

Trânsito em julgado para a culpa no processo penal

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Introdução

Na Justiça Militar do Estado de Minas Gerais vários condenados cumprem pena privativa de liberdade após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição. Em muitos casos, o início do cumprimento da pena se deu por determinação expressa do Superior Tribunal de Justiça, em posição que se concilia com o entendimento ora dominante no Supremo Tribunal Federal. Esta situação se repete em todo o país.

A possibilidade de tal execução voltou a ser discutida recentemente no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista caso concreto que envolve pessoa com grande influência política. Os argumentos que se destacam no debate polarizam entre a necessidade da execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição e a exigência constitucional de aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória para executar a pena privativa de liberdade. Lamentavelmente, a polarização simplifica uma questão que afeta número expressivo de condenados e a sociedade como um todo.

A reflexão sobre o tema deve ocorrer sem qualquer influência ideológica, político-partidária ou preocupação com o caso específico de pessoas importantes no cenário político nacional. A questão é essencialmente jurídica, sendo que a solução correta para o problema que envolve a possibilidade da execução após decisão condenatória de segundo grau deve valer para todos.

Nesse contexto, importa saber quando ocorre o trânsito em julgado a que se refere a garantia prevista no inciso LVII do art.

5º da Constituição da República e art. 283 do Código de Processo Penal.

1. Intervenção punitiva no Estado Democrático de Direito

A reflexão deve iniciar-se, necessariamente, pela compreensão da intervenção punitiva no contexto do Estado Democrático de Direito.

É fácil constatar que o discurso do Estado Liberal de Direito predomina nos debates jurídico-criminais e consegue desviar o foco do paradigma político expressamente acolhido na Constituição da República. O marco político acolhido pela Constituição não é o do Estado Liberal de Direito. Nos termos do art. 1º de nossa carta magna, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. E não se pode confundir o Estado Liberal de Direito com o Estado Democrático de Direito. As noções são absolutamente distintas.

O Estado Liberal de Direito é concepção garantidora de uma cidadania individualista e limitada, que pretende promover a proteção dos direitos individuais com foco restrito à liberdade e à vida privada das pessoas.¹ A marca característica do Estado Liberal de Direito é a limitação jurídico-legal que impõe à atuação estatal, como garantia da liberdade dos indivíduos-cidadãos contra eventual intervenção excessiva do Estado.² Tal perspectiva somente se justifica no contexto de um antagonismo que se apresenta na relação existente entre o Estado, que figura como titular do poder punitivo, e o cidadão que se pretende livre.

No Estado Democrático de Direito o discurso de legitimação da intervenção punitiva já não pode mais se fundamentar no antagonismo entre o poder do soberano e a liberdade do cidadão.

¹ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 51-54.

² MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*, p. 69-72.

Como dispõe expressamente o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Com o reconhecimento de que a titularidade do poder punitivo é do povo, e não do Estado³, o Direito Penal democrático expressa, em termos punitivos, a ideia de que os instrumentos coercitivos do Estado pertencem e estão a serviço dos interesses do cidadão.⁴ O Estado exerce apenas o limitado papel de gestor do poder punitivo que pertence ao povo.

Como bem observou Claus Roxin, nos dias atuais a tarefa da lei penal não se esgota em sua função garantista, pois, embora não abra mão de sua função de garantia, fornece diretriz de comportamento e constitui importante instrumento de regulação social.⁵ A intervenção punitiva expressa a determinação do povo sobre as formas de realização do controle social, e a proteção da liberdade individual deve encontrar fundamento no acordo democrático que fundamenta a constituição da sociedade civil.

No paradigma do Estado (Constitucional e) Democrático de Direito, pretende-se conjugar os limites formais e substanciais para a intervenção punitiva com os comandos incriminadores que obrigam o Estado a tutelar os direitos fundamentais, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da Constituição da República). A característica marcante do Estado Democrático de Direito é a superação (por incorporação e conciliação de seus objetivos fundamentais) do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito, a qual impõe à atividade estatal e à ordem jurídica um conteúdo de transformação da realidade social, para realizar justiça social.⁶ A tarefa básica do Estado Democrático é conciliar interesses que se situam em

³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, p. 18-19.

⁴ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal democrático*, p. 142.

⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*, p. 13-15.

⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Dos direitos sociais aos interesses transindividuais*, p. 72-76 e COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 77-85.

esferas distintas: a pública, que é presidida pelo Estado; a privada, na qual impera a autonomia individual; e a dos grupos, na qual se encontram os interesses metaindividuais.⁷

O Direito Penal do Estado democrático, nesse contexto, coloca em um mesmo patamar de importância o ideal da mínima intervenção punitiva, com as garantias individuais que lhe são inerentes, e a responsabilização dos comportamentos ofensivos aos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos.⁸

No contexto do Estado Democrático de Direito, não importa apenas garantir a liberdade individual contra os possíveis excessos do poder punitivo. Também importa garantir que a tutela penal, estabelecida em favor dos interesses sociais maiores, seja realmente efetiva. Ao lado da proibição do excesso (que caracteriza o Estado de Direito Liberal) se coloca a proibição da tutela ineficiente (ou da ineficiência da intervenção punitiva, para os que entendem que o Direito Penal não tutela bens jurídicos). Nesse sentido, na Constituição da República há disposições garantidoras da liberdade individual e também comandos incriminadores, que determinam a efetividade da intervenção punitiva.

Se é inconstitucional a decisão judicial que viola as garantias individuais, de mesma forma se apresenta a decisão que impede a efetividade da tutela penal legitimamente estabelecida (ou da intervenção punitiva).

No contexto de uma sociedade democrática plural e complexa deve-se conceber os pontos de equilíbrio entre as garantias individuais e os interesses sociais, de modo a proteger a liberdade do acusado e, ao mesmo tempo, a efetividade da intervenção punitiva.

⁷ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 58.

⁸ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 104.

2. Trânsito em julgado da decisão condenatória

O discurso que se apresenta com pretensão garantista confere grande ênfase ao disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na legislação infraconstitucional, o referencial garantista para a questão é o art. 283 do Código de Processo Penal que assegura que “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.” Nos termos de tal dispositivo, a prisão somente poderá ocorrer como medida cautelar (prisão em flagrante, prisão temporária ou prisão preventiva) ou como execução de pena após a sentença condenatória transitada em julgado.

A compatibilidade do art. 283 do Código de Processo Penal com o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República é evidente, o que dispensa qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

No entanto, garantir que a execução da pena somente possa ocorrer depois do trânsito em julgado da decisão condenatória significa nada, se não houver a definição do momento processual em que a decisão condenatória transita em julgado. A garantia considerada fundamental é desprovida de conteúdo se não fixar o momento até o qual ocorre o impedimento para a execução da pena.

E, nesse aspecto, um exame cuidadoso do ordenamento jurídico-penal revela que não há uma definição para o que seja o “trânsito

em julgado da decisão penal condenatória”, como mencionam o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República e o art. 283 do Código de Processo Penal. Por isso, uma Proposta de Emenda Constitucional que venha a definir o momento que ocorre o trânsito em julgado não é capaz de violar o disposto no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição da República, como alguns sustentam.

A doutrina e a jurisprudência associaram a noção de trânsito em julgado à noção de coisa julgada. O trânsito em julgado, assim, é o momento em que se verifica a coisa julgada. Há concordância geral quanto a tal associação.

Entretanto, no âmbito penal não se pode utilizar a noção de coisa julgada material do art. 502 do Código de Processo Civil⁹, pois uma decisão penal condenatória nunca adquire a autoridade que a torna imutável e indiscutível o seu mérito. Mesmo que a decisão condenatória não esteja mais sujeita a recurso, a possibilidade da proposição de uma revisão criminal (arts. 621 a 631 do CPP), que é uma ação autônoma de impugnação, impede que a condenação proferida se torne imutável e indiscutível. Por isso, a doutrina reconhece que apenas a decisão absolutória pode adquirir a qualidade de coisa soberanamente julgada.¹⁰

A definição do que seja “o trânsito em julgado da decisão penal condenatória”, então, ficou a cargo da doutrina, que faz distinção entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material.¹¹ A coisa

⁹ Segundo o art. 502 da Lei 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil: Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 223; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*, p. 922 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*, p. 298.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 222; LOPES JUNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*, p. 921; PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, p. 693-694; NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*, p. 534, POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, p. 1192-1193 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*, p. 298.

julgada formal ocorre com a imutabilidade da decisão no âmbito interno do processo (endoprocedimental) e se verifica quando se torna impossível a apresentação de novos recursos. A coisa julgada material, por sua vez, ocorre quando a decisão de mérito é imutável e a rediscussão da causa não poderá ocorrer mesmo que em outro processo. E, nestes termos, somente a decisão absolutória faz coisa julgada material.

