de inocência, que está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna.

De acordo com o referido princípio constitucional, somente após o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, a pessoa será considerada culpada, o que poderá, com base no artigo 283 do Código de Processo Penal, justificar a expedição de mandado de prisão.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292, em outubro de 2016, decidiu pela possibilidade da execução provisória da pena, posição que foi

reiterada pelo Excelso Pretório, por ocasião do julgamento, por maioria de votos, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44.

O trabalho enfoca a execução provisória da pena, tema relevante para o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal, pois, se por um lado, a sensação de impunidade não pode ser perpetuada, por outro, é notória a ineficiência do sistema carcerário brasileiro, onde presos provisórios e os definitivamente condenados “convivem” em estabelecimentos prisionais superlotados, colocando em risco a integridade física e a vida dos presos, que estão sob a responsabilidade do Estado, bem como a de todos os membros da sociedade.

No primeiro capítulo aborda-se a importância do princípio da presunção de inocência no que tange à individualização da pena, na medida em que somente após o trânsito em julgado, a pena estabelecida na decisão condenatória pode ser efetivamente executada.

No segundo capítulo discute-se o sistema prisional brasileiro que, na maioria dos casos, finda a execução, não ressocializa o preso, reinserindo-o na sociedade sem que o mesmo consiga efetivamente ingressar no mercado de trabalho, o que leva à reincidência.

Por fim, no terceiro capítulo, avalia-se as consequências geradas pela execução provisória da pena, na hipótese do réu, condenado na 1ª e na 2ª instâncias, interpor, por intermédio da defesa técnica, recurso extraordinário e/ou especial.

Desta forma, este trabalho visa discutir se a execução provisória da pena viola o princípio da presunção de não-culpabilidade.

A partir do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, admitindo a execução provisória da pena, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-indutivo.

Para tanto, a abordagem baseia-se em pesquisa bibliográfica parcialmente exploratória e qualitativa.

1. A FUNÇÃO DESEMPENHADA PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO UM DOS ALICERCES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O sistema jurídico, composto por diversos ramos do Direito, possui princípios, regras e normas.

Embora várias teorias tenham sido desenvolvidas na doutrina - José Canotilho, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luis Virgílio Afonso da Silva, Lenio Streck e Josef Esser¹ - acerca do conceito de princípio, o que demonstra a inexistência de uniformidade sobre o tema, é indubitável que o princípio é uma fonte especial do Direito, na medida em que viabiliza a interpretação, a integração e, por conseguinte, a aplicação das normas jurídicas, que se encontram no campo da abstração e da generalidade, aos casos concretos.

No que concerne ao ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil², publicada no Diário Oficial da União em 5/10/1988, em decorrência da redemocratização do País, menciona expressamente em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático, direcionado a garantir aos cidadãos o pleno exercício de seus direitos civis, políticos e sociais, construindo uma sociedade solidária e desenvolvida, que vive em harmonia e que busca resolver os conflitos, tanto no âmbito interno, quanto no âmbito internacional, de forma pacífica.

Ao se referir de maneira explícita ao surgimento de um Estado Democrático, o legislador constituinte visa impedir a concentração de poder e o nascimento de um Estado autoritário, ratificando sua intenção ao afirmar no artigo 1º, *caput*, da Carta Magna³ a condição do Brasil como Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado que prima pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais, zelando pela dignidade da pessoa humana, e pelo exercício do poder pelo povo, que, por meio do voto, elege os seus representantes.

O comprometimento do Estado Brasileiro com o respeito aos direitos e garantias fundamentais consistentes em direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos está expresso nos artigos 5º ao 17 da Carta Magna⁴.

Com relação especificamente ao artigo 5º da Carta Magna⁵, insta assinalar que os direitos e deveres individuais e coletivos elencados no dispositivo constitucional, por versarem sobre direitos fundamentais inerentes às pessoas físicas e jurídicas - direito à vida, à

¹CANOTILHO, ALEXY, DWORKIN, AFONSO DA SILVA, STRECK, ESSER apud NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo* – 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25-34.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

³Ibid.

⁴Ibid.

