

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FACE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DIREITO COMPARADO

THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE PENALTY IN RELATION TO THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE: COMPARATIVE RIGHT

Fábio Manoel Fragoso Bittencourt Araújo¹

Ana Beatriz Vasconcelos de Medeiros²

RESUMO: A execução provisória da pena é um tema polêmico, sobretudo porque implica na compreensão sobre o alcance do princípio constitucional da presunção de inocência. A questão que se coloca é que o posicionamento adotado no Brasil nunca foi uma unanimidade na doutrina e jurisprudência. Nessa perspectiva, o objetivo do trabalho é realizar um estudo comparado sobre a matéria, empregando pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo. A conclusão alcançada é de que não seria possível seguir outro caminho no direito interno, de modo que a orientação encontra respaldo na Constituição e no Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: presunção de inocência; execução provisória da pena; direito comparado.

ABSTRACT: The provisional execution of the sentence is a controversial topic, mainly because it implies understanding the scope of the constitutional principle of the presumption of innocence. The question that arises is that the position adopted in Brazil has never been unanimity in doctrine and jurisprudence. From this perspective, the objective of this work is to carry out a comparative study on the subject, using bibliographical research, of a qualitative nature. The conclusion reached is that it would not be possible to follow another path in domestic law, so that the orientation is supported by the Constitution and the Code of Criminal Procedure.

KEYWORDS: presumption of innocence; provisional execution of the penalty; comparative law.

¹ Advogado e Procurador-Chefe Adjunto do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas – TCE/AL. Doutorando em Direito e Mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. E-mail: fabio@escritoriomartins.adv.br.

² Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas – TJ/AL. Mestra em Direito Público pela Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL). Pós-Graduanda em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). E-mail: anavmedeiros@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra a presunção de inocência como direito fundamental do cidadão, razão pela qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tal disposição encontra amparo, inclusive, na legislação processual penal brasileira, que só admite a prisão após condenação criminal transitada em julgado, exceto se a prisão for em flagrante delito ou de natureza cautelar.

Neste contexto, desde 2019, a doutrina e a jurisprudência pátria firmaram entendimento no sentido de que a presunção de inocência tem o condão de impedir a execução provisória da pena, de modo que o seu cumprimento deve ocorrer somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O problema em questão reside no fato de que o posicionamento recentemente firmado nunca foi uma unanimidade no Brasil, gerando décadas de debate entre os doutrinadores e uma jurisprudência oscilante no Supremo Tribunal Federal - STF.

Diante do problema colocado, duas hipóteses serão investigadas, notadamente: a regulamentação legal da presunção de inocência e da execução provisória da pena em outros países; o entendimento adotado pelos tribunais constitucionais dos respectivos países sobre a matéria.

Neste contexto, o objetivo do artigo científico é realizar um estudo comparado sobre a execução provisória da pena face ao princípio da presunção de inocência. Dentre os objetivos específicos, destacam-se:

- a) estudar o significado e alcance da presunção de inocência no direito pátrio;
- b) abordar sobre a oscilação na jurisprudência do STF sobre a execução provisória da pena; e
- c) analisar como a legislação e os tribunais constitucionais de alguns países concebem a presunção de inocência e a execução provisória da pena.

A fim de alcançar os objetivos almejados, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo. Por isto, fez-se uma revisão de literatura, com o objetivo de reunir e analisar informações oriundas de produções científicas na área do Direito, especialmente do Direito Constitucional e Direito Processual Penal.

O trabalho foi estruturado em três capítulos, o que permite uma leitura mais didática e harmoniosa. De início, serão realizadas algumas considerações sobre a presunção de inocência e a possibilidade de execução provisória da pena no direito pátrio. Posteriormente, será

realizado um estudo sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena face a presunção de inocência. E, por fim, será realizado o estudo comparado, investigando como os ordenamentos jurídicos e os tribunais constitucionais de alguns países têm compreendido a matéria.