Considerando que a qualidade de coisa soberanamente julgada não se aplica às decisões condenatórias, o discurso garantista exige que para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade ocorra a coisa julgada formal (o esgotamento de todos os recursos admissíveis no âmbito da relação processual).¹²

3. Execução provisória da pena

O entendimento que hoje se apresenta dominante sobre o tema no Supremo Tribunal Federal encontra os seus fundamentos na decisão proferida nos autos do Habeas Corpus 126.292/SP. Na oportunidade, o órgão pleno da Suprema Corte permitiu a execução provisória da pena privativa de liberdade. Nos termos do voto condutor, a execução da pena foi considerada provisória porque iniciada antes de que fossem julgados os recursos extraordinários interpostos pelo condenado. Na ementa do referido acórdão, ficou consignado que:

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Como bem observou o Ministro Teori Zavascky, na busca por conciliar os complexos escopos do sistema de justiça criminal,

¹² Por todos, veja-se: ABRÃO, Guilherme Rodrigues. *O que restará da presunção de inocência diante das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 no STF?*, p. 12.

após a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já decidiu muitas vezes pela possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, após a decisão judicial de segundo grau:

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; [...]

A mudança de entendimento ocorreu no julgamento do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, quando, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

A decisão proferida nos autos do Habeas Corpus n. 126.292/SP retomou posição antiga da Suprema Corte, que afirmava a possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória.

Após esta decisão, Supremo Tribunal reafirmou o entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246 e nas decisões liminares proferidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

Vale observar que as decisões da Suprema Corte não determinem a prisão do condenado de maneira automática após o duplo grau de jurisdição¹³, apenas declaram a sua possibilidade. Mas, a insegurança jurídica sobre a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade permanece até os dias atuais. As recentes decisões foram proferidas por maioria e, posteriormente, ministros que sustentaram votos vencidos já decidiram monocraticamente em sentido contrário, em outros casos concretos.¹⁴

Importa notar que, se a execução é considerada provisória constitui medida de natureza cautelar e é necessário constatar o risco concreto que a demora no julgamento dos recursos pode trazer à efetividade da tutela penal. Considerando o tempo médio de demora na tramitação dos recursos especiais e extraordinários, não é difícil justificar nos casos concretos a execução provisória. Pode-se dizer que é até muito fácil.

Contudo, na doutrina, há quem sustente que o entendimento dominante na Suprema Corte que permite a execução provisória da pena privativa de liberdade viola o princípio constitucional da não culpabilidade e o art. 283 do Código de Processo Penal.¹⁵ A afirmação desafia uma reflexão mais cuidadosa do operador do direito.

4. Princípio da não culpabilidade (inocência)

Importa ressaltar que, com acerto, o voto condutor da decisão da Suprema Corte denunciou a ampliação indevida que se pretende dar à presunção de inocência (que, nos termos constitucionais, é

¹³ STRECK, Lênio Luis. *Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!*

¹⁴ vejam-se as decisões monocráticas proferidas nos Habeas Corpus de nºs 144.712; 145.380 e 146.006 nos quais foi concedida liminar para suspender a execução das penas.

¹⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, p. 628.

presunção de não culpabilidade), sustentando-a até o exame da Suprema Corte. No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Teori bem lembrou a afirmação feita pela Ministra Ellen Gracie, na oportunidade do julgamento do HC 85.886, no sentido de que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

A ampliação que até então se conseguiu impor ao referido princípio garantista chega ao ponto de estabelecer uma presunção de ilegalidade, até que o Superior Tribunal de Justiça afirme a legalidade da decisão proferida em segundo grau de jurisdição, e uma presunção de inconstitucionalidade, até que o Supremo Tribunal Federal afirme a constitucionalidade da condenação criminal. O absurdo da construção, data máxima vênia, é manifesto.