⁵Ibid.

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade -, possuem aplicação imediata, tratando-se de cláusula pétrea, ou seja, de matéria que, dada a sua relevância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, não pode ser abolida do texto constitucional, por meio de Emenda, como estabelece o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil/88⁶.

Dentre os princípios constitucionais presentes no artigo 5º, destaca-se o princípio da presunção de inocência ou da presunção de não-culpabilidade, previsto no inciso LVII⁷, segundo o qual presume-se a inocência do suposto autor da infração penal até que ocorra o trânsito em julgado da decisão condenatória, inegável garantia processual penal, pois firma a Lei Maior como regra a preservação da liberdade do indivíduo e como exceção a sua prisão após a formação da coisa julgada formal e material, salvo nas hipóteses de prisão cautelar ou provisória.

Ressalta-se que do referido princípio são extraídas duas regras essenciais: uma delas está relacionada à prova da autoria, materialidade e culpabilidade, cujo ônus compete ao autor da ação penal pública, ou seja, ao órgão ministerial, ou da ação penal privada, o querelante, podendo resultar na absolvição do suposto autor da infração penal, com base em um dos incisos do artigo 386 do Código de Processo Penal⁸, ou na sua condenação, diante da robustez probatória. A outra regra se refere ao tratamento que deve ser aplicado ao autor do delito ou da contravenção penal, de modo a obstar, antes do trânsito em julgado, a antecipação do juízo de reprovação.

A relevância deste princípio em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, que vem a ser um dos fundamentos da República Brasileira, não permite que lhe seja retirado o seu caráter absoluto.

É importante frisar que existem três sistemas mundiais que definem o momento em que cai por terra a presunção de inocência: 1) o sistema norte-americano do *plea bargaining*⁹, no qual basta a confissão do autor da infração penal; 2) o sistema adotado por mais de 90% dos países ocidentais, no sentido de que é necessário que o decreto condenatório obtido no

⁶Ibid.

⁷Ibid.

⁸BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁹GOMES, Luiz Flavio. *STF admite execução provisória da pena após dois graus de jurisdição. Questões controvertidas. Afeta a Lava Jato*. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/stf-admite-execução-provisoria-da-pena-apos-dois-graus-de-jurisdicao-questoes-controvertidas-afeta-lava-jato>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

primeiro grau de jurisdição seja confirmado no segundo grau; e 3) o sistema que adota como marco o trânsito em julgado da sentença condenatória após o esgotamento de todos os graus de jurisdição.

A Constituição Brasileira, promulgada em 1988, como já foi salientado, em virtude da redemocratização do País, adotou explicitamente o terceiro sistema em seu artigo 5º, inciso LVII¹⁰.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Política, adotava, até 2009, o segundo sistema, alterando seu entendimento, no mesmo ano, quando passou a aplicar o terceiro sistema, posição jurisprudencial que vigorou até 17/02/2016, quando, ao ser apreciado o Habeas Corpus nº 126.292¹¹, a maioria dos Ministros (sete) votaram pelo emprego do segundo sistema, posição que foi ratificada em 5/10/2016 pelo Excelso Pretório, por seis votos, por ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, em decisão vinculante.

Ao adotar o segundo sistema, o Supremo Tribunal Federal, sopesando o interesse individual em contraposição ao interesse da sociedade, fez prevalecer este último, decisão que vem gerando inúmeros questionamentos na doutrina.

2. CONTROVÉRSIA ACERCA DO EFETIVO CUMPRIMENTO DA DUPLA FUNÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A comprovação da prática da infração penal e de sua autoria, observado o devido processo legal, acarreta a aplicação de pena, isto é, de uma sanção imposta pelo Estado no exercício da função jurisdicional ao indivíduo que transgredir as regras estabelecidas pela sociedade.

O estudo da pena e de sua finalidade levou a doutrina a partir do século XIX a elaborar teorias penais, que refletem a postura adotada pelo Estado, ora liberal, ora intervencionista, de acordo com o contexto político, social e econômico vivido.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

As teorias absolutas ou retribucionistas desenvolvidas por Kant, Hegel e Binding¹², a despeito de apresentarem fundamentos diversos, vislumbram a pena como retribuição cominada ao agente, de forma a compensar o mal por ele causado.

