

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PERDA DO CARGO, FUNÇÃO PÚBLICA OU MANDATO ELETIVO COMO EFEITO EXTRAPENAL DA CONDENAÇÃO

Sávio Ribeiro Oliveira

Acadêmico de Direito pelo Centro Universitário de Formiga/MG (UNIFOR/MG) (Formiga – MG/BRASIL)

Altair Resende de Alvarenga

Juiz de Direito da Vara de Família e Diretor do Foro da Comarca de Formiga
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA
Professor Titular de Direito Penal I, II, III, IV, Civil VI e Prática Jurídica do UNIFOR
(Formiga -MG/BRASIL).

Recebido em: 10/09/2019

Aprovado em: 11/09/2019

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, ao interpretar o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República/1988, entendeu que aquelas pessoas condenadas em segunda instância deveriam iniciar, após esse momento e antes do trânsito em julgado, o cumprimento da pena. A partir daí, surgiu inúmeras controvérsias, entre os operadores do direito, versando sobre a execução provisória da pena. No presente artigo, será feito um estudo acerca da finalidade precípua do princípio da presunção de inocência sob a perspectiva de toda a sistemática constitucional e a unicidade do ordenamento legal, a fim de se analisar a conformação da posição adotada pela Suprema Corte ao ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, será analisado o momento em que o efeito secundário extrapenal da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo deverá ocorrer, se após a condenação em segunda instância, ou se deverá aguardar o trânsito em julgado da condenação.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência. Execução provisória da pena. Efeito secundário extrapenal.

THE PROVISIONAL IMPLEMENTATION OF THE PENALTY AFTER THE CONDEMNATION IN SECOND INSTANCE AND THE LOSS OF THE OFFICE, PUBLIC FUNCTION OR ELECTIVE MANDATE AS AN EXTRAPENAL EFFECT OF THE CONDEMNATION

ABSTRACT

The Federal Supreme Court, in the judgment of Habeas Corpus No. 126,292, in interpreting Article 5, item LVII, of the Constitution of the Republic / 1988, held that those persons convicted in the second instance should commence, after this moment and before the res judicata, the fulfillment of the penalty. From then on, numerous controversies arose among the legal operators concerning the provisional execution of the sentence. In the present article, a

study will be made about the primary purpose of the presumption of innocence principle from the perspective of the entire constitutional system and the uniqueness of the legal system, in order to analyze the conformation of the position adopted by the Supreme Court to the homeland legal system. Then, it will be analyzed the moment when the extrapenal side effect of the loss of the position, civil service or elective mandate should occur, if after the conviction in the second instance, or the final judgment of the conviction should be awaited.

Keywords: Principle of presumption of innocence. Provisional execution of sentence. Extrapenal secondary effect.

1. INTRODUÇÃO

A execução provisória da pena consiste no cumprimento da pena imposta no acórdão condenatório proferido em segunda instância. Tal circunstância está imbricada à extensão que é dada ao princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que esse, pela literalidade de seu texto, condiciona o reconhecimento da culpa ao trânsito em julgado da condenação.

A partir de fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de sua atual composição, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 126.292, sufragou a posição que a execução provisória da pena é compatível com o princípio da presunção de inocência, o que causou debate alentado em toda comunidade jurídica, com clara divisão de antagônicos posicionamentos.

A condenação criminal pode ter consequências múltiplas, produzindo um efeito principal, como a privação da liberdade e um secundário, que pode atingir áreas diversas da criminal, como na seara cível e administrativa, chamados de efeitos secundários extrapenais da condenação. Um desses efeitos é a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo.

O STF, ao admitir a execução provisória da pena, deixou de fazer uma análise fundamentada acerca do momento em que se deveria efetivar a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo daquele agente público infrator, se deveria acompanhar a execução da pena principal ou se deveria aguardar o trânsito em julgado da condenação.

Assim, no presente artigo será feita uma análise detida da execução provisória da pena e dos argumentos que a legitimam, bem como do momento em que deverá ocorrer a execução da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Origem e evolução do princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência surgiu na França, quando foi positivado, pela primeira vez na história, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte daquele país em 1789. Esse documento jurídico, resultado da Revolução Francesa, positivou a presunção de inocência em seu artigo 9º¹, ao estabelecer que a condição de inocência somente seria afastada pelo reconhecimento legal da culpa.

Após a aprovação da Declaração supramencionada, o princípio da presunção de inocência passou por mais de um século sem destaque, quando, na primeira metade do século XX, sofreu uma involução ao ser totalmente ignorado e esquecido, em razão das duas grandes guerras mundiais ocorridas naquela época.

Cessados os conflitos, a comunidade mundial, extremamente fragilizada, se viu no dever de positivar novamente normas protetoras da dignidade da pessoa humana. Foi daí que, em 1948, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU que, reconhecendo a importância do princípio da presunção de inocência à dignidade do ser humano, o positivou em seu artigo 11.1².

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como a norma de mais alto valor de um ordenamento jurídico, o princípio da presunção de inocência, como corolário daquele, passou a ser reconhecido expressamente em alguns documentos jurídicos internacionais, como, por exemplo, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, em seu artigo 8.2³.

Posteriormente, no Brasil, o princípio da presunção de inocência foi contemplado expressamente, pela primeira vez, na Constituição da República de 1988 (CR/88), no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), em seu artigo 5º, inciso LVII⁴.

2.2 A presunção de inocência e a execução provisória da pena no Brasil após o advento da Constituição da República de 1988

1 Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (FRANÇA, 1789).

2 Art. 11.1 Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. (PARIS, 1948).

3 Art.8.2 Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (BRASIL, 1992).

4 Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

A discussão acerca da compatibilidade da execução provisória da pena e sua adequação à nova ordem constitucional, especialmente acerca da preservação do princípio da presunção de inocência, que em sua letra fria exige o trânsito em julgado da condenação penal para o reconhecimento legal da culpa, se iniciou pouco tempo após a promulgação da Carta de 1988.