Não se pode presumir a ilegalidade e/ou a inconstitucionalidade das decisões proferidas em segundo grau de jurisdição. Deve-se provar a ilegalidade e/ou a inconstitucionalidade de tais decisões. Por outro lado, a discussão sobre a inocência ou culpa não se confunde com a discussão sobre a legalidade ou inconstitucionalidade do processo. É necessário viabilizar, por meio do processo, a discussão sobre a culpa do acusado. É igualmente necessário zelar para que a discussão se desenvolva segundo o devido processo legal. Embora o exame sobre a validade do processo possa inviabilizar a satisfação da pretensão punitiva, as garantias processuais envolvem a observância de princípios distintos do princípio da inocência.

No direito internacional que nos vincula não há previsão para que uma condenação criminal fique sobrestada até o exame da causa em quarto grau de jurisdição. A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, em seu art. 8, item 2, alínea h, garante apenas o duplo grau de jurisdição. A ampliação indevida

da proteção da liberdade individual ao quarto grau de jurisdição, em muitíssimos casos, inviabiliza a tutela penal que se presta à proteção do direito fundamental difuso da segurança pública.

A questão foi muito bem percebida pelo Ministro Teori Zavascki, que registrou:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Na doutrina, ao examinar os princípios que orientam a teoria dos recursos, Eugênio Pacelli¹⁶ esclarece que

a exigência do duplo grau não alcança a instância extraordinária, isto é aquela cuja provocação ocorre por meio de recurso extraordinário e/ou especial. A justificação de tais recursos é distinta daquela do duplo grau. A jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumprem outra missão, qual seja a da tutela, pela via difusa, da unidade da Constituição e da legislação infraconstitucional, respectivamente.

¹⁶ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, p. 966-967. Vale observar, entretanto, que o autor sustenta a inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição (p. 628)

5. Ponderação de princípios constitucionais

Importa notar que a argumentação que se funda exclusivamente na aplicação do princípio da não culpabilidade (inocência) desconsidera o método de trabalho próprio aos princípios.

Importa ressaltar que o princípio da não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, da CR), ou da inocência, como preferem os que se fundam na Convenção Americana de Direitos Humanos, é um princípio, e não uma regra. E esta é uma distinção importante, que foi muito bem desenvolvida na doutrina por Dworkin¹⁷ e Alexy¹⁸.

Nos termos de tal distinção, a regra jurídica expressa um mandamento definitivo, na medida em que, atendidos os seus pressupostos, ordena, proíbe ou permite algo de maneira definitiva. O método para a aplicação das regras é a subsunção, sendo que as regras são normas que podem ou não ser cumpridas. Os princípios, por sua vez, são concebidos como mandamentos de otimização, *prima facie*, que ordenam que algo seja realizado em sua máxima medida, considerando as possibilidades reais e jurídicas. Desta forma, o método para a sua aplicação é a ponderação, que evidencia o peso dos princípios por meio de diversos graus.

As possibilidades jurídicas de realização dos princípios são determinadas não somente pela existência e validade das regras,

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*, p. 72-101.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 85-103; *Conceito e validade do direito*, p. 85; *Constitucionalismo discursivo*, p. 131-132; *Teoria discursiva do direito*, p.146 e *Princípios formais*, p. 5.

mas, essencialmente, pela consideração dos princípios que na situação concreta se apresentam contrapostos.¹⁹

Hoje, não há mais dúvidas de que a proteção aos direitos fundamentais individuais deve se conciliar com a proteção de outros direitos fundamentais difusos e, no que especial nos interessa, com o direito à segurança pública. O direito de liberdade individual não é absoluto e a sua proteção não pode ser excessiva, sob pena de comprometer a efetividade da tutela penal que é concebida em favor de outros direitos igualmente fundamentais.

O discurso liberal que sustenta o entendimento de que os efeitos da decisão penal condenatória somente poderão ser produzidos após o julgamento do último recurso no âmbito do Supremo Tribunal Federal, estabelece situação de risco ao resultado útil do processo que se apresenta inaceitável. A demora excessiva da resposta estatal ao crime atinge de maneira relevante a efetividade da tutela penal. Nesse sentido, vale lembrar o alerta de Rui Barbosa, constante do discurso preparado para a turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo: “[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”²⁰

A garantia da liberdade do acusado não pode se transformar em garantia da ocorrência da prescrição, que impede a efetividade da tutela penal.