2 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO DIREITO PÁTRIO

A presunção de inocência encontra amparo no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

De acordo com Bento (2007, p. 22), “o princípio da presunção de inocência configura uma norma de direito constitucional de caráter fundamental inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana”. Além disso, reveste-se “de um direito de natureza processual com repercussões no campo probatório, nas garantias do infrator em sede de inquérito policial, assim como e no tratamento do acusado durante a instrução criminal, e na excepcionalidade das prisões cautelares”.

Conforme as lições de Mendes e Branco (2021), o art. 5º, inc. LVII, da Carta Magna consagra, de modo explícito, no direito positivo constitucional, o princípio da não culpabilidade. Em síntese, tal princípio funciona como óbice à atribuição de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal.

Convém registrar que, pelo fato de o texto constitucional não consignar literalmente o termo “presunção de inocência”, parcela da doutrina especializada prefere o emprego de outras nomenclaturas, de modo que, a mais utilizada é não culpabilidade.

Como bem informa Antunes (2013, p. 65), os Constituintes de 1988 optaram pela expressão não culpabilidade em detrimento de presunção de inocência por considerar que essa última possuía significado irracional, pensamento decorrente do modelo italiano:

Perante a Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, foi alterada a proposta de normatização, para se prever que “presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Também incomodou os Constituintes essa redação, porque acharam incoerente falar-se em presunção de inocência a respeito de uma pessoa acusada criminalmente. Fez-se, então, emenda a referido texto, a qual foi idealizada pelo deputado José Ignacio Ferreira, moldando-o à forma aprovada

pela Constituinte posteriormente de forma definitiva, para, conforme palavras de justificação da emenda ‘caracterizar mais tecnicamente a denominada presunção de inocência, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia.

Observa-se que nem todas as correntes doutrinárias eram simpatizantes da presunção de inocência por conta da influência da denominada Escola Positivista. Em resumo, sustentava que o princípio funcionava como um impeditivo à ação processual do Estado na busca por sanções penais mais eficazes. Nessa perspectiva, a presunção de culpabilidade se mostrava mais aceitável, inclusive porque o réu, na maioria dos casos, já tinha sido declarado culpado pela opinião pública (STRECK, 2015).

Assim, o legislador constituinte rejeitou o termo presunção de inocência, preferindo a não culpabilidade, em movimento contrário ao disposto em documentos, convenções e tratados internacionais, sobretudo alguns ratificados pelo Brasil, como se verá mais adiante.

Segundo os ensinamentos de Karam (2009, p. 2), é considerando a dignidade inerente a cada ser humano que “as normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas proclamam a presunção de inocência, construindo uma situação de inocência e reconhecendo um estado de inocência a todos os indivíduos”.

Por este motivo, Badaró (2008, p. 16) explica que “não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo”. O autor entende que “é inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isso é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas”.

De fato, seja pelo uso do termo presunção de inocência ou pela expressão não culpabilidade, o princípio aponta para um caminho, notadamente manter o status do cidadão – de inocente ou não culpado – até o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória.

Em análise literal e perfunctória do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988, depreende-se que não ficaram evidentes os requisitos para que se presuma a inocência, porém foi estabelecido o momento em que o cidadão deverá ser considerado culpado. No dispositivo em comento não se presume a inocência, mas afirma-se que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em outras palavras, o acusado é tratado como inocente no curso do processo e essa condição só se altera por uma sentença final que o declare culpado (BENTO, 2007).

Nessa linha de raciocínio, Antunes (2013, p. 65-66) assevera que:

Mas ainda que se utilize da expressão “ninguém será considerado culpado” é claro que se está aí a falar de presunção de inocência. Só há duas possibilidades: ou o indivíduo é inocente ou ele é culpado. Não há um estado intermediário, segundo o texto constitucional, e, ainda, houve a decisão política de se afirmar na Constituição Federal que até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ninguém poderá ser considerado culpado, o que vale dizer que o indivíduo mantém o seu estado de inocência até que haja decisão definitiva de condenação em sentido contrário. [...] Claro que a presunção de inocência é dirigida ao Estado, tendo por objetivo proteger o indivíduo em face da atividade persecutória criminal, mas, como norma de tratamento ao indivíduo, no sentido de se manter seu estado de inocência até que haja condenação penal definitiva.

