

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA NO PROJETO “ANTICRIME”

*Fernando A. N. Galvão da Rocha*¹

INTRODUÇÃO

Cumprindo promessa de campanha, o atual Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei “anticrime” (PL 882/2019²) que pretende instituir, por meio de alterações na legislação ordinária, a execução provisória da pena. A iniciativa, lamentavelmente, não considera as referências jurídicas que se apresentam relevantes para o deslinde da questão que envolve o cumprimento de pena após decisão de segundo grau de jurisdição.

Visando especificamente dar efetividade ao Direito Penal com a execução das condenações criminais estabelecidas ou confirmadas em segundo grau de jurisdição, o Projeto propõe alterar os artigos 50 e 117, inciso V, do Código Penal; os artigos 133, 283, 492, inciso I, alínea “e” e 617-A d Código de Processo Penal; e os artigos 105, 147 e 164 da Lei nº 7.210/85 – Lei de Execuções penais. Com tais alterações o projeto pretende instituir a possibilidade de “execução provisória” de pena após condenação proferida ou confirmada por órgão colegiado de segundo grau.

¹ Doutor em direito pela UFMG. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Contato: <fgalvaoufmg@gmail.com>.

² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019. Integra do projeto e acompanhamento de sua tramitação disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

Mesmo considerando adequada a opção política abreviar o tempo necessário para a execução de pena, *data vênia*, a proposta segue caminho errado. Mesmo que aprovadas as alterações propostas, a discussão sobre a constitucionalidade de uma execução provisória da pena prosseguirá.

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 iniciar a execução da pena privativa de liberdade. Lamentavelmente, a polarização simplifica uma questão que afeta número expressivo de condenados e a sociedade como um todo.

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 artigo 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.³ 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.⁴ 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 pretende ser livre.

³ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 51-54.

⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*, p. 69-72.

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. Como dispõe expressamente o parágrafo único do artigo 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 Estado⁵, 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 povo.⁶ 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.⁷ 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.⁸ A tarefa básica do Estado Democrático é conciliar interesses que se situam em esferas distintas: a pública, que é presidida pelo Estado; a privada, na qual impera

⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17-19.

⁶ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

⁷ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 13-15.

⁸ 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, p. 72-76 e COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 77-85.

a autonomia individual; e a dos grupos, na qual se encontram os interesses metaindividuais.⁹

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.¹⁰

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, preservar a efetividade da intervenção punitiva.

2. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PENAL CONDENATÓRIA

A referência normativa mais importante para o exame da questão é o inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República. Tal dispositivo determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁹ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 58.

¹⁰ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 104.

Na legislação infraconstitucional, o referencial garantista¹¹ para a questão é o art. 283 do Código de Processo Penal que, ressalvados os casos de prisão cautelar, assegura que a prisão decorre de “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, a Constituição da República não definiu o que seja “trânsito em julgado”. Tampouco o fez o Código de Processo Penal.

A definição que confere concretude à garantia constitucional encontra previsão no § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – Decreto-lei nº 4.657/42, segundo o qual “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

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 constante do artigo 502 do Código de Processo Civil¹², 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. A decisão condenatória

¹¹ A denominação não é boa, pois acaba por fomentar uma oposição maniqueísta entre os “garantistas” que se apropriam de uma imagem “progressista” e se colocam na defesa do “bem” e os “punitivistas” que são identificados como “retrógrados” defensores do “mal”. A Constituição da República, no entanto, estabelece tanto garantias individuais como comandos de intervenção punitiva que todos devemos observar.

¹² Segundo o artigo 502 da Lei nº 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.

também pode ser desconstituída por uma ação de *habeas corpus*. Por isso, a doutrina reconhece que apenas a decisão absolutória pode adquirir a qualidade de coisa soberanamente julgada.¹³

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.¹⁴ A coisa 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).¹⁵ Tal noção coincide com o que consta literalmente no § 3º do artigo 6º da LINDB.

