



Agosto 2017 - ISSN: 1988-7833

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA JUSTIFICADA PELO TRÂNSITO EM JULGADO DA CULPA NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

THE PROVISIONAL EXECUTION OF SENTENCE OF IMPRISONMENT JUSTIFIED BY THE RES JUDICATA OF THE GUILTY

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA PENA JUSTIFICADA POR EL TRANSITO EN JUZGADO DE LA CULPA EN LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA

Rafael Schwez Kurkowski¹

Ministério Público do Estado de Sergipe e Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

E-mail: rafadir2000@yahoo.com.br.

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Rafael Schwez Kurkowski (2017): “A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em Julgado da culpa na Sentença Penal Condenatória”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julio-septiembre 2017). En línea:
<http://www.eumed.net/rev/cccs/2017/03/pena-justificada-brasil.html>

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar que a execução provisória da pena se justifica pelo trânsito em julgado da culpa. A partir do momento em que não cabe mais discussão acerca da culpa do réu, ela transita em julgado, razão pela qual a execução provisória da pena é possível. Para tanto, é necessário revisar o conceito da presunção de inocência enquanto necessidade do trânsito em julgado da sentença para então haver a execução da pena. A teoria crítica, amparada no circuito de reação social de Joaquín Herrera Flores, e a força normativa da Constituição, para aproximar o direito à realidade social brasileira, na qual a morosidade processual e a impunidade são expressivas, justificam essa revisão. A presunção de inocência decorre do sistema acusatório e simplesmente impõe ao órgão acusador o ônus probatório a respeito do delito. Com base na análise documental e na revisão bibliográfica, conclui-se que, nos ordenamentos jurídicos em que a culpa se torna definitiva antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a execução provisória da pena é possível.

Palavras-chaves: Execução provisória da pena – Presunção de inocência – Teoria crítica – Momento da definição da culpa.

ABSTRACT

The present article intends to demonstrate that the provisional execution of sentence of imprisonment is justified by the definitive recognition of guilty. As there is no more discussion about the defendant's

¹ Rafael Schwez Kurkowski é graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo – FAPIDE, Aluno do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, atualmente exercendo as suas atribuições como Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2470799563913344>>.

guilty, it becomes definitive, what makes the provisional execution possible. For this purpose, it is necessary reviewing the concept of presumption of innocence as the necessity of the definitive sentence to allow the execution of the penalty. The critic theory, based on the Joaquín Herrera Flores' cultural reaction circuit, and the Constitution normative force, to approximate the law to the Brazilian social reality, in witch slowness procedure and impunity are expressive, justify this review. With help of documental analysis and of bibliographic review, concludes that, in the juridical systems the guilty becomes definitive before the res judicata, the provisional execution of sentence is possible.

Keywords: Provisional execution of sentence of imprisonment – Presumption of innocence – Critic theory – Momento of the definition of guilty.

RESUMEN

El presente artículo intenta demostrar que la ejecución provisional de la pena es justificada por el tránsito en juzgado de la culpa. Desde el momento en que no más cabe la discusión sobre la culpa de el reo, ella transita en juzgado, razon porque la execucion provisional de la pena es posible. Para tanto, es necesario revisar el concepto de la presunción de inocencia en cuanto la necesidad del tránsito en juzgado de la sentencia para entonces haber la ejecución de la pena. La teoría crítica, amparada en el circuito de reacción cultural del Joaquín Herrera Flores, y la fuerza normativa de la Constitución, para aproximar el derecho a la realidad social brasileña, en la cual la morosidad procesal y la impunidad son expresivas, justifican la revision. La presunción de la inocencia deriva del sistema acusatorio y simplemente impone al órgano acusador el encargo probatorio a respecto del delito. Con base en la análisis documental y revision bibliográfica, concluisse que, en los ordenamientos juridicos en los que la culpa se torna definitiva antes del tránsito en juzgado de la sentencia penal condenatoria, la execucion provisional es posible.

Palavras claves: Ejecución provisional de la pena – Presunción de inocencia – Teoría crítica – Momento de la definición de la culpa.

Sumário: 1 Introdução. 2 Necessidade de posição crítica em relação à teoria tradicional que exige o trânsito em julgado da sentença para fins da execução da pena. 3 Suficiência do trânsito em julgado da culpa para a execução provisória da pena. 4 Conclusão. Referências.