Além do debate sobre a terminologia do princípio, existem outras questões pertinentes sobre a presunção de inocência no direito pátrio. Uma das principais celeumas, senão a maior dos últimos anos, é sobre o alcance do princípio no contexto da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ressalta-se, que a norma constitucional é ampla e abstrata, não possuindo, em regra, uma certa concretude que trate de um determinado caso, como acontece em geral com a norma infraconstitucional. À vista de que seu conteúdo é finalístico, programático, porém sem uma delimitação específica, a interpretação pode ser realizada de acordo com o momento ideológico da sociedade, a fim de que o seu conteúdo esteja em conformidade com as demais normas constitucionais, que também existem em constante evolução (ANTUNES, 2013).

Bento (2007, p. 18) alerta para o fato de que “a pretensão punitiva deve observar critérios de cunho constitucionais, para que não se obtenha, através de investigações policiais ou de condenações criminais, violações dos fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro”. Não obstante, o autor reconhece que “o Direito, enquanto uma ciência dinâmica, deve ser repensado como um conjunto de normas. E, para se reavaliar o direito, enquanto um sistema normativo, deve-se também atentar ao momento histórico e à sociedade onde essas normas serão inseridas”.

Muito se discute na atualidade sobre a aplicação da presunção de inocência frente aos problemas da criminalidade, especialmente em razão do aumento das organizações criminosas. Diante disso, parcela da doutrina defende uma interpretação restritiva desse princípio, ajustando-se a necessidade imperiosa de combate ao crime contemporâneo, cada vez mais organizado e sofisticado, e evitando que o caso concreto faça letra morta do dispositivo constitucional que lhe garante. Em resumo, sustenta-se que a aplicação atual da presunção de inocência não comporta mais uma extensão absoluta (ANTUNES, 2013).

Por outro lado, parcela considerável da doutrina especializada prefere realizar uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional, conferindo amplo alcance ao princípio da presunção de inocência, o que representaria um impeditivo ao cumprimento da pena sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Na doutrina de Karam (2009, p. 2-3), o estado de inocência prevalece no curso de todo o processo, de modo que “eventual condenação em um primeiro julgamento em nada afeta a presunção de inocência. Enquanto couber interposição de recurso contra a sentença condenatória, isso significa que o processo ainda não terminou. E, portanto, seu resultado pode mudar”. Isto é, “o órgão jurisdicional superior pode afastar a originária sentença condenatória e o réu acabar sendo absolvido, o que, aliás, acontece com bastante frequência”.

Acompanhando essa linha de raciocínio, Moraes (2020, p. 257) disserta que a Carta Magna consagra “a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”. Com efeito, é imposto ao Estado o dever de demonstrar a culpabilidade do indivíduo, “que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente”.

À luz da doutrina de Bento (2007, p. 20-21):

[...] sempre foi necessário que fossem tomadas precauções para proteger a figura do cidadão, inocente de investigações e condenações injustas, levando-se em consideração a possibilidade do erro, os princípios humanistas de presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, como ditames de um procedimento penal orientado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O respeito ao ser humano pode ser situado como paradigma necessário à evolução da presunção de inocência, proporcionando, além da possibilidade do exercício das garantias inerentes ao processo, não prejudicar qualquer cidadão, preservando-se a presunção de não culpabilidade até que transite em julgado a acusação em face de sua pessoa.

O amplo alcance do princípio da presunção de inocência, sobretudo para impedir a execução da pena antes do esgotamento da possibilidade recursal, também é fruto da interpretação conjunta do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988 com a legislação processual penal brasileira.