2.1 Alteração de seu conceito

Para alcançar os fins almejados pelo Projeto “Anticrime” de maneira adequada é necessário que se faça um pequeno ajuste na redação do § 3º do artigo 6º da LINDB, de modo que passe a constar, por exemplo, que: *chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso com efeito suspensivo*. A ideia poderia ser mais bem expressa se mencionasse o “trânsito

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo Saraiva, 4º volume, 1990, p. 223; LOPES JUNIOR, Aury, *Direito Processual Pena*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 922 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 298.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 222; LOPES JUNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 921; PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 693-694; NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 950; POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1192-1193 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 298.

¹⁵ 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? In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 26, nº 305, abril de 2018, p. 12.

em julgado”, como por exemplo: *considera-se transitada em julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso com efeito suspensivo*.

A mudança na definição do conceito de trânsito em julgado não constitui retrocesso social ou redução de conteúdo de uma garantia fundamental. A noção de trânsito em julgado deve ser estabelecida em consonância com as premissas do Estado Democrático de Direito e o direito à liberdade não é absoluto. A proteção da liberdade deve se conciliar com a proteção deferida aos outros direitos igualmente fundamentais. Na medida em que o conceito de trânsito em julgado sacrifica a efetividade da tutela penal aos direitos fundamentais, o ajuste se apresenta necessário para concretizar o plano normativo constitucional.

Cabe notar que não existe uma interpretação universal sobre quais sejam os limites adequados para a proteção à liberdade individual. A ponderação deve ser feita considerando os aspectos peculiares da realidade social em que a solução normativa terá aplicação. O artigo 628 do Código de Processo Civil português, por exemplo, determina que “a decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação”.¹⁶ No direito português, as decisões não precisam chegar até a Suprema Corte para que transitem em julgado. E não se acusa o Direito Processual Penal português de violar o direito fundamental de liberdade.

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* nº 126.292/SP. Na oportunidade, o órgão pleno da Suprema Corte entendeu que a execução provisória da pena privativa de liberdade não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Nos termos do voto condutor, a execução da pena foi considerada provisória porque iniciada antes que fossem julgados os recursos extraordinários interpostos pelo condenado.

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

¹⁶ PORTUGAL. Lei nº 41/2013 – Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.pgdliisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=601&artigo_id=&nid=1959&pagina=7&tabela=leis&nversao=&sso_miolo=>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

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.¹⁷ A mudança no entendimento da Corte ocorreu no julgamento do HC 84.078/MG, realizado em 5 de fevereiro de 2009, no qual, por maioria, venceu o entendimento de 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* nº 126.292/SP retomou posição antiga da Suprema Corte que afirmava a possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória. Após essa decisão, Supremo Tribunal reafirmou o entendimento no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 964.246 e nas decisões liminares proferidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

Contudo, tais decisões da Suprema Corte foram proferidas por maioria e, posteriormente, ministros que sustentaram votos vencidos decidiram monocraticamente em sentido contrário, em outros casos concretos¹⁸, o que gera situação de grave insegurança jurídica.

O posicionamento que ainda predomina na Suprema Corte não determina a prisão do condenado de maneira automática após o duplo grau de jurisdição¹⁹, apenas declara a sua possibilidade.

Também importa notar que o inciso LVII do artigo 5º da Constituição não diz que “ninguém poderá ser preso” antes do trânsito em julgado e, por isso, os juízes determinam a prisão cautelar (que visa proteger a utilidade do processo) de mais de 40% da população carcerária brasileira. Conforme registra o último *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, em junho de 2016 existiam no país 292.450 presos sem condenação, o que representa

¹⁷ No acórdão são citadas as decisões proferidas no HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/06/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/04/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 05/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 07/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 04/11/1994.

¹⁸ 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.

¹⁹ STRECK, Lenio Luis. *Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>> Acessado em: 17 de agosto de 2019.

40,2 % da população carcerária, superando os 38% dos condenados em regime fechado²⁰. Em tais casos as pessoas são recolhidas à prisão antes mesmo de uma decisão sobre a culpa.

O Projeto “Anticrime” não propõe qualquer alteração na legislação para os casos de prisão cautelar, que repito são responsáveis por mais de 40% dos encarceramentos. Pretende assegurar que, após decisão de segundo grau de jurisdição, inicie-se ordinariamente o cumprimento da pena imposta em condenação.