I INTRODUÇÃO

Na vigência da atual Constituição Federal (CF), a execução provisória da pena privativa de liberdade, após o encerramento das instâncias ordinárias, predominou, por largo tempo, sem oposição significativa, na mais alta instância judicial do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), como atestam, exemplificativamente, os seguintes julgados: HC n. 67707/RS², de 1989; RHC n. 67857/SP³, de 1990; HC n. 68726/DF⁴, de 1991; HC n. 72366/SP⁵, de 1995; HC n. 74983/RS⁶, de 1997; HC n. 79814/SP⁷, de 2000. Tamañha era a uniformidade desse entendimento que foram editados, em 2003, os verbetes ns. 716⁸ e 717⁹ da Súmula do STF, disciplinando a execução provisória da pena ao admitir a progressão de regime mesmo antes do trânsito em julgado da condenação.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 67707, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 07/11/1989. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70424>>. Acesso em: 05 mar. 17.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 67857, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 19/06/199. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102473>>. Acesso em: 05 mar.17.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68726, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 05 mar. 17.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72366, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73718>>. Acesso em: 05 mar. 17.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 74983, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650>>. Acesso em: 05 mar. 17.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 79814, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 23/05/2000. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78159>>. Acesso em: 05 mar. 17.

⁸ Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

⁹ Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Entendeu-se que a execução provisória era compatível com o princípio da presunção de inocência (ou presunção de não-culpabilidade)¹⁰, que está assim previsto no art. 5º, LVII, da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Esse quadro decisório perdurou até 2009, quando, no hábeas-cópus¹¹ n. 84.078/MG¹², o STF, por maioria, contrariando a jurisprudência até então dominante, decidiu no sentido da inconstitucionalidade da execução antecipada (*rectius*: provisória) da pena. Um dos principais argumentos consistiu na tese de que a presunção de inocência exigiria para fins da prisão, à exceção da custódia cautelar, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A jurisprudência do STF superveniente, servindo de parâmetro nacional, alinhou-se ao entendimento da impossibilidade da execução provisória, a exemplo dos arrestos HC n. 106463/PR¹³, de 2011; HC n. 119759/SP¹⁴, de 2013; e HC n. 107710/SC¹⁵, de 2015.

Contudo, em fevereiro de 2016, houve nova guinada de entendimento no STF. No julgamento do HC n. 126.292/SP¹⁶, o mesmo STF, revigorando a jurisprudência anterior ao HC n. 84.078/MG, decidiu, por maioria, no sentido da constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, sob o principal argumento de que ela “não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. Pontuou-se que o esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, a interposição de todos os recursos criminais capazes de discutir a culpa, implica o início da execução, embora provisória, da pena. Posteriormente, em outubro de 2016, o STF indeferiu a medida cautelar postulada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44, cujo objeto versava sobre o art. 283 do Código de Processo Penal (CPP)¹⁷. A despeito de o acórdão não haver sido publicado eletronicamente na data de fechamento deste artigo, notícia veiculada no *site* do STF informou que a maioria dos Ministros considerou que o art. 283 do CPP “não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância”¹⁸.

Não obstante, a questão não se encontra pacificada ainda. Alguns dos Ministros que restaram vencidos, como Marco Aurélio, têm, monocraticamente, concedido a liberdade a réus que já esgotaram os recursos criminais que podem discutir a culpa, a exemplo do recente caso envolvendo o “goleiro Bruno”¹⁹. A ministra Rosa Weber, por sua vez, embora discorde do atual entendimento, manteve, unicamente em atenção ao princípio do colegiado, a prisão de determinado réu que já esgotara a instância ordinária²⁰. Isso é claro indicativo de que, se o posicionamento do Tribunal alterar, ela voltará a decidir como antes, ou seja, pela impossibilidade da execução provisória da pena.

Percebe-se, assim, que o atual posicionamento do STF ainda é frágil, em razão da sua possibilidade de alteração a qualquer momento. Nessa linha, é necessário consolidar o entendimento

¹⁰ Este trabalho segue a linha doutrinária, a exemplo de Nucci e Nicolitt, que considera presunção de não-culpabilidade e presunção de inocência sinônimos. (NUCCI, 2006. p. 53; NICOLLIT, 2014. p. 150). Registra-se, contudo, a existência de doutrina que estabelece diferenciação a respeito. Por todos, vide Rangel. (RANGEL, 2010. p. 25).

¹¹ Sobre a forma hábeas-cópus, Kaspary ensina: “Hábeas-cópus é a forma lógica e completamente aportuguesada: com hífen, para indicar a unidade semântica do termo (à semelhança de pena-base, dias-multa, queixa-crime, etc.); com acento gráfico em hábeas, por ser paroxítona terminada em ditongo crescente (à semelhança de pâncreas, várzea, área, etc.); e também com acento gráfico em cópus, por ser paroxítona terminada em us (à semelhança de vírus, húmus, Vênus, etc.). Compare-se o termo com outros latinismos aportuguesados, tais como mapa-múndi, vade-mécum, pró-forma, fac-símile, etc”. (KASPARY, 2005. p. 163).