Logo no ano de 1991, no julgamento do HC nº 68.726, o STF reconheceu a legalidade da execução provisória da pena, ainda que o processo estivesse na pendência de recursos extraordinário ou especial, sob o argumento de que esses não possuíam efeito suspensivo. Cumpre aqui destacar a ementa da decisão:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o par. 2 do art. 27. da lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.
(HC 68726, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209).

A jurisprudência da Suprema Corte, por quase duas décadas, se manteve firme no entendimento de que o princípio da presunção de inocência não obstava o início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, tendo em vista a não incidência de efeito suspensivo pela interposição de recursos extraordinário ou especial.

Após manter esse posicionamento por longos anos, o plenário da Suprema Corte, em 05/02/2009, alterou a sua jurisprudência no julgamento do HC 84.078, estabelecendo que a execução da pena deveria ocorrer somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, dando, assim, uma interpretação literal ao artigo 5º, inciso LVII, da CR/88.

O entendimento do STF consagrado a partir do julgamento do HC 84.078 não permaneceu vigente por muito tempo. Em fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126.292, o plenário da Suprema Corte modificou o entendimento acerca da execução provisória da pena, resgatando a sua jurisprudência tradicional, fixando em seguida, no julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário nº 964.246/SP, a seguinte tese:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

Portanto, percebe-se que a presunção de inocência, segundo a evolução jurisprudencial percorrida pelo STF nos mais de trinta anos de vigência da Constituição da República/88, não obsta a execução provisória da pena, limitando-se apenas a assegurar a condição de inocência e seus efeitos até o pronunciamento judicial de segundo instância.

3 A NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS E A RELATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

A ideia da execução provisória da pena e a legítima limitação do alcance do princípio da presunção de inocência passa pela distinção da natureza jurídica das normas, que podem ser positivadas sob a forma de princípios ou regras.

Os princípios de direito são normas abstratas que preservam valores e exigem do operador jurídico, em razão de sua carga axiológica, que sua aplicação se dê de modo que seus fins sejam efetivados e assegurados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Já as regras, a seu turno, prescrevem determinadas situações jurídicas estritamente objetivas e, segundo Barroso (2018, p.244), “expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão”. A sua aplicação, diferentemente dos princípios, ocorre na forma do tudo ou nada, ou seja, seus efeitos serão aplicados ao caso concreto de modo conciso mediante a subsunção, caso a previsão jurídica descrita por elas acontecer.

A Constituição da República/88 positivou, na forma de princípio e regras, uma gama de direitos e garantias ao longo de seu texto, tutelando, assim, valores diversificados. Apesar disso, a Carta Magna não deve ser interpretada e aplicada em frações ou partes, de forma que uma de suas normas seja considerada de maneira isolada do sistema em que ela ocupa.

Tal determinação decorre do princípio da unidade da Constituição, segundo o qual a interpretação e a aplicação da Lei Maior não devem, nos dizeres Barcellos (2018), ser esvaziadas em decorrência da aplicação de outra, uma vez que há a necessidade de se preservar a vigência de todas elas, tendo em vista não haver hierarquia normativa dentro da Constituição.

O princípio em comento tem relevante influência na solução dos conflitos envolvendo os direitos fundamentais, uma vez que “concita o intérprete a encontrar soluções que

OLIVEIRA, S. R. ALVARENGA, A. R. A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito extrapenal da condenação.

harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário” (MENDES E BRANCO, 2017. P.92).

Desta forma, quando houver colisão de princípios, haverá, necessariamente a limitação de um deles, segundo os critérios da ponderação, que consiste na análise das possibilidades fáticas, jurídicas e do peso valorativo que cada um assume no caso concreto, de forma que sejam efetivados em diferentes graus, se aplicando de forma mais preponderante, no caso concreto, aquele ao qual for atribuída maior carga valorativa, ao passo que o outro antagônico será relativizado.

Já em relação às regras, sempre que estas entrarem em conflito com outra de mesma natureza, a solução adequada ocorrerá mediante a observância dos critérios cronológicos, de especialidade, hierárquico ou com a incidência de uma cláusula de exceção positivada no próprio texto normativo.

Destarte, é possível concluir que as normas constitucionais, especialmente enquanto princípios, em razão de sua natureza flexível, ainda que de direito fundamental, como o princípio da presunção de inocência, não são absolutas, pois se prestam para, além de tutelarem os valores positivados em sua redação, preservar a unidade do texto constitucional.

4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência é uma norma de direito fundamental, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e está positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República/88⁵.

A finalidade precípua da presunção de inocência, no ordenamento jurídico pátrio, é a de determinar “a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa” (LENZA, 2018, p. 1277).

Também nesse sentido são os ensinamentos de Mendes e Branco (2017), ao doutrinarem que o núcleo essencial do princípio fundamental ora em comento, estabelece que o ônus da prova do crime e de sua autoria é da parte acusadora.

Na mesma senda, Nucci (2015, n.p.) registra que “a imediata consequência dessa presunção é a atribuição do ônus da prova, nos casos de imputação criminal, ao órgão acusatório”.

5 Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

OLIVEIRA, S. R. ALVARENGA, A. R. A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito extrapenal da condenação.