As teorias relativas ou utilitárias formuladas por Winfried Hassemer, Hellmuth Mayer e José Antón Oneca¹³, por sua vez, visualizam a pena como mecanismo essencial para a prevenção e controle da criminalidade.

As teorias mistas, também conhecidas como teorias unitárias, ecléticas ou de união, adotadas majoritariamente pela doutrina moderna - Claus Roxin, Santiago Mir Puig¹⁴ -, sustentam que a pena, além de significar a retribuição proporcional à conduta delitiva ou contravençional perpetrada, visa a ressocialização de seu autor, desestimulando o cometimento de novas infrações penais.

No Direito Penal brasileiro, a pena, como instrumento de controle social, possui dupla função: a retributiva e a preventiva, o que evidencia a adoção da teoria unitária.

A função retributiva está relacionada à culpabilidade, na medida em que, em decorrência da conduta delitiva praticada pelo sujeito ativo e das conseqüências dela advindas, há a aplicação de uma pena proporcional à gravidade da infração penal.

A função preventiva, por seu turno, busca a ressocialização do agente para que, reinserido na sociedade, não venha a reincidir, bem como almeja evitar o cometimento de novos delitos ou contravenções penais por outros membros da sociedade.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci¹⁵ destaca o desdobramento da função preventiva sob o aspecto geral e o especial, lecionando que ambos se subdividem em positivo e negativo:

o *geral* (...): a) preventivo positivo: a aplicação da pena tem por finalidade reafirmar à sociedade a existência e força do Direito Penal; b) preventivo negativo: a pena concretizada fortalece o poder intimidativo estatal, representando alerta a toda a sociedade, destinatária da norma penal. O *especial* também se subdivide em dois aspectos: a) preventivo positivo: é o caráter reeducativo e ressocializador da pena, buscando preparar o condenado para uma nova vida, respeitando as regras impostas pelo ordenamento jurídico. (...); b) preventivo negativo: significa voltar-se a pena igualmente à intimidação do autor da infração penal para que não torne a agir do

¹²KANT, HEGEL, BINDING apud GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*: volume 2/ Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina; coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha. – 2. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 465-466.

¹³Ibid., p. 469-484

¹⁴Ibid., p. 490-499.

¹⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 56.

mesmo modo, além de, conforme o caso, afastá-lo do convívio social, garantia maior de não tornar a delinquir, ao menos enquanto estiver segregado.

Cumpra assinalar que, não obstante seja determinado, nos casos mais graves, o efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade em unidade prisional, a integridade física e moral do preso é resguardada pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Carta Magna¹⁶ e pelo artigo 40 da Lei nº 7.210/84¹⁷, sendo-lhe assegurados determinados direitos, que estão previstos no artigo 41 da Lei de Execução Penal¹⁸, em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dentre os direitos elencados no artigo 41 da Lei nº 7.210/84¹⁹, destaca-se o de trabalhar, mediante remuneração, reduzindo um dia de pena a cada três dias trabalhados, e o de ter assistência educacional, o que pode promover a mudança de comportamento do preso, tornando-o, de fato, um cidadão pleno, possuidor de direitos e deveres, apto para retornar ao convívio social.

Ocorre, todavia, que, de acordo com a matéria publicada pelo Jornal O Globo²⁰, em 16/03/2013, tão somente 22% dos presos do sistema penitenciário brasileiro exerciam atividade laboral e uma parcela menor ainda – um a cada dez detentos – se dedicava aos estudos, o que aumenta, consideravelmente, a probabilidade de o egresso reincidir, ante a ausência de oportunidades.

Há, ainda, o problema da superlotação e da disputa de poder entre facções criminosas rivais nas penitenciárias brasileiras, tendo algumas delas, em regiões diversas do território nacional, enfrentado, no primeiro semestre do presente ano, rebeliões com grande número de mortos e feridos, o que foi amplamente divulgado pelos veículos de comunicação.