6. Garantia do art. 283 do Código de Processo Penal

A possibilidade de cumprimento da pena privativa de liberdade após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição também é combatida com base na constitucionalidade do art. 283

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 85-103; _____. *Conceito e validade do direito*, p. 85; _____. *Constitucionalismo discursivo*, p. 131-132; _____. *Teoria discursiva do direito*, p.146 e _____. *Princípios formais*, p. 5.

²⁰ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*, p. 40.

do Código de Processo Penal. A questão encontra-se submetida ao exame do Supremo Tribunal Federal, muito embora não possa existir qualquer dúvida quanto à constitucionalidade do dispositivo legal.

A questão que verdadeiramente interessa não diz respeito à constitucionalidade do dispositivo legal, mas de seu alcance.

O art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.403/2011, dispõe que:

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.

O dispositivo trata dos diversos casos de prisão. A parte do dispositivo que interessa à presente reflexão menciona, como também o faz o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, a sentença condenatória transitada em julgado. A compatibilidade das disposições é evidente, não desafiando qualquer discussão.

No entanto, os dispositivos não esclarecem até quando ocorre os efeitos impeditivos do cumprimento da pena em razão da exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória (item 2 supra).

Cabe observar que o art. 283 do Código de Processo Penal não pode ser considerado isoladamente. O referido dispositivo integra um sistema jurídico, cujas características fundamentais são a ordenação e a unidade. Mais do que premissas teórico-científicas, a adequação valorativa e a unidade interior do ordenamento jurídico são condições inafastáveis do trabalho hermenêutico, já que impedem a dispersão gerada pela mul-

tiplicidade de valorações singulares e desconexas. Conceber a ordem jurídica como sistema é consequência natural dos mais elevados valores do Direito, como os princípios de justiça e igualdade, em atuação generalizadora.²¹

Nesse contexto, para a compreensão dos efeitos do artigo 283 do Código de Processo Penal, também importa considerar o disposto no § 5º do art. 1.029 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, aplicável no âmbito do processo penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal. Tal disposição possibilita a concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário.

A disposição do Código de Processo Civil deixa claro que a interposição de recurso especial e/ou extraordinário não implica na suspensão automática dos efeitos da decisão condenatória proferida em duplo grau de jurisdição. Para que ocorra a suspensão dos efeitos da decisão condenatória o recorrente deve formular requerimento fundamentado. A decisão que o defere, de igual modo, deve ser fundamentada em verificação (ainda que perfunctória) de situação concreta que justifique impedir o encerramento da discussão sobre a culpa do recorrente. Somente nos casos em que a questão sobre a legalidade ou constitucionalidade do processo possa repercutir sobre a decisão de mérito se apresenta juridicamente possível conferir efeito suspensivo à decisão condenatória de segundo grau. Certamente, não justifica a concessão de efeito suspensivo a mera postergação do cumprimento da pena imposta. Tal postergação constituiria evidente privilégio concedido a quem pode obter para si tratamento desarrazoadamente mais benéfico.

O indeferimento do pedido de suspensão dos efeitos da decisão condenatória formulado pelo recorrente autoriza o cumprimento da pena imposta em condenação porque revela não haver mais razões para prolongar a discussão sobre a culpa do recorrente.

²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 14 e p. 20-22.

Encerrada a discussão sobre a culpa, deve-se reconhecer o trânsito em julgado para a culpa (item 8 infra) e o início do cumprimento de pena se concilia com o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.

Se, por outro lado, houver motivos para deferir o pedido de suspensão dos efeitos da decisão condenatória, não ocorre o trânsito em julgado para a culpa e a prisão somente está autorizada em sua perspectiva cautelar.

6.1 Ilegalidades ou inconstitucionalidades do processo penal

A crítica liberal que trabalha com a possibilidade de haver nulidades absolutas no processo penal, que podem ser reconhecidas pelos tribunais superiores, não é suficientemente consistente para impedir a execução da pena após a decisão de segundo grau de jurisdição.

Pode-se constar que, na ordem jurídica, há instrumentos adequados à preservação da efetividade do direito de liberdade dos réus que não se encontram inviabilizados pela controvérsia que envolve o trânsito em julgado das decisões condenatórias. Se há nulidade processual, o defensor tem o dever de levá-la imediatamente ao conhecimento dos tribunais competentes por meio de *habeas corpus*.