A jurisprudência brasileira, seja dos Tribunais Superiores ou dos Tribunais Ordinários, é consistente ao reconhecer o dever de inversão do ônus probatório decorrente da norma insculpida no art. art. 5º, inc. LVII, da CR/88. Destaca-se, nesse sentido, um julgado do STF:

Ementa: AÇÃO PENAL. PECULATO-DESVIO. SAQUE DE VERBA INDENIZATÓRIA DESTINADA AO EXERCÍCIO DO MANDATO PARLAMENTAR. FICTÍCIA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS. ÔNUS PROBATÓRIO DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO. FRAGILIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO CONDENATÓRIA QUE SE IMPÕE. 1. O princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, preceitua, na sua acepção probatória, que cabe ao órgão acusatório o ônus de comprovar a ocorrência de todas as circunstâncias elementares do tipo penal atribuído ao acusado na incoativa, sob pena de tornar inviável a pretendida responsabilização criminal. 2. No caso, a denúncia, na parte em que recebida pelo Plenário da Suprema Corte, imputa ao acusado a prática do crime de peculato, na modalidade desvio, em razão do saque de verba indenizatória disponibilizada pelo Senado Federal para custeio de despesas relacionadas ao exercício do mandato parlamentar, mediante a apresentação de notas fiscais que representariam de forma fictícia a prestação de serviço de locação de veículos. 3. Nada obstante as inúmeras contradições verificadas nas declarações prestadas em juízo por testemunhas defensivas, o conjunto probatório não se mostra capaz de sustentar a referida tese acusatória com a certeza exigida para a prolação do pretendido édito condenatório, razão pela qual se mostra imperiosa a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. 4. Denúncia julgada improcedente. (AP 1018, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 18/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-266 DIVULG 11-12-2018 PUBLIC 12-12-2018) (grifo nosso)

O princípio da presunção de inocência, além de determinar a inversão do ônus da prova à acusação, ordena que, segundo ensina Tavares (2018, p. 594), “ninguém pode ser tido por culpado pela prática de qualquer ilícito senão após ter sido como tal julgado pelo juiz natural, com ampla oportunidade de defesa”. Ou seja, ele exige que o reconhecimento da culpa se dê em um processo com a preservação de todas as garantias processuais legais.

Também é possível verificar que, pela literalidade do dispositivo ora em comento, a presunção de inocência inibe, via de regra, que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Entretanto, a aplicação e interpretação literal do art. 5º, inc. LVII, da CR/88, exige cautela, uma vez que ele, segundo Mendes e Branco:

[...] não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões” – art. 240, § 1o, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e os indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável [...]

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (MENDES E BRANCO, 2017. p. 567).

Portanto, estando as finalidades precípua do princípio da presunção de inocência estejam preservadas, ou seja, desde que ocorra a inversão do ônus da prova e a observância estrita das garantias processuais penais, tem-se por legítimo o tratamento gradual mais gravoso do acusado, à medida em que as provas incriminadoras vão se esclarecendo de forma legítima e indubitável no processo.

5. FUNDAMENTOS LEGAIS QUE VALIDAM A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Compreendida a possibilidade de limitação do princípio da presunção de inocência, desde que suas finalidades precípua estejam preservadas, conforme sustentado alhures, impende analisar as questões jurídicas que, diante dos casos concretos, se impõe, após a condenação em segunda instância, em relação ao referido princípio.

5.1 Os pressupostos para a prisão

A Constituição da República/88 em seu art. 5º, inc. LXI⁶, estabeleceu de modo claro os pressupostos imprescindíveis à decretação da prisão. Segundo tal regra, a prisão para ser válida deve, necessariamente, ser decretada por autoridade competente, mediante ordem escrita e devidamente fundamentada, salvo as exceções ali encontradas.

A clareza daquele dispositivo não deixa dúvidas quanto a intenção do Legislador Constituinte Originário ao não exigir o trânsito em julgado para a decretação da prisão. Caso contrário, teria sido inserido tal determinação de forma expressa na norma, como o fez em alguns pontos da Carta Magna ao condicionar, por exemplo, a perda ou suspensão dos direitos políticos à condenação criminal transitada em julgado (art. 15, inc. III, da CR/88⁷).

Motta (2018, p. 280), nesse sentido, afirma que “somente autoriza-se que a pessoa seja presa por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, ou nos casos de prisão em flagrante”.

Deste modo, segundo o Min. Luís Roberto Barroso, em voto proferido no HC nº 126.292:

6 Art. 5º [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (BRASIL, 1988).

7 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. (BRASIL, 1988).

O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, inc. LXI, da Carta de 1988. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

Nesta esteira, considerando os requisitos constitucionais para a prisão, na conclusão de Pedro Lenza (2018), deve-se admitir a execução provisória da decisão condenatória proferida em segunda instância, ainda que recorrível, tendo em vista a interpretação sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º, CR/88.

5.2 Os Recursos extraordinário e especial, a consolidação da culpa e o princípio do duplo grau de jurisdição

Os recursos extraordinário e especial estão à disposição daquelas partes sucumbentes que desejam levar ao STF ou Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinadas demandas específicas.

Tais recursos possuem certas especificidades determinadas pela própria Carta Magna, que limitam a atuação daqueles Tribunais no que tange à admissibilidade das matérias levadas à apreciação de seus membros.

A Constituição da República/88, em seu art. 102, inc. III⁸, estabeleceu que a Suprema Corte somente apreciará o recurso extraordinário se a decisão recorrida contrariar, necessariamente, alguma de suas normas, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, decidir pela validade de lei ou ato de governo local questionado diante da Carta Magna de 1988 ou declarar válida lei local contestada em face de alguma lei federal.

Além disso, exige o §3º⁹ do artigo supramencionado dispõe que, para a admissão do recurso, o recorrente deve demonstrar a repercussão geral das questões suscitadas perante a Corte. Tal situação consiste, conforme acentua Moraes (2017), na existência de relevante interesse geral na solução das questões constitucionais sob discussão, de modo que a defesa transcenda os interesses subjetivos e particulares do recorrente.

8 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL. 1988).