A proposta de impor uma “execução provisória” de pena, certamente, não atende ao escopo de instituir o início ordinário do cumprimento da pena imposta em condenação. Iniciar provisoriamente a execução de uma pena implica em dar tratamento de culpado a quem ainda não foi condenado por decisão transitada em julgado. Uma execução provisória de pena não se concilia com a garantia constitucional e os objetivos do Projeto de Lei “Anticrime” não poderão ser alcançados com a instituição de tal medida.

4. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE (INOCÊNCIA)

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.²¹ A afirmação desafia uma reflexão mais cuidadosa do operador do direito.

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 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”.

²⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização – junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf/view>, p. 08 e 13. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

²¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 628.

A ampliação que se pretende 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 nº 678, de 06 de novembro de 1992, em seu artigo 8º, 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 no voto condutor do acórdão proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP:

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 Pacelli²² 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.

Uma alteração do conceito de trânsito em julgado que é estabelecido no § 3º do artigo 6º da LINDB para possibilitar o início da execução da pena após a decisão de segundo grau de jurisdição não sacrifica o cuidado que, por meio do devido processo legal, se deve ter com o acusado. Os meios ordinários de impugnação são suficientes para a adequada discussão sobre a sua culpa, de modo a impedir excessos na intervenção punitiva.

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*.

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 essa é uma distinção importante, que foi muito bem desenvolvida na doutrina por Dworkin²³ e Alexy²⁴.

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

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

²³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993, p. 72-101.

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-103; *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, p. 85; *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís

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. Dessa 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, mas, essencialmente, pela consideração dos princípios que na situação concreta se apresentam contrapostos.²⁵

Hoje, não há mais dúvida de que a proteção aos direitos fundamentais individuais deve se conciliar com a proteção de outros direitos fundamentais difusos e, no que especialmente 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

Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 131-132; *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2014, p. 146 e Princípios formais In: ALEXY, Robert; TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 5.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-103; *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, p. 85; *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 131-132; *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2014, p. 146 e Princípios formais. In: ALEXY, Robert; TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 5.

de São Paulo: "[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta."²⁶

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

6. COERÊNCIA INTERNA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Nos termos do artigo 283 do Código de Processo Penal, integrado pela definição constante do § 3º do artigo 6º da LINDB, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade somente poderá ocorrer após o julgamento de todos os recursos disponíveis no ordenamento jurídico.

Contudo, o artigo 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 multiplicidade 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.²⁷

Nesse contexto, também importa considerar o disposto no § 5º do artigo 1.029 do Código de Processo Civil, aplicável no âmbito do processo penal por força do artigo 3º do Código de Processo Penal. Tal disposição possibilita a concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. Não sendo concedido efeito suspensivo aos recursos, a sentença condenatória deve produzir os seus normais efeitos. Em outras palavras, inicia-se o cumprimento de pena. E, nesses casos, não se trata de execução provisória (cautelar) como entendeu o Supremo Tribunal no julgamento do HC 126.292/SP, mas de cumprimento de decisão condenatória. A produção dos efeitos ordinários de uma decisão condenatória não se confunde com a possibilidade de impor uma medida de natureza cautelar.

²⁶ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 40.

²⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 14 e p. 20-22.

Desta forma, a legislação infraconstitucional revela uma importante inconsistência. Se o artigo 283 do Código de Processo Penal somente permite o início do cumprimento da pena privativa de liberdade após o julgamento de todos os recursos previstos no ordenamento jurídico, os recursos especial e extraordinário obrigatoriamente possuem efeito suspensivo. Por outro lado, se o § 5º do artigo 1.029 do Código de Processo Civil permite não conceder efeito suspensivo aos recursos, é possível iniciar o cumprimento da pena imposta em condenação. A contradição entre os dispositivos é evidente.

Para que a legislação infraconstitucional se apresente coerente e seja alcançado o objetivo almejado no PL 882/2019 é necessário alterar o § 3º do artigo 6º da LINDB, como proposto no item 3.1 supra.