A garantia fundamental da razoável duração do processo, expressa no inciso LXXVIII do art. 5º, da carta constitucional, também impõe deveres aos defensores. Postergar a arguição da nulidade para que seu exame somente ocorra no momento dos recursos extraordinários, visando alcançar a prescrição, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, se apresenta estratégia defensiva ilícita. É estratégia desnecessária e desleal, que ofende ao interesse social legítimo de preservação da efetividade da tutela penal.

7. Trânsito em julgado antes do fim da relação processual penal

Na construção da noção jurídica de coisa julgada, a doutrina identificou os seus limites objetivos e subjetivos.²² Os limites objetivos da coisa julgada tornam definitiva a análise do fato natural que motivou a instauração do processo, impedindo a sua reanálise. Os limites subjetivos da coisa julgada, por sua vez, tornam definitiva a análise judicial realizada sobre a participação do(s) imputado(s) na realização do fato natural que motivou a instauração do processo. A limitação subjetiva impede que o(s) imputado(s) seja(m) novamente julgado(s) pela realização do mesmo fato natural.

A impossibilidade de prosseguir na discussão sobre a culpa do acusado também constitui relevante limite à noção jurídica de coisa julgada que permite construir a noção de trânsito em julgado (coisa julgada) para a culpa. Esta limitação jurídica se apresenta de maneira relevante nos casos que o ordenamento positivo denomina de trânsito em julgado para a acusação e nos casos em que ocorrer a inelegibilidade do condenado por órgão jurisdicional colegiado. De igual modo, deve fundamentar o início da execução da pena privativa de liberdade.

7.1 Trânsito em julgado para a acusação

A doutrina e a jurisprudência penal identificaram²³ a possibilidade de reconhecer o trânsito em julgado para a acusação que estabelece limitação à discussão de mérito da pretensão punitiva. Posteriormente, o trânsito em julgado para a acusação foi

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 227-230; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*, p. 922-924; PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, p. 695-698; NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*, p. 535-536 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*, p. 298-301.

²³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição penal*, p. 129-133.

incorporado à legislação repressiva no art. 110, § 1º, do Código Penal. Como tal situação jurídica foi concebida para viabilizar o reconhecimento da prescrição, não colhe qualquer resistência do discurso liberal.

O trânsito em julgado para a acusação é um conceito jurídico que admite o parcelamento da discussão de mérito da pretensão punitiva, estabelecendo novos limites objetivos e, eventualmente, subjetivos para a discussão da causa.

A primeira hipótese em que se verifica o trânsito em julgado para a acusação ocorre quando o Ministério Público não recorre da decisão condenatória proferida em primeiro grau de jurisdição e a defesa recorre. A discussão da causa prossegue com o exame do recurso defensivo, apenas para examinar os argumentos favoráveis ao condenado. Como o Ministério Público não provoca o reexame da jurisdição para ampliar/alterar a condenação, o Judiciário não poderá agravar a situação jurídica do condenado. Nesse caso, o trânsito em julgado para a acusação não encerra a relação processual. Ocorre apenas uma limitação objetiva para a discussão da pretensão punitiva. Constitui um trânsito em julgado parcial, já que atinge apenas parte da discussão de mérito.

Também pode-se falar em trânsito em julgado para a acusação quando o Ministério Público recorre em face da absolvição proferida em relação a parte dos crimes imputados ao réu. Em relação ao(s) crime (s) não impugnado(s), o processo se encerra. Em razão do recurso interposto, o processo penal prossegue para examinar a impugnação. Embora a relação processual prossiga para o reexame das questões impugnadas, verifica-se o trânsito em julgado para as questões que não foram objeto de impugnação.

Por fim, o trânsito em julgado para a acusação também pode produzir limitação parcial relativa aos réus da ação penal. A limitação subjetiva ocorre quando o Ministério Público deixa de recorrer em relação à absolvição proferida em relação a um dos

acusados e recorre em relação à absolvição proferida em favor de outro(s). Nesse caso, também opera-se a coisa julgada parcial que encerra a discussão de mérito em relação ao acusado cuja absolvição não foi impugnada.

Nesses casos, a noção de trânsito em julgado se aplica à parte da questão de mérito (limitação objetiva) ou à parte dos acusados (limitação subjetiva) em uma relação processual que não se encerrou. Sobre os aspectos objetivos e subjetivos cuja discussão se encerrou, forma-se coisa julgada formal e, em caso de absolvição não impugnada, coisa julgada material.