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 05 mar. 17.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 106463, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 25/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2848267>>. Acesso em: 05 mar. 17.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 119759, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5136001>>. Acesso em: 05 mar. 17.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107710 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/06/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8832461>>. Acesso em: 05 mar. 17.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 05 mar. 17.

¹⁷ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 139612 MC, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) MARCO AURÉLIO, julgado em 21/02/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+139612%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gok436u>>. Acesso em: 05 mar. 17.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 140285, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 10/02/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+140285%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hg46zpy>>. Acesso em: 05 mar. 17.

de que a execução da pena inicie tão logo esgotada a instância a ordinária, vale dizer, quando a culpa não é mais discutível. Há argumentos que ainda não foram explorados, a exemplo do trânsito em julgado da culpa – e não da sentença ou do processo –, situação que justifica este artigo.

O tema demanda a análise de três institutos, notadamente. O instituto da coisa julgada, tradicionalmente, designa o efeito ou qualidade que torna o mérito decidido pela sentença indiscutível. Segundo Couture, “*es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla*”. (COUTURE, 1977. p. 401). Deve-se, todavia, estender esse conceito, na linha de Francesco Carnelutti, para partes ou capítulos da sentença, vale dizer, cada uma das questões solucionada pela sentença. (DINAMARCO, 2014: 25). Aliás, a possibilidade de executar um capítulo da sentença já foi acolhida pelo legislador brasileiro, quando da elaboração do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13105/15) – NCPC, no seu art. 356, §1º²¹. A mesma orientação foi adotada quando do julgamento da Ação Penal n. 470/MG (“Mensalão”), na qual se permitiu a execução da condenação criminal em relação aos crimes praticados em concurso contra cuja condenação os réus não interpuseram recurso (a questão foi especialmente decidida na décima primeira questão de ordem da AP 470/MG)²². Já o instituto da culpa se refere à reprovação social incidente sobre uma conduta típica que apresenta um nexo causal com um resultado lesivo. O presente trabalho emprega os vocábulos “culpa” e “culpabilidade” como sinônimos, na linha da doutrina de Francisco de Assis Toledo. (TOLEDO, 1994: 216). Por sua vez, a presunção de inocência, como se demonstrará abaixo, não se relaciona à exigência ou não do trânsito em julgado da sentença para fins da decretação da prisão do réu, mas consiste simplesmente em regra atinente ao ônus da prova.

Há condições agora para a apresentação do problema de pesquisa: o trânsito em julgado da culpa, traduzido na sua indiscutibilidade, justifica a execução provisória da pena?

Com base na análise documental e na revisão bibliográfica, as seguintes hipóteses responderão afirmativamente à questão: a) o ordenamento jurídico brasileiro (CF e CPP) bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) não requerem o trânsito em julgado da sentença, mas apenas a definição sobre a culpa do réu; e b) a interpretação voltada à realidade brasileira, com amparo na força normativa da CF e na proporcionalidade enquanto proibição da proteção insuficiente, privilegia, após o esgotamento dos recursos capazes de discutir a culpa, o princípio da segurança em relação ao da presunção de inocência.

2 NECESSIDADE DE POSIÇÃO CRÍTICA EM RELAÇÃO À TEORIA TRADICIONAL QUE EXIGE O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PARA FINS DA EXECUÇÃO DA PENA

É cediça a morosidade do sistema judicial brasileiro provocada pela existência de uma infinidade de recursos judiciais. Quem atua na lide forense tem pleno conhecimento de que o trânsito em julgado da sentença condenatória pode demorar mais de vinte anos, por exemplo. Tal circunstância, no Brasil, onde o termo inicial do prazo prescricional da pretensão executória ocorre a partir do trânsito em julgado para o órgão acusador (art. 110, §1º c/c art. 112, I, ambos do Código Penal), é prejudicial a uma atuação efetiva da jurisdição criminal e à pacificação social. Apesar do trânsito em julgado para o órgão acusatório, a defesa pode prolongar o trânsito em julgado da condenação mediante a interposição sucessiva de recursos, muitas vezes meramente protelatórios. Paradoxalmente, isso pode conduzir à prescrição da pretensão punitiva, embora, curiosamente, não haja inércia do titular da ação penal. A título de exemplo, no voto do Ministro Edson Fachin sobre a medida cautelar da ADC 44²³ e no voto do Ministro Barroso no já referido HC 126.292/SP, foram relacionados diversos casos sobre a lentidão do sistema criminal brasileiro, alguns dos quais, observando o prejuízo intenso às vítimas, resultaram em condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Menciona-se, a título de exemplo, o palpitante caso de Maria da Penha, o qual implicou a aprovação, em 2006, da Lei n. 11340/06, também conhecida como “Lei Maria da Penha”, que versa sobre violência doméstica contra a mulher: em 1984, ofereceu-se denúncia que imputava a prática de tentativa de homicídio ao seu ex-marido; porém, em 2001, época do julgamento da reclamação apresentada por Maria da Penha pela Corte Interamericana, os autos do processo criminal estavam conclusos para julgamento de um recurso interposto pela defesa contra a sentença que condenou o réu, no tribunal do júri. Durante todo esse interregno, o réu permaneceu