9 Art. 102. [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (BRASIL, 1988).

As hipóteses de cabimento do recurso especial, assim como o recurso extraordinário, são taxativas e, previstas no art. 105, inc. III, da Carta Magna¹⁰, delimitam a competência da Corte Especial, de modo que somente será admitido caso seja manejado contra decisão que violar ou negar vigência a tratado ou lei federal, validar ato de governo local impugnado em face de lei federal ou conceder à lei federal interpretação contrária da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Tais recursos, conforme delimitação feita pela própria Constituição da República/88, só serão admitidos caso levem à apreciação dos tribunais superiores questões relativas à matéria de direito, inadmitindo após o julgamento do órgão colegiado de segunda instância, a reanálise de matérias fáticas (materialidade e a autoria). Tanto é assim que o STF e o STJ mantêm válidos os enunciados de número 279¹¹ e 7¹², respectivamente, de suas Súmulas nesse sentido.

Deste modo, esgotada as instâncias ordinárias, resta impossibilitada a rediscussão acerca das matérias de fato, como autoria e materialidade delitiva, ou seja, consolida-se aí a formação da culpa, afastando a presunção de inocência.

Insta esclarecer também que os recursos extraordinário e especial carecem, via de regra, de efeito suspensivo, é o que diz o art. 637, do Código de Processo Penal (CPP)¹³ (no caso do recurso extraordinário) e do art. 995, *caput*, do Código de Processo Civil (CPC)¹⁴ (aplicado subsidiariamente ao recurso especial). Portanto, não possuem o condão de obstar a execução de uma condenação proferida em segunda instância.

Ainda, cumpre mencionar o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto na parte final art. 5º, inc. LV, da CR/88¹⁵, e também no art. 8.2, alínea h, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969¹⁶. Segundo Tavares “é ínsito ao duplo grau o conferir a dois juízos diversos a possibilidade de apreciar em sua totalidade a mesma causa” (TAVARES, 2018, p. 629). O autor ainda acrescenta que “os recursos que apenas devolvem o conhecimento da matéria de

10 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988).

11 Súmula 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. (BRASIL, 1963).

12 Súmula 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. (BRASIL, 1990).

13 Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. (BRASIL, 1940).

14 Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. (BRASIL, 2015).

15 Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988).

16 Artigo 8º.2. [...] h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. (BRASIL, 1992).

OLIVEIRA, S. R. ALVARENGA, A. R. A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito extrapenal da condenação.

Direito não se prestam a assegurar um duplo grau de jurisdição, tal como ocorre com o recurso especial e o recurso extraordinário. (TAVARES, 2018, p. 629).

Dessarte, o princípio ora em comento pertence, exclusivamente, às instâncias ordinárias, sendo aí, conforme esclarece o Min. Teori Zavascki:

[...] que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal[...]. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

Portanto, diante as especificidades dos recursos extraordinário e especial, a consolidação da culpa após a condenação em segunda instância e a preservação do princípio do duplo grau de jurisdição em sua inteireza, infere-se que a execução provisória da pena é legítima, tendo em vista a preservação, também, das finalidades precípuas do princípio da presunção de inocência.

5.3 Exigência de ordem pública

A segurança pública, segundo determinação do *caput* do art. 144, da CR/88¹⁷, tem como finalidade precípua a preservação da ordem pública. Essa também é uma circunstância que expressamente constitui um dos requisitos necessários à decretação da prisão preventiva, conforme dicção do art. 312 do CPP¹⁸.

Segundo Mendes e Branco (2017), a ordem pública tem por escopo obstar o estado de continuidade delitiva, prevenindo a reprodução de fatos criminosos, acautelar o meio social, bem como assegurar a credibilidade da Justiça em face às consequências do crime.

Na mesma esteira, ensina Mirabete (2008, p. 391) que “o conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime de sua repercussão”.

A execução da pena somente após o trânsito em julgado da condenação, como era entre 2009 e 2016, aumentava a sensação de impunidade que já existia no país, uma vez que a própria complexidade do processo criminal e a possibilidade de impetração de recursos meramente

17 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]. (BRASIL, 1988).

18 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (BRASIL, 1941).

protelatórios afastava, de forma exacerbada, a efetiva punição do crime da época do seu acontecimento, ocasionando, não raras vezes, a prescrição da pretensão punitiva.

Segundo Barroso, “o baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminosa de agentes públicos e privados” (BARROSO, 2016, p. 7). Assim, não restam dúvidas que a impunidade ocasionada pela execução da pena somente após o trânsito em julgado, de certa forma, vai de encontro à ordem pública, fomentando o estado de continuidade delitiva.

Ainda, o modelo de execução da pena somente após a formação da coisa julgada conferia relevante descrédito ao Poder Judiciário, uma vez que a atribuição de caráter absoluto ao princípio da presunção de inocência afrontava, de forma desrespeitosa, as decisões proferidas legitimamente pelas instâncias ordinárias, já que somente a última manifestação judicial, feita pelo STF, é que teria relevância jurídica.

Essa situação foi muito bem lembrada pelo Ex-ministro Joaquim Barbosa em seu voto proferido no julgamento do HC. 84.078, nos seguintes termos:

Considero que as decisões proferidas pelo juízo de primeiro e/ou segundo grau de jurisdição, no sentido da condenação do réu, como é o caso presente, devem ser respeitadas e levadas a sério, pois os órgãos judiciários prolocutores de decisões de mérito são presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer. Isto significa que não se deve fazer letra morta das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Do contrário, melhor seria que todas as ações fossem processadas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, já que somente com uma decisão irrecurável desta Corte se poderá dar credibilidade a uma decisão condenatória. (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Neste aspecto, cumpre mencionar os números trazidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto proferido no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, que comprovam a tamanha precisão das instâncias ordinárias ao reconhecerem a culpabilidade no âmbito de suas atribuições. Veja-se:

[...] o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. No Superior Tribunal de Justiça, de acordo com dados do projeto Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas, a média de provimento de recursos especiais (tanto os admitidos na origem como os que são processados via agravo de instrumento) é de 9,1% em favor dos réus. Não há estatística acerca de qual percentual resultou efetivamente em absolvição, mas tal como ocorre no STF, ele deve ser bastante baixo. A maior parte dos provimentos de recurso diz respeito ao regime de

OLIVEIRA, S. R. ALVARENGA, A. R. A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito extrapenal da condenação.

pena e à dosimetria. (ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018) (grifo nosso).

