



Universidade do Minho
Escola de Direito

Wassely Madruga Freire Coutinho de Oliveira

**Presunção de Inocência e Execução Provisória
da Pena: um estudo sobre a realidade
brasileira**

Wassely Madruga Freire Coutinho de Oliveira Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena: um estudo sobre a realidade brasileira

UMinho | 2020

Julho de 2020



Universidade do Minho
Escola de Direito

Wassely Madruga Freire Coutinho de Oliveira

**Presunção de Inocência e Execução Provisória da
Pena: um estudo sobre a realidade brasileira**

Mestrado em Direitos Humanos

Trabalho efetuado sob a orientação da
Prof.^a Doutora Alessandra Aparecida Souza Silveira

Julho de 2020

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações

CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Universidade do Minho, Braga, 07 de Julho de 2020.

Wassely Madruga Freire Coutinho de Oliveira

WASELY MADRUGA FREIRE COUTINHO DE OLIVEIRA

A todos que, de alguma forma,
contribuíram. Em especial ao meu marido,
Thiago Coutinho, pelo apoio, e ao nosso
filho amado, a quem este estudo subtraiu
horas preciosas de convívio.

“Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados; como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito”¹.

¹ O discurso “Oração aos Moços” foi redigido para ser proferido perante a turma concludente do Curso de Direito de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo, mas, por motivo de saúde, Rui Barbosa não pode fazê-lo em pessoa. Cf. Rui BARBOSA, *Oração aos moços*, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 41.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Universidade do Minho, Braga, 07 de julho de 2020.

Wassely Madruga Freire Coutinho de Oliveira

WASELY MADRUGA FREIRE COUTINHO DE OLIVEIRA

RESUMO

O princípio da presunção de inocência, nos últimos anos no Brasil, esteve no centro de uma das mais importantes discussões jurídicas travadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Com muitas idas e vindas, em meio a forte cobertura jornalística e social, acompanhou-se a discussão acerca da flexibilização da exigência do trânsito em julgado para recolhimento do réu à prisão, após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado. Neste cenário, a presente dissertação busca apresentar e analisar os argumentos lançados por ambos os lados do embate. Para tanto, utilizou como método de investigação o fenomenológico-hermenêutico, através de estudos doutrinários, jurisprudenciais e pesquisas empíricas relacionadas à temática. Em resultado aos esforços envidados neste estudo, concluiu-se pela ausência de permissivo constitucional, e mesmo legal expresso, ao recolhimento à prisão de réu condenado em segunda instância, sem que tenha havido o imperativo da coisa julgada.

Palavras-Chaves: Prisão. Presunção da inocência. Condenação em segunda instância. Trânsito em julgado.

ABSTRACT

The principle of the presumption of innocence, in recent years in Brazil, was at the centre of some of the most important legal discussions held by the Brazilian Federal Supreme Court. With many comings and goings, in the midst of strong journalistic and social coverage, there was a discussion about the easing of the requirement for *res judicata* to collect the defendant in prison, after conviction at second instance and before the *res judicata*. In this scenario, the present dissertation seeks to present and analyse the arguments launched by both sides of the struggle. To this end, it used the phenomenological-hermeneutic method of investigation, through doctrinal, jurisprudential studies and empirical research related to the theme. As a result of the efforts made in this study, it was concluded that there was no constitutional, or even express legal, allowance for the defendant to be sentenced to prison in the second instance, without the need for *res judicata*.

Keywords: Prison. Presumption of innocence. Second instance condemnation. Res Judicata.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	IV
RESUMO	VII
ABSTRACT	VIII
ABREVIATURAS	11
INTRODUÇÃO	13
CAPITULO I - CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS, CONCEITUAIS, HISTÓRICAS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	16
1. Considerações terminológicas: estado e presunção, inocência e não culpabilidade	16
2. Evolução histórica no Brasil e no Mundo	18
3. Conteúdo singular da previsão constitucional brasileira	21
4. Oscilação jurisprudencial do alcance do princípio da presunção de inocência no Brasil	24
4.1. Antes de 1988: posicionamento tradicional do Supremo Tribunal Federal	24
4.2. Análise do <i>Habeas Corpus</i> n.º 84078-7/MG, julgado em 2009	26
4.3. Análise do <i>Habeas Corpus</i> n.º 126.292/SP, julgado em 2016	35
4.4. Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54 de 2019 e Propostas de Emenda à Constituição	44
CAPITULO II - ANÁLISE SOBRE A ESTRUTURA E COERÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA E LEGAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL E OS ENTRAVES À EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	48
1. Principais argumentos pró e contra a prisão após condenação em segunda instância.....	48
1.1. Argumentos jurídicos lançados a favor da prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação	49

1.2. Argumentos políticos lançados a favor da prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação	51
1.3. Argumentos jurídicos lançados em desfavor da prisão, após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação	52
1.4. Argumentos políticos lançados em desfavor da prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação	55
2. Tratamento constitucional e legal da presunção de inocência	57
3. Delimitação conceitual	58
3.1. Trânsito em Julgado	59
3.2. Sistema de recursos brasileiro	60
3.3. Prisão cautelar e presunção de inocência	63
4. A alegada dicotomia entre presunção de inocência e impunidade	65
5. A Presunção de inocência em outros países e nos tratados internacionais	68
6. As alegações circunscritas à legalidade	71
7. A impossibilidade de restrição dos direitos e garantias fundamentais	73
CAPITULO III - LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	75
1. Da interpretação normativa	75
2. A distinção entre princípios e regras	78
3. A aplicação da teoria de Alexy ao princípio da presunção de inocência no Brasil	81
4. Presunção de inocência no Brasil: um princípio-regra	87
5. A mutação constitucional	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
LISTA BIBLIOGRÁFICA	95

ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade
Al. - Alínea
Art. - Artigo
CC - Código Civil

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CF – Constituição Federal do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPC - Código de Processo Civil
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
CRP – Constituição da República Portuguesa
Cf. – Confrontar
Coord. - Coordenação
DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

ED. - Edição

HC – Habeas Corpus

MS – Mandado de Segurança

N.º - Número
Op. cit. – Obra citada

ONU – Organização das Nações Unidas

P. – página

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PL – Projeto de Lei

PGR - Procuradoria Geral da República

Proc. – Processo

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

V. Vide

Vol. - Volume

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência, também chamado de não culpabilidade, é uma das principais garantias individuais protetivas do homem em face do Estado. Por isso, consta como uma das principais garantias insculpidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao prever que “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”². É essa a redação insculpida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que traz em seu bojo uma das principais garantias individuais protetivas do homem em face do Estado: o princípio da presunção de inocência, também chamado de não culpabilidade.

Conquanto de suma importância, nem sempre gozaram os indivíduos da referida proteção. Na verdade, a existência do princípio como o conhecemos hoje é relativamente recente. Com efeito, embora haja referência na doutrina acerca de sua existência no longínquo direito romano, durante todo o período medieval, principalmente no curso da Inquisição, ele restou flagrantemente esquecido. Apenas em 1776, com a Declaração de Direitos da Virgínia, o princípio da presunção de inocência passou a ter assento normativo. A essa declaração, seguiu-se a previsão constante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pós-revolução francesa – que, em seu artigo 9.º, estabelece: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”³. Contudo, mesmo após a entrada em vigor dos importantes diplomas acima referidos, o mundo experimentou um novo ciclo de desrespeito à garantia da presunção de inocência com a Segunda Guerra Mundial e os regimes totalitários que a precederam, mormente os regimes nazista e fascista, vigentes na Alemanha e Itália, respetivamente.

Com o fim da Segunda Guerra e a constatação dos horrores causados pelo arbítrio desmedido do Estado, o princípio da presunção de inocência, ao lado das demais garantias fundamentais individuais, ganhou ainda mais relevância, passando a constar expressamente da

² O texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos está disponível em: <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> [23.01.2018].

³ Usamos aqui a versão traduzida da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, disponível em: https://www.senat.fr/Ing/pt/declaration_droits_homme.html [12.02.2020].

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, citada acima. Na era pós-guerra e até os dias de hoje, surgiram diplomas contendo previsões similares acerca da presunção de inocência, a exemplo do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), Estatuto de Roma (1998, Tribunal Penal Internacional), além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969).

Seguindo essa tendência mundial, em 1988, ao retornar ao sistema democrático, o Brasil, através de sua nova Constituição, passou prever a referida garantia com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁴. Com peculiar redação, a nova Constituição brasileira trouxe contornos alargados ao princípio da presunção de inocência ao incluir, em seu texto, expressamente, a necessidade de aguardar a utilização de todas as instâncias recursais previstas para, apenas então, considerar o cidadão culpado do delito em relação ao qual fora processado e condenado, afastando, assim, a presunção de inocência que o acompanhou durante todas as instâncias judiciais, anteriores ao trânsito em julgado.

Pontue-se que, no sistema jurídico brasileiro, por desenho da própria Constituição de 1988, o arguido dispõe de quatro graus de jurisdição: julgado por um juiz singular, é possível ao acusado recorrer ao Tribunal de Justiça local; na sequência, ao Superior Tribunal de Justiça e, ao cabo, ao Supremo Tribunal Federal. Interpostos todos os recursos cabíveis, apenas após ultimadas as quatro instâncias em questão passa a decisão última ao status de “coisa julgada”, oportunidade em que o ordenamento jurídico brasileiro considera a sentença penal condenatória “transitada em julgado”.

Frise-se que, nestas circunstâncias, de exercício do direito à interposição dos recursos cabíveis, não há, no sistema jurídico brasileiro, discussão sobre o conceito de “trânsito em julgado” que divirja da narrativa de esgotamento de todas as instâncias recursais previstas. A questão, nestes termos, ganha importância prática no seio social e jurídico brasileiro no que toca à necessidade ou não de se aguardar o afastamento da presunção de inocência e, por conseguinte, o esgotamento das quatro instâncias judiciais referidas (atingindo, assim, o trânsito em julgado), para apenas então proceder ao encarceramento do arguido condenado.

Sucedem que, conquanto presente, até os dias atuais, o mesmo texto original de 1988 – bem como aparente redação de simples interpretação jurídica –, o princípio da presunção de

⁴ O texto da Constituição Federal do Brasil está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [23.01.2018].

inocência, no que se refere ao seu efeito prático de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para efetivo encarceramento do arguido condenado, tem sido alvo de forte discussão jurisprudencial, com sucessivas e conflitantes mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal (Tribunal Constitucional Brasileiro), ora determinando o efetivo esgotamento das instâncias recursais para fazer cumprir o decreto prisional, ora admitindo que apenas com a simples condenação em segunda instância poderia ser o réu recolhido à prisão, entendimento último cunhado pela imprensa de “prisão em segunda instância”⁵.

E é neste cenário, de aparente conflito interpretativo, que se insere a ideia do presente trabalho, que busca analisar a questão de forma pormenorizada e por seus mais diversos prismas, realizando um estudo evolutivo da discussão sobre a interpretação do princípio da presunção de inocência no Brasil e as consequências do seu texto para a ideia da prisão após condenação em segunda instância. Nesse desiderato, o presente estudo será direcionado à análise esmiuçada dos fundamentos e razões trazidos nas conflitantes decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre o tema, em seus aspectos jurídicos e políticos, bem como ao aprofundamento do estudo das mais relevantes teorias de interpretação constitucional aplicáveis a questão.

Pretende-se, também, com o presente trabalho, descortinar as razões que levam à dificuldade prático-política de se cumprir a construção principiológica criada pela Constituição de 1988 quanto ao tema. Nesse desiderato, proceder-se-á ao estudo do sistema jurídico brasileiro de persecução penal e recursos correlatos, a fim de avaliar o impacto que tais elementos trazem à discussão sobre impunidade, debate que se encontra no centro das razões políticas e jurídicas invocadas para o encarceramento após a condenação em segunda instância. Antes, porém, o presente estudo ocupará um primeiro capítulo a descortinar questões conceituais, terminológicas, históricas e jurisprudenciais que envolvem a presunção de inocência.

⁵ Para uma leitura complementar, cf. a reportagem intitulada “Especialistas alertam para inconstitucionalidade da condenação em segunda instância”, edição de 18 de fevereiro de 2018, Agência da Câmara de Notícias, disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/638776-especialistas-alertam-para-inconstitucionalidade-da-condenacao-em-segunda-instancia/> [24.03.2020]. Cf., ainda, a reportagem intitulada “Prisão em segunda instância: definição pode acontecer no primeiro semestre”, edição de 23 de janeiro de 2020, Agência do Senado Federal, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/23/prisao-em-segunda-instancia-definicao-pode-acontecer-no-primeiro-semester> [24.03.2020].

CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS, CONCEITUAIS, HISTÓRICAS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1. Considerações terminológicas: estado e presunção, inocência e não culpabilidade

O conceito⁶ de que se reputa inocente uma pessoa, até que haja declaração de sua culpabilidade, recebeu, pela doutrina sobre o tema, várias denominações, a saber: «presunção de inocência», «estado de inocência», «estado jurídico de inocência» e «presunção de não culpabilidade»⁷. Conforme leciona Eugênio Pacelli:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter* persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada⁸.

Diante disso, importante expor, de início, as várias nuances das expressões terminológicas, para melhor compreensão do tema. No que tange à dicotomia entre presunção e estado, parte da doutrina defende que a expressão «presunção» não seria a mais consentânea com a ideia do instituto, porque, no direito, a presunção é raciocínio que decorre da apreciação de alguma prova ou indício de prova sobre outro fato, decidindo o juiz de acordo com esse encadeamento lógico. É o que a doutrina denomina raciocínio silogístico: “toma-se (presume-se) por ocorrido um fato a partir da prova de outro”⁹. Nesse sentido, entende-se que a utilização da

⁶ Não olvidamos das discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica da presunção de inocência. Contudo, optamos por não tratar do assunto na presente dissertação, por considerar que tais discussões estão circunscritas à seara processual, possuindo, assim, pouca relevância para o deslinde do estudo ora proposto. No entanto, para uma leitura sobre o tema, cf. Deilton Ribeiro BRASIL, “A Garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais”, in *Revista de Direito Brasileira*, vol. 15, n.º 6, 2016, disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3038/2785> [12.01.2020].

⁷ Sobre o princípio da não culpabilidade, cf. Wild Afonso OGAWA, “Princípio da não culpabilidade”, in *Direito contemporâneo: revista online do curso de Direito da Faculdade Sul-Americana*, Jardim da Luz, Goiânia, vol. 1, n.º 1, 2012, pp. 53-90.

⁸ Cf. Eugênio PACELLI, *Curso de processo penal*, 21.ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Atlas, 2017, p. 39.

⁹ Cf. Fredie DIDIER JUNIOR, *et. al.*, *Curso de direito processual civil*, vol. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória, 10.ª ed., Salvador, JusPODIVM, 2015, p. 68.

expressão «presunção» estaria equivocada, já que o estado de inocência seria postulado muito maior que uma mera regra processual probatória. Além disso, a utilização da palavra «estado» remete à ideia de que todos os indivíduos nascem e permanecem inocentes, até à formação da culpa, mediante decisão fundamentada, por isso considerada por muitos estudiosos uma expressão melhor que o termo presunção.

De igual forma, historicamente, desde o direito medieval¹⁰, a doutrina também se digladiava entre a utilização das expressões «inocência» versus «não culpabilidade», tendo sido o tema objeto de estudo aprofundado pelas Escolas Penais Italianas. Em linhas gerais, a diferenciação está na aplicação de uma qualidade positiva ou, ao menos, não negativa. Nesse sentido, a utilização da expressão “presume-se inocente” é a aplicação de uma qualidade ao indivíduo, porque lhe será imputada a marca de inocente durante toda a persecução penal, sendo-lhe removida apenas em caso de decisão fundamentada que lhe ateste a culpa. Em sentido contrário, o «não culpável» limita-se a impedir a aplicação precoce da culpa (antes da decisão fundada em provas), mas não chega a apontar e dar o tratamento de inocente ao réu. Em decorrência disto, a expressão «presunção de inocência» seria mais benéfica ao réu que a «não culpabilidade». Nos dias de hoje, contudo, tais diferenciações (entre estado e presunção; entre inocente e não culpável), perderam força. A doutrina mais moderna inclina-se à ideia de ausência de distinção, a exemplo do que leciona Badaró, ao consignar entendimento segundo o qual:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões «inocente» e «não culpável» constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito¹¹.

Também a jurisprudência dos tribunais, mais precisamente no Brasil, objeto de estudo desta dissertação de mestrado, não faz distinção técnica efetiva entre tais expressões, utilizando-as como sinônimas.

¹⁰ Cf. Luigi FERRAJOLI, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, Ana Paula Zomer Sica (trad.), 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 501.

¹¹ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy BADARÓ, *Processo penal*, Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 2012, p. 24.