²¹ Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

(...)

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470/MG. Décima primeira questão de ordem. Relator(a): MINISTRO JOAQUIM BARBOSA. Julgado em 13.11.13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5296988>>. Acesso em: 05 mar. 17.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 44. Voto do Ministro Edson Fachin na medida cautelar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 17.

em liberdade. Por tal razão, o Brasil foi condenado à, entre outras, adoção de medidas “necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso *rápido e efetivo*; por manter o caso na *impunidade* por mais de quinze anos”²⁴ (sem grifos no original).

Certamente não foi essa a pretensão do constituinte originário ao prever os direitos fundamentais na Constituição brasileira, especialmente a presunção de inocência²⁵.

É justamente esse divórcio entre a previsão abstrata da norma e a realidade brasileira que justifica a necessidade de uma revisão crítica do entendimento tradicional sobre a presunção de inocência²⁶, encampado pelo HC n. 84078/MG, no sentido de que ela equivale à exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a prisão então ser cumprida. Até esse marco, o réu poderia apenas ser preso por força de prisão cautelar.

Para tanto, socorre-se da teoria crítica. A crítica não consiste em dizer “não” para tudo, mas um “não” que conduz a algo diferente, que está faltando, segundo Ernst Bloch²⁷. Pontualmente, a teoria crítica consiste no

[...] profundo exercício reflexivo de questionar o que está normatizado e oficialmente consagrado (no plano do conhecimento, do discurso e do comportamento) em uma dada formação social, e a possibilidade de conceber outras formas não alienantes, diferenciadas e pluralistas da prática jurídica. Entende-se, destarte, que o “pensamento crítico” nada mais é do que a formulação “teórico-prática” de se buscar, pedagogicamente, outra direção ou outro referencial epistemológico que atenda às contradições estruturais da modernidade presente. (WOLKMER, 2015: 19-20).

Nesse ponto, impõe-se pensar uma dogmática que não seja puramente abstrata; uma dogmática que saia do campo das ideias e pretenda transformar a realidade brasileira: em 2015, houve uma morte violenta a cada nove minutos; entre 2011 a 2015, houve 279.567 mortes intencionais no Brasil, enquanto, no mesmo período, na Síria, que estava em guerra, houve 256.124 mortes intencionais. (PÚBLICA, 2016: 6). Com efeito, esses números revelam a incongruência em sustentar um entendimento que exija o trânsito em julgado da sentença para fins da execução da pena.

Essa dogmática necessita, segundo Herrera Flores, de uma “*reflexión que no se reduzca únicamente a cuestiones procedimentales, jurídicas y teóricas, sino que, asimismo, tenga en cuenta lo que realmente ocurre en los ámbitos públicos y privados donde se juegan los destinos de los seres humanos*”. (FLORES, 2005: 34). Mais enfaticamente: “*¿dónde se cruza el conocimiento con la realidad de modo que la haga accesible para los fines prácticos de su transformación?*” (FLORES, 2005: 34). Essa reflexão, portanto, não pode estar divorciada da realidade brasileira; pelo contrário, ela deve considerar, nos termos de Monedero, o *path dependence* brasileiro: “*[n]o hay posibilidad de desentrañar las vías de futuro si no se entiende con claridad de dónde procedemos*”. (MONEDERO, 2012: 193) Enfim, na linha do escrito por Suxberger, faz-se necessário que “os temas de direito penal guardem uma *preocupação prática*, amparada nas constatações que informam os problemas gerais do sistema de justiça criminal” (sem grifo no original). (SUXBERGER, 2016: 1)

A presunção de inocência é um direito humano, previsto no art. 11, § 1º, da DUDH. Na medida em que ela foi positivada no direito brasileiro (art. 5º, LVII, da CF), ela também ostenta o caráter de direito fundamental²⁸. Considerando essa característica, é preciso tecer algumas observações.