Acresce-se que, segundo informação divulgada em 18/04/17 pela Agência de Notícias do Conselho Nacional de Justiça²¹, o Brasil foi intimado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a prestar informações sobre a ocorrência de violações de direitos humanos nos Complexos Penitenciários de Pedrinhas, no Estado do

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

²⁰CASTRO, Juliana. *Apenas 22% dos presos do sistema penitenciário brasileiro trabalham*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

²¹BRASIL. CNJ. *RESSOCIALIZAR presos é mais barato que mantê-los em presídios*. Disponível em: <www.cnj.jus.br/Noticias/CNJ>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Maranhão, do Curado, no Estado de Pernambuco, bem como no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Estado do Rio de Janeiro, além de uma unidade socioeducativa situada no Estado do Espírito Santo.

Assim, embora o artigo 59, *caput*, do Código Penal²² indique de forma cristalina a adoção da teoria unitária pelo legislador, a realidade do sistema penitenciário brasileiro revela que a execução penal, na maioria dos casos, não cumpre a função ressocializadora, mantendo o egresso na criminalidade, ao mesmo tempo em que submete a sociedade a um ciclo ininterrupto de violência e insegurança, com repercussão negativa na economia das cidades brasileiras e no cotidiano de seus habitantes.

Com o objetivo de reverter esta situação, a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), ainda de acordo com a matéria noticiada pelo Conselho Nacional de Justiça²³, vem aplicando, em quarenta e três cidades localizadas nos Estados de Rondônia, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul, o Método da Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (Apac) que, mediante uma rotina focada no trabalho e na educação dos presos encaminhados a um estabelecimento de ressocialização, está reduzindo em menos de metade o valor gasto, mensalmente, pelos referidos Estados para a manutenção de presos em estabelecimentos prisionais.

3. DAS CONSEQUÊNCIAS RESULTANTES DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTE A EXISTÊNCIA DE RECURSO PENDENTE DE JULGAMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A Constituição Brasileira, ao estabelecer as garantias individuais, em seu artigo 5º, assegurou aos acusados, no inciso LV²⁴, o respeito ao contraditório e à ampla defesa, garantindo-lhes o direito de recorrer com o escopo de obter a reforma total ou parcial da decisão judicial, que ainda não transitou em julgado, ou a sua anulação.

O referido direito, exercido de forma voluntária, em consonância com o artigo 574, *caput*, do Código de Processo Penal²⁵, e por meio da defesa técnica, detentora da capacidade postulatória, viabiliza o reexame da matéria, de fato e de direito, por órgão jurisdicional

²²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

²³BRASIL, op. cit., nota 21.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 8.

hierarquicamente superior, propiciando o surgimento de uma decisão emanada do órgão colegiado em substituição à decisão oriunda do juízo monocrático.

Insta assinalar que, embora o sistema recursal brasileiro seja pautado pelo duplo grau de jurisdição, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça competem, em regra, respectivamente, diante da interposição de recurso extraordinário e/ou de recurso especial, a proteção, pelo controle difuso, da Carta Magna e da legislação infraconstitucional, admitindo-se, excepcionalmente, o exercício da jurisdição ordinária recursal, nas hipóteses previstas no artigo 102, inciso II, alíneas “a, b”, e artigo 105, inciso II, alíneas “a, b, c”, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil/88²⁶.

Ao discorrer sobre a classificação dos recursos, Eugênio Pacelli de Oliveira²⁷ salienta que:

a via ordinária dos recursos insere-se no conceito do duplo grau. O seu acesso não oferece maiores dificuldades, bastando a observância dos requisitos gerais de admissibilidade dos recursos.

A via extraordinária situa-se mais além, atingindo o terceiro grau de acesso às instâncias recursais. E, por isso, esse acesso é sempre mais limitado, de modo a se impedir uma eternização dos recursos. É o caso típico dos recursos especial e extraordinário.

É de se observar que não é a situação hierárquica do órgão da jurisdição que definirá a qualidade do recurso (como ordinário ou extraordinário).