7.2 Trânsito em julgado que permite suspender direitos políticos

Para a compreensão do trânsito em julgado para a culpa também importa considerar a noção de trânsito em julgado que se presta a viabilizar a garantia aos direitos políticos, conforme disposto no art. 15, caput e inciso IV, da Constituição da República. Segundo os referidos dispositivos, é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará, dentre outros, nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

A Constituição da República, expressa e literalmente, garante que a suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal depende do trânsito em julgado da decisão criminal condenatória.

Contudo, por iniciativa popular, foi editada a Lei Complementar n. 135/2010 – conhecida como a Lei da Ficha Limpa – que alterou o art. 1º da Lei Complementar n. 64/90 para tornar inelegível o cidadão contra o qual houver decisão condenatória transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado.

Tal inelegibilidade constitui suspensão, ainda que parcial, dos direitos políticos do condenado e não depende do esgotamento da

via recursal no processo penal. A garantia constitucional da preservação dos direitos políticos até o trânsito em julgado da decisão condenatória não foi interpretada como exigência de esgotamento da via recursal. Para a inelegibilidade, basta o trânsito em julgado para a culpa.

A previsão legal para a inelegibilidade em razão de decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30, bem como na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.578. Vale ressaltar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil expressou o seu apoio à constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em manifesto dirigido ao Supremo Tribunal Federal.²⁴ No momento em que esta discussão foi travada, se mostrou conveniente aos reclamos da sociedade a interpretação restritiva da garantia constitucional aos direitos políticos.

Na doutrina, há quem sustente que nos casos de suspensão da elegibilidade em razão de decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado a inelegibilidade é apenas provisória, pelo que pode ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.²⁵ Seria uma situação análoga à execução provisória da pena privativa de liberdade, como entendeu possível o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP.

Também há quem entenda que a inelegibilidade não se fundamenta em culpa, já que não constitui sanção, e, por isso, não

²⁴ <<http://www.oab.org.br/noticia/20612/manifesto-em-favor-da-lei-ficha-limpa-dirigido-ao-supremo-e-lancado-na-oab>>. Acesso em: 11.05.2018.

²⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de inelegibilidade comentada*, p. 14. O autor sustenta a distinção entre a suspensão dos direitos políticos e a inelegibilidade. A suspensão dos direitos políticos incide sobre toda a vida política do cidadão, que perde transitoriamente a capacidade eleitoral ativa e passiva. A inelegibilidade, por sua vez, atinge apenas a capacidade eleitoral passiva (o direito de ser votado). Entretanto, não se pode negar que a inelegibilidade constitui uma afetação parcial dos direitos políticos.

afronta o princípio da inocência.²⁶ Com certeza, a inelegibilidade não é uma sanção penal. Mas, é um efeito prejudicial à situação jurídica do cidadão que a constituição somente autoriza após o trânsito em julgado da decisão condenatória criminal.

Data vênua, os argumentos mencionados não se prestam a superar a condição estabelecida constitucionalmente para a suspensão de parte dos direitos políticos do condenado. Nos termos expressos da Constituição, a suspensão dos direitos políticos, nos casos de condenação criminal, exige que a condenação esteja transitada em julgado. Não é possível estabelecer a suspensão antes do trânsito em julgado, nem mesmo uma suspensão provisória.

A única interpretação que juridicamente pode conferir validade à previsão que estabelece a inelegibilidade do condenado por decisão de órgão judicial colegiado é a que toma a expressão “decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado” como indicativa de decisão proferida em duplo grau de jurisdição, que encerra discussão sobre a culpa do acusado.

A referência que a Lei Complementar 64 faz à decisão transitada em julgado se refere à situação jurídica em que há esgotamento da via recursal no âmbito da relação processual e estabelece a coisa julgada formal. A referência que a Lei faz à “decisão condenatória proferida por órgão judicial colegiado” diz respeito à decisão que encerra a discussão sobre a culpa do (s) acusado(s), fazendo, nesse aspecto, coisa julgada formal sobre a culpa.

Nestes termos, as decisões proferidas por Tribunal do Júri ou por Conselhos de Justiça Militar não permitem a inelegibilidade por não esgotarem a discussão sobre a culpa. Tais decisões são proferidas por órgão judicial colegiado, mas não encerram a discussão sobre a culpa do condenado. E não se pode suspender os seus direitos políticos (ainda que em parte) havendo dúvidas sobre a culpa do condenado.