Destarte, levando-se em consideração que a culpa é reconhecida e consolidada nas instâncias ordinárias, conforme demonstrado no subitem anterior, incongruente seria torná-las despiciendas, portanto a execução provisória da pena após o esgotamento da segunda instância é válida e necessária à garantia da ordem pública, uma vez que é imprescindível ao afastamento da impunidade e à preservação da credibilidade do Poder Judiciário.

5.4 Análise do princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena no Direito comparado

A presunção de inocência também é contemplada em diversos diplomas legais de outros Estados soberanos, entretanto, a sua incidência no âmbito do processo penal não é dominante no sentido de obstar a prisão antes do trânsito em julgado.

Na Inglaterra, a tramitação dos recursos contra sentença condenatória é regulamentada pela Seção 81 do “*Supreme Court Act 1981*”. Segundo Frischeisen, Garcia e Gusman, no direito inglês:

[...] é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos.

A libertação pela fiança não é automática, e a instância inferior não a reconhece na sentença. O direito é concedido pelas Cortes nas quais foram interpostos os recursos e é julgado já no exame de mérito recursal. Vigora no direito inglês o princípio segundo o qual as sentenças condenatórias têm aplicabilidade imediata.

[...]

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança. (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, [2009], p.17).

Já nos Estados Unidos, o princípio da presunção de inocência não está expressamente positivado na Constituição, entretanto vem positivado na legislação infraconstitucional, no art. 5º, §1º do Código de Processo Penal¹⁹ americano, que determina que o réu tenha presumida sua inocência até que seja comprovada sua culpa.

Conforme assinala Mendes e Branco (2017), os Estados Unidos possuem padrões bastante rigorosos, pois sua legislação determina, como regra, a imediata prisão do condenado,

19 Art. 5º [...] §1º O acusado presume-se inocente até que sua culpa seja comprovada, nos termos deste Código. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1997). (tradução nossa).

existindo pouquíssimas exceções de suspensão da execução da pena quando o processo está na pendência de recursos.

Na França, berço do princípio da presunção de inocência, sua aplicação decorre do próprio art. 9º²⁰ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que tem validade até os dias de hoje, sendo que é proclamada “a presunção de inocência, até que o pretense infrator seja declarado culpado, e se fosse indispensável sua prisão, todo rigor que não fosse necessário para tal ato deveria ser severamente punido” (BENTO, 2007, p. 61).

Já no ordenamento jurídico espanhol, o princípio da presunção de inocência está positivado no art. 24.2²¹ da Constituição Espanhola e, segundo Frischeisen, Garcia e Gusman:

[...] se o acusado foi condenado em processo em que lhe foi oferecido contraditório e ampla defesa, em que foram cotejadas todas as provas, observado está o princípio da presunção da inocência. A sentença condenatória é, deste modo, plenamente executável, mesmo que outros recursos estejam em trâmite. (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, [2009], p.23).

Assim, percebendo que a limitação ao princípio da presunção de inocência é algo comum e aceito pacificamente em outros países, o STF, ao admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, mas depois da formação legal da culpa, agiu acertadamente.

5.5 A relatividade da execução provisória da pena

O STF vinculou, quando do julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário nº 964.246, as decisões de todos os tribunais ordinários do país, no sentido de que, havendo a condenação definitiva prolatada pelo órgão, deve-se determinar o início do cumprimento da pena pelo réu.

Entretanto, em que pese ser regra, a execução provisória pode ser afastada para se evitar eventuais prejuízos aos réus, uma vez que podem ocorrer erros e abusos por parte das autoridades das instâncias ordinárias (até mesmo das instâncias extraordinárias), bem como pode surgir alguma prova nova.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio confere, àqueles réus condenados em segunda instância, a possibilidade de ser atribuído efeito suspensivo aos recursos extraordinário e

20 Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (FRANÇA, 1789).

21 Art. 24 [...] 2. Da mesma forma, todos têm direito ao Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si próprios, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência (ESPANHA, 1978).

especial. A regra, conforme visto, é que eles não possuem efeito suspensivo, entretanto o art. 995, parágrafo único, do CPC²², cumulado com o seu art. 1029, §5º²³, permite a atribuição de tal efeito àqueles recursos, desde que preenchidos os requisitos legais.

Ainda, o *Habeas Corpus*, remédio constitucional previsto no art. 5º, inc. LXVIII, da CR/88²⁴, e no art. 647, do CPP²⁵, pode ser utilizado para afastar qualquer coação ilegal ao direito de ir e vir e, conseqüentemente, evitar a execução provisória da pena.

Dessarte, as situações aqui demonstradas corroboram a adequação da execução provisória da pena ao ordenamento jurídico pátrio, pois, além de preservar a sua unidade, conforme visto até aqui, não deixam o réu desamparado, uma vez que, segundo Moraiz (2017), confere a ele tutelas jurisdicionais aptas a solucionar violações a seus direitos, com a finalidade de inibir abusos.

Assim, compreendida a adequação da execução provisória da pena ao ordenamento jurídico pátrio, passa-se, a seguir, à análise acerca do momento em que se deve efetivar a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito extrapenal da condenação.

6. A PERDA DO CARGO, FUNÇÃO PÚBLICA OU MANDATO ELETIVO E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A condenação criminal tem como efeito principal, nos termos dos ensinamentos de Estefam e Gonçalves (2017), a imposição de uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa) ou de uma medida de segurança. Porém, ela pode produzir, ainda, efeitos secundários extrapenais (acessórios) à condenação criminal, diversos daqueles efeitos principais, que operam em outros ramos do direito, como na seara cível e administrativa.