Acresce-se que o recurso extraordinário e o recurso especial não se destinam ao simples reexame de questões fáticas, como sedimentado na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal²⁸ e na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça²⁹, mas sim propiciam o reexame de questões de direito constitucional federal, pelo Excelso Pretório, e o reexame de questões de direito federal infraconstitucional, pelo Superior Tribunal de Justiça..

A interposição de um recurso, como meio de impugnação de uma decisão judicial, observado o prazo estipulado na lei para a manifestação das partes, sob o risco de ser reconhecida a sua intempestividade, produz efeitos, adiando a eficácia plena da sentença ou do acórdão.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁷OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 950.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 279. Disponível em: <<http://www.stf.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUMERO.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Tais efeitos, de acordo com a doutrina, são chamados de: a) suspensivo; b) devolutivo; c) extensivo; d) iterativo, também conhecido como diferido ou regressivo; e) obstativo; e f) substitutivo.

O efeito suspensivo ocorre quando a decisão judicial, em virtude da interposição do recurso, não pode gerar qualquer efeito. Nesse sentido, o recurso de apelação interposto pela defesa, almejando a reforma da sentença condenatória, possui efeito suspensivo, na medida em que obsta a antecipação dos efeitos da execução.

O efeito devolutivo, por seu turno, está relacionado à delimitação da matéria, pelo recorrente, a ser reapreciada em sede recursal, que pode se referir a todo o julgado ou à parte dele, sendo certo que a matéria, objeto da irrisignação, deve ser analisada pelo órgão julgador em toda a sua profundidade.

Assim, a interposição, pelo órgão ministerial, de recurso de apelação, visando à reforma de sentença absolutória, possui efeito meramente devolutivo, pois não impede a imediata soltura do acusado.

O efeito extensivo, em consonância com o artigo 580 do Código de Processo Penal³⁰, por sua vez, possibilita que questões de natureza penal sejam reconhecidas e aplicadas a todos os agentes, como no caso de extinção da punibilidade pela prescrição, apesar de se tratar de recurso interposto, por exemplo, tão somente por um dos réus.

Já o efeito iterativo se refere à devolução do recurso ao juízo, que prolatou a decisão impugnada, para que seja por ele exercido, na hipótese envolvendo a interposição de recurso em sentido estrito, o juízo de retratação.

O efeito obstativo impede que, diante da interposição de um recurso, ocorra a preclusão temporal e, por conseguinte, o trânsito em julgado.

Por fim, o efeito substitutivo ocorre em duas hipóteses; a saber: a) a primeira, quando, recebido e julgado o recurso, pelo juízo *ad quem*, a decisão do órgão colegiado, independente de ser dado provimento ou não ao recurso, substitui a decisão monocrática, desde que a causa de pedir do recurso esteja calcada em *error in iudicando*; e b) a segunda, quando, fundamentada a causa de pedir em *error in procedendo*, o órgão colegiado nega provimento ao recurso.

No que concerne aos recursos extraordinário e especial, observa-se que eles possuem o efeito devolutivo limitado, tendo em vista que os Tribunais Superiores só podem reexaminar

³⁰BRASIL, op. cit., nota 8.

as questões de direito, que foram prequestionadas pelas partes e analisadas pelo Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso de apelação.

Desta forma, excetuando-se a hipótese em que é reconhecida uma nulidade, o que acarreta a devolução dos autos para que seja realizado um novo julgamento, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, a partir do entendimento adotado acerca das questões de direito debatidas, por meio do recurso extraordinário ou do recurso especial, proferem nova decisão, em conformidade com a tese adotada pelo Tribunal Superior.

No julgamento do Habeas Corpus nº 126.292³¹, o relator, Ministro Teori Zavascki, após mencionar, durante a exposição de seu voto, alguns julgados do Excelso Pretório, frisou que, julgado o recurso de apelação, sendo confirmada a decisão condenatória pelo 2º grau de jurisdição, admite-se a execução provisória da pena, inexistindo violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, na medida em que recursos pendentes possuem apenas o efeito devolutivo. A propósito, transcreve-se trecho extraído do referido voto:

para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação -, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*.