Herrera Flores (FLORES, 2008) explica que o *circuito de reação cultural* permite a reconstrução dos significados dos direitos humanos, o que demonstra que eles estão sob constante evolução. Circuito de reação cultural envolve a reação que os indivíduos apresentam frente ao entorno que os circunda e frente às relações que os outros indivíduos têm com esse entorno (metáfora da ponte que conecta duas margens e permite a comunicação entre elas). Ele constitui uma espécie de resposta simbólica, porque baseada em signos, a esse entorno. Logo, se esse

²⁴ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório n. 54/01, Caso 12051. Julgado em 04.04.01. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 06 mar. 17.

²⁵ Embora tenha posicionamento contrário à execução provisória, Marco Pacifico apresenta interessante histórico a respeito do princípio da presunção de inocência. (PACÍFICO, Marco E. S. A., 2017, p. 2-3).

²⁶ Por todos, vide Tourinho Filho. (TOURINHO FILHO, 2002. p. 26).

²⁷ “[...] *it is a driving towards what is missing* [...]”. (BLOCH, 1995. p. 306).

²⁸ Didaticamente, Sarlet ensina que direito fundamental consiste no direito humano (direitos reconhecidos em documentos internacionais) que é positivado no direito constitucional de determinado Estado. (SARLET, 2015. p. 29.)

entorno é alterado, necessariamente os indivíduos apresentarão uma nova reflexão quanto a ele e estabelecerão novas relações com esse entorno e com as relações que os outros indivíduos travam com esse mesmo entorno. Por tal motivo, alterando-se o “entorno” ao qual os direitos humanos fazem referência, estes podem ser modificados, o que demonstra que eles não são uma universalidade abstrata e perene; pelo contrário, “*los derechos humanos serían los resultados siempre provisionales de las luchas sociales por la dignidad*”. (FLORES, 2008: 26). Exatamente por isso, Bobbio sustenta que os direitos humanos, “enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e ampliação”. (BOBBIO, 2004: 32).

O circuito de reação cultural pode objetivar a *regulação* do espaço cultural, ou seja, a imposição unilateral da visão de um grupo em relação à visão que o outro grupo tem acerca do entorno. Ao revés, ele pode objetivar a *emancipação*, vale dizer, a evolução para um espaço comum mediante o diálogo dos grupos envolvidos. (FLORES, 2017). Essa reação cultural hegemônica equivale ao “paradigma emergente” de Boaventura Santos, o qual conduz a uma “tolerância discursiva”, na medida em que “incentiva os conceitos e as teorias desenvolvidos localmente a emigrarem para outros lugares cognitivos, de modo a poderem ser utilizados fora do seu contexto de origem”. (SANTOS, 2008: 77-79).

No plano constitucional, esse constante diálogo entre diversas formas de se ver o mundo conduz a uma “ductibilidade constitucional”, na qual os valores e princípios não têm valor absoluto, providência que se justifica para possibilitar o diálogo. Em consequência, gera-se uma dogmática fluida, que “*debe ser como el liquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos*”. (ZAGREBELSKY, 2016: 14-17).

A realidade brasileira, na qual réus condenados em segundo grau dispõem apenas de recursos que não podem discutir a culpa, a qual já foi solenemente reconhecida, reclama a revisão do conceito tradicional de presunção de inocência.

Nessa linha, propõe-se a substituição da *regulação* imposta pela visão unilateral que associa o princípio da presunção de inocência ao trânsito em julgado da sentença – circunstância que o torna um princípio absoluto, inflexível – pela *emancipação* da visão que atribui a esse princípio um aspecto relacionado ao ônus probatório.

3 SUFICIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CULPA PARA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

No essencial, dispõe o art. 11, §1º, da DUDH que: “[t]oda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”. A leitura perfunctória desse dispositivo legal revela que a presunção de inocência não exige o trânsito em julgado da sentença, mas a comprovação da culpabilidade do réu segundo a lei. Em consequência, nos sistemas em que a comprovação da culpabilidade ocorre antes do trânsito em julgado da condenação, a execução da pena não viola a presunção de inocência.

Uma leitura açodada da presunção de inocência no art. 5º, LVII, da CF, ancorada em interpretação literal, poderia sugerir a exigência do trânsito em julgado. Todavia, a interpretação literal é a menos recomendada, por ser uma fonte perene de erros ao apegar-se às palavras em sacrifício das realidades morais, econômicas e sociais, como escreveu Maximiliano. (MAXIMILIANO, 2011: 91-92). De fato, unicamente em atenção à letra fria da lei, cerrar os olhos para a impunidade e o descrédito das instituições jurídicas do país decorrente da exigência do longínquo trânsito em julgado da condenação não é a melhor opção.