No âmbito administrativo, existe a possibilidade, conforme dicção do artigo 92, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código Penal²⁶, da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, daquele agente público infrator.

22 Art. 995. [...] Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. (BRASIL, 2015).

23 Art. 1.029. [...] § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido [...]. (BRASIL, 2015).

24 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. (BRASIL, 1988).

25 Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. (BRASIL, 1940).

26 Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de

Esse efeito secundário da condenação criminal é, também, positivado em outras leis, como na Lei Antirracismo (nº 7.716/89), Lei de Licitações (nº 8.666/93), Lei de Tortura (nº 9.455/997) e Lei de Abuso de Autoridade (nº 4.898/65).

Conforme já demonstrado no presente estudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu, acertadamente, pela possibilidade de se executar provisoriamente a pena, entretanto, até então, não adotou uma posição clara e fundamentada acerca do momento em que deve ocorrer a execução do seu efeito secundário, ora em comento, se antes ou após o trânsito em julgado.

De ver-se que no presente capítulo far-se-á uma análise do momento em que aquele agente estatal poderá perder definitivamente seu posto em virtude de uma sentença penal condenatória.

6.1 As prerrogativas dos servidores públicos e dos detentores de mandato eletivo

Os servidores públicos podem se submeter a três regimes jurídicos funcionais: estatutário; celetista (trabalhista); e especial.

No primeiro regime, a relação funcional é dirigida por normas jurídicas cogentes, denominadas estatutos, e não há contrato de trabalho, mas sim um termo de posse assinado após aprovação em concurso público.

Estes, cumprindo os requisitos do art. 41, *caput* e §4º²⁷, da Constituição da República/88, vão adquirir a estabilidade funcional, se impondo assim, junta à ela, segundo o 41, §1º, inc. I, da CR/88²⁸, a necessidade de que a perda do cargo, em virtude de uma condenação, ocorra somente após o seu trânsito em julgado.

Não há, nos outros dois regimes, a garantia da estabilidade funcional, assim, caso pratiquem algum crime, a autoridade pública não estará vinculada ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória, podendo demitir o agente público infrator a seu nuto, ainda que não tenha sido condenado em primeira instância. Portanto, não estão sob a análise no presente estudo.

O mandato eletivo, nos dizeres de José Afonso da Silva:

poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (BRASIL, 1940).

27 Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. [...] 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (BRASIL, 1988).

28 Art. 41. [...] § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (BRASIL, 1988).

[...] é uma comissão de natureza política. É conferido por eleição popular para um prazo determinado, dentro do qual, por princípio, seu titular goza de prerrogativas constitucionalmente reconhecidas. Portanto, a perda do mandato é coisa excepcional, que, no entanto, pode ocorrer nos termos previstos na Constituição [...] (SILVA, 2014, p. 429).

A perda do mandato eletivo segundo os ditames da Carta Magna, assim como na hipótese dos servidores públicos estatutários efetivos, somente ocorrerá após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim prevê os seus arts. 15, inc. III²⁹ e 55, inc. VI³⁰.

As disposições constitucionais ora estudadas condicionam a perda do ofício público ao trânsito em julgado das decisões judiciais de modo tão claro que não restam dúvidas quanto à sua natureza jurídica de regra, inadmitindo, assim, uma interpretação dúplice, sob pena de se tornarem inválidas e, assim, violando o princípio da unidade da constituição, já explicado outrora.

Assim sendo, o entendimento do STF acerca da execução provisória da pena não pode alcançar a aplicação de tais disposições, pois elas evidenciam, de forma inequívoca, a intenção do Legislador Constituinte em condicionar o trânsito em julgado da condenação à efetiva perda do ofício público.

Tal circunstância, porém, não alcança a execução provisória da pena principal, uma vez que, conforme visto, a Carta Magna de 1988 não condicionou a prisão ao trânsito em julgado, ao contrário do que fez nas hipóteses sob análise.

Portanto, conforme Pacelli e Gallegari (2018), a regra contida no art. 92, inc. I, alíneas *a* e *b*, do CP, que estabelece os requisitos necessários para que seja cabível a referida perda, deve ser interpretada à luz da Constituição, ou seja, ainda que preenchidas as condições para a perda do cargo e iniciada a execução provisória da pena principal, deve-se aguardar o trânsito em julgado da condenação para a efetiva execução do daquele efeito extrapenal da condenação.

6.2 A posição da jurisprudência pátria acerca do momento em que deve ocorrer a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo

A jurisprudência pátria, seja dos tribunais superiores ou dos tribunais de segunda instância ainda é tímida em relação a uma análise precisa e aprofundada acerca da discussão sob análise.

29 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. (BRASIL, 1988).

30 Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...] VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. (BRASIL, 1988).

Entretanto, é possível destacar alguns julgados que indicam uma tendência da jurisprudência no sentido de obstar a possibilidade da perda do posto de agente público antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas vale ressaltar, contudo, que há divergência.

O STF, em 2000, ao apreciar o HC 80.026/RS, fixou entendimento no sentido de que a perda do cargo deve, necessariamente, aguardar o trânsito em julgado da condenação, entretanto não vedou o afastamento cautelar do agente estatal infrator, sempre que tal medida for a recomendável. Destaca-se, assim, o seguinte trecho do voto do Relator Min. Moreira Alves:

Ademais, a condenação definitiva é, sem dúvida, a condenação transitada em julgado -, pois, ainda quando contra ela tenha sido interpostos recursos, como o especial e o extraordinário, que, normalmente, não têm efeito suspensivo, não é ela definitiva, uma vez que pode ser reformada. Não teria sentido que, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, o Prefeito, por só haver contra ele recurso sem efeito suspensivo, perdesse o cargo, e se a esse recurso posteriormente fosse concedido efeito suspensivo ou, julgado, reformasse a decisão condenatória, readquirisse ele, provisoriamente no primeiro caso, e definitivamente no segundo, o cargo havia perdido. A perda do cargo por condenação definitiva é a perda também definitiva, e não a que pode ter caráter de provisoriedade. Por isso mesmo, com maior precisão técnica, a Constituição, no artigo 15, III, só admite a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado [...].