Isto porque, o art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019, estabelece que: “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”.

Desse modo, enquanto a norma constitucional assegura que o status de culpado será atribuído apenas com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o dispositivo infraconstitucional garante que a prisão somente ocorrerá em razão de condenação criminal transitada em julgado, excetuado os casos de prisão em flagrante ou prisão cautelar.

Com a promulgação da nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal, no ano de 2019, o debate sobre o alcance da presunção de inocência acabou esfriando, ficando sedimentado na doutrina e na jurisprudência que o princípio impede a execução provisória da pena.

3 DA OSCILAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FACE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

À semelhança do que ocorreu no âmbito doutrinário, o cumprimento da pena após decisão de segunda instância face a presunção de inocência é um tema que dividiu a jurisprudência. Observa-se que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até 2019, o Supremo Tribunal Federal teve entendimento oscilante sobre a matéria.

Como bem informa Moraes (2020, p. 261):

Nos 30 anos de vigência da Constituição, a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação foi amplamente majoritária em 23 anos. Promulgada a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a compatibilidade da execução provisória de decisão penal condenatória proferida em 2ª instância com o princípio da presunção de inocência foi afirmada pela primeira vez, em 29 de março de 1989, na 2ª Turma do STF, que, por unanimidade, entendeu inexistir efeito suspensivo no recurso extraordinário. Posteriormente, em 28 de junho de 1991, houve a primeira decisão do Plenário da Corte sobre a matéria, e, novamente, por unanimidade, o STF entendeu “não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição” a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena, pois “exauridas estão as instâncias ordinárias criminais”.

Mesmo com o advento da Carta Magna, e a consagração da presunção de inocência como direito fundamental do cidadão, a execução provisória da pena era admitida em razão da legislação processual penal da época.

De acordo com Mendes e Branco (2021, p. 1.143), “por muito tempo, houve previsão legal de prisão automática, em razão de sentença condenatória de primeira instância recorrível, ou da simples acusação por alguns crimes, considerados particularmente graves”. Isto porque, “o art. 594 do Código de Processo Penal – hoje revogado pela Lei n. 11.719/2008 – exigia que

o condenado que desejasse apelar se apresentasse para cumprir pena – salvo em casos em que se livrasse solto. Caso fugisse, a apelação seria julgada deserta”.

Ainda na perspectiva de Mendes e Branco (2021, p. 1.143), “outro aspecto da presunção de não culpabilidade é a possibilidade de início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário e especial”. Observa-se que, “no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso”.

Com efeito, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o entendimento vigente na Suprema Corte era de que a presunção de inocência não obstava o cumprimento da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, mesmo com a possibilidade de interposição de Recurso Especial (RESp) e Recurso Extraordinário (RE). Até porque, ambos os recursos não gozam de efeito suspensivo, tampouco se destinam a rever condenações, ou seja, a efetuar a justiça do caso concreto, porém apenas a acolher eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade das decisões de instâncias ordinárias, sem exercitar reexame de fatos e provas (BRASIL, 2016).

Entretanto, conforme asseveram Mendes e Branco (2021, p. 1.143), “a questão é se a presunção de não culpabilidade impede aprisão após o julgamento em segunda instância. Note-se que a norma constitucional traz como marco final de sua aplicação o ‘trânsito em julgado’ da condenação”. Diante disso, “a interpretação da possibilidade do cumprimento das penas na pendência dos recursos sem efeito suspensivo sofreu duas reviravoltas”.

A primeira reviravolta ocorreu no ano de 2009, no julgamento do HC nº 84.078, quando o Supremo Tribunal Federal ampliou o alcance da presunção de inocência para proteger o acusado, firmando o entendimento de que esse princípio impede o cumprimento provisório da pena.