²⁶ CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*, p. 137.

8. Trânsito em julgado para a culpa

Voltando ao tema que nos ocupa a atenção, importa reafirmar que a discussão sobre a culpa do acusado encerra-se com o duplo grau de jurisdição. Após o reexame de mérito da pretensão punitiva deve-se reconhecer a ocorrência do trânsito em julgado para a culpa e não há que se falar em execução provisória da pena imposta em condenação.

No contexto da necessária ponderação entre a garantia da liberdade individual e a efetividade da tutela oferecida pelo Direito Penal (ou efetividade da intervenção punitiva), o alcance da expressão “trânsito em julgado da decisão penal condenatória” em relação à qual se vincula o início da execução da pena limita-se à exigência do duplo grau de jurisdição. A garantia se estende até o término da discussão sobre a culpa do imputado.

Após a decisão proferida em segundo grau de jurisdição (considerando o julgamento dos recursos internos) sobre o conjunto probatório, firma-se o trânsito em julgado para a culpa. No segundo grau de jurisdição encerra-se a discussão sobre o mérito da pretensão punitiva, sobre a culpa do acusado, de modo que as discussões sobre a culpa não podem mais prosseguir.

Não se pode olvidar que os recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça não permitem o reexame de matéria probatória, estando encerrada a discussão sobre a culpa. Nesse sentido, as Súmulas 279 do Supremo Tribunal Federal e 07 do Superior Tribunal de Justiça impedem o conhecimento dos recursos que demandam o reexame de provas. No caso do recurso extraordinário, ainda é necessário comprovar a repercussão geral da questão constitucional, conforme determina o artigo 102, § 3º, da Constituição da República, o que inviabiliza a discussão da peculiaridade probatória do caso individual.

O trânsito em julgado para a culpa pode se apresentar como um trânsito julgado limitado (parcial), quando a relação processual penal prosseguir para a discussão sobre possível ilegalidade ou inconstitucionalidade no processo. A limitação da coisa julgada que se verifica em relação à culpa ostenta a mesma natureza da que se verifica no trânsito em julgado para a acusação, que viabiliza o reconhecimento da prescrição, e no trânsito em julgado político, que viabiliza a inelegibilidade.

Sendo o trânsito em julgado para a culpa o conteúdo material do “trânsito em julgado da decisão penal condenatória” a que se refere o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República e o art. 283 do Código de Processo Penal, não há qualquer problema em começar a executar a decisão condenatória. É mais apropriado dizer que deve iniciar-se a execução da pena, pois não sendo concedido efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário não há razões que justifiquem a sua postergação (verdadeiro privilégio). Tal entendimento, garante a liberdade individual ao mesmo tempo em que preserva a efetividade da tutela penal.

E a possibilidade da ocorrência de ilegalidade ou inconstitucionalidade na condução do processo não constitui óbice ao reconhecimento do trânsito em julgado para a culpa. Sempre será possível obter o reconhecimento judicial da ilegalidade ou inconstitucionalidade por meio da ação autônoma de impugnação que é o habeas corpus.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. *O que restará da presunção de inocência diante das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 no STF?*. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 26, nº 305, abril de 2018.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Organização de Ernesto Garzón Valdés e outros. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Princípios formais*. In: ALEXY, Robert; TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi e LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2014.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Fundamentos para um Direito Penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a Lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014*. 7. ed. Belo Horizonte, 2014.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1971, v. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa e direito penal*. Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra, 1983.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993.

JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In ESPINEIRA, Bruno e CALDEIRA, Felipe (orgs). *Delação premiada: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, ps. 33-40.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 24 ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2007.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Dos direitos sociais aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro. Elsevier, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de inelegibilidade comentada: Legislação e jurisprudência atualizadas/Leis da Ficha Limpa e da Minirreforma Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2014.

POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

STRECK, Lenio Luis. *Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!* In <[*Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual*, vol. 2, nº 1, jan. – jun., 2018. 153](https://www.conjur.com.br/2018-</p></div><div data-bbox=)

fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar.> Acesso em 09.05.2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12 ed. São Paulo Saraiva, 4º volume, 1990.

VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Porto Alegre: Fabris, 1993.