(HC 80026, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 25/04/2000, DJ 04-05-2001 PP-00004 EMENT VOL-02029-03 PP-00500).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2008, também apreciou a matéria sob análise.

Destaca-se o seguinte trecho do voto do Desembargador Relator Herculano Rodrigues:

Conquanto a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, seja efeito extra penal específico da condenação de prefeito municipal por crime de responsabilidade previsto no art. 1º do Decreto-Lei 201/67, e, portanto, de aplicação obrigatória, sua execução fica condicionada à existência de condenação definitiva.

Tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça têm entendimento firme no sentido de que tanto o Decreto-lei 201/67 (art. 1º, § 2º) como a Constituição Federal (art. 15) exigem para a implementação da referida pena acessória o trânsito em julgado da condenação (nesse sentido, STF, HC 84.771/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 19.10.2004, Segunda Turma, DJ 12.11.2004, p. 00041; e STJ, REsp 859964/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 07/08/2007, DJ 10.09.2007, p. 295; HC 35427/MG, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julg. 18/10/2005, DJ 20.11.2006, p. 363).

O que seria viável implementar, como medida cautelar aplicável antes, durante ou depois da condenação sem trânsito em julgado do prefeito, é o seu afastamento temporário, de natureza provisória, que, evidentemente, não implica em perda do cargo, tampouco dos vencimentos. Entretanto, disso não cogitou o Acórdão.

(TJMG - Reclamação 1.0000.07.459136-3/000, Relator(a): Des.(a) Herculano Rodrigues, CORTE SUPERIOR, julgamento em 30/04/2008, publicação da súmula em 28/05/2008). (grifo nosso).

Da leitura dos supramencionados acórdãos perceber-se que a jurisprudência pátria, durante a vigência do entendimento de que a execução provisória da pena é legítima (de 1988 a 2009), inferiu que a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo deveria ocorrer somente após o trânsito em julgado da condenação criminal.

A partir de 2016, com a restauração da jurisprudência tradicional da Suprema Corte, é possível antever que, diante de um caso concreto, em que haja a execução provisória da pena e concomitantemente a condenação à perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, esta pena acessória seja executável apenas após o trânsito em julgado.

Isso porque, no acórdão do HC 126.292, o Ministro Luís Roberto Barroso indicou em seu voto que a presunção de inocência, em que pese não obstar a execução provisória da pena principal, inibe a produção antecipada dos efeitos acessórios da pena. Assim manifestou:

E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, **perda de cargo**, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016). (grifo nosso).

Ainda, recentemente, o Ministro Alexandre de Moraes em voto proferido no HC 157.688, seguindo o mesmo raciocínio do Ministro Luís Roberto Barroso, também defendeu a execução provisória da pena, entretanto ressaltou que o princípio da presunção de inocência obsta a possibilidade da antecipação dos efeitos extrapenais da condenação, nos seguintes termos:

Esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional, que, sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. ELLEN GRACIE no HC 84.078), manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal que deverão aguardar os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, com respectivo trânsito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), **perda do cargo ou função pública**, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso do cometimento de nova infração penal, por exemplo. (HC 157668 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018). (grifo nosso).

Insta salientar que há decisões em sentido contrário ao demonstrado até aqui, de modo a determinar que a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo deve acompanhar a

OLIVEIRA, S. R. ALVARENGA, A. R. A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito extrapenal da condenação.

execução provisória da pena principal, ou seja, após a condenação em segunda instância, veja-se:

Como cediço, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

De tal sorte, sendo possível o cumprimento da pena principal após esgotadas as vias recursais na segunda instância, **do mesmo modo também deve haver a execução da pena secundária de perda do cargo nesta fase.**

[...]

Ante o exposto, conheço os embargos aviados para, nos termos do art. 620, CPP, determinar **que o efeito secundário específico de perda do cargo operar-se-á após esgotadas as vias recursais na segunda instância, passando tal preceito a integrar a sentença condenatória**, aplicando-se aos demais réus em situação análoga. (TJMG - Ação Penal 0011181-32.2017.8.13.0303, Juiz titular: Altair Resende de Alvarenga, julgamento em 09/08/2019, publicação em 21/08/2018). (grifo nosso).

Em que pese o julgado ora trazido indicar um posicionamento contrário às outras jurisprudências, é possível concluir que a tendência, especialmente pela manifestação dos Ministros Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, se inclina no sentido de vedar a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, antes do trânsito em julgado da condenação, e admitir o afastamento cautelar dos agentes infratores.

6.3 A solução para os casos concretos

A solução razoavelmente adequada para os casos de condenação de um agente público em segunda instância que preencha os requisitos da perda do cargo público, é aquela do art. 319, inc. VI, do CPP³¹, ou seja, deve-se determinar o afastamento cautelar das atividades, até que se transite em julgado a condenação, para evitar a situação anômala do cidadão preso, continuar a ocupar o cargo, mandato ou função pública.

Assim decidiu o STJ:

[...] em que pese não se trate de efeito automático da condenação, a decretação de perda do cargo se mostra necessária e razoável na hipótese, tendo em vista a utilização do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Espírito Santo para a prática delitiva, o que denota, para além do menoscabo à função desempenhada, grave ofensa aos mais mezinhos princípios da Administração Pública, impossibilitando, assim, se cogitar de volta ao exercício da função, **com manutenção de seu afastamento cautelar até o trânsito em julgado.**

(APn 300/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2016, DJe 07/10/2016). (grifo nosso).