Se o posicionamento originário era de que a execução imediata da pena estava em conformidade com a ordem constitucional, a partir do julgamento do HC nº 84.078, concluído em 05 de fevereiro de 2009, o Pleno da Suprema Corte concluiu que o cumprimento da pena deve iniciar apenas com o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. Além disso, prevaleceu o entendimento de que uma ordem de prisão anterior manteria natureza cautelar e, conseqüentemente, seria necessário demonstrar sua necessidade imediata, em respeito ao princípio da presunção de inocência (MENDES; BRANCO, 2021).

O entendimento da Suprema Corte foi modificado em benefício de uma leitura mais literal do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988. O referido dispositivo passou a ser interpretado como uma regra de caráter absoluto, impedindo o cumprimento imediato da pena com o intuito de efetivar as garantias processuais do acusado. O que também motivou a alteração da orientação do STF foi a compreensão de que a ampla defesa abrange todas as fases processuais, sobretudo as recursais de caráter extraordinário, razão pela qual o cumprimento da sentença após o julgamento do recurso de apelação ensejaria, simultaneamente, restrição do direito de defesa (BRASIL, 2016).

A segunda reviravolta ocorreu em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC nº 126.292/SP, momento em que a Suprema Corte, por maioria de votos, limitou o alcance da presunção de inocência e possibilitou o cumprimento provisório da pena, desde que a sentença penal condenatória tenha atingido o duplo grau de jurisdição.

Em relação à essa mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, Mendes e Branco (2021, p. 1.153-1.154) dissertam que:

Assentou-se que a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. Em tal momento, votei com a maioria, pois entendi que a presunção de inocência teria âmbito de proteção passível de desconformação pela legislação ordinária, que poderia definir o que se considera como “culpado”, e, em casos justificáveis, isso permitiria o início da execução provisória da pena. A partir de tal precedente, monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, consoante decidido no HC 126.292/SP.

Convém registrar, um dos argumentos suscitados no voto do relator do HC nº 126.292/SP, ministro Teori Zavascki, que chamou à atenção quanto a necessidade de abrir janelas para o mundo e constatar como a matéria estava sendo regulamentada. Na oportunidade, o Ministro Teori Zavascki citou o voto da Ministra Ellen Gracie, no julgamento do HC nº 86.886, para ressaltar que, em nenhum país do mundo, após a observância do duplo grau de jurisdição, o cumprimento da pena fica suspensa, esperando a ratificação pela Suprema Corte (BRASIL, 2016).

Além disso, destacou que em diversos países, em regra, o marco inicial do cumprimento da decisão penal condenatória é a prolação da decisão de primeiro grau ou a de segundo grau, sem a exigência de prévio esgotamento das instâncias extraordinárias. Tal

informação foi obtida de um estudo de direito comparado, elaborado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que se propôs a analisar as legislações de vários países, notadamente Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, dentre os quais possibilitam o cumprimento imediato da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, embora existam algumas particularidades na legislação de cada país (BRASIL, 2016).

Ocorre que, no ano de 2019, a Suprema Corte novamente modificou o seu posicionamento no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, que pleiteavam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

À época do julgamento dessas ações, o referido dispositivo contava com a seguinte redação:

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.

A ADC nº 43, proposta em 19 de maio de 2016 pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), a ADC nº 44, proposta em 20 de maio de 2016 pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a ADC nº 54, proposta em 18 de abril de 2018 pelo Partido Comunista do Brasil, defendiam que o entendimento firmado pela Suprema Corte à época confrontava com o art. 283 da legislação processual penal. Ademais, em prestígio à presunção de inocência, buscava-se impedir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conforme Mendes e Branco (2021, p. 1.158), no dia 07 de novembro de 2019, o Plenário da Suprema Corte, por maioria, retomou o entendimento anterior “para vedar a execução provisória da pena, de modo que o início do cumprimento somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória, nos termos da Constituição de 1988”. Não obstante, o assentamento da constitucionalidade do art. 283 do CPP não impede “que uma pessoa responda presa ao processo ou até mesmo tenha sua prisão decretada em segundo grau, desde que atendidos motivadamente os requisitos cautelares regulados pelo art. 312 do CPP”.