Aliás, a força normativa da Constituição exige do seu aplicador uma atitude de transformar a realidade. De fato, a Constituição tem uma pretensão de eficácia a qual consiste em imprimir ordem e conformação à realidade. Quando essa pretensão de eficácia é realizada, a Constituição adquire a sua força normativa. Para tanto, ela impõe tarefas aos seus destinatários. A Constituição justamente adquire força ativa quando essas tarefas são realizadas, quando existe disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. (HESSE, 1991: 11-19).

Nessa linha, com o desiderato de imprimir ordem e conformação à realidade brasileira, é preferível uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico como um todo, na linha do sustentado por Fischer. (FISCHER, 2006). No caso, tal método hermenêutico revela a existência dos seguintes fatores que justificam a execução provisória da pena.

Em primeiro lugar, no ordenamento jurídico brasileiro, a culpa – que constitui matéria eminentemente fática – já é reconhecida de forma definitiva com o encerramento das instâncias ordinárias (fase que compreende desde ajuizamento da ação penal, passa pela sentença e termina com a interposição dos recursos de apelação ou embargos infringentes e de nulidade, considerando ainda os respectivos embargos de declaração). Às instâncias ordinárias compete, fundamentalmente, conhecer do fato.

Já os recursos excepcionais (recurso extraordinário e recurso especial, previstos, respectivamente, nos arts. 102, III, e 105, III, ambos da CF) não se destinam à discussão de fatos, mas, exclusivamente, do direito em abstrato, razão inclusive pela qual os tribunais superiores não constituem em terceiro grau de jurisdição. Por esse motivo, eles não se prestam ao reexame de provas, consoante o verbete n. 279 da Súmula do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”) e o verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”).

É fundamental frisar, nesse ponto, que eventual provimento dos recursos excepcionais pode conduzir à absolvição do réu, não pelo afastamento da culpa, mas por outros motivos não relacionados à matéria fática. É justamente por essa razão que se sustenta o trânsito em julgado da culpa.

Em segundo lugar, o hábeas-cópus afigura-se meio mais célere e adequado ao questionamento de eventual irregularidade ou ilegalidade na execução provisória da pena. Isso porque: a) o seu julgamento é célere, na medida em que independe de inclusão em pauta²⁹; b) não se sujeita à limitação temática dos arts. 102, III, e 105, III, ambos da CF; c) pode revalorar juridicamente o fato concreto³⁰; e d) desafia a violação de norma infraconstitucional e, portanto, ofensa reflexa à Constituição, desde que envolva questão de direito (ex.: incidência, no caso concreto, da atenuante da confissão espontânea)³¹.

Acrescenta-se, em terceiro lugar, que a possibilidade da atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais, conforme o art. 1029, §5º, do NCPD, demonstra nitidamente que, quando restarem ausentes os requisitos para essa atribuição, a execução provisória da pena é perseguida pela legislação. (KURKOWSKI; SUXBERGER: 2016).

O raciocínio ora desenvolvido é plenamente compatível com a concepção atual sobre a presunção de inocência. Esta cuida, na verdade, de princípio que encontra justificação no sistema acusatório: por ele, todo o ônus da prova incumbe ao órgão acusatório, razão por que o réu não pode ser compelido a produzir provas contra si (*nemo tenetur se detegere*)³². Ferrajoli, por sua vez, ao estudar o princípio da inocência enquanto regra de juízo, atrela-o ao sistema acusatório, no qual a verdade é relativa ou formal, sendo estabelecida por intermédio do embate de argumentos entre a acusação e a defesa. Pontualmente, ele aduz que, “[s]endo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação”. (FERRAJOLI, 2014: 562).