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. Encerrada a discussão sobre a culpa, deve-se reconhecer o trânsito em julgado para a culpa (item 8.3 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 ocorrer 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 dos recursos cabíveis ou da ação de *habeas corpus*.

A garantia fundamental da razoável duração do processo, expressa no inciso LXXVIII do artigo 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 desleal que ofende o 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.²⁸ 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.

²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo Saraiva, 4º volume, 1990 p. 227-230; LOPES JUNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 922-924; PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 695-698; NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 949-955 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 298-301.

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 ocorre a ineligibilidade do condenado por órgão jurisdicional colegiado. De igual modo, o trânsito em julgado para a culpa deve viabilizar o início da execução da pena privativa de liberdade.

7.1 Trânsito em julgado para a acusação

A doutrina e a jurisprudência penal identificaram²⁹ 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 incorporado à legislação repressiva no artigo 110, § 1º, do Código Penal. Como tal situação jurídica foi concebida para viabilizar o reconhecimento da prescrição em favor do réu, 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 à 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

²⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 129-133.

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 favor de um (uns) acusado(s) 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(s) acusado(s) 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 nº 135/2010 – conhecida como a *Lei da Ficha Limpa* – que alterou o artigo 1º da Lei Complementar nº 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.³⁰ No momento em que esta discussão foi travada, mostrou-se 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.³¹ 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 afronta o princípio da inocência.³² 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.

³⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Notícias. Manifesto em favor da Lei Ficha Limpa dirigido ao Supremo é lançado na OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/20612/manifesto-em-favor-da-lei-ficha-limpa-dirigido-ao-supremo-e-lancado-na-oab>>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

³¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de inelegibilidade comentada: Legislação e jurisprudência atualizadas/Leis da Ficha Limpa e da Minirreforma Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2014, 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.

³² 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: Del Rey, 2014, p. 137.

Data vênia, 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 nº 64 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.

7.3 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 já não cabe mais 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 somente 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 Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal não permitem o reexame de matéria probatória, estando encerrada a discussão sobre a culpa. Nesse sentido, as Súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal 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 artigo 5º da Constituição da República e o artigo 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*.

8. CONCLUSÃO

A execução provisória da pena proposta no Projeto de Lei “Anticrime” não institui o início ordinário do cumprimento da decisão penal condenatória. Muito ao contrário, apenas reafirma a possibilidade da aplicação de medidas cautelares que garantam a efetividade da intervenção punitiva em casos concretos. A proposta também não resolve a insegurança jurídica decorrente da divergência de entendimentos sobre a questão do cumprimento da pena após decisão de segundo grau de jurisdição.

A falta de efetividade da tutela penal se apresenta à sociedade brasileira como um problema realmente importante. A execução da pena após decisão de segundo grau de jurisdição não constitui solução para o problema, mas a questão deve merecer a devida atenção do legislador. Espero que ao parlamento seja possível realizar as adequações necessárias no Projeto de Lei nº 882/2019 para que se estabeleça segurança jurídica sobre a matéria.

A alteração da definição da coisa julgada ou do caso julgado, constante do § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – se torna necessária para equilibrar os objetivos de garantir a liberdade individual contra os excessos da intervenção punitiva e de, ao mesmo tempo, garantir a efetividade da tutela penal. Tal alteração ainda se apresenta necessária para conferir coerência à legislação infraconstitucional, no que diz respeito à compatibilização do sistema recursal com a impossibilidade de execução da pena antes que ocorra o trânsito em julgado da decisão condenatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

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

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

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

ALEXY, Robert. *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.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização – junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf/view>, p. 08 e 13. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. *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 nº 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

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

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.

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*. 7ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

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

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Notícias. Manifesto em favor da Lei Ficha Limpa dirigido ao Supremo é lançado na OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org>>

br/noticia/20612/manifesto-em-favor-da-lei-ficha-limpa-dirigido-ao-supremo-e-lancado-na-oab>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

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.

STRECK, Lenio Luis. *Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

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

Referências legislativas

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019. Integra do projeto e acompanhamento de sua tramitação disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

PORTUGAL. Lei nº 41/2013 – Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=601&artigo_id=&nid=1959&pagina=7&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acessado em: 17 de agosto de 2019.