Complementando essa linha de raciocínio, Moraes (2020, p. 263) explica que “houve inversão da anterior maioria, e a Corte proclamou, com efeitos *erga omnes* e vinculantes, por 6x5 a constitucionalidade do art. 283 do CPP, no sentido de condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado do título condenatório. O autor chama à atenção de um argumento suscitado pelo ministro relator, Marco Aurélio, que afirmou que “a

literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior”.

Desse modo, com a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, e a posterior promulgação da Lei nº 13.964/2019, que conferiu nova redação ao art.283 do CPP, foi sedimentado o entendimento de que a presunção de inocência impede a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

4 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO DIREITO COMPARADO

Inicialmente, convém destacar alguns documentos, tratados e convenções internacionais que abordam sobre a presunção de inocência, posto que serviram de inspiração para que os países regulamentassem esse princípio em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Antunes (2013, p. 44) leciona que, “com a Revolução Francesa, o princípio da presunção de inocência foi positivado pela primeira vez no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789”. Isto significou “um avanço ao sistema penal e processual penal de então, que se valia do sistema inquisitorial e ainda utilizada a tortura como meio de obtenção de prova”.

Segundo o art. 9º da Declaração: “todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se se considerar indispensável detê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimida pela lei”.

A presunção de inocência foi reafirmada, de modo bastante semelhante, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), estabelecendo em seu art. 11 que: “Toda 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, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Posteriormente, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais, proclamada em 1950 pelo Conselho da Europa, prevê em seu art. 6º, § 2º, que “toda a pessoa no curso de uma infração se presume inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente conhecida”.

Tal dispositivo foi reafirmado pela União Europeia em 2000, na Carta dos Direitos Humanos Fundamentais, que garantiu a presunção de inocência no art. 48, nesses termos: “todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”.

Embora tais documentos não possuam o status de tratado ou convenção internacional, é imperioso reconhecer a importância histórica que possuem na consolidação do princípio da presunção de inocência.

Acompanhando o sentido dos documentos internacionais já mencionados, destaca-se também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (1969), tendo em vista que ambos foram incorporados no ordenamento jurídico pátrio.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque ingressou no direito interno, tendo sido promulgado por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, e assegura a presunção de inocência no artigo 14, nº 2, que dispõe: “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ingressou no direito interno após a promulgação do Decreto Legislativo nº 678, de 6 de novembro de 1992, garantindo a presunção de inocência no artigo 8, item 2, que estabelece: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.

Observa-se, que os documentos, convenções e tratados internacionais mantêm uma redação bastante semelhante, optando por presumir a inocência do acusado até que se comprove a sua culpa. Apesar de o legislador constituinte ter preferido pela presunção de não culpabilidade, em última instância, fica evidente o bem jurídico tutelado pelo princípio.

Aliás, quando comparado com os demais dispositivos internacionais, o art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988, se mostra mais útil na sustentação do entendimento atual acerca da execução provisória da pena, posto que utiliza a expressão “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Acerca disto, Piovesan (2015, p. 117-118) leciona que:

[...] as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido

que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais. [...] Está-se assim a conferir máxima efetividade aos princípios constitucionais, em especial ao princípio do art. 5º, § 2º, ao entender que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos.

À vista dos dispositivos internacionais mencionados e da norma constitucional que trata da presunção de inocência, parece mais adequado o entendimento de que a execução da pena deve iniciar somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dito isto, convém analisar como os demais ordenamentos jurídicos do mundo estão tratando da matéria.

A Constituição Francesa de 1958 declara de forma expressa no seu preâmbulo que adota a Declaração Francesa de 1789. Com efeito, a regra que dispõe sobre a presunção de inocência na França permanece inalterada há mais de 200 anos, adquirindo valor constitucional positivado com a Constituição de 1958. Tal norma garante que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado (BENTO, 2007).