Por outro lado, foi também ressaltado em seu voto que a confirmação do decreto condenatório acarreta a preclusão, quanto às questões pertinentes ao fato em si, só podendo ser apreciadas as questões de direito em sede de recurso extraordinário ou de recurso especial, de modo que, firmado o juízo de reprovação, com a observância do duplo grau de jurisdição, afasta-se a alegação de ofensa a preceito constitucional.

Em consonância com o entendimento adotado pelo Ministro Relator Teori Zavascki, votaram a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, retomando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a posição adotada até o ano de 2009, no sentido de que é permitida a execução provisória da pena depois do segundo grau de jurisdição, ao passo que a Ministra Rosa Weber e os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski votaram, de forma contrária,

³¹BRASIL, op. cit., nota 11.

sustentando a prevalência do disposto taxativamente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil/88³².

CONCLUSÃO

O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 realizado em 17/02/2016, visando o equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da duração razoável do processo, este último previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil/88, fez prevalecer a efetividade da função jurisdicional, admitindo a execução provisória da pena, desde que condenado o réu na 2ª instância.

O tema foi novamente enfrentado em 5/10/2016 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, ocasião em que, por decisão vinculante, foi ratificada a posição que prevaleceu no julgamento do Habeas Corpus supracitado.

Tal entendimento, diverso do sedimentado pelo Excelso Pretório desde o ano de 2009, se alinhou ao disposto no artigo 8, item 2, letra “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional, que foi ratificado pela República Federativa do Brasil, por meio do Decreto nº 678/92, sendo certo que, na maioria dos países ocidentais, já se admitia a execução da pena após o esgotamento dos recursos ordinários, superando-se, desta forma, a presunção de inocência com o duplo grau de jurisdição.

O sistema anterior, muito mais do que garantir a presunção de inocência, permitia que a execução da pena imposta a réus abastados fosse postergada, mediante o manejo de inúmeros recursos, correndo-se o risco, em alguns casos, de ser alcançada a prescrição com a perda da pretensão executória.

A posição atualmente adotada revela que o Supremo Tribunal Federal, ao sopesar a liberdade individual e a garantia da ordem pública, relativizou o princípio da presunção de inocência, de forma a admitir a execução da pena, após a análise do acervo probatório no 1º e no 2º graus de jurisdição, para atender a uma finalidade mais ampla que é a de proteger a sociedade.

³²BRASIL, op.cit., nota 2.

Acresce-se que, iniciada a execução provisória da pena, o curso da prescrição é interrompido, em conformidade com o artigo 117, inciso V, do Código Penal.

Por outro lado, o fato de ser admitida a execução da pena, não impede que seja concedida ao réu a progressão do regime prisional, a remissão ou a detração penal, direitos que lhe são assegurados pela Lei de Execução Penal.

Cumprе ressaltar, todavia, que eventuais equívocos, quando da análise das provas, viabilizam a impetração de habeas corpus com o intuito de obstaculizar a execução imediata da pena imposta.

Por fim, deve ser registrado que, durante o julgamento do Habeas Corpus nº 136.720 pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no dia 8/08/2017, o Ministro Gilmar Mendes sinalizou possível mudança de entendimento a respeito do tema, surgindo a possibilidade de ser adotada pela maioria dos Ministros, no Plenário do Excelso Pretório, posição no sentido de admitir a execução da pena a partir de decisão do Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CNJ. *RESSOCIALIZAR presos é mais barato que mantê-los em presídios*. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/Noticias>CNJ](http://www.cnj.jus.br/Noticias/CNJ)>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279*. Disponível em: <<http://www.stf.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

CASTRO, Juliana. *Apenas 22% dos presos do sistema penitenciário brasileiro trabalham*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

GOMES, Luiz Flavio. *STF admite execução provisória da pena após dois graus de jurisdição. Questões controvertidas. Afeta a Lava Jato*. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/stf-admite-execucao-provisoria-da-pena-apos-dois-graus-de-jurisdicao-questoes-controvertidas-afeta-lava-jato>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: parte geral*: - 2. ed. rev., atual. e ampl. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal (Processo Civil, Penal e Administrativo)*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.