31 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: [...] VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. (BRASIL, 1941).

Importa, nessa senda, destacar que, conforme os ensinamentos de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

[...] não se deve confundir a perda definitiva do cargo com o afastamento preventivo do servidor, pois a Administração e o Judiciário podem determinar o afastamento do servidor do seu cargo, respeitado o direito à ampla defesa, antes da decisão definitiva, para evitar o prejuízo da investigação da irregularidade. Nesse caso, o servidor afastado continuará recebendo vencimentos, pois o seu vínculo funcional ainda permanece válido. (OLIVEIRA, 2017, p. 707).

Destarte, o agente público que, condenado em segunda instância, inicie o cumprimento de sua pena, deve ser afastado cautelarmente de suas funções, até que se transite em julgado a decisão condenatória. Deve-se, ainda, preservar os seus vencimentos, tendo em vista permanecer vinculado ao estado.

7. CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente artigo, em linha de princípio, caminha-se para a conclusão que o princípio da presunção de inocência, como uma norma de natureza principiológica, passível de restrição, deve ser interpretado à luz de toda a Constituição da República/88, de modo que ele seja um importante instrumento de preservação da unidade e harmonia das normas constitucionais.

As finalidades precípua do referido princípio são de determinar a inversão do ônus da prova, de modo que esse incumba somente à acusação, e condicionar o reconhecimento da culpa ao tramite de um processo em que todas as garantias processuais legais sejam obrigatoriamente observadas e respeitadas.

A execução provisória da pena permite, assim, de forma concisa, a preservação das finalidades essenciais do princípio da presunção de inocência, bem como a conservação da unidade do ordenamento jurídico pátrio, pois há a salvaguarda das disposições relativas aos requisitos da prisão, de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, esgotamento do princípio do duplo grau de jurisdição e manutenção da ordem pública. Ainda, o réu não fica desamparado, pois a ele é conferida a possibilidade de se obstar a execução da pena através do efeito suspensivo que pode ser conferido aos recursos citados, bem como através do *Habeas Corpus*.

Apesar da legitimidade da execução provisória dos efeitos principais da pena, a execução do efeito da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, não deve ocorrer de forma provisória, pois para se preservar a unidade do texto constitucional, é necessário seguir

OLIVEIRA, S. R. ALVARENGA, A. R. A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito extrapenal da condenação.

a rigor as disposições que condicionam a perda do ofício público do servidor estável e da pessoa detentora de mandato eletivo ao trânsito em julgado da condenação.

Por fim, nos casos em que o agente público infrator iniciar o cumprimento de sua reprimenda após a condenação em segunda instância, a medida escorreita a ser adota em relação ao seu ofício público, é o afastamento cautelar das funções exercidas e não a perda. Assim, o vínculo com Estado permanecerá vigente até que se transite em julgado a decisão condenatória, de modo que, até esse momento, não poderá haver prejuízo em seus subsídios.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Brasil: O caminho longo e sinuoso**. *Brazil: Looking beyond the Crisis*, 2016, NYU School of Law. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/barroso-defende-reforma-eleitoral.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de out. de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. **Decreto nº 678**, de 06 de nov. de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 de fev. de 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 201**, de 27 de fev. de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acesso em: 08 maio 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dez. de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19 fev. 2019.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de mar. de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 de mar. de 2019.

OLIVEIRA, S. R. ALVARENGA, A. R. A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito extrapenal da condenação.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 300**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. 21 de set. de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200301396544>. Acesso em: 12 maio 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%277%27>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 1.018**. Rel. Min. Edson Fachin. J. 18 de set. de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5265587>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68.726**. Rel. Min. Néri da Silveira. J. 28 de jun. 1991. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80.026**. Rel. Min. Moreira Alves. J. 25 de abr. 2000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1809553>>. Acesso em: 09 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078**. Rel. Min. Eros Grau. J. 05 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Rel. Min. Teori Zavascki. J. 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3869933>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 157.688**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. J. 17 de ago. de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748084411>>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246**. Rel. Min. Teori Zavascki. J. 10 de out. de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF, 1963. Disponível em:

OLIVEIRA, S. R. ALVARENGA, A. R. A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito extrapenal da condenação.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

ESPANHA, **Constituição Espanhola**, de 31 de out. de 1978. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, **Código de Processo Penal**, de 06 de jun. de 1997. Disponível em: <file:///D:/Downloads/Polish%20CPC%201997_am%202003_en.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

ESTEFAM, E.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANÇA, **Declaração de direitos do homem e do cidadão**, de 26 de ago. de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

FRISCHEISEN, L. C. F.; GARCIA, M. N.; GUSMAN, F. **Execução Provisória da Pena: panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf>. Acesso em: 15 mar. de 2019.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Ação penal nº 0011181-32.2017.8.13.0303**. Juiz titular Altair Resende de Alvarenga. J. 09 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=303&numero=1&listaProcessos=17001118>. Acesso em: 21 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Reclamação nº 1.0000.07.459136-3/000**. Rel. Des. Herculano Rodrigues. J. 25 de maio de 2008. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=A0F729EEE180FA9A3F40DB900BDBB1FF.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.07.459136-3%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 24 fev. 2019.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, S. R. ALVARENGA, A. R. A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito extrapenal da condenação.

MORAIZ, B. F. O princípio da presunção de não culpabilidade e a constitucionalidade da execução da pena após julgamento por órgão de segundo grau de jurisdição. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 103, p. 77-111, abr.-mai. 2017.

MOTTA, S. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NUCCI, G. de S. **Princípios constitucionais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal de Direitos Humanos**, 10 de dez. de 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

PACELLI, E.; CALLEGARI, A. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, J. A. da. **Comentário contextual à constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.