Apesar de a Declaração Francesa de 1789 ser considerada um dos paradigmas de positivação de direitos fundamentais da humanidade, inclusive no que se refere à presunção de inocência, o Código de Processo Penal da França, que está sendo reformulado, estabelece algumas situações em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, ainda que exista a possibilidade de interposição de recursos (FRISCHEISEN *et al.*, 2013).

Na Constituição dos Estados Unidos da América, a presunção de inocência não possui previsão expressa, encontrando-se no bojo da 5ª e 6ª emendas, ambas de 1791, garantindo que ninguém será obrigado a depor contra si próprio em processo criminal ou ser privado da vida, da liberdade ou propriedade sem processo legal regular e que o acusado terá direito a um julgamento rápido e público em todos os processos criminais. Em síntese, a Constituição americana compreende o princípio como um desdobramento do devido processo legal (ANTUNES, 2013).

Embora o Código de Processo Penal americano (Criminal Procedure Code), vigente em todos os Estados, garanta que se deve presumir inocente o acusado até que o contrário seja demonstrado em uma decisão efetiva, não é antagônico o fato de que as decisões criminais condenatórias são executadas de imediato, conforme regra expressa do Código dos Estados Unidos (US Code). Aliás, a subseção destinada aos efeitos da sentença, estabelece que uma decisão condenatória consiste em julgamento final para todos os propósitos, exceto em alguns casos (FRISCHEISEN *et al.*, 2013).

A Constituição Espanhola de 1978 dispõe sobre o instituto da presunção de inocência como observância necessária da dignidade da pessoa humana, pilar da maioria dos Estados contemporâneos. A sua inserção na Carta Espanhola ocorreu no art. 24, item 2, assegurando que todos têm o direito a presunção de inocência. Ressalta-se, que o Tribunal Supremo da Espanha já se manifestou sobre a priorização da presunção de inocência enquanto direito fundamental e a vinculação do poder Estatal (BENTO, 2007).

Não obstante, no ordenamento jurídico espanhol vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. De fato, a presunção de inocência é um direito constitucionalmente assegurado, porém o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol possibilita, inclusive, a permanência da prisão do indivíduo que foi absolvido em instância inferior e contra o qual prossegue recurso com efeito suspensivo em instância superior (FRISCHEISEN *et al.*, 2013).

A Constituição Portuguesa de 1976, dispõe sobre a presunção de inocência no art. 32, nº 2, declarando que todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. Em outras palavras, a Carta Portuguesa entende que a presunção de inocência somente é garantida se o processo observar o devido processo legal e se o julgamento for célere, posto que a suspeita sobre o indivíduo acaba relativizando essa presunção (ANTUNES, 2013).

O Tribunal Constitucional Português compreende a presunção de inocência com limitações, de modo a aceitar que o mandamento constitucional remete à legislação ordinária o modo de exercer tal direito. As decisões da mais alta Corte de Portugal estabelecem que a presunção de inocência de modo absoluta criaria um obstáculo a execução de qualquer medida privativa de liberdade, sobretudo as cautelares (FRISCHEISEN *et al.*, 2013).

A Constituição da Alemanha de 1919, conhecida popularmente como a Constituição de Weimar, atualizada em 1949, não definiu explicitamente a presunção de inocência. A opção foi por reconhecer o princípio de modo implícito, em seu Capítulo I, destinado aos direitos básicos, proclamando que a dignidade humana é inviolável, sendo dever de toda autoridade estatal respeitá-la e protegê-la (ANTUNES, 2013).

Diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão atribui efeito suspensivo somente para alguns recursos. Entretanto, nenhum recurso interposto perante os Tribunais Superiores tem efeito suspensivo, de modo que essa é a orientação adotada pelo Tribunal Constitucional. No direito alemão, a eficácia é um atributo que as decisões judiciais

possuem quando já não é mais possível exercer o controle judicial, salvo no recurso especial e no recurso extraordinário (FRISCHEISEN *et al.*, 2013).