Por outro lado, percebe-se que o entendimento ora sustentado pode dar azo a uma colisão entre a presunção de inocência e a segurança pública. Esta, além de princípio, é elemento de integração (MORAES, 2006. p. 15), objetivo da República, direito fundamental, direito social e dever do Estado, como se infere com base nas suas múltiplas posições topográficas na Constituição Federal (preâmbulo; art. 3º, I e IV; art. 5º, *caput*; art. 6º, *caput*; art. 144). Para solucionar tal tensão, deve-se recorrer à proporcionalidade, enquanto postulado normativo³³, bem como ter em mente o caráter *prima facie* inerente a qualquer princípio³⁴. Todavia, a proporcionalidade tem uma dupla face. Sob a conhecida acepção de proibição do excesso, objetiva-se evitar que o Estado intervenha de forma excessiva sobre o indivíduo; já sob o sentido da proibição da proteção insuficiente, quer-se que o Estado não desproteja um determinado direito fundamental ao não garanti-lo com condição mínima³⁵. Em consequência, se o poder público “omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos del propio Estado o

²⁹ Nesse sentido, conferir os seguintes julgados do STF: RHC 58415, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 11/11/1980, DJ 06/02/1981; HC 87520, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 24/10/2006, DJ 16/03/2007.

³⁰ “A valoração jurídica do fato distingue-se da aferição do mesmo, por isso que o exame da presente questão não se situa no âmbito do revolvimento do conjunto fático-probatório, mas importa em mera reavaliação dos fatos postos nas instâncias inferiores, o que viabiliza o conhecimento do habeas corpus.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 101698, Min. Rel. Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 18/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1595332>>. Acesso em: 14 set. 2016).

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 88862, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 08/08/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=383625>>. Acesso em: 14 set. 2016. No mesmo sentido, admitindo o cabimento do hábeas-cópus para questão de direito infraconstitucional, conferir estes julgados do STF: HC 83302, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 09/03/2004; HC 77858, Min. Rel. Maurício Corrêa, Segunda Turma. Julgado em 01/12/1998.

³² Este posicionamento é sustentado, entre outros, por: a) NUCCI, 2006. p. 53; b) RANGEL, 2010. p. 28; c) GIACOMOLLI, 2009. p. 47; d) LOPES JR., 2012. p. 238.

³³ Postulados normativos são, para Ávila, “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”. (ÁVILA, 2004. p. 90).

³⁴ “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.” (ALEXY, 2015. p. 103-104).

³⁵ Segundo Claus-Wilhelm Canaris, a proibição de insuficiência foi expressão criada por ele e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Ela envolve basicamente dois níveis: a) imperativo de tutela: se existe o dever de proteção por parte do Estado; e b) proibição da insuficiência (como se realiza o imperativo de tutela). (CANARIS, 2012).

de particulares, él habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales". (ESCALANTE, 2016).

Tomando-se em conta essas duas faces da proporcionalidade, no caso concreto, há o seguinte dever: não intervir demasiadamente no direito de liberdade do réu ao tempo em que não pode vulnerar a segurança pública ao deixar em liberdade um réu condenado que esgotou as instâncias ordinárias. Aqui, o caráter *prima facie* dos princípios colidentes conduz à solução: a segurança pública é privilegiada justamente porque o réu, já condenado, não pode mais discutir a culpa, embora lhe restem assegurados meios efetivos para combater eventual ilegalidade na execução provisória da pena.

Com base nessa acepção, em caso de concurso de crimes, é possível reconhecer o trânsito em julgado em relação ao crime não objeto de recurso. Esse entendimento já foi agasalhado pelo STF, quando do julgamento da Ação Penal n. 470, como exposto acima. Exemplificativamente, se a condenação versa sobre tráfico de drogas em concurso com roubo, e se o réu recorre apenas em relação à condenação pelo tráfico, resignando-se com a condenação pelo roubo, esta transita em julgado. Ora, em vez de uma denúncia imputando ao réu esses dois crimes, poderia haver duas denúncias separadas, não se devendo olvidar de que a competência do juízo, no caso, seria relativa. Aliás, pelo trânsito em julgado da condenação por roubo, o próprio tribunal *ad quem* não pode, quanto a esse crime, operar uma *reformatio in melius*; se o fizesse, violaria o princípio da inércia ao decidir sobre uma matéria que não lhe foi apresentada por quem de direito.

Também com base na solução pelo caráter *prima facie* acima comentada, é possível sustentar o trânsito em julgado do capítulo da sentença atinente à culpa, entendimento igualmente já acolhido pela jurisprudência brasileira. Inicialmente desenvolvida pelo Ministro Néri da Silveira, no julgamento do HC n. 68726, a ideia da formação da coisa julgada em capítulos foi aprofundada pelo Ministro Luiz Fux, no paradigmático HC n. 126.292/SP. Reconhecendo a imutabilidade com relação à matéria fático-probatória após o julgamento pelas instâncias ordinárias, visto que, mediante os recursos extraordinário e especial, se devolvem ao órgão julgador apenas questões legislativas constitucionais e/ou federais, ocorre a formação da coisa julgada quanto ao capítulo atinente à culpabilidade do réu. Nessa hipótese, embora a cognição realizada sobre a culpa, no plano horizontal, seja parcial ou limitada, ela é, no plano vertical, exauriente, circunstância que, por não violar contraditório e a ampla defesa, permite a formação da coisa julgada sobre a culpa. (WATANABE, 2005: 132-135). Na mesma linha segue Sérgio Porto, ao sustentar que "as demandas sumárias no sentido horizontal, as quais consagram cognição parcial ou limitada em torno da extensão, todavia exauriente quanto à profundidade, podem atingir o estado de coisa julgada material". (PORTO, 2011: 107-108). Estaria autorizada, portanto, a execução provisória da pena privativa de liberdade.