2. Evolução histórica no Brasil e no Mundo

A seguir as ideias de Auguste Comte¹², aponta-se para a importância da história na correta compreensão de uma ciência, sobretudo em se tratando de ciência não exatas. É nessa perspectiva que se fia para a importância do presente tópico, por considerar que a compreensão de qualquer instituto jurídico não prescinde do conhecimento de sua formação e história. Por isso, em linhas gerais, passa-se a discorrer sobre o caminho histórico de formação da presunção de inocência no mundo e, em especial, no Brasil, foco de análise do presente trabalho.

É de conhecimento geral que a presunção de inocência não é criação jurídica recente, constituindo-se em garantia individual que remonta ao direito romano, advindo do postulado do “*in dubio pro reo*”¹³. Mais à frente, precisamente no século II d.C., o imperador romano Antônio Pio, que governou Roma de 138 a 161 d.C., introduziu uma série de mudanças no direito romano, oportunidade em que foi, pela primeira vez, registrado de modo expresso o postulado da presunção de inocência, ainda que não com essa nomenclatura. A regra introduzida expressamente era a de que os indivíduos não poderiam ser tratados como culpados antes do seu julgamento. Após a queda do império romano, no curso do século VI d.C., Justiniano I, imperador Bizantino, unificou a legislação da época sobre a obra denominada «*Corpus Juris Civilis*», composta de quatro partes. Uma dessas partes, o livro *Digesto*, continha o seguinte brocardo latino: «*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*», que, em tradução livre, significava a máxima de que caberia à acusação, e não ao acusado, provar a culpa, sendo esta uma das garantias que decorrem da presunção de inocência. Desse modo, ainda que não prevista de forma expressa e nos moldes como conhecemos hoje, a chama da presunção de inocência foi lançada na época do Império Romano, razão pela qual remontam a essa origem as bases das ideias que compõem o referido postulado nos dias de hoje.

No curso da história, com a queda do Império Romano, é sabido que se sucedeu o que se convencionou chamar de Idade Média, época marcada por forte clamor religioso e

¹² Cf. Auguste COMTE, *Curso de filosofia positiva: seleção de textos de José Arthur Giannotti*, in José Arthur Giannotti e Miguel Lemos (trad.), São Paulo, Abril Cultural, 1978, pp. 20-ss.

¹³ Nesse sentido, Ferrajoli afirma que escritos atribuídos ao imperador Trajano, que governou Roma do ano 98 ao 117 d.C., indicam referida vinculação e previsão, oportunidade em que cita a seguinte passagem: “*satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem dammare*”. Cf. Luigi FERRAJOLI, *Direito e razão: teoria do garantismo penal...*, op. cit., p. 500.

procedimentos inquisitivos, em que as máximas advindas do período romano, citadas acima, foram soterradas por um sistema feudal de servidão, sem garantias individuais mínimas, sendo o réu visto como um mero objeto do processo penal e não como um sujeito de direitos. Por isso, inclusive, aponta Beccaria que, em tal época, a prática limitava “os homens a não serem mais que vil rebanho sem vontade e sem direitos”¹⁴. Nesse sentido, na seara penal, o direito medieval equiparava a «insuficiência de prova» à «semiprova», o que autorizava o que eles chamavam de semiculpa ou semicondenação, aplicando-se pena mais leve ao réu que a que seria imposta em caso de prova robusta¹⁵.

Paradoxalmente, a origem moderna do postulado da presunção de inocência é apontada como ocorrida ainda no curso da Idade Média¹⁶. Não existe consenso sobre o documento ou evento exato que deu origem ao conceito atual de presunção de inocência. Isso porque a doutrina aponta para dois eventos como originários modernos da referida máxima, ambos, contudo, ainda situados no período medieval. O primeiro deles é apontado, por Tourinho Filho¹⁷, como sendo a Magna Carta do Rei João¹⁸ «sem-terra», datada de 15 de junho de 1215, em que se estabelece, expressamente, a garantia de que: “*nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país*”¹⁹. O segundo evento, apontado por alguns como precursor do moderno conceito de presunção de inocência, refere-se ao documento, escrito pelo cardeal e jurista francês Jean Le Moine, em que, tecendo comentários e esclarecimentos acerca de decreto emitido pelo Papa à época, Bonifácio VIII, consignou-se a seguinte expressão: “*item quilibet presumitur innocens nisi probetur nocens*”²⁰, que, em tradução livre, significa: “a pessoa é presumida inocente até prova em contrário”.

¹⁴ Cf. Cesare BECCARIA, “Dos delitos e das penas” in Ridendo Castigat MORAES (ed.), s/d, p. 22, disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf> [02.04.2018].

¹⁵ Cf. Luigi FERRAJOLI, *Direito e razão: teoria do garantismo penal...*, op. cit., p. 441.

¹⁶ Cf. Nereu José GIACOMOLLI, *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, São Paulo, Atlas, 2014, pp. 89-92.

¹⁷ Cf. Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Processo penal*, vol. 1, 32.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 52.

¹⁸ Para uma leitura complementar, cf. Fábio Konder COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

¹⁹ Usamos aqui a versão traduzida da Magna Carta de 1215, 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/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html> [12.02.2020].

²⁰ Cf. Kenneth PENNINGTON, “Innocent until proven guilty: the origins of a legal maxim” in *The Jurist*, vol. 63, 2003, p. 115, disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=scholar> [03.04.2018].

Ultrapassada a era medieval, a presunção de inocência desponta como garantia individual em vários diplomas legais ao redor do mundo, num movimento que se iniciou no século XVIII, com as ideias surgidas nas obras de importantes luminares, a exemplo de Cesare Bonesana (conhecido como Marquês de Beccaria), Rousseau, Voltaire, Montesquieu dentre outros. Referido movimento, de iluminação racionalista e humanista, é apontado como a base teórica para as revoluções que se sucederam, a exemplo das revoluções francesa e americana, que deram origem a sucessivos diplomas legais garantidores de liberdades individuais, nos quais se vislumbrava a previsão expressa da presunção de inocência como limitação do poder do estado frente ao indivíduo. A primeira norma escrita a positivar o princípio em testilha foi a Declaração de Direitos da Virgínia (8.^a Seção, 1776). Um pouco depois, e não menos importante, também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), documento elaborado pós-revolução francesa, contou com a previsão em seu artigo 9.^o de que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”²¹.

No final do Século XIX, a Escola Positiva Italiana, teorizando sobre a questão, alçou a presunção de inocência a patamar de postulado fundamental do direito penal. O referido movimento recebeu forte resistência de parcela mais conservadora da doutrina, que defendiam que a presunção de inocência impedia o combate ao crime, auxiliando criminosos em detrimento dos homens de bem. Esta linha de pensamento, contrária às garantias do réu, inclusive, serviu de embasamento para a pregação e atuação dos regimes fascista, na Itália, e nazista, na Alemanha, sendo estes responsáveis pela Segunda Grande Guerra Mundial.

Superadas as duas guerras que abalaram profundamente as estruturas sociais do mundo ocidental, foram novamente impulsionadas as visões humanistas, fincadas na dignidade da pessoa humana. Resultado disso são os diversos diplomas internacionais que buscaram formular garantias individuais e humanas, de modo a evitar barbáries como as cometidas nas duas grandes guerras que os antecederam. Passaram, então, a prever, textualmente, o princípio humano da presunção de inocência os seguintes diplomas internacionais e inter-regionais: Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

²¹ Aqui utilizamos a versão traduzida da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 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> [03.02.2020].

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Convenção Americana dos Direitos Humanos, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, dentre outros. Seguindo a tendência mundial, também o Brasil previu, expressamente, o postulado da presunção de inocência, à guisa de princípio constitucional, através da Constituição Federal de 1988, sob a seguinte inscrição: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inciso LVII, artigo 5.º)²². A referida previsão se mostrou inovadora, porque nenhum outro diploma constitucional brasileiro (e foram seis antes da CF/88) contou com a inscrição expressa de tal garantia. Antes da CF/88, é bom que se explique, conquanto não tivesse assento constitucional exposto, parte relevante da doutrina considerava que tal garantia vigia no ordenamento jurídico, sobretudo a partir de 1948²³, quando o Brasil ratificou a DUDH.

3. Conteúdo singular da previsão constitucional brasileira

Nos termos do que referido no tópico anterior, o princípio da presunção de inocência, insculpido na Carta Constitucional brasileira de 1988, conta com redação pouco usual, se comparada aos textos inscritos nos diplomas internacionais anteditos²⁴. Com efeito, a fórmula “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” prevista no inciso LVII, artigo 5.º da CF/88²⁵, além de lançar mão de expressão assemelhada à de «não culpado», em vez de «presume-se inocente», incluiu, ainda, um marco objetivo específico para duração de seus efeitos: ocorrência do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Extrai-se das transcrições das atas dos trabalhos da Assembleia Constituinte de 1987/1988 que houve intensa discussão acerca da nomenclatura a ser usada na adoção constitucional do postulado da presunção de inocência: a maioria considerou que o texto deveria usar a locução “ninguém será considerado culpado”, como melhor expressão do postulado da

²²Cf. artigo 5.º, Constituição Federal do Brasil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [23.01.2018].

²³ Cf. Nancy Bersani ERRERIAS, *O princípio da presunção de inocência: garantias constitucionais e o conflito de liberdade*, (Dissertação de Mestrado), Belém, Universidade Paraense (UNIPAR), 2007, pp. 131-142. Para uma leitura complementar, cf., Mônica Ovinski de CAMARGO, *O Estado e o indivíduo: o conflito entre punir e libertar – História da presunção de inocência no Brasil (1948-2000)*, (Dissertação de Mestrado), Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2001, pp. 30-ss.

²⁴ Cf. Para uma leitura complementar, cf. Gabrielle Ferreira de OLIVEIRA e Thiago Aramizo RIBEIRO, “A inconstitucionalidade da execução provisória da pena com o advento da constituição da República Federativa Do Brasil De 1988”, in *Revista Jurídica Direito e Realidade*, vol. 07, n.º 8, 2019, disponível em: <http://fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/1651/1092> [21.01.2020].

²⁵Cf. artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal do Brasil, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [23.01.2018].

presunção de inocência²⁶. Nesse sentido, explica Maurício Zanoide de Moraes, em tese de livre docência, cujo tema tratava da “Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial”, que:

A reconstrução empreendida dos debates constituintes tem como finalidade demonstrar que, desde o seu primeiro instante, na fase pré-Constituinte, as citações e referências tanto à ‘presunção de inocência’ quanto à ‘presunção de não culpabilidade’ foram feitas pelos constituintes em sinonímia. Conforme indicam os registros daquela Assembleia [o nosso texto comprova essa afirmação], a atual redação se originou da sugestão de José Ignácio Ferreira, na qual consta uma verdadeira identidade entre ambas as expressões. [...] Essa impossível coexistência de conteúdos (constitucional brasileiro e ideológico fascista), aliada à análise genético-sistêmica agora empreendida, permitem concluir que, se na escolha formal o constituinte vacilou até tender à aceitação da técnica redacional da ‘não consideração prévia de culpabilidade’, em essência jamais se afastou da força juspolítica e ideológica da presunção de inocência, nos moldes aceitos e informados pela comunidade internacional no pós-guerra²⁷.

Salta aos olhos, no entanto, que o marco temporal inovador do “trânsito em julgado da sentença condenatória”, ao longo das muitas rodadas de discussões, sofreu pouca resistência, tendo constado de todas as fases da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, da fase “A” à fase “Y”, última fase da constituinte, que resultou no texto final da Constituição Federal de 1988. Na verdade, chegou a haver um destaque no sentido de alterar tal parte da redação, mas este foi proposto para alargar ainda mais a garantia. Explicamos: o constituinte Délio Braz propôs que se alterasse a redação de “considera-se inocente todo cidadão até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (à época a redação ainda contava com a expressão “considera-se inocente”) para “considera-se inocente todo cidadão até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Na opinião do constituinte, a utilização da partícula “penal” limitaria a garantia ao âmbito criminal, expõe, por isso, que seu objetivo ao propor a emenda em questão era o de “tornar mais genérico o princípio consagrado no citado parágrafo, permitindo sua aplicação em todos os

²⁶ Todas as Atas de Comissões da Assembleia Nacional Constituinte estão disponíveis no site do Senado Federal brasileiro e podem ser consultadas em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direitos_Politicos.pdf [03.04.2018]

²⁷ Cf. Maurício Zanoide de MORAES, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*, Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. pp. 220-221.

ramos do Direito, sem limitá-lo tão somente ao Direito Penal”²⁸. A referida emenda, contudo, não chegou a ser aprovada.

O certo é que a redação como posta demonstra a escolha clara do constituinte originário pela ampliação da garantia de presunção de inocência com a inclusão do marco temporal em questão (trânsito em julgado). Além disso, embora não existam manifestações e justificativas nas atas da constituinte quanto à decisão por escolher a adoção desse específico marco temporal, supõe-se que advenha da, à época, recente experiência ditatorial pela qual passou o país, porque mergulhado, como estava, em mais de vinte anos de ditadura militar. Essa ideia pode ser extraída, todavia, de trecho dos debates travados na referida comissão constituinte, ainda que relacionados a outros temas, em que se dão pistas de como a presunção de inocência foi tratada nos governos militares que se sucederam desde 1964²⁹. Com efeito, em dada passagem, o constituinte Márcio Thomaz Bastos expõe que:

As únicas coisas de ruim que a Lei Fleury tem são o nome e a origem. Ela surgiu casuisticamente, para permitir que um delegado extremamente ligado à tortura, e que, em função disto, respondia a vários processos de júri, em São Paulo, permanecesse em liberdade depois de pronunciado. Fora a origem e o nome, ela, na verdade, representa um avanço em termos de processo penal. A Lei Fleury introduziu, na legislação processual penal brasileira, o princípio universal de que todo o mundo é inocente até que tenha a sua culpa provada. O que vigorava no Brasil, em certas áreas penais e processuais penais, antes da Lei Fleury, era o princípio inverso: Todo mundo é culpado até que prove a sua inocência. Com a Lei Fleury, que diminuiu os casos de prisão provisória e a deixou apenas para as especificidades da prisão preventiva, o Brasil entrou no século XX em matéria de processo penal e de dogmática de processo penal³⁰.

Para além disso, é de notar que vigia à época da constituinte e vige, até os dias de hoje, na tradição italiana e de outras constituições europeias, a presunção de inocência nesses termos, com o marco temporal do trânsito em julgado. Nesse sentido, ainda, Silva Júnior, ao afirmar que “na França, Espanha e Portugal³¹, está assegurado o direito à presunção de inocência,

²⁸ Cf. Assembleia Nacional Constituinte, Ata da 1ª Reunião de Instalação, 7 de abril de 1987, p. 236, disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direitos_Politicos,.pdf [03.04.2018].

²⁹ Sobre a evolução político-constitucional do Brasil, cf. José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, 37.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

³⁰ Cf. Assembleia Nacional Constituinte, Ata da 1ª Reunião de Instalação, 7 de abril de 1987, *op. cit.*, p. 80.

³¹ Para uma leitura complementar sobre a presunção de inocência no processo penal português, cf. Rui PATRÍCIO, *A presunção da inocência no julgamento em processo penal - Alguns problemas*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 30-ss.

ao passo que, nos Estados Unidos, na Itália e no Brasil, o princípio foi catalogado como presunção de não culpabilidade. Aliás, a dicção normativa eleita pelo constituinte brasileiro é praticamente a mesma utilizada na Constituição italiana, circunstância que evidencia não só sua fonte inspiradora, como também que o constituinte brasileiro, embora fortemente influenciado pelas disposições da Constituição portuguesa, em relação ao preceito em causa, afastou-se expressamente da orientação lusitana”.³²

4. Oscilação jurisprudencial do alcance do princípio da presunção de inocência no Brasil

4.1. Antes de 1988: posicionamento tradicional do Supremo Tribunal Federal

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal sempre considerou como possível o cumprimento da pena após a condenação, sem necessidade de se observar o trânsito em julgado³³. Isso porque, antes de 1988, as Constituições que se sucederam no Brasil não previam o princípio da presunção de inocência. Havia, inclusive, discussão doutrinária sobre a existência ou não de tal princípio no ordenamento brasileiro, debate que continuou mesmo após 1948, ano em que o Brasil ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que expressamente dispôs a presunção de inocência como direito assegurado a toda pessoa acusada por ato delituoso.

Nesse norte, a jurisprudência consolidada no país considerava possível a execução imediata da pena após a condenação. À guisa de exemplo, em 1987 (um ano antes da promulgação da CF/88), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 64749/SP, em que atuou como relator o Ministro Francisco Rezek, reiterou entendimento de que “a expedição de mandado de captura é efeito regular da sentença condenatória – expressão que alcança também o decisório colegiado. O recurso extraordinário pendente, desprovido de efeito suspensivo, não torna ilegítima a providência”³⁴. Na oportunidade, ao apresentar seu voto, o referido relator expôs, ainda, que:

³² Cf. Walter Nunes da SILVA JÚNIOR, *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*, 2.ª ed., Natal, OWL, 2015, p. 374.

³³ Cf. Renato BELINI, “Execução provisória da pena no Brasil as irracionalidades da atual jurisprudência do STF”, in *Revista brasileira de ciências criminais- Execução penal: mitos, desafios e horizontes*, n.º 145, 2018, pp. 281-318, disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6580910> [12.01.2020].

³⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 20 de março de 1987, proferido no Habeas Corpus N.º 64749/RJ, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+64749%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/sewyoyq> [23.01.2018].

O recolhimento do réu é efeito regular da sentença condenatória – e está claro que o termo “sentença”, empregado pelo Código de Processo Penal, alcança também o decisório colegiado. Se isso é certo, e considerando que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, não é ilegítimo o mandado de captura. Lembro, ademais, que a execução, antes de transitada em julgado a sentença, é provisória (neste caso, de resto, o réu não foi ainda preso), não cabendo dizer que a ausência da guia de recolhimento produz agora algum efeito essencial sobre a validade do mandado. [...] Não importa nulidade, tampouco, a circunstância de o juiz de primeira instância haver expedido o mandado – consequência necessária do acórdão que condenou o réu³⁵.

À época do citado precedente, em 1987, era coerente a adoção do entendimento em testilha, porque ausente regra específica no ordenamento que impusesse marco temporal à presunção de inocência, que, repise-se, sequer era prevista no simulacro de Carta Constitucional que vigia à época, produzida, de forma substancial, no período não democrático, iniciado em 1964. Todavia, mesmo com a redemocratização do país e promulgação de uma nova Constituição – que contou com a previsão do princípio da presunção de inocência, mediante nota marcante contida na exigência da observância do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para seu arrefecimento –, o Supremo Tribunal Federal continuou a reproduzir o mesmo entendimento sobre a questão. Nesse sentido, cita-se o HC 71443/RJ, julgado em 1994, também relatado pelo Ministro Francisco Rezek, em que se constata a mesma posição de que “contra decisão condenatória mantida em segundo grau cabe recurso extraordinário, que não tem efeito suspensivo” – e, portanto, existe a “possibilidade de dar cumprimento a mandado de prisão”³⁶. Na mesma toada, manteve-se também o Superior Tribunal de Justiça. O referido tribunal chegou a editar um enunciado sumulado (n.º 9, em 12.9.1990), cujo teor era o de que “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”³⁷.

4.2. Análise do *Habeas Corpus* n.º 84078-7/MG, julgado em 2009

No ano de 2009, contudo, o referido panorama sofreu alteração. Através do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 84.078-7, oriundo do estado de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal,

³⁵ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *cit.*, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+64749%29&base=baseAcordaos&url=ht tp://tinyurl.com/sewoyq> [23.01.2018].

³⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 04 de outubro de 1994, proferido no Habeas Corpus N.º 71443/RJ, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1588085> [23.01.2018].

³⁷ Cf. Súmula N.º 09, do Superior Tribunal de Justiça, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula9.pdf [23.01.2018].

em sua composição plenária, decidiu pela mudança de entendimento quanto à questão, adotando, por um placar de 7 a 4, posição segundo a qual seria inconstitucional a ali denominada “execução antecipada da pena”³⁸. O referido julgamento produziu a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5.º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1.º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[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". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5.º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2.º da Lei n.

³⁸ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de fevereiro de 2009, proferido no Habeas Corpus N.º 84078-7/MG, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796> [24.01.2018].

2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5.º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1.º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.

A decisão, tomada por maioria, foi precedida de intenso debate entre os ministros que, àquela altura, compunham o Supremo Tribunal Federal (STF). O primeiro a votar, como de praxe, foi o relator do caso, o Ministro Eros Grau, cujo voto sagrou-se vencedor. Na oportunidade, o ministro veiculou longa explanação acerca da impossibilidade constitucional do recolhimento à prisão daqueles condenados, cuja sentença condenatória ainda não transitou em julgado. Em seu arrazoado, após apresentar minucioso relatório do caso, em que deixava assente que a discussão travada era sobre a execução da pena de privação de liberdade antes de ocorrido o trânsito em julgado da condenação criminal, e não sobre prisão cautelar – expôs que, no momento do julgamento, o paciente do referido HC contava com condenação em primeira instância (juiz de primeiro grau) e em segunda instância (Tribunal de Justiça de Minas Gerais), pendente o julgamento de recursos da defesa junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ – recurso especial) e ao Supremo Tribunal Federal (STF – recurso extraordinário).

No mérito, o relator iniciou suas considerações apresentando um quadro do sistema normativo brasileiro quanto à matéria, sendo ele composto pelas seguintes normas: 1) Constituição Federal de 1988 (CF/88), artigo 5.º, inciso LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; 2) Código de Processo Penal (CPP –

Decreto-lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941), artigo 637, “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”; e 3) Lei n.º 7.210/1984 (Lei de execução penal), que, segundo relatou o ministro, “condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 1052), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 1473)”. Após a referida exposição normativa, o relator conclui que “os preceitos veiculados pela Lei n.º 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP”. Nesse sentido, mantida apenas a análise no campo legal, nos termos do voto do relator, estaria o artigo 637 do CPP tacitamente revogado pelos citados artigos da Lei de execução penal.

Em continuidade, o ministro expôs a inconsistência dos posicionamentos tomados pela Suprema Corte até então, ao considerar, em iterativa jurisprudência, como constitucional o cumprimento de pena restritiva de liberdade antes do trânsito em julgado, mas entender, também em iterativa jurisprudência, pela impossibilidade de execução de pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, realizando, nesta última, uma interpretação da Lei de execução penal à luz do artigo 5.º, inciso LVII da CF/88, anteriormente citado. A título de exemplo, citou os HHCC 84.587 (1.ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19/11/2004), 84.677 (1.ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 8/4/2005) e 88.741 (2.ª Turma, Eros Grau, DJ de 4/8/2006), em que se consignou a impossibilidade de cumprimento antecipado da pena restritiva de direitos. Pontua, então, o ministro, que se estaria aplicando tratamento desigual a situações iguais, em ofensa ao princípio da isonomia. Em seguida, defendeu que “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”, argumentando que o postulado da ampla defesa não pode ser aplicado de modo restrito, devendo, como diz o próprio nome (ampla), abranger todas as fases processuais até o trânsito em julgado.

Apresentou, então, digressão histórica, apontando a existência de dicotomia entre as décadas de 1980 e 1990, em termos de produção legislativa. Nesse sentido, afirmou que a década de 1980 foi marcada pelo garantismo penal, com a ampla reforma realizada no Código de Processo Penal em 1984 e a promulgação da atual Constituição Federal, em 1988. Opôs a isto, a edição da Lei n.º 8.038/90, ao estabelecer que os recursos especial e extraordinário serão recebidos apenas em seu efeito devolutivo; também a edição da Lei n.º 7.960/89, que criou o instituto da prisão temporária; e a Lei de crimes hediondos (lei n.º 8.072/90), que endureceu sobremaneira vários dispositivos de execução penal. Compreendeu como casuísmos a elaboração

das leis em comento, entendendo-as como resposta do legislador a sequestros mediáticos acontecidos naqueles anos, a exemplo do sequestro do empresário Abílio Diniz. Neste ponto do seu voto, expôs a seguinte visão:

A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas – a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao *"olho por olho, dente por dente"*. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos³⁹.

Prosseguiu afirmando que também a doutrina apresenta forte oposição à execução antecipada da pena, oportunidade em que passa a citar doutrinadores de escola, a exemplo de Sidnei Agostinho Beneti e Fernando da Costa Tourinho Filho. Afirma que, ao aplicar a antecipação da pena em razão do argumento da impunidade decorrente de recursos excessivos, estaria o STF incitando a “jurisprudência defensiva”. Ato contínuo, lança forte argumentação, ao consignar que:

(...) a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso – eis o fecho de ouro do argumento – porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora – digo eu agora – a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e saímos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes (...)⁴⁰.

³⁹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de fevereiro de 2009, proferido no Habeas Corpus N.º 84078-7/MG, *cit.*, pp. 1063-1064.

⁴⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de fevereiro de 2009, proferido no Habeas Corpus N.º 84078-7/MG, *cit.*, pp. 10641-1065. A referência a “RE” e “RESP” corresponde à sigla comumente utilizada como sinônimo

Em continuação, teceu considerações sobre manutenção da qualidade de sujeitos de direito dos criminosos, em Estados democráticos, tornando pública a conhecida premissa de que a constitucional dignidade da pessoa humana impede que se transformem os cidadãos em objetos processuais. Fez referência, em seguida, à decisão da Corte, emitida nos autos do RE 482.006, em que se decidiu pela impossibilidade de redução dos vencimentos dos servidores públicos que haviam sido afastados de suas funções, em decorrência de processo penal para apuração de imputado crime funcional, afirmando-se, por unanimidade, a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito decorrente da condenação e relacionado à propriedade. Contrapõe, então, a contradição das duas posições tomadas pela mesma Corte que, com base no mesmo dispositivo constitucional, proíbe a execução dos efeitos patrimoniais de uma condenação criminal antes de transitada em julgado, mas permite a frustração da liberdade pessoal, em idêntica situação. Em arremate, o relator finaliza seu voto expondo que “não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade...”⁴¹.

Juntaram-se ao entendimento pela impossibilidade constitucional da antecipação dos efeitos da condenação criminal (prisão), antes do trânsito em julgado da condenação, posição exposta pelo relator, os eminentes Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio de Melo e Gilmar Mendes. O último a se pronunciar, o Ministro Gilmar Mendes, então presidente da Corte, em longo voto, por meio do qual, seguindo a mesma trilha de entendimento do relator do caso, o Ministro Eros Grau, acrescentou elementos argumentativos novos, que vão, desde a exposição de teorias que embasam a interpretação constitucional conferida ao tema, até a apresentação de dados de estatística criminal, pelo que passa-se a expô-los, de forma sucinta. Tomando a palavra, o eminente presidente, Ministro Gilmar Mendes, apresentou dados que afirmou ter conhecimento em razão da sua atuação junto ao Conselho Nacional de Justiça (decorrente da atribuição da presidência do referido conselho caber ao membro do STF que ocupa mesmo assento de comando no Tribunal). Nesse sentido, expõe dados alarmantes quanto à situação carcerária brasileira ao consignar que:

de recurso extraordinário e recurso especial, respetivamente, cuja aplicação e previsão normativa serão mais a frente explicitadas.

⁴¹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de fevereiro de 2009, proferido no Habeas Corpus N.º 84078-7/MG, *cit.*, p. 1066.

Apesar dessa inefetividade, o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São quatrocentos e quarenta mil presos (dados de 2008), dos quais cento e oitenta e nove mil presos provisórios. Muitos deles há mais de dois, há mais de três anos, conforme se tem encontrado nesses mutirões do Conselho Nacional de Justiça. Portanto, se nós formos olhar por Estados, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar alguns Estados com oitenta por cento dos presos nesse estágio provisório. Nos mutirões realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, encontraram-se presos, por exemplo, no Estado do Piauí, que estavam – em números muito expressivos – há mais de três anos presos, provisoriamente, sem denúncia apresentada. (...) No Estado do Piauí, há até uma singularidade. O Secretário de Segurança ou a Secretaria de Segurança do Estado do Piauí concebeu um "inquérito de capa preta", significando que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira, muitas vezes com a conivência da Justiça e do Ministério Público⁴².

Em seguida, apresentou dados estatísticos relacionados ao número de *Habeas Corpus*, em apenas um ano, conhecidos e concedidos pelo Tribunal, num total de 365, apontando tal número como correspondente a mais de um terço do número total de HC 's apresentados perante a Corte. Frisou que o remédio constitucional a que se refere (HC) chega ao STF após ter passado por todas as instâncias brasileira. Destacou, assim, que “depois de termos passado, portanto, por todas as instâncias, saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, pelo STJ, nós temos esse índice de concessão de habeas corpus”. Explicou, na sequência, que, “em geral, as discussões, hoje, especialmente as discussões jurídicas, travam-se não em sede de recurso extraordinário, mas em sede de habeas corpus, dada a possibilidade de que se maneje esse instrumento”. E finalizou a exposição de dados estatísticos apontando para a entrada de 1.749 RE 's e agravos de instrumento em matéria criminal, sendo 300 interpostos pelo próprio Ministério Público, entendendo, assim, que não há um número tão expressivo de recursos criminais. Sugeriu, por conseguinte, que parte das referidas interposições recursais tem origem no abuso do uso da prisão preventiva e pontuou lembrança “quanto, por exemplo, aos crimes de bagatela – em geral se encontram pessoas presas no Brasil porque furtaram uma escova de dente, um chinelo, coisas assim”⁴³.

Na sequência, o eminente presidente apresentou voto escrito, oportunidade em que expôs seu entendimento teórico e doutrinário quanto à questão. De início, fez digressão acerca da

⁴² Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de fevereiro de 2009, proferido no Habeas Corpus N.º 84078-7/MG, *cit.*, p. 1182.

⁴³ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de fevereiro de 2009, proferido no Habeas Corpus N.º 84078-7/MG, *cit.*, p. 1184.

posição jurisprudencial do Supremo Tribunal até aquela data (ano de 2009), citando, inclusive, o entendimento de se ter por legítima a exigência de recolhimento à prisão para interposição de recurso, reconhecendo a receção, pela Constituição Federal de 1988, do artigo 594 do Código de Processo Penal. A referida norma impunha ao réu sem bons antecedentes a obrigação de se recolher à prisão para que fosse aceito e analisado eventual recurso contra sentença condenatória que lhe foi imposta.

Em seguida, teceu longas considerações acerca do princípio da presunção de não-culpabilidade, expondo o entendimento de que dele seria “um limite teleológico da prisão provisória” e, por isso, impossível ser compatibilizado com a antecipação da pena. Citou doutrina espanhola e alemã, bem como precedentes jurisprudenciais dos dois países. Pontuou, ainda, “que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada”. Em continuidade, expôs o postulado da proporcionalidade, enquanto doutrina constitucional, consignando que a antecipação dos efeitos da condenação penal, antes do trânsito em julgado, ofende o postulado da proporcionalidade, na aceção da necessidade.

Por fim, teceu considerações acerca da evolução jurisprudencial nos tribunais, com enfoque no instituto da mutação constitucional, e deixou assente que, ante o exposto, segue “firme no entendimento de que a ordem de prisão antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, segundo trata o art. 312 do Código de Processo Penal, ofende diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade de que trata o art. 5.º, LVII, da Constituição Federal”⁴⁴.

Em sentido oposto ao exposto pelo relator, votaram os eminentes Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. De tais votos, dois se destacam como representativos das ideias de oposição, são os votos proferidos pelos Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa, razão pela qual passa-se a expô-los em seus principais pontos. O Ministro Menezes Direito, em seu voto-vista, apresentou argumentos que podem ser assim resumidos: 1) considerou que “a norma *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”* não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade

⁴⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de fevereiro de 2009, proferido no Habeas Corpus N.º 84078-7/MG, *cit.*, p. 1211.

antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial. Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados”; 2) “a se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos”; 3) “admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (e é inevitável fazê-lo após o que dispôs o constituinte dos oitenta) e não admitir a prisão para execução da pena é reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão”; 4) “os princípios, segundo está no magistério de Dworkin, não seguem a idéia do “tudo ou nada”; ora se aplicam, ora não (Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978. pág. 24). Mas isso não quer dizer que possam ser aplicados de forma discriminatória a situações que envolvam o mesmo conflito. Não é possível dizer que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado ora viola ora não viola o princípio da inocência” (...) “se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado da sentença, a execução da pena privativa de liberdade também o é”; 5) “não se trata de um viés autoritário. A prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como, por exemplo, os Estados Unidos da América (Subseção “b” do § 3.582, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do US Code), o Canadá (arts. 679 e 816 do Criminal Code) e a França (art. 367 do Code de Procédure Pénale)”; 6) “essa orientação sedimentada na jurisprudência da Suprema Corte representa um mecanismo inibitório de manobras de toda sorte que se destinam a procrastinar os julgamentos e impedir a execução da condenação dos réus, entre elas, a procura desenfreada da prescrição das penas”; 7) citou estudo do Procurador da República, Douglas Fischer, denominado “Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em face da Interpretação Sistemática da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente”, concluindo, com base no referido estudo que “há aqui um correto balanceamento capaz de proteger os direitos dos réus e os direitos da sociedade, que também tem direito a uma eficiente proteção do estado. Deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que

nossa generosa legislação processual permite”⁴⁵.

O Ministro Joaquim Barbosa, por seu turno, reiterou os argumentos de impunidade, ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinário (STF) e especial (STJ). Pontuou que inexistente garantia ao segundo grau de jurisdição, muito menos ao terceiro grau, como entende ocorrer nos recursos encaminhados aos tribunais superiores. Em seguida, chamou atenção às alterações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 45, que condicionou a admissibilidade do recurso extraordinário à demonstração de repercussão geral da matéria, entendendo, assim, que tal alteração “veio a reforçar o entendimento de que é compatível com o nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária”. Concluiu, por isso, que “com base nesta Reforma, é possível sustentar a existência de uma *voluntas legis* no sentido da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, contra a qual estejam pendentes de julgamento, apenas, os recursos excepcionais”.

Apontou ainda para dados estatísticos processuais de seu gabinete ao afirmar que “um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime, em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos”. Fez uma interpretação a compatibilizar o artigo 105 da Lei de execução penal com o princípio da presunção inocência, por compreender que o citado artigo se refere à guia de execução definitiva, mas que a segregação antes do trânsito em julgado seria uma execução provisória da pena, não estando inclusa, portanto, nas previsões do referido dispositivo. Pôs em relevo que tais recursos não podem revolver matérias fáticas e provas, aduzindo, mais a frente que, “o máximo que poderá haver é algum vício formal ou exclusivamente jurídico, que somente *raríssimas vezes* tem o efeito de anular uma sentença condenatória”. Por fim, consignou que se posiciona desta forma “com a maior tranquilidade por que tenho consciência de que em todas as nações civilizadas é assim que se procede” e destacou que a prevenção geral e especial da pena ficariam “completamente perdidos se se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório”⁴⁶.

O julgamento, nestes moldes, encerrou-se com a prevalência do entendimento de que não seria constitucional a execução da pena de prisão imposta por sentença condenatória,

⁴⁵ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de fevereiro de 2009, proferido no *Habeas Corpus* N.º 84078-7/MG, *cit.*, p. 1106.

⁴⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de fevereiro de 2009, proferido no *Habeas Corpus* N.º 84078-7/MG, *cit.*, pp. 1147-1149.

após decisão de segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação. O referido entendimento se manteve assim até o ano de 2016, quando nova mudança ocorreu⁴⁷.

4.3. Análise do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, julgado em 2016

Com efeito, em fevereiro de 2016, sete anos após o julgamento do HC 84078, referido acima, o Supremo Tribunal Federal, também em sua composição plenária, alterou, novamente, o entendimento sobre a questão⁴⁸. Nos autos do HC 126.292⁴⁹ São Paulo, o Tribunal refluíu em seu posicionamento anterior e passou novamente a considerar constitucional a prisão após condenação criminal em segunda instância⁵⁰. O referido *habeas corpus* foi impetrado em face de decisão do presidente de Superior Tribunal de Justiça, que havia negado pedido liminar, promovido pelo réu, nos autos do HC 313.021/SP.

No caso dos autos em análise, o paciente fora condenado a penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, em razão da prática do crime de roubo majorado prevista no artigo 157, 2.º, I e II do CP⁵¹, cuja sentença condenatória, prolatada por juiz de primeiro grau, foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. A fundamentação para determinação de recolhimento do réu à prisão não contava com nenhuma das razões legais relacionados às

⁴⁷ Cf. Rafael Schwez KURKOWSKI e Antonio Henrique Graciano SUXBERGER, “Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública”, in *E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte*, vol. IX, n.º 2, 2016, pp. 3-9, disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index> [22.01.2020].

⁴⁸ Cf. Camila Pereira BARRETO e Gabriel Athayde de Vasconcelos TENÓRIO, “A eficácia do garantismo penal e a execução provisória da pena: a decisão do Supremo Tribunal Federal No HC 126.292/SP”, in *Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior de Magistratura do Estado de Alagoas – ENPEJUD, 1ª ed., Alagoas, 2016, pp. 208-217*, disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/69> [20.01.2020]. Para uma leitura complementar, cf. Karoline Fernandes Pinto LOPES, “Execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: análise do retrocesso (in)constitucional do SRF”, in *Periódico Dizer*, vol. 02, 2017, disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/dizer/article/view/31619/73146> [20.01.2020]. Cf., ainda, Luana Pietrobelli MARTINELLI e Tiago GALLI, “Execução provisória da pena: uma análise sobre a sua (in)constitucionalidade” in *revista jurídica – direito e cidadania na sociedade contemporânea*, vol. 03, n.º 01, 2019, pp. 123-137, disponível em: http://revistas.fw.uri.br/index.php/rev_jur_direitoocidania/article/view/3444/2843 [20.01.2020].

⁴⁹ Cf. Felipe Nantes FERNANDES e Ligia Maria Lario FRUCTUOZO, “A questão principiológica e histórica da presunção de inocência no Brasil”, in *Encontro de iniciação científica*, vol. 15, n.º 15, 2019, pp. 2-15, disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7777> [13.01.2020].

⁵⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570> [23.01.2018]

⁵¹ “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. (...) § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas”. Esta era a redação do artigo, parágrafo e incisos vigente à época da condenação citada. No ano de 2018, através da Lei n.º 13.654, houve alteração na redação do dispositivo, oportunidade em que revogado o inciso I e realocada sua redação em novo parágrafo (§2º-A), sem que tenha havido, contudo, repercussão na condenação anterior, face a ausência de abolitio criminis.

prisões cautelares, limitando-se apenas à existência de condenação em segundo grau de jurisdição, sendo esta, por isso, a tônica de análise do julgado no STF.

O relator, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Teori Zavascki, após narrar os dados fáticos do caso, apresentou longo voto pela denegação do *habeas corpus* sob análise, por considerar, em linhas gerais, que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”⁵². De início, afirmou que o tema envolvia a “reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”. E, analisando a questão, entendeu que haveria uma certa gradação na aplicação do referido princípio ao longo da persecução penal, de modo que, num primeiro momento, “antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência”.

Num segundo momento, “para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior”. Em seguida, numa terceira fase, que corresponde ao julgamento prolatado pelo Tribunal de apelação, afirma que “ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito”. Por isso, concluiu que “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

⁵² Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 19.

da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias”. Em continuidade, citou o caso da Lei Complementar 135/2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa, em que, expressamente, o legislador prevê, como causa de inelegibilidade de eventual candidato a cargo público, a existência de condenação por crimes referidos na lei, após segundo grau de jurisdição. Ato contínuo, fez longo apanhado acerca de como o princípio da presunção de inocência é visto em outros países. Reforçou a impossibilidade do reexame de fatos e provas pelos recursos extraordinário e especial, bem como apontou para a exigência de repercussão geral da matéria para que tais apelos sejam conhecidos pelas cortes superiores.

Em seguida, teceu longas considerações sobre as consequências práticas de se aplicar a literalidade do texto constitucional, a exigir o trânsito em julgado da condenação para que possa ser a pena executada. Dentre elas, citou: 1) interposição de recursos meramente protelatórios, com o fito de postergar o início do cumprimento da pena; 2) prescrição da pretensão punitiva, por considerar que “o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”⁵³. Por fim, o relator expôs que:

(...) podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos⁵⁴.

Guiando-se pelo mesmo entendimento do relator, votaram na sequência, conforme a ordem de antiguidade no Tribunal, os eminentes Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, constituindo, assim, a maioria necessária para nova mudança de entendimento quanto à matéria sob análise. Frise-se que, dentre estes, na

⁵³ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 18.

⁵⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 19.

oportunidade, apenas o Ministro Gilmar Mendes apresentou mudança de entendimento, em relação à posição tomada no julgamento anterior sobre o tema, ocorrido no ano de 2009. Destes votos, destacam-se os proferidos pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, por apresentarem novos elementos argumentativos, em reforço ao quanto já exposto pelo ministro relator, razão pela qual passa-se ao relato destes, ainda que de forma sucinta.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin, de início, considerou que não se pode conferir ao princípio da presunção de inocência “caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade”. Afirmou “que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição”. Citou, por isso, os princípios da razoável duração do processo e da soberania dos veredictos do tribunal do júri, como contra balanceamento a aplicação absoluta do princípio da presunção de inocência. Por fim, teceu considerações acerca do sistema de recursos no Brasileiro, expondo o seguinte entendimento:

(...) o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes⁵⁵.

Por seu turno, o Ministro Luís Roberto Barroso, após introdução do tema e de sua oscilação jurisprudencial na Corte, discorreu longamente acerca da ocorrência de mutação constitucional no caso. De início, citando obra doutrinária de sua autoria, conceituou a mutação constitucional por via de interpretação como sendo “mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal

⁵⁵ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 24.

Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente”.

Nesse sentido, afirmando que aplica a teoria à realidade, entendeu que, quanto à matéria em discussão, “houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”. Nesse diapasão, apontou três consequências negativas para sistema de justiça criminal, decorrentes da guinada jurisprudencial de 2009, em que se considerou a necessidade de trânsito em julgado da ação para execução da pena, a saber: incentivo à infundável interposição de recursos, que reputa de provimento irrisório; incentivo à seletividade do sistema penal, porque a interposição de recursos beneficia sobretudo os réus abastados; contributo significativo ao descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Num segundo momento de seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou a teoria de que o pressuposto jurídico para a decretação da prisão no direito brasileiro não seria o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, citando, assim, o que disposto no artigo 5.º, LXI, da Carta de 1988. Defendeu que a interpretação sistemática da Constituição levaria a essa conclusão. Em seguida, reiterou o entendimento, já exposto por outros ministros, de que a presunção de inocência é princípio e, como tal, está sujeita a ponderação frente a outros bens jurídicos constitucionais. Por isso, considerou que:

(...) o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente⁵⁶.

Em seguida, o ministro considerou que a prisão, após condenação em segundo grau, constitui-se em exigência de ordem pública. Nesse sentido, aduz que tal exigência decorria: da existência de dispositivos infraconstitucionais a legitimar tais prisões; do uso abusivo e

⁵⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 41.

procrastinatório do direito de recorrer; e da razoável duração do processo, vista como um dever do Estado e uma exigência da sociedade. Em arremate, apresentou fundamentos pragmáticos para a prevalência do novo entendimento, a saber: “o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena.

Como já havia afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade”.

O Ministro Gilmar Mendes também apresentou voto substancial quanto ao tema. De início, lembrou que participou da “maioria que, no julgamento do caso do Habeas Corpus 84.078, estabeleceu a orientação hoje vigente quanto à necessidade de que houvesse sempre o trânsito em julgado para que se executasse a sentença”. Lembrou as reflexões já expostas pelos ministros que o precederam na votação no que se refere à efetividade das condenações criminais, bem como aos casos emblemáticos de destaque nacional, a exemplo do assassinato dos auditores fiscais do trabalho, ocorrido em Unai, e do caso Pimenta Neves, conhecido jornalista paulista que assassinou sua então namorada e colega de profissão.

Diante desses elementos, referiu que decidiu refluir em seu julgamento quanto ao tema, apresentando, por isso, decisão contrária à anteriormente externada. Em seguida, apresentou considerações de teoria jurídica sobre a questão. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a garantia da presunção de não culpabilidade “impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratado como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerado alguém culpado”⁵⁷. Lembrou tratar-se o caso de princípio e não de regra, a comportar gradações em seu âmbito de aplicação. Por isso, considerou que, “esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não

⁵⁷ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 67.

substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos”.

Passou, então, a discorrer acerca das previsões do princípio da presunção de inocência em vários diplomas internacionais, citando a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dentro outros, ao afirmar que, “em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito”. Prosseguiu relatando a forma como tal princípio é tratado no direito europeu, americano e alemão. Citou, por outro lado, a tradição italiana e as constituições de língua portuguesa, que possuem previsões similares à brasileira, a exigir o trânsito em julgado da condenação criminal para execução da pena imposta.

Noutro prisma, afirmou que “a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nosso país tem um intrincado sistema judiciário”. Por isso, considerou que, “se porventura houver a caracterização – que sempre pode ocorrer – de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o habeas corpus. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada”. Pontuou, por fim, que a matéria é de difícil modificação institucional. Nesse sentido, lembrou dos esforços do ex-ministro e ex-presidente da Casa, Cezar Peluso, que chegou a oferecer uma proposta de emenda à Constituição, “mas que tinha reflexo não só na área do Direito Penal, como também na área do Direito Civil, gerando, então, um fenômeno de grande insegurança jurídica, com a possibilidade de execução provisória também no campo do Direito Civil em geral”⁵⁸.

Em sentido oposto ao exposto pelo relator, votaram os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. De tais votos, dois se destacaram, como representativos das ideias de oposição: os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, razão pela qual passa-se a expô-los em linhas gerais. O Ministro Marco Aurélio iniciou seu voto reconhecendo que “a quadra é de delinquência maior, tendo em conta, até mesmo, o crescimento demográfico desenfreado, ocorrido nos últimos quarenta e cinco anos”, bem como

⁵⁸ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, pp. 72-73.

que a Justiça Criminal é morosa e que o tempo na área penal é precioso. Todavia, afirmou que é “justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida”. Teceu considerações específica quanto ao HC sob análise, ao afirmar que:

(...) na sentença, sem especificidade, sem limitação quanto ao recurso, assegurou-se ao paciente recorrer em liberdade. Ele o fez; o Ministério Público, não. Então, desprovida a apelação, implementou o Tribunal de Justiça não uma cautelar. Partiu para a execução – que já rotulei, com desassombro, como temporã, precoce, açodada –, determinando a expedição do mandado de prisão. Repita-se: assim o fez em cima de um recurso da defesa e presente a cláusula da sentença, não houve recurso da acusação, ensejadora da interposição de recursos – no plural – em liberdade⁵⁹.

Dito isto, retomou a discussão cerne do debate: o alcance do princípio da presunção de inocência insculpido na Constituição de 1988. Nesse sentido, afirmou que tal preceito não permite interpretações, porque “há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa”⁶⁰. Chamou a atenção para o fato de que o encarceramento errôneo, porque reformada a sentença condenatória em grau de recurso, não permite a devolução do que retirado ao réu: sua liberdade. Ao cabo, pontuou impressão quanto à possibilidade de emenda à Constituição, com o fito de alterar o texto garantidor do referido princípio, e teceu críticas quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal, ao consignar que:

(...) caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo

⁵⁹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 77.

⁶⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, pp. 77-78.

não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado⁶¹.

Por fim, o Ministro Celso de Mello apresentou voto denso quanto à matéria. De início, teceu longas considerações acerca das origens e desenvolvimento do princípio da presunção de inocência, apontando para os diversos diplomas internacionais em que previsto. Rememorou as divergências havidas entre as escolas clássica, positiva e técnico-jurídica quanto à aplicação da presunção de inocência no direito italiano. Entendeu que:

A Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “*ex parte principis*”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse. (...) esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5.º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal⁶².

Considerou, assim, que é mais intensa a proteção conferida à presunção de inocência no modelo constitucional brasileiro. Por fim, o ministro reputou importante, ainda, que:

Acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo

⁶¹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 78.

⁶² Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, pp. 83-88.

confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República⁶³.

Na sequência, regista que no julgamento da ADPF 144/DF, de que foi relator, “destacou a importância de aguardar-se o trânsito em julgado da condenação criminal, demonstrando, à luz de dados estatísticos, uma realidade que torna necessário respeitar-se a presunção de inocência”⁶⁴. Cita, então, trechos daquela decisão em que se consignou a informação de que:

A partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.

E, em arremate, encerra seu voto de forma tétrica, ao afirmar que lamenta, “em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado”.

4.4. Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54 de 2019 e Projetos de Emenda à Constituição

Em uma reviravolta recente, mais precisamente em 7 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, também por meio de sua composição plenária, mas dessa vez em julgamento de processos de natureza objetiva (Ações Declaratórias de Constitucionalidade –

⁶³ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 93.

⁶⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 93.

ADC)⁶⁵, alterou novamente seu posicionamento quanto à matéria, retomando, assim, o entendimento externado no julgamento plenário ocorrido no ano de 2009, em que se fixou a impossibilidade da execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado da condenação. Antes, conforme o narrado nas linhas acima, a análise da questão tinha se dado apenas no bojo de ações individuais, ou seja, de *habeas corpus* em que se discutiam a liberdade de um único indivíduo. De modo que os precedentes gerados, por si só, não possuíam a força vinculativa de uma ação objetiva, servindo, apenas, como precedentes judiciais; conquanto gozem de observância pelas instâncias inferiores, não possuem a força vinculativa das ações objetivas ou das analisadas pelo sistema das repercussões gerais.

As ADC's sob análise do STF foram movidas pelo Partido Ecológico Nacional – PEN (ADC n.º 43)⁶⁶, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (ADC n.º 44)⁶⁷ e pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B (ADC n.º 54)⁶⁸. As referidas ações se voltaram à análise acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011. O artigo referido conta com a seguinte redação: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”⁶⁹. E, ao analisar o mérito de tais ações, em conjunto, por meio de sua composição plenária, o Supremo retomou sua posição de 2009 e decidiu pela impossibilidade da execução de pena, decorrente de sentença condenatória, antes do trânsito em julgado da condenação. Na oportunidade, votaram pela necessidade de observância do trânsito em julgado os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, formando, assim, a maioria apertada de 6x5, que culminou na nova mudança de posição. Em sentido contrário, os Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

⁶⁵ Cf. Lenio Luiz STRECK, “Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!”, in *Consultor Jurídico*, 2016, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf> [12.01.2020].

⁶⁶ O andamento processual da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43, em trâmite no Supremo Tribunal Federal está disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065> [12.03.2019].

⁶⁷ O andamento processual da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44, está disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729> [12.03.2019].

⁶⁸ O andamento processual da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 54, está disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576> [12.03.2019].

⁶⁹ A Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, encontra-se disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm [14.03.2019].

Como se pode perceber, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes apresentaram posição divergente da adotada no HC 126292, julgado em 2016, pautando-se ambos, agora, pela impossibilidade da execução antecipada da pena. Em sentido contrário, o Ministro Alexandre de Moraes, em substituição ao falecido Ministro Teori Zavascki, apresenta-se como elemento novo, tendo se juntado ao coro dos que defendem a possibilidade de execução da pena após condenação em segundo grau de jurisdição, posição vencida. Como justificativa para mudança de seu posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que entendeu pela prisão após condenação em segundo grau como mera possibilidade, mas que os Tribunais inferiores passaram a adotá-la como regra. Nesse sentido, aduziu que “seria uma possibilidade e não uma obrigatoriedade. A realidade é que, após 2016, os tribunais passaram a compreender como um imperativo”. No mesmo sentido, alegou, ainda, acreditar que os Tribunais conseguiriam corrigir os abusos da primeira instância, mas que não foi isso o observado, destacando, na oportunidade, as prisões prolongadas, que afirma terem se tornado definitivas com a possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância.

O Ministro Dias Toffoli, por seu turno, deu foco, em seu voto, à análise abstrata da questão, asseverando que “o parlamento decidiu a necessidade do trânsito em julgado. Não é um desejo do juiz, não é um desejo de outrem, que não os representantes do povo brasileiro.” Todavia, o ministro considerou que, no caso das condenações perpetrada pelo Tribunal do Júri, a execução deveria ser imediata, porque “o júri tem competência para decidir sobre crimes dolosos contra a vida e é soberano.” Ao cabo, a decisão que foi prolatada pelo STF, na data de 7 de novembro de 2019, contou, em seu dispositivo, com a seguinte redação: “o Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme”.

A discussão social da questão, no entanto, não restou pacificada, vez que uma parcela da sociedade credita a impunidade criminal brasileira à exigência do trânsito em julgado para recolhimento do réu à prisão. Seguindo esta esteira de pensamento, duas propostas de emenda à constituição (PEC)⁷⁰ foram apresentadas recentemente. A primeira delas, PEC n.

⁷⁰ As duas propostas de emenda à constituição podem ser encontradas no sítio da Câmara do Deputados, disponível em: <https://www.camara.leg.br> [05.07.2020].

410/2018, de autoria do deputado Alex Manente, tinha como objetivo alterar o inciso LVII do artigo 5.º da Constituição Federal, excluindo a exigência do trânsito em julgado. Por alterar o texto dos direitos e garantias individuais da Constituição, considerado por grande parte da doutrina como cláusula pétrea, a proposta sofreu severas críticas quando à sua constitucionalidade, o que culminou com seu arquivamento. Por isso, no ano seguinte, nova proposta de emenda foi apresentada à Câmara dos Deputados, também pelo mesmo parlamentar, trata-se da PEC 199/2019. Seu objetivo é o de alterar os artigos 102 e 105 da CF/88, transformando os recursos especial e extraordinários (destinados ao STJ e STF, respectivamente) em ações de revisão de competência originária de tais tribunais, antecipando, assim, o trânsito em julgado das condenações. Referida proposta encontra-se em fase inicial de análise no seio da Câmara Federal, necessitando percorrer, para aprovação, ainda longo caminho de tramitação, tanto na casa originária, quanto no Senado Federal, casa revisora em que também deve alcançar dois terços de aprovação para que seja convertida em Emenda à Constituição.

CAPÍTULO II - ANÁLISE SOBRE A ESTRUTURA E COERÊNCIA PRINCÍPIOLÓGICA E LEGAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL E OS ENTRAVES À EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

1. Principais argumentos prós e contra a prisão após condenação em segunda instância

Em sequência ao trabalho iniciado no capítulo anterior, nesta etapa, apresentaremos, de forma resumida e esquematizada, os principais argumentos prós e contra a prisão após condenação em segunda instância, de modo a tornar claro o cenário de debate da questão. No mesmo diapasão, passaremos a expor, de forma resumida e objetiva, a forma de organização e o conteúdo constitucional e legal do tema, bem como sua delimitação exata. Com o fito de sistematizar e, assim, possibilitar uma melhor compreensão dos argumentos lançados pelos ministros do Supremo Tribunal brasileiro para fundamentar as posições divergentes e oscilantes dos últimos anos quanto ao tema da execução provisória da pena – narrados no capítulo anterior de forma pormenorizada –, passamos a expor a síntese das ideias em debate, a fim de, assim, analisar o problema de forma sistemática e substancial. Por isso, a seguir, apontaremos, na sequência, os argumentos a favor e contra a prisão, após a condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação, tendo como base a análise feita dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal proferidos no *Habeas Corpus* N.º 84078-7/MG, em 2009⁷¹, e no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, julgado em 2016⁷².

Também traremos um panorama resumido da forma de funcionamento do sistema de recursos e de prescrição penal no Brasil⁷³, analisando de que forma tais elementos influem no sentimento de impunidade, utilizado como argumento para o recolhimento dos condenados à prisão antes do trânsito em julgado. Em seguida, faremos uma separação dos argumentos de cunho político daqueles com fundo jurídico-hermenêutico. Os primeiros contarão com análise

⁷¹ Todas as citações e menções ao acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no *Habeas Corpus* N.º 84078-7/MG, de 05 de fevereiro de 2009, podem ser confrontadas em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796> [24.01.2018].

⁷² Todas as citações e menções ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, podem ser confrontadas em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570> [23.01.2018].

⁷³ Sobre a relação entre execução da pena antes do trânsito em julgado e o prazo de prescrição e causas interruptivas aplicáveis, cf. Joaquim LEITÃO JÚNIOR e Stenio Henrique Sousa GUIMARÃES, “As implicações da execução provisória de pena em 2ª instância e a problemática da prescrição”, in *JusBrasil*, 2017, disponível em: <https://joaquimleitaojunior.jusbrasil.com.br/artigos/437413538/as-implicacoes-da-execucao-provisoria-de-pena-em-2-instancia-e-a-problematca-da-prescricao> [12.02.2020].

ainda neste capítulo, de modo sequenciado; os demais ficarão alocados para exame no capítulo seguinte, que cuida sobremaneira dos meandros da hermenêutica jurídica aplicável ao tema.

1.1. Argumentos jurídicos lançados a favor da prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação

- O exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias (primeiro e segundo graus de jurisdição), razão pela qual deve-se entender que o julgamento é nelas concluído (Ministro Menezes de Direito – julgamento do ano de 2009; também Ministro Teori Zavascki – julgamento do ano de 2016);
- “A se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo, por via de interpretação, efeito suspensivo a tais recursos” (Ministro Menezes de Direito – julgamento do ano de 2009);
- “Admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (e é inevitável fazê-lo após o que dispôs o constituinte dos oitenta) e não admitir a prisão para execução da pena é reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão” (Ministro Menezes de Direito – julgamento do ano de 2009);
- “Os princípios, segundo está no magistério de Dworkin, não seguem a idéia do “tudo ou nada”; ora se aplicam, ora não (Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978. pág. 24). Mas isso não quer dizer que possam ser aplicados de forma discriminatória a situações que envolvam o mesmo conflito. Não é possível dizer que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado ora viola ora não viola o princípio da inocência” (...) “se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado da sentença, a execução da pena privativa de liberdade também o é” (Ministro Menezes de Direito – julgamento do ano de 2009; também Ministro Edson Fachin – julgamento do ano de 2016);
- Deve haver uma certa gradação na aplicação do princípio da presunção de inocência ao longo da persecução penal. Por isso, “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” (Ministro Teori Zavascki – julgamento do ano de 2016);

- “Há aqui um correto balanceamento capaz de proteger os direitos dos réus e os direitos da sociedade, que também tem direito a uma eficiente proteção do estado” – Estudo do Procurador da República, Douglas Fischer, denominado “Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em face da Interpretação Sistemática da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente” (Ministro Menezes de Direito – julgamento do ano de 2009);
- Inexiste, no sistema brasileiro, garantia ao duplo grau de jurisdição, muito menos ao terceiro grau (Ministro Joaquim Barbosa – julgamento do ano de 2009);
- Criação da necessidade de repercussão geral da matéria, como condicionante de admissão dos recursos extraordinários, através da EC n.º 45, “a reforçar o entendimento de que é compatível com o nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária”. Haveria, por isso, uma “*voluntas legis* no sentido da possibilidade da execução provisória da pena” (Ministro Joaquim Barbosa – julgamento do ano de 2009; também Ministro Teori Zavascki – julgamento do ano de 2016);
- Interpretação coerente do artigo 105 da Lei de execução penal com o princípio da presunção inocência, ao compreender que o citado artigo se refere à guia de execução definitiva, mas que a segregação, antes do trânsito em julgado, seria uma execução provisória da pena, não estando incluída, portanto, nas previsões do referido dispositivo (Ministro Joaquim Barbosa – julgamento do ano de 2009);
- Precedente da Lei Complementar 135/2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa, em que, expressamente, o legislador prevê, como causa de inelegibilidade de eventual candidato a cargo público, a existência de condenação por crimes referidas na lei, após segundo grau de jurisdição (Ministro Teori Zavascki – julgamento do ano de 2016);
- Entende-se que “houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto

traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação” (Ministro Luís Roberto Barroso – julgamento do ano de 2016);

- A garantia da presunção de não culpabilidade “impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado”. O caso trata de princípio e não de regra, a comportar gradações em seu âmbito de aplicação. Por isso, “esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos” (Ministro Gilmar Mendes – julgamento do ano de 2016).

1.2. Argumentos políticos lançados a favor da prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação

- “Não se trata de um viés autoritário. A prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como, por exemplo, os Estados Unidos da América (Subseção “b” do § 3.582, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do US Code), o Canadá (arts. 679 e 816 do Criminal Code) e a França (art. 367 do Code de procédure Pénale)” (Ministro Menezes de Direito – julgamento do ano de 2009);
- Gera excesso de recursos procrastinatórios e prescrição das penas. “Deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite”. (Ministro Menezes de Direito – julgamento do ano de 2009; também os Ministros Teori Zavascki, Ministro Edson Fachin e Luís Roberto Barroso – julgamento do ano de 2016);
- “A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade” (Ministro Luís Roberto Barroso – julgamento do ano de 2016);

- Dados estatísticos que indicam baixo provimento dos recursos extraordinários julgados: “um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime, em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por *habeas corpus*, foram providos menos de 4% dos casos” (Ministro Joaquim Barbosa – julgamento do ano de 2009);
- A matéria é de difícil modificação institucional. O ex-ministro e ex-presidente da Casa, Cezar Peluso, chegou a oferecer uma proposta de emenda à Constituição, “*mas que tinha reflexo não só na área do Direito Penal, como também na área do Direito Civil, gerando, então, um fenômeno de grande insegurança jurídica, com a possibilidade de execução provisória também no campo do Direito Cível em geral*” (Ministro Gilmar Mendes – julgamento do ano de 2016).

1.3. Argumentos jurídicos lançados em desfavor da prisão, após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação

- Quadro do sistema normativo brasileiro quanto à matéria, sendo ele composto pelas seguintes normas: 1) Constituição Federal de 1.988 (CF/88), artigo 5.º, inciso LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; 2) Código de Processo Penal (CPP – Decreto-lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1.941), artigo 637, “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”; e 3) Lei n.º 7.210/1984 (Lei de execução penal) que “condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 1052), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 1473)”. Conclui-se, assim, que “os preceitos veiculados pela Lei n.º 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP”. Nesse sentido, mantida apenas a análise no campo legal, nos termos do voto do relator, estaria o artigo 637 do CPP tacitamente revogado pelos citados artigos da Lei de execução penal. (Relator Ministro Eros Grau – Julgamento de 2009);
- Inconsistência dos posicionamentos tomados pela Suprema Corte até então, ao considerar, em iterativa jurisprudência, como constitucional o cumprimento de pena

restritiva de liberdade antes do trânsito em julgado, mas entender, também em iterativa jurisprudência, pela impossibilidade de execução de pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, realizando, nesta última, uma interpretação da Lei de execução penal à luz do artigo 5.º, inciso LVII da CF/88, anteriormente citado. À guisa de exemplo, os HHCC 84.587 (1.ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19/11/2004), 84.677 (1.ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 8/4/2005) e 88.741 (2.ª Turma, Eros Grau, DJ de 4/8/2006). (Relator Ministro Eros Grau – Julgamento de 2009);

- Incoerência com decisão anterior da Corte, emitida nos autos do RE 482.006, em que se decidiu pela impossibilidade de redução dos vencimentos dos servidores públicos, que haviam sido afastados de suas funções, em decorrência de processo penal para apuração de imputado crime funcional, afirmando-se, por unanimidade, a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito decorrente da condenação e relacionado à propriedade. Contrapõe-se, então, a contradição das duas posições tomadas pela mesma Corte que, com base no mesmo dispositivo constitucional, proíbe a execução dos efeitos patrimoniais de uma condenação criminal antes de transitada em julgado, mas permite a frustração da liberdade pessoal, em idêntica situação (Relator Ministro Eros Grau – Julgamento de 2009);
- A doutrina apresenta forte oposição à execução antecipada da pena, a exemplo de doutrinadores de escol, como de Sidnei Agostinho Beneti e Fernando da Costa Tourinho Filho (Relator Ministro Eros Grau – Julgamento de 2009);
- A antecipação dos efeitos da condenação penal, antes do trânsito em julgado, ofende o postulado da proporcionalidade, na aceção da necessidade (Ministro Gilmar Mendes – Julgamento de 2009);
- O artigo 5.º, inciso LVII, da CF/88 não permite interpretações, porque *“há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa”*. (Ministro Marco Aurélio – Julgamento de 2016);
- “Chama-se a atenção para o fato de que o encarceramento errôneo, porque reformada a sentença condenatória em grau de recurso, não permite a devolução do que retirado ao

réu: sua liberdade” (Ministro Marco Aurélio – Julgamento de 2016);

- “A Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse”. E “esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5.º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal” (Ministro Celso de Melo – julgamento de 2016).
- “A presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República” (Ministro Celso de Melo – julgamento de 2016).

1.4. Argumentos políticos lançados em desfavor da prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação

- Casuísmos na elaboração das seguintes leis: Lei n.º 8.038/90, que estabelece que os recursos especial e extraordinário serão recebidos apenas em seu efeito devolutivo; Lei n.º 7.960/89, que cria o instituto da prisão temporária e a Lei de crimes hediondos; Lei n.º 8.072/90, que endurece sobremaneira vários dispositivos de execução penal. Tais leis foram criadas como resposta do legislador a sequestros mediáticos acontecidos naqueles anos (Relator Ministro Eros Grau – Julgamento de 2009);
- Ao aplicar a antecipação da pena, em razão do argumento da impunidade decorrente de recursos excessivos, estaria o STF incitando a “jurisprudência defensiva” (Relator Ministro Eros Grau – Julgamento de 2009);
- Dados estatísticos relativos à situação carcerária no Brasil, trazidos pelo Ministro Gilmar Mendes, enquanto atuava junto ao Conselho Nacional de Justiça: “Apesar dessa inefetividade, o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São quatrocentos e quarenta mil presos (dados de 2008), dos quais cento e oitenta e nove mil presos provisórios. Muitos deles há mais de dois, há mais de três anos, conforme se tem encontrado nesses mutirões do Conselho Nacional de Justiça. Portanto, se nós formos olhar por Estados, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar alguns Estados com oitenta por cento dos presos nesse estágio provisório. Nos mutirões realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, encontraram-se presos, por exemplo, no Estado do Piauí, que estavam - em números muito expressivos - há mais de três anos presos, provisoriamente, sem denúncia apresentada. (...) No Estado do Piauí, há até uma singularidade. O Secretário de Segurança ou a Secretaria de Segurança do Estado do Piauí concebeu um "inquérito de capa preta", significando que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira, muitas vezes com a conivência da Justiça e do Ministério Público” (Ministro Gilmar Mendes – Julgamento de 2009);
- Dados estatísticos relacionados ao número de *habeas corpus*, em apenas um ano, conhecidos e concedidos pelo Tribunal, num total de 365, apontando tal número como correspondente a mais de um terço do número total de HC’s apresentados perante a Corte. O remédio constitucional a que se refere (HC) chega ao STF após ter passado por todas as instâncias brasileira.

Assim, que “depois de termos passado, portanto, por todas as instâncias, saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, pelo STJ, nós temos esse índice de concessão de habeas corpus”. Além disso, “em geral, as discussões, hoje, especialmente as discussões jurídicas, travam-se não em sede de recurso extraordinário, mas em sede de habeas corpus, dada a possibilidade de que se maneje esse instrumento” (Ministro Gilmar Mendes – Julgamento de 2009);

- Dados estatísticos apontam para a entrada de 1.749 RE´s e agravos de instrumento em matéria criminal, sendo 300 interpostos pelo próprio Ministério Público. Por isso, não haveria um número tão expressivo de recursos criminais. Parte das referidas interposições recursais tem origem no abuso do uso da prisão preventiva (Ministro Gilmar Mendes – Julgamento de 2009);
- “Justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida” (Ministro Marco Aurélio – Julgamento de 2009);
- “Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O Ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou” (Ministro Marco Aurélio – Julgamento de 2016);
- “A partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período” (Ministro Celso de Melo – julgamento de 2016).

2. Tratamento constitucional e legal da presunção de inocência

Nos termos do que antecipado em linhas pretéritas, o princípio da presunção de inocência, no Brasil, vem insculpido, de modo *sui generis*, no artigo 5.º da Carta Constitucional de 1988, que, em seu inciso LVII, assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁷⁴. A referida redação consta do texto original da Constituição, ou seja, foi produzido pelo Constituinte originário e se encontra inserida no Título II da Carta Magna brasileira, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. A atenção à origem da redação e sua localização topográfica possui relevância. Como texto de produção originária, a presunção de inocência, nos moldes adotados pela Carta de 1988, não pode ser, em si, contestada, porque objeto de livre escolha do Poder Constituinte Originário, de modo que, numa primeira análise, não deveria apresentar contradição em si ou com qualquer outra parte do texto constitucional originário – tema sobre o qual melhor discorreremos no capítulo seguinte. Já sob o ponto de vista topográfico, a relevância da questão está atrelada à possibilidade ou não de alteração da sua redação. É consenso entre os estudiosos do tema que a Constituição Federal de 1988 possui mecanismo rígido de alteração constitucional. Como explica Paulo Bonavides, “o poder de reforma constitucional exercitado pelo poder constituinte derivado é por sua natureza jurídica mesma um poder limitado, contido num quadro de limitações explícitas e implícitas, decorrentes da Constituição, a cujos princípios se sujeita, em seu exercício, o órgão revisor”⁷⁵. Ele expõe, ainda, que as limitações explícitas podem ser de cunho temporal, circunstancial ou material.

No caso sob análise, salta aos olhos a constatação de que a presunção de inocência, na forma como insculpida pelo texto constitucional e em razão da relevância de seu conteúdo, é protegida contra alterações que tendam a destruir seu conteúdo material, através de emendas à Constituição, exercidas pelo Poder Constituinte Derivado. A referida constatação resulta do exposto no artigo 60, § 4.º do texto constitucional ao prever que: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais”⁷⁶. E, como explicitado mais acima, a posição topográfica do referido princípio é justamente a do artigo 5.º, integrante do Capítulo I, Título II, denominado de “DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS”.

No plano infraconstitucional, o ordenamento jurídico brasileiro também apresenta

⁷⁴ Cf. artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal do Brasil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [23.01.2018].

⁷⁵ Cf. Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 15ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 198.

⁷⁶ Cf. artigo 60, parágrafo 4.º, da Constituição Federal do Brasil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [23.01.2018].

referências à necessidade de trânsito em julgado, referida no texto adotado pela CF/88. Com efeito, a Lei de Execução Penal – LEP, Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, em seus artigos 105 e 107, prevê que: “art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”; “art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária”⁷⁷. O referido texto aponta, como se vê, também, para a necessidade da observância do trânsito em julgado para que se providencie a emissão da guia de recolhimento e consequente prisão do condenado. No mesmo sentido, em seu artigo 147, ao tratar da execução das penas restritivas de direito (espécie de sanção penal), a LEP também menciona a necessidade de observância do trânsito em julgado da condenação para sua efetiva execução⁷⁸.

Por seu turno, o Código de Processo Penal, em redação conferida pela Lei 12.403, de 2011, passou a prever, em seu artigo 283⁷⁹, que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”⁸⁰. A contundência da referida redação, inclusive, deu origem às ações declaratórias de constitucionalidade expostas no capítulo anterior (ADC´s 43, 44 e 54), que culminaram na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, datada de 07.11.2019, na qual foi declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011.

3. Delimitação conceitual

3.1. Trânsito em julgado

⁷⁷ O texto da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, também conhecida como da Lei de Execução Penal, está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm [23.01.2018].

⁷⁸ Cf. Julya Martins de ASSIS, “O princípio da presunção da inocência frente à efetividade das decisões judiciais no julgamento do HC 126.292 pelo STF”, in *Âmbito Jurídico*, 2018, disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/o-principio-da-presuncao-da-inocencia-frente-a-efetividade-das-decisoes-judiciais-no-julgamento-do-hc-126-292-pelo-stf/> [12.01.2020].

⁷⁹ Cf. Matheus Gonçalves dos Santos TRINDADE, “A (im)possibilidade de execução provisória da pena no Brasil”, in *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, vol. 12, n.º 1, 2017, pp. 35-38, disponível em <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/101> [12.02.2020].

⁸⁰ Cf. artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm [23.01.2018].

Não há, no Brasil, um diploma legal que apresente um conceito expresso de trânsito em julgado, cabendo à doutrina a exposição do seu conteúdo. A tarefa, sob encargo da doutrina, é antiga, de modo que o conceito não encontra divergência, estando solidamente sedimentado no direito brasileiro. Prevalece o mesmo conceito, exposto no longínquo ano de 1970, por José Carlos Barbosa Moreira, em artigo publicado na Revista do Tribunais, ao discorrer sobre o instituto da coisa julgada. Nele, após expor a ausência de conceito legal sobre o tema, o jurista põe em relevo o texto da hoje denominada Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942), cuja redação do seu artigo 6.º, § 3.º, alterada pela Lei n.º 3.238/1957, conta com a seguinte redação: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

E partindo dessa norma legal, passou a expor a confusão entre trânsito em julgado e coisa julgada, oportunidade em que, especificamente, conceituou o trânsito em julgado como sendo “a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) Tal momento é aquele em que cessa a possibilidade de impugnar-se a sentença por meio de recurso”⁸¹.

Desde essa época, portanto, estava assente na doutrina brasileira o mesmo conceito que perdura até os dias de hoje: o de que o trânsito em julgado corresponde ao momento a partir do qual não cabem mais recursos contra a decisão prolatada. E aqui, importante pôr em relevo que, ao contrário de outros países, na seara penal, inexistente ressalva a este conceito. Ou seja, seja no âmbito cível, em sentido amplo, ou no âmbito penal, a expressão trânsito em julgado mantém a mesma conceituação. Não houve, portanto, mudança de significado da expressão, seja pela Constituição, lei ou jurisprudência. Até mesmo as decisões oscilantes do STF, quando penderam para a possibilidade de recolhimento à prisão, após condenação em segunda instância – antes, portanto, do trânsito em julgado da condenação – nunca questionaram a mudança ou mutação de tal conceito jurídico, como se viu no capítulo anterior. Várias foram as razões apresentadas pelos ministros que capitaneavam a constitucionalidade de tal permissão, mas dentre elas nenhuma que se referisse à mudança do conceito de trânsito em julgado. E outra não é a razão para tanto que não a inexistência de controvérsia, no direito brasileiro, quanto ao conceito de trânsito em julgado, independentemente da área jurídica de análise.

3.2. Sistema de recursos brasileiro

⁸¹ Cf. José Carlos Barbosa MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*, Revista dos Tribunais, 1970, p. 5.

Em linhas gerais, o direito penal brasileiro (assim como o cível – ambos os âmbitos do direito aqui apontados como gêneros), em desenho institucional formulado pelo próprio texto constitucional, conta com quatro graus de jurisdição, ainda que limitados por competências específicas, de modo que, interpostos todos os recursos cabíveis, uma sentença criminal transitada em julgado apenas quando julgados todos os recursos nas instâncias postas à disposição do jurisdicionado pelo próprio texto constitucional, inclusive⁸².

O caminho percorrido pelos recursos penais inicia-se com a sentença de mérito, prolatada pelo juiz de primeiro grau, em que são analisadas as provas produzidas nos autos, formando-se, assim, o convencimento baseado no conjunto probatório dos autos. Em seguida, não satisfeito com a decisão imposta pelo juízo de primeiro grau, é facultado ao réu recorrer ao Tribunal de Justiça do estado da federação em que sito o juízo de primeiro grau que lhe condenou. Também o referido tribunal analisará em profundidade o conjunto probatório dos autos, mantendo ou reformando a decisão posta pelo juízo de primeiro grau. Há, portanto, entre esses dois primeiros graus uma hierarquia nítida e de sobreposição, já que ambos analisam as mesmas provas e cabe ao segundo a última decisão sobre a questão. O mesmo procedimento ocorre quanto aos crimes de competência das Justiças Especializadas, a exemplo da Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar.

Esgotada a prestação jurisdicional do Tribunal de Justiça estadual, restam às partes apresentar apenas dois tipos de recursos: um denominado recurso especial e outro chamado de recurso extraordinário. O primeiro, recurso especial, é dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pode versar apenas sobre as seguintes matérias: negativa de vigência ou contrariedade a tratado ou lei federal; julgamento válido ato de governo local contestado em face de lei federal e interpretação de lei federal divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (artigo 105 da CF/88). O segundo, por seu turno, dirigido ao Supremo Tribunal Federal (STF), denominado recurso extraordinário, pode ser interposto apenas quando tiver por fundamento contrariedade a dispositivo da Constituição; discussão quanto à inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e validade de lei local contestada em face de lei federal (artigo 101 da CF/88). Frise-se que é comum a interposição conjunta de ambos os recursos, especial (STJ) e extraordinário (STF), seguindo-se a ordem de primeiro julgar-se o endereçado ao STJ para, apenas então, analisar-se o enviado ao STF. Em resumo, o quadro de recursos penais brasileiro, por previsão expressa da Constituição Federal de

⁸² Cf. Edilson Mougenot BONFIM, *Curso de processo penal*, 7.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 1586-1887.

1988, conta com a seguinte configuração: juiz de 1.º grau → órgão colegiado de 2.º grau (Tribunal de Justiça estadual) → recurso especial (Superior Tribunal de Justiça) → recurso extraordinário (Supremo Tribunal Federal).

Merece uma menção à parte, no sistema brasileiro, a forma como tratado o instituto do *habeas corpus*. O artigo 5.º, inciso LXVIII, da CF/88, prevê o *habeas corpus* como um remédio constitucional aplicado sempre que “alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”⁸³. Conquanto não seja uma espécie de recurso nem se constitua em seu sucedâneo – ou seja, não possa ser impetrado quando cabível recurso próprio –, é medida bastante usada no processo criminal, mormente porque mesmo nos casos em que formalmente incabível, construiu-se a jurisprudência da concessão de ofício.

Deste modo, mesmo quando utilizado de forma equivocada em sua forma, os tribunais superiores acabam por conceder, de ofício, a ordem de soltura, sempre que considerem a liberdade do paciente tolhida de forma ilegal. A excessiva quantidade de HC´s o converte no meio processual mais usado para discussão sobre liberdade do réu – à guisa de exemplo, cito os HC´s narrados no capítulo anterior. Note-se que apenas a última decisão, prolatada pelo STF sobre a discussão quanto à prisão após condenação em segunda instância, foi emitida em processo objetivo, todas as demais advieram de *habeas corpus* impetrados em favor de réus já condenados em segunda instância e ainda com possibilidade regular de recurso, vez que as decisões não estavam transitadas em julgado.

A origem do instituto do *habeas corpus* no Brasil e a forma como a jurisprudência lida com o mesmo explica seu uso tão difundido. O início dessa relação *sui generis* do Brasil com esse tipo de *writ* (garantia individual ativa) remonta ao período da Primeira República, mais precisamente à 1ª Constituição Republicana, de 1891. Nela, a única espécie de garantia ativa era o *habeas corpus*, cujo âmbito de aplicação se mostrava alargado, ante a aposição da seguinte redação ao seu artigo 72, § 22: “dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”⁸⁴. O texto era muito particular, único no mundo, ante a sua amplitude e ausência de referência expressa ao direito de locomoção (ir e vir). Por isso, inclusive, à aplicação de tal dispositivo deu-se o nome

⁸³ Cf. artigo 5.º, inciso LXVIII, da Constituição Federal do Brasil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [23.01.2018].

⁸⁴ O texto da Constituição Federal de 1891 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm [24.01.2018].

de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. E, embora essa redação ampla tenha sido modificada já nos idos de 1926, por meio de uma revisão constitucional, para reduzir o âmbito de aplicação do *habeas corpus* aos constrangimentos ilegais relativos à locomoção, o *writ* continuou sendo bastante usado no Brasil⁸⁵.

A título de exemplo, só no ano de 2018, o STF recebeu 13,5 mil pedidos de *habeas corpus*, sendo considerado um recorde para a Corte⁸⁶. Também o STJ apresentou número bastante expressivo, 54,1 mil *habeas corpus* novos no mesmo ano de 2018⁸⁷. Neste cenário, ante a amplitude de uso – corroborada pela jurisprudência sobre o tema e o volume com que impetrado –, pode dizer-se que, na prática, o *habeas corpus* funciona como sucedâneo de recurso, estando ao lado dos recursos regulares, vez que acaba por tramitar em paralelo aos demais recursos cabíveis. Em resumo, e recapitulando, o panorama de recursos brasileiro está, então, na prática, assim composto: juiz de 1.º grau → órgão colegiado de 2.º grau → recurso especial e/ou *habeas corpus* no STJ → recurso extraordinário e/ou *habeas corpus* no STF.

Ademais, ainda que outros ordenamentos jurídicos tenham previsões similares a do Brasil, ao exigirem o trânsito em julgado da condenação para que se considere o acusado culpado, nem todos possuem um sistema de recursos com acesso a quatro graus de jurisdição para que se considere como transitada em julgada a sentença penal (como ocorre no Brasil), sendo esta uma peculiaridade do desenho constitucional brasileiro.

A título de exemplo, cito o caso português⁸⁸, em que há uma redução a metade do caminho processual percorrido até o trânsito em julgado e, portanto, até a efetiva possibilidade de recolhimento a prisão decorrente de sentença condenatória. É que, ao contrário do desenho institucional brasileiro, o Estado Português conta com apenas um Tribunal Superior passível de recebimento de recurso penal, o Supremo Tribunal de Justiça, circunstância que, por si só, já torna o caminho para o trânsito em julgado mais curto. Também o momento em que pode ser

⁸⁵ Para leitura complementar, cf. Luiz Henrique Boselli de SOUZA, “A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança”, in *Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 2008.

⁸⁶ Cf. Reportagem intitulada “STF Registra recorde de pedidos de Habeas Corpus”, edição de 25 de setembro de 2018, O Estadão, disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-registra-recorde-de-pedidos-de-habeas-corpus,70002657262> [15.01.2020].

⁸⁷ Cf. Reportagem intitulada “Volume crescente de processos no STJ preocupa ministros e juristas”, edição de 27 de maio de 2019, Agência Brasil, disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/volume-crescente-de-processos-no-stj-preocupa-ministros-e-juristas> [15.01.2020].

⁸⁸ Para uma leitura complementar, cf. Constituição da República Portuguesa, disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> [15.1.2020]. Também o Código de Processo Penal Português, Livro IX, Título II, artigos 437.º a 466.º, disponível em: www.pgdisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php [10.06.2020].

apresentado o recurso dirigido ao seu Tribunal Superior difere do caso brasileiro, porque, em Portugal, o recurso extraordinário é interposto apenas após o trânsito em julgado da condenação. Além disso, os temas que podem ser veiculados no recurso extraordinário português são demasiado reduzidos, se comparados ao caso brasileiro, ante o facto do recurso extraordinário português ter o intuito de sanar conflito jurisprudencial ou tratar de revisão criminal apenas.

3.3. Prisão cautelar e presunção de inocência

A prisão cautelar⁸⁹ não se funda na certeza de culpa (ou mesmo na quase certeza, a exemplo da prisão fundada na condenação em segunda instância), vez que não guarda relação com o mérito da persecução penal. A cautelar se funda na necessidade de fazer cessar a prática da infração penal (prisão em flagrante), de impedir novos delitos ou de evitar que o acusado interfira na apuração dos fatos ou na execução efetiva da pena após condenação (prisão preventiva e/ou temporária, sendo esta última aplicável apenas na fase de inquérito policial e por período certo de tempo). Neste cenário, mostra-se claro que a prisão cautelar e suas várias espécies tem raízes processuais, servindo não para fazer com que o condenado pague pelos delitos reconhecidos perante a sociedade, mas sim para viabilizar o processamento penal, ou seja, serve, sobremaneira, ao processo penal⁹⁰.

Para Eugênio Pacelli, a conjugação entre as previsões constitucionais dos incisos LVII e LXI, ambos do artigo 5.º da CF/88, fundamentam todo o arcabouço normativo das prisões no sistema penal brasileiro⁹¹. Com efeito, o primeiro inciso, como já exposto em linhas pretéritas, prevê que “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; o segundo, por seu turno, assegura que “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”. Diante disso, Pacelli entende que a Constituição da República de 1988 promoveu:

⁸⁹ No estudo do tema posto em análise, mostra-se necessário expor a distinção entre a prisão decorrente da condenação em segunda instância e a prisão cautelar, a fim de que não restem dúvidas sobre as patentes diferenças que permeiam os dois institutos.

⁹⁰ Para aprofundamento sobre o tema, cf. Antônio Magalhães GOMES FILHO, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991. Cf., também, Guilherme de Souza NUCCI, *Código de processo penal comentado*, 13 ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014, pp. 282-350.

⁹¹ Cf. Eugênio PACELLI, *Curso de processo penal*, 21.ª ed., São Paulo, Atlas, 2017, pp. 233-234.

a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente. Em consequência, toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade” (...) “É dizer: somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo. Esclareça-se, ao propósito, que a prisão temporária, ao contrário da preventiva, somente é cabível na fase de investigação, já que instituída para o fim de melhor tutelar o inquérito policial, nos termos da Lei n.º 7.960/89. Já a veremos. Por isso, apenas as razões da prisão preventiva (art. 311, art. 312 e art. 313, CPP) poderão justificar a custódia cautelar no curso do processo⁹².

Neste contexto, parece claro que o raciocínio elaborado pelo Ministro Menezes de Direito, em voto preferido no bojo do julgamento ocorrido no ano de 2009, não se sustenta. Na oportunidade, o ministro considerou que a admissão da prisão cautelar antes do trânsito em julgado e a inadmissão da execução efetiva da pena, também antes do trânsito em julgado, seria “reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão”⁹³. A alegada dicotomia entre os dois temas não parece ser verdadeira: a um, porque a possibilidade de prisão cautelar emana do próprio texto constitucional, não sendo, portanto, uma criação infralegal, de modo que não pode haver contradição frontal dentro do próprio texto elaborado pelo constituinte originário; a dois, porque o bom resultado do processo é justamente o que se afirma buscar garantir com a execução antecipada da pena, ou seja, tanto a prisão cautelar quanto a defendida execução após condenação em segunda instância buscam o mesmo resultado: garantia da execução. Ocorre que, como visto, a prisão cautelar, em si, decorre de previsão expressa e literal do texto constitucional, ao passo que a execução da pena antes do trânsito em julgado parece chocar-se com o mesmo texto constitucional.

Em outras palavras, ao prever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, a Constituição de 1988 parece proibir o fundamento da prisão defendida pelo ministro, qual seja, a prisão decorrente da culpa antes que esta esteja sacralizada pelo manto da coisa julgada. Isso porque, de facto, em termos jurídicos, não há outro fundamento para o referido decreto prisional senão a consideração de que o réu é culpado. O

⁹² Cf. Eugênio PACHELLI, *Curso de processo penal*, op. cit., §§233-234.

⁹³ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de fevereiro de 2009, proferido no *Habeas Corpus* N.º 84078-7/MG, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796> [24.1.2018].

mesmo não ocorre, contudo, com a prisão cautelar. Ela não decorre da ideia de culpa, não se ampara nisso. Ao revés, seu fundamento reside na constatação de práticas de atos, pelo réu, que impedem o processamento regular da persecução penal, de modo que ela, em si, obedece ao comando constitucional do artigo 5.º, inciso LXI, segundo o qual “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”; sem, no entanto, ofender a disposição, também constitucional, de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁹⁴. Portanto, parece clara a separação e aplicação em paralelo das referidas previsões constitucionais, de modo a revelar a ausência de relação, de qualquer natureza, entre a prisão cautelar e a ora discutida prisão decorrente de execução antecipada da pena. Outrossim, neste ponto, mostra-se necessário que se discorra acerca da afirmação do Ministro Menezes de Direito, ocorrida no julgamento do ano de 2009, em que ele afirma que admitir a prisão cautelar, mas negar prisão após condenação em segunda instância seria o mesmo que reconhecer ao bom resultado do processo valor maior que o conferido à decisão de mérito. O raciocínio é problemático. Os fundamentos dos decretos prisionais comparados pelo ministro são flagrantemente distintos. A prisão cautelar não se funda na culpa, não ofendendo, assim, o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que nada há, no texto constitucional, que interdite a sua execução. O mesmo não se pode dizer, no entanto, da prisão após condenação em segunda instância, porque ela se funda mesmo na ideia da formação da culpa, em choque literal com a presunção de inocência nos moldes brasileiros, em que exigido o trânsito em julgado da condenação.

4. A alegada dicotomia entre presunção de inocência e impunidade

A sensação social de impunidade é um dos motivos mais referidos pelos ministros favoráveis a prisão antes do trânsito em julgado da condenação. Para tanto, de forma recorrente, a ala favorável à execução antecipada da pena constrói um raciocínio segundo o qual a quantidade excessiva de recursos (quatro graus de jurisdição) seria a grande responsável pela prescrição dos crimes, o que, ao cabo, geraria, na sociedade, a sensação de impunidade, sobremaneira nos denominados crimes de “colarinho branco”, assim chamados por se relacionarem a tipos penais

⁹⁴ Cf. artigo 5.º, inciso LVII e LXI, da Constituição Federal do Brasil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [23.1.2018].

comumente praticados por políticos ou pessoas de alto poder aquisitivo, razão pela qual, inclusive, alguns ministros apontam o sistema brasileiro como seletivo. Seguindo a linha de raciocínio traçada sobre o tema, os ministros adeptos desta teoria consideram que a espera pelo trânsito em julgado da condenação fragiliza a visão que a sociedade brasileira tem do Poder Judiciário, e mesmo da Justiça, o que, em última análise, põe em alerta as bases em que construída a própria sociedade, porque pensada como estado democrático de direito.

O raciocínio é sofisticado e parece, num primeiro momento, lógico e factível. Além disso, de facto, há, na sociedade brasileira, uma sensação de impunidade, reverberada, inclusive, pelos veículos de comunicação, sendo este fato público e notório. Ocorre que, conquanto pareça razoável, a construção de tal cadeia de causas e efeitos não contava com um estudo sério, sólido e metodológico, a atestar a relação de causa e efeito entre a execução da pena após o trânsito em julgado e a sensação de impunidade, decorrente da prescrição. Esse cenário, contudo, alterou-se. No ano de 2019 foi elaborada uma pesquisa denominada “Justiça Criminal, Impunidade e Prescrição⁹⁵”, encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça, dentro da série “Justiça Pesquisa”, e organizada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ). O referido trabalho foi realizado pelo Núcleo de Estudos de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo e Associação Brasileira de Jurimetria, após contratação decorrente de edital público de seleção. O escopo da pesquisa, em linhas gerais, era testar as seguintes hipóteses levantadas:

(...) as ideias dos atores do Sistema de Integridade – Delegados (as), Procuradores (as) e Juízes (as) – acerca da democracia, da justiça e da impunidade afetam a ocorrência da prescrição”; “algumas características sociológicas (identidade de gênero, formação acadêmica, vinculações sociais, cor da pele) não influem como variáveis explicativas nos padrões decisórios ao término do processo legal”; “o desenho institucional do próprio fluxo processual explicaria a prescrição, as regras do jogo (como prazos, recursos e competências estatutárias de burocracias específicas) facilitarão padrões de prescrição penal, contribuindo para a percepção de padrões de impunidade no país⁹⁶.

⁹⁵ A pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro encontra-se disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/a47b974623d2f574000e4117cdba8f2c.pdf> [29.01.2020].

⁹⁶ Cf. Conselho Nacional de Justiça, “Justiça Criminal, Impunidade e Prescrição” in *Série Justiça Pesquisa*, 3.^a ed., Brasília, Núcleo de Estudos de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo e Associação Brasileira de Jurimetria, 2019, p. 22.

E é sobre a análise desta última hipótese de estudo que nos debruçaremos, vez que ela realiza a observação empírica de causa e efeito entre impunidade e sistema de recursos no Brasil. O estudo em questão considerou a prescrição como medida de impunidade, uma vez que “qualquer fluxo processual que tenha levado a um desfecho legal outro, que não a prescrição, será tratado como prestação jurisdicional no sentido de não impunidade (justiça), fazendo com que, outras decisões judiciais proferidas como condenação, absolvição ou arquivamento “foram incluídas na categoria justiça, considerada oposta à impunidade, evidenciada como prescrição”⁹⁷. A pesquisa cuidou, ainda, especificamente, dos tipos penais relacionados à corrupção, sendo este o nicho de análise. O recorte é relevante para o presente trabalho, porque constitui uma das alegações a serem analisadas: a de que a necessidade de trânsito em julgado serviria apenas aos réus abastados; o que, em geral, aponta, como dito, para os “crimes de colarinho branco”, sendo estes, sobremaneira, os vinculados à corrupção e seus tipos penais correlatos.

Como metodologia de análise, a pesquisa se serviu de três principais bases de dados, a saber: “1. Base de dados com as percepções e perfis de integrantes do Sistema de Integridade (Base 01); 2. Base de dados com informações sobre a fase policial da persecução penal à corrupção (Base 02); e 3. Base de dados com informações sobre a fase judicial da persecução penal à corrupção (Base 03)”⁹⁸. E para a construção de tais bases, o estudo utilizou-se dos métodos de extração de informações processuais dos repositórios públicos de dados, mantidos pelos tribunais analisados (tanto na área estadual quanto na federal); do envio de ofícios aos órgãos que não contavam com esse tipo de repositório (fato comum sobremaneira na fase policial, a exceção da polícia federal, que conta com robusta base de dados); bem como do envio de questionários (dirigidos aos atores do processo). Foram objeto de estudo a persecução penal dos crimes relacionados à corrupção nos órgãos de polícia e Ministério Público (fase de inquérito); bem como nos seguintes tribunais: Tribunal de Justiça de Alagoas, Justiça Federal de Alagoas, Justiça Federal do Distrito Federal, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Justiça Federal do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça de São Paulo, Justiça Federal de São Paulo. Reunidos e cruzados todos os dados assim obtidos, a pesquisa chegou às seguintes conclusões:

A alta duração dos processos de corrupção acontece, ao que parece, independentemente de fatores intrínsecos aos crimes ou aos atores, tais como o crime praticado, o tempo gasto em recursos etc., mas sim ao próprio funcionamento do

⁹⁷ Cf. Conselho Nacional de Justiça, “Justiça Criminal, Impunidade e Prescrição” in *Série...*, cit., p. 21.

⁹⁸ Cf. Conselho Nacional de Justiça, “Justiça Criminal, Impunidade e Prescrição” in *Série...*, cit., p. 46.

judiciário. Dessa forma, o que causa a sensação de impunidade percebida pela população e amplamente divulgada nos meios de comunicação é o funcionamento usual das instituições, sobretudo do judiciário, com longas filas de trabalho, alto volume de processos etc. Concluimos, no final das contas, que um melhor combate à corrupção se beneficiará em larga escala de melhora na prestação jurisdicional como um todo, uma vez que não encontramos evidências de maus índices de esclarecimento de crimes ou de mau uso dos institutos de defesa, apenas de um longo tempo de tramitação dos processos. *Os inúmeros recursos com a finalidade de protelar o cumprimento da pena, por vezes discutidos na literatura, não apareceram na análise empírica como um fator relevante para a prescrição, por exemplo*⁹⁹.

O referido estudo, portanto, demonstrou que o fundamento político, usado por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal para embasar seus votos pela flexibilização do princípio da presunção de inocência, não guarda ressonância com a realidade, sendo, por isso, empiricamente, desprovido de amparo fático.

5. A Presunção de Inocência em outros países e nos tratados internacionais¹⁰⁰

A leitura atenta da discussão travada entres os ministros do Supremo Tribunal nos vários julgamentos sobre presunção de inocência e trânsito em julgado, revela que um dos principais argumentos políticos para não observância do texto literal da Constituição era o fato de que, em várias nações¹⁰¹, tidas por mais desenvolvidas, não havia tal exigência (conquanto previsão similar a do Brasil exista em tantas outras, a exemplo da Portuguesa e Italiana)¹⁰². A utilização de argumentos políticos no presente debate, que se presta à discussão quanto à aplicação de texto expresso da Constituição, por si só, soa como algo deslocado. É que, de maneira geral, no desenho institucional de separação dos poderes, cabe ao legislativo a escolha política, ao executivo a sua efetivação, e ao judiciário a garantia legal de sua observância. Por isso, o apontamento de que assim o é em outras partes do mundo se mostra como argumento inócuo, porque utilizado por

⁹⁹ Cf. Conselho Nacional de Justiça, “Justiça Criminal, Impunidade e Prescrição” *in Série...*, *cit.*, itálico nosso, p. 171.

¹⁰⁰ Pontuamos que o presente subtópico não se presta à exposição e análise das previsões do princípio da presunção de inocência nos diversos países e tratados internacionais. O cerne do debate reside na afirmação contumaz de que a existência de previsões diversas nos normativos e constituições internacionais poderia ser invocado como fundamento para mudança na interpretação do texto constitucional brasileiro.

¹⁰¹ Cf. Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN, *et. al.*, “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 [12.01.2020].

¹⁰² Cf. Fernando Brandini BARBAGALO, Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual brasileiro, Brasília, TJDFT, 2015, p. 41.

ator que não dispõe de prerrogativa para dele lançar mão¹⁰³. Essa constatação é bem resumida pelo ministro Celso de Mello, no voto proferido no julgamento ocorrido no ano de 2016, ao consignar que:

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal. (...) É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência¹⁰⁴.

Segundo na temática, também é relevante apontar que o moderno conceito de democracia constitucional, conquanto enfoque a questão de que a democracia da contemporaneidade não se restringe ao que decidido pela maioria, mantém o dever de observância de certos limites, dentre eles, o principal, a observância do texto normativo, por ser esta, inclusive, função basilar do direito: a contradição da presente questão será mais bem estudada no próximo capítulo deste trabalho, que pretende, dentre outras coisas, a análise dos limites da interpretação judicial¹⁰⁵.

De igual forma, alguns ministros, em especial os ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, apontam os tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, como fundamento para a flexibilização da presunção de inocência nos moldes intensos (para usar as palavras do Ministro Celso de Mello), previstos na Constituição de 1988. Para eles, o fato dos referidos tratados não exigirem trânsito em julgado, para efetivo cumprimento da pena imposta, mostra-se como razão suficiente para flexibilização da norma constitucional. Nesse desiderato, os ministros parecem invocar o que disposto no artigo 27 Convenção de Viena (o denominado “tratado dos tratados”, ratificada pelo Brasil em 25.9.2009), segundo o qual: “uma parte não pode invocar as

¹⁰³ Cf. Bruna SILVA, “Uma breve análise acerca da (in)eficácia da Constituição Cidadã frente a possibilidade de execução provisória da pena em um Brasil juristocrático”, in *Revista de Direito Unifasc – Debate Virtual*, n.º 30, 2019, disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6313/3856> [15.01.2020].

¹⁰⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p.104.

¹⁰⁵ Cf. Lenio Luiz STRECK, “Interpretação conforme não pode usurpar o papel do legislador!”, in *Consultor Jurídico*, 24 de outubro de 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-24/senso-incomum-interpretacao-conforme-nao-usurpar-papel-legislador> [01.11.2019].

disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”¹⁰⁶. Some-se a isto a previsão constitucional inserida após a Emenda Constitucional n.º 45, segundo a qual "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"¹⁰⁷. O raciocínio, no entanto, olvida de regra basilar sobre a aplicação das normas internacionais decorrente de tratados: a da prevalência da norma mais favorável. Referido entendimento encontra forte ressonância na doutrina especializada, a exemplo dos seguintes doutrinadores *de esco*/Ingo Sarlet, Cançado Trindade, Flávia Piovesan¹⁰⁸; na jurisprudência produzida pelas cortes internacionais, e mesmo na jurisprudência iterativa do próprio Supremo Tribunal Federal, sendo tal princípio previsto, ainda, de forma expressa, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos direitos civis e políticos, ambos ratificados pelo Brasil¹⁰⁹.

Para além disso, ainda na mesma linha comparativa, mas seguindo pelo viés da realidade sociológica e não legal, as comparações entre o cenário brasileiro e demais nações, na seara penal, precisam levar em conta também a realidade social e institucional brasileira. O Brasil conta com uma população de mais de 210 milhões de habitantes¹¹⁰ e viu a criminalidade campear nas últimas décadas, resultado da combinação explosiva da omissão estatal com o desenvolvimento do crime organizado. Soma-se a isto, ainda, a sempre crescente judicialização da matéria criminal¹¹¹, circunstância de que pressiona o sistema de justiça e promove um grande

¹⁰⁶ Usamos aqui a versão traduzida da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, antecedida pelo Decreto n.º 7030 de 14 de dezembro de 2009, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm [01.02.2020].

¹⁰⁷ Cf. artigo 5.º, parágrafo 3.º, da Constituição Federal do Brasil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [23.01.2018].

¹⁰⁸ Para uma leitura complementar, cf., Ingo Wolfgang SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. Cf. ainda, Flávia PIOVESAN, *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, 13.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

¹⁰⁹ Para uma leitura complementar, cf. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm [02.02.2019]. Cf., ainda, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> [02.02.2019].

¹¹⁰ Cf. Reportagem intitulada “Estimativa da população do Brasil passa de 210 milhões, diz IBGE”, *Agência Brasil*, edição de 28 de agosto de 2019, disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-08/estimativa-da-populacao-do-brasil-passa-de-210-milhoes-diz-ibge> [17.06.2020].

¹¹¹ Cf. Reportagem intitulada “Volume crescente de processos no STJ preocupa ministros e juristas”, *Agência Brasil*, edição de 27 de maio de 2019, disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/volume-crescente-de-processos-no-stj-preocupa-ministros-e-juristas> [15.01.2020]. Cf., também, a reportagem intitulada “STF registra recordes de pedidos de Habeas Corpus”, *O Estadão*, edição de 25 de dezembro de 2018, disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-registra-recorde-de-pedidos-de-habeas-corpus,70002657262>

descompasso entre o número de processos e o de juízes¹¹², se proporcionalmente comparado com outras nações desenvolvidas, a exemplo da Espanha, França, Portugal e Itália¹¹³. Por tudo isso, é forçoso afirmar que a invocação de previsões constitucionais e internacionais diversas, quanto à exigência do trânsito em julgado, não socorre à tese que se propõe afirmar.

6. As alegações circunscritas à legalidade

Alguns dos fundamentos utilizados por ministros do STF para prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado estão fincados na seara da legalidade. A mais comum dessas alegações era a de que a vedação à prisão após condenação em segunda instância seria o mesmo que atribuir efeito suspensivo aos recursos extraordinário especial. A referência feita pelos ministros se dava em relação à Lei n.º 8.038/1990, que previa o recebimento de tais recursos, de regra, apenas com efeito devolutivo, estipulando procedimento especial e pedido específico para concessão de efeito suspensivo¹¹⁴. Tais dispositivos foram revogados pela Lei n.º 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), que passou a tratar do tema e manteve, substancialmente, a mesma previsão quanto aos efeitos em que recebidos os recursos endereçados ao STF e STJ¹¹⁵.

De logo, o apontamento subverte critério básico da hermenêutica: o da hierarquia. Pensar desse modo seria o mesmo que sobrepor lei infraconstitucional a texto constitucional¹¹⁶. A

[15.01.2020]; Cf., ainda, FGV, “Supremo em Números!”, *Fundação Getúlio Vargas*, s/d, disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html> [15.01.2020].

¹¹² Cf. Conselho Nacional de Justiça, Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa: Justiça Criminal, Impunidade e Prescrição, Núcleo de Estudos De Políticas Públicas da Universidade de São Paulo e Associação Brasileira de Jurimetria, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/a47b974623d2f574000e4117cdba8f2c.pdf> [29.01.2020]. Cf., também, a reportagem intitulada “Brasil tem oito juízes para cada cem mil habitantes”, *Conjur*, edição de 12 de fevereiro de 2011, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-fev-12/media-brasil-oito-juizes-cada-cem-mil-habitantes> [17.06.2020].

¹¹³ Para leitura complementar, cf. Ricardo Alves BENTO, *Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

¹¹⁴ Cf. Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm [12.01.2020].

¹¹⁵ Cf. Código de Processo Civil brasileiro, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm [12.01.2020].

¹¹⁶ Sobre a mesma questão, mas em prisma diverso, Augusto Jobim do Amaral e Paulo Saint Pastous Caleffi, apontam tal raciocínio como estabelecimento da ideia de que tal “via recursal é mero rito de passagem, passivo frente à decisão proferida nas instâncias inferiores”, conferindo conotação meramente homologatória aos tribunais superiores. Cf. Augusto Jobim do AMARAL e Paulo Saint Pastous CALEFFI, “Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF”, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n.º 3, 2017, p. 1076-1078, disponível em: <http://spcaleffi.com.br/pre-ocupacao-de-inocencia-e-execucao-provisoria-da-pena-uma-analise-critica-da-modificacao-jurisprudencial-do-stf/> [12.01.2020].

obrigatoriedade da observância do trânsito em julgado para recolhimento do réu à prisão e, conseqüentemente, reconhecimento de sua culpa, advém de texto constitucional e de importância inegável, por vincado em garantia individual. Não cabe, por isso, na discussão da questão o apontamento a alegada ofensa a texto de lei infraconstitucional, quando o lado oposto da análise implica ofensa a texto contido da própria constituição. No mesmo sentido, o Ministro Joaquim Barbosa, que, no julgamento ocorrido no ano de 2009, tentando se desvincular de alegada proibição legal para a prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação, sustentou a ideia de que a interpretação coerente do artigo 105 da Lei de execução penal (Lei n.º 7.210/1984) seria a de que ele se referiria à guia de execução definitiva, mas que a segregação, antes do trânsito em julgado, seria uma execução provisória da pena, não estando incluída, portanto, nas previsões do referido dispositivo. O dispositivo citado pelo ministro dispõe que: “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”¹¹⁷. Na mesma linha, o Ministro argumentou, ainda, que inexistia, no sistema brasileiro, garantia ao duplo grau de jurisdição, o que, entende, significaria não haver, também, garantia ao terceiro grau de jurisdição. Tais argumentos são tangentes à questão e não respondem ao debate central, qual seja: a determinação constitucional para que se aguarde o trânsito em julgado da condenação, mormente porque a análise da legalidade estrita, como já exposto, deve passar primeiro pelo crivo constitucional.

Outrossim, ainda que assim não fosse, numa análise estritamente legalista, o argumento lançado também não teria respaldo, vez que o artigo 283, do mesmo diploma legal invocado (Código de Processo Penal Brasileiro), com redação dada pela Lei n.º 13.964/2019, prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”¹¹⁸. Na mesma toada, cita-se a referência feita, pelo Ministro Teori Zavascki, no julgamento do ano de 2016, quanto à interpretação conferida pelo STF à Lei Complementar 135/2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa. O ministro aponta que o Tribunal considerou constitucional a previsão contida na lei de que seriam inelegíveis os

¹¹⁷ Cf. artigo 105, Lei de Execução Penal, Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm [12.01.2020].

¹¹⁸ Cf. Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm [12.01.2020].

candidatos a cargo eletivo com condenação, em segundo grau, por crimes referidos na lei, sem a necessidade de observância do trânsito em julgado.

De pronto, é importante que se diga que a invocação de entendimento anterior não garante a correção de rumo na discussão posta. Pelo contrário, pode indicar erro contumaz na análise da questão. No caso apontado, ainda, importante pontuar que a consequência da mitigação da presunção de inocência não significava encarceramento do réu, mas apenas proibição de elegibilidade. A análise da questão, conquanto polêmica, estava circunscrita aos direitos políticos do réu, de modo que outros elementos e princípios constitucionais estariam em debate, não servindo, assim, de parâmetro à discussão sobre encarceramento antecipado, tema do presente trabalho.

7. A impossibilidade de restrição dos direitos e garantias fundamentais

Os direitos humanos e os direitos fundamentais tocam-se conceitualmente, em linhas gerais, quanto ao objeto de proteção homem. A despeito das distinções que apontam para o direito natural, há um consenso na doutrina quanto à distinção entre ambos relacionada ao local de previsão: se constante de diplomas internacionais, direitos humanos; se presentes no texto constitucionais, direitos fundamentais. As denominadas garantias fundamentais, por seu turno, não se diferenciam materialmente dos direitos fundamentais, embora possam ter um viés mais instrumental e assecuratório de direitos, a exemplo das garantias do devido processo legal e do contraditório, em essência são também direitos fundamentais¹¹⁹.

E dentro destes direitos ditos fundamentais, conforme o já exposto, encontra-se inserido o princípio da presunção de inocência. É inegável, portanto, que tratamos de um direito/garantia fundamental. E, como tal, segue a máxima que possibilita ao operador do direito aumentá-lo, mas não o diminuir¹²⁰. Conquanto caiba ao Supremo Tribunal Federal a palavra final em matéria de interpretação constitucional, o legislador é o primeiro intérprete do texto constitucional. E, no caso brasileiro, o Congresso Nacional editou ato normativo, consistente na

¹¹⁹ Para uma leitura complementar, cf. Ingo Wolfgang SARLET, "Conceito de direitos e garantias fundamentais" in Vidal Serrano NUNES JUNIOR, *et. al.*, (coord.), *Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Direito administrativo e constitucional*, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, pp. 02-26.

¹²⁰ Cf. José Ribas VIEIRA e Ranieri Lima RESENDE, *Execução provisória da pena: causa para a corte interamericana de direitos humanos?*, 2016, disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016 [20.02.2020].

Lei n.º 13.964/2019, que, alterando a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, passou a prever que a prisão poderia ser decretada apenas nos seguintes casos: flagrante delito, prisão cautelar ou condenação transitada em julgado. A configuração infralegal, portanto, interpreta a garantia constitucional da presunção de inocência e deixa claro que há uma relação direta entre entender culpado, trânsito em julgado e prisão. Para os que advogam a ideia de que o texto constitucional da presunção de inocência comportaria interpretações sobre o que se considera culpado e sua relação com a prisão, a letra explícita do texto infralegal não deixa dúvida: o legislador acolheu a interpretação mais alargada da garantia fundamental.

Outro ponto que não chegou a ser levantado pelos ministros, mas que constou dos debates da sociedade civil, foi a alegação de que os defensores da proibição da prisão após condenação em segunda instância insidiam em contradição, na medida em que defendiam decisões judiciais do STF atinentes à permissão da união homoafetiva, por exemplo¹²¹. A crítica não se sustenta. E a razão é basilar: interpretação restritiva de direitos deve ser feita de maneira estrita, nunca de modo extensivo. Ou seja, é permitida a ampliação de garantias e direitos fundamentais, nunca sua restrição. Por isso, na interpretação fincada na concretização de direitos fundamentais, em favor das minorias de gênero, o Supremo Tribunal exerceu correto papel de Corte Constitucional, fazendo aderir à questão da união homoafetiva uma os princípios e garantias constitucionais imbricados no tema. Pontue-se, ainda, que, quanto ao tema, não havia proibição legal expressa. Havia uma previsão expressa sobre uniões hétero-afetivas apenas, o que leva à conclusão de que existia lacuna quanto às uniões homoafetivas, mas não proibição legal explícita.

¹²¹ Cf. Paulo IOTTI, “Análise: os inúmeros equívocos da maioria do STF no julgamento da presunção de inocência”, *in Justificando: Mentis Inquietas Pensam Direito*, 10 de abril de 2018, disponível em: <http://www.justificando.com/2018/04/10/analise-os-inumeros-equivocos-da-maioria-do-stf-no-julgamento-da-presuncao-de-inocencia/> [07.04.2019].

CAPÍTULO III - LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Da interpretação normativa

O julgador é alguém aprisionado à servidão da norma¹²². Isso porque apesar de o juiz agir como Estado em nome do próprio Estado, o poder jurisdicional em nenhuma hipótese pode ser exercido fora dos limites definidos pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais que para ela convergem. Assim, não é dado ao juiz agir em nome da justiça, de forma aberta e subjetiva. Portanto, a busca do julgador pela justiça não deve ser arbitrária, guardando relação apenas com o que ele, subjetivamente, entende ser justo, ela deve estar amparada nos limites e diretrizes que a Constituição e demais normais legais impõe¹²³. Cabe ao julgador, também, no exercício de aplicação do direito exercer a interpretação do texto legal, criando, assim, a norma jurídica do caso concreto¹²⁴. O exercício interpretativo é intrínseco ao ato de julgar e se dá mesmo nos casos que parecem, à primeira vista, claros e insuscetíveis de dubiedade. A interpretação não se dá apenas quando o texto apresenta linguagem dúbia, ela ocorre sempre e, no mais das vezes, de modo inconsciente pelo julgador, que a realiza de forma automática, sem, por vezes, conseguir exprimir explicação técnica sobre o modo como extraiu tal interpretação. Por isso, a doutrina tem debatido, há longos anos, a quais métodos e critérios deve o julgador se submeter para obter a correta interpretação do texto legal. Os métodos e/ou técnicas de interpretação gramatical, racional, sistemático, histórico, teleológico¹²⁵, dentre outros, foram construção doutrinária na busca por essa resposta, sendo hoje compreendidos pela hermenêutica atual como insuficientes ao que se propõem executar: uma interpretação neutra, objetiva e justa do texto legal posto¹²⁶. Isso porque o

¹²² Cf. Reis FRIEDE, *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 39.

¹²³ Cf. Reis FRIEDE, *Ciência do direito, norma..., op. cit.*, p. 40.

¹²⁴ Para uma leitura complementar, cf. M. G. M. GOMES, *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 148.

¹²⁵ Cf. Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4.ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, pp. 286-309

¹²⁶ Cf. Rodolfo Luis VIGO, *Interpretación Jurídica: del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 1999, tradução portuguesa de Susana Elena Dalle Mura, *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 40; Cf., também, Eros Roberto GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 48.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

processo de interpretar é complexo e reclama, no mais das vezes, a aplicação de múltiplos métodos interpretativos para se chegar perto da almejada interpretação justa¹²⁷.

A interpretação do texto constitucional, por sua vez, também não vai muito longe disso, conquanto possua peculiaridades. O estado atual do constitucionalismo, por muitos doutrinadores denominado de neoconstitucionalismo, possui a especificidade de tensionar constitucionalismo e democracia. A incorporação de valores morais e éticos impositivos aos diversos órgãos estatais toma o âmbito de deliberação política da maioria democrática mais reduzido, circunstância de tensão que põe o juiz constitucional no centro da resolução de disputas múltiplas no que se pretende ser a correta interpretação do texto constitucional pelos atores estatais¹²⁸. Sobre a relação da sociedade com os Tribunais e seus exercícios de interpretação da norma jurídica, Ronald Dworkin relata que:

Nenhum ministério é mais importante que nossos tribunais, e nenhum é tão inteiramente mal compreendido pelos governados. A maioria das pessoas tem opiniões bastante claras sobre o modo como os congressistas, primeiros-ministros, presidentes ou ministros das Relações Exteriores devem desempenhar suas funções, e opiniões claras sobre o verdadeiro comportamento dessas autoridades. Mas a opinião popular sobre juizes e o exercício da justiça é um caso lamentável de frases vazias, e aí incluo as opiniões de muitos juizes e advogados em exercício sempre que escrevem ou falam sobre aquilo que fazem. Tudo isso é vergonhoso, o que é apenas uma parte do dano. Afinal, temos interesse pelo direito não só porque o usamos para nossos próprios propósitos, sejam eles egoístas ou nobres, mas porque o direito é a nossa instituição social mais estruturada e reveladora. Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos¹²⁹.

E é por isso que dissecar os fundamentos e teorias de interpretação debatidas nos sucessivos julgados da Corte Constitucional brasileira se mostra relevante. No caso discutido nesta dissertação de mestrado, a correta interpretação e alcance do princípio da presunção de inocência na forma prevista pela CF/88 ("LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado

¹²⁷ Sobre o pensamento jusfilosófico moderno acerca da interpretação das normas, cf. Margarida Maria Lacombe CAMARGO, *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

¹²⁸ Cf. Paulo Gustavo Gonet BRANCO e Gilmar Ferreira MENDES, *Curso de direito constitucional*, 9.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014. Cf., também, Flávio Martins Alves NUNES JÚNIOR, *Curso de direito constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019.

¹²⁹ Cf. Ronald DWORKIN, *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2014, p. 15.

de sentença penal condenatória”). Enquanto norma jurídica, contou sempre, ao longo desses dez anos de oscilação jurisprudencial, com uma ideia central: a de que o elemento culpa, contido no texto do princípio constitucional, seria aberto e poderia ser interpretado de forma a compatibilizá-lo com outros preceitos igualmente constitucionais, a exemplo da razoável duração do processo, além da proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, levantados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em voto proferido no julgamento ocorrido no ano de 2016¹³⁰. Na oportunidade, o ministro disse, ainda, que “essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente”¹³¹. A principal teoria jurídica a embasar as discussões travada, portanto, foi a da ponderação entre princípios igualmente constitucionais, formuladas por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

De logo, chama a atenção a vagueza dos outros princípios constitucionais apontados como posto em rota de colisão com a presunção de inocência prevista na CF/88. Todos reverberam o combate à impunidade, como razão mediata, levantando os princípios da efetividade e credibilidade da justiça, não expressos no texto constitucional, como razões imediatas. Vê-se, portanto, que os princípios apontados como razão para mitigação do princípio da presunção de inocência parecem difusos e um tanto indeterminados. A bem da verdade, os princípios em geral, conquanto se constituam em normas jurídicas, possuem um caráter bastante generalista, contudo, os princípios apontados pelo ministros defensores dessa tese parecem ter mais a ver com o espírito que eles próprios esperam, subjetivamente, advir da Constituição Federal de 1988, do que efetivamente pode ser extraído de seu texto. Na verdade, a própria narrativa de colisão é posta em xeque. É que, nos termos do quanto exposto no capítulo anterior, estudo recentemente realizado pelo Conselho Nacional