A Constituição Argentina também não tratou da presunção de inocência de modo expresso. É possível encontrar respaldo para esse princípio, de forma implícita, por meio da leitura dos arts. 18 e 19, sendo corolário do direito de defesa e do devido processo legal (ANTUNES, 2013).

Contudo, o cumprimento da pena pode iniciar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Isto porque, o art. 494 do Código de Processo Penal federal estabelece que a pena privativa de liberdade deve ser prontamente executada. Além disso, a execução imediata da sentença encontra regramento expresso no art. 495 do referido Código, abrindo exceção apenas para a mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou ainda caso o condenado esteja gravemente enfermo e a execução implicar em risco à sua vida (FRISCHEISEN *et al.*, 2013).

Observa-se, pois, que alguns países têm adotado entendimento diverso daquele aplicado no Brasil, possibilitando a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É importante ressaltar que a amostra de países selecionados é quantitativamente baixa, porém é inegável a importância e influência que os seus respectivos ordenamentos jurídicos e tribunais constitucionais exercem no direito brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, foi possível concluir que o significado da presunção de inocência adotado no direito brasileiro é semelhante ao que foi regulamentado em ordenamentos jurídicos de outros países, demonstrando a existência de certa influência e sintonia entre as ciências jurídicas aplicadas nessas nações. Não obstante, cabe registrar que alguns países dispõem implicitamente sobre a presunção de inocência, tratando esse princípio como um desdobramento natural da dignidade da pessoa da pessoa humana, do direito de defesa e do devido processo legal, enquanto no Brasil a presunção de inocência possui previsão expressa no texto constitucional, sendo uma norma com status de direito fundamental.

Além disso, o estudo permitiu verificar que os Tribunais Constitucionais desses países reconhecem a presunção de inocência como uma garantia do acusado, porém valorizam bastante a eficácia das decisões judiciais, razão pela qual permitem o cumprimento da pena

antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Aliás, a legislação processual penal de alguns países não atribui efeito suspensivo aos recursos, sobretudo àqueles direcionados as instâncias superiores, reforçando o entendimento favorável a execução provisória da pena.

Nesse aspecto, nota-se uma semelhança com o Código de Processo Penal brasileiro, que também não atribui efeito suspensivo ao recurso especial e ao recurso extraordinário, tendo em vista que os Tribunais Superiores não se destinam a reexame de fatos e provas, o que por muito tempo serviu de argumento favorável a execução provisória da pena no âmbito da Suprema Corte. O ponto crucial é que o art. 283 do referido código deixa claro que ninguém poderá ser preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, dispositivo que foi preponderante para a mudança de entendimento do STF.

Ademais, em análise da ordem constitucional vigente no Brasil, incluindo os tratados e convenções internacionais ratificados pelo país, assim como da legislação processual penal, depreende-se que a presunção de inocência obsta a execução provisória da pena. Embora dissonante dos tribunais constitucionais de outros, a atual orientação do Supremo Tribunal Federal é a mais adequada para o direito interno, tendo em vista o significado e alcance atribuído por lei ao princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. **Embaixada da França no Brasil**, 13 jan. 2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 23 dez. 2022.

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. São Paulo: Elsevier Campus Jurídico, 2008.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 28dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009. **Diário da Justiça**, 26 fev. 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 17dez. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais de 1950**. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 26 dez. 2022.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo Penal Integral**. São Paulo: Atlas, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 23 dez. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. **Supremo Tribunal Federal**, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>. Acesso em: 21 dez. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/02/ee47cd1a6221d6daebcdb32af1bc151a.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

UNIÃO EUROPÉIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. **Jornal Oficial das Comunidades Européias**, 18 dez. 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 26 dez. 2022.