4 CONCLUSÃO

A impunidade hoje existente no Brasil, que lhe tem rendido condenações pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pela violação dos direitos das vítimas e por não punir os agressores, reclama uma revisão do conceito tradicional do princípio da presunção de inocência concebido enquanto necessidade do trânsito em julgado da sentença penal para permitir a execução da pena, afora as hipóteses de prisão preventiva.

Com base na teoria crítica, revisa-se esse conceito de forma a possibilitar a execução provisória da pena assim que ocorra o trânsito em julgado da culpa, vale dizer, a partir do momento em que o réu tenha esgotado os recursos capazes de discutir a culpa, que constitui matéria eminentemente fática. Aliás, a própria força normativa da Constituição Federal exige a conformação da realidade segundo os seus valores; e não é objetivo da Constituição que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória tarde anos para, somente então, permitir-se a execução penal.

Assim, sustenta-se que o conceito adequado de presunção de inocência respeita ao sistema acusatório, no sentido de que ao órgão acusatório incumbe todo o ônus da prova sobre a imputação que é deduzida contra o réu. Sob esse conceito, considerando que, após o encerramento das instâncias ordinárias, a culpa não está mais sujeita à discussão, resta possibilitada a execução provisória da pena.

Portanto, nos ordenamentos jurídicos em que a comprovação da culpabilidade ocorre antes do trânsito em julgado da condenação, a execução da pena não viola a presunção de inocência. Por conseguinte, no caso brasileiro, é legítima a execução provisória da pena nas seguintes hipóteses: a) quanto à condenação resultante do crime, praticado em concurso com outros, em relação à qual não tenha sido interposto recurso, hipótese em que ela não é devolvida ao Judiciário (pelo efeito devolutivo ínsito qualquer recurso), a exemplo do que decidido na ação penal n. 470; e b) quando o

capítulo da sentença (ou acórdão) atinente à culpa do réu transita em julgado, o que ocorre com o encerramento das instâncias ordinárias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BLOCH, Ernst. *The principle of hope*. Cambridge: MIT Press, 1995. Disponível em: <<http://www.docfoc.com/download/documents/bloch-ernst-the-principle-of-hope-vol1pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2012.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de derecho precesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ESCALANTE, Mijail Mendoza. *Tribunal constitucional y control material de resoluciones judiciales*. Disponível em: <<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/ii/control.material.resoluciones.judiciales.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*, ano V, n. 25, jan-fev 2006. p. 07-30.

FLORES, Joaquin Herrera. Cultura y derechos humanos: la construcción de los espacios culturales. *Revista Científica de Información y Comunicación*, 2008, 5, pp-26-72. Disponível em: <<http://institucional.us.es/revistas/comunicacion/5/02herrera%20flores.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

_____. *Derechos humanos, interculturalidade e racionalidad de resistència*. Disponível em: <<http://wdb.ugr.es/~eirene/wp-content/files/publicaciones/ColeccionEirene/eirene27/eirene27cap3.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

_____. *La reinención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

_____. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Los libros de catarada, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais Lei 9.099/95*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KASPARY, Adalberto J. *Habeas Verba: português para juristas*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. *E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH*. Belo Horizonte. Volume IX, número 2, dezembro de 2016. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1994>>. Acesso em: 07 mar. 17.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONEDERO, Juan Carlos. *El gobierno de las palabras. Políticas para tiempos de confusión*. Caracas, Centro Internacional Miranda, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NICOLLIT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACÍFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, abril-junio 2017. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/02/inocencia.html>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PÚBLICA, Fórum Brasileiro de Segurança. *Anuário brasileiro de segurança pública 2016*. São Paulo: Ano 10, 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Repensando os desafios da dogmática jurídico-penal a partir da teoria crítica dos direitos humanos. *Revista de Estudos Criminais*, v.61, p. 99 - 114, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de: Marina Gascón. 11. ed. Madri: Trotta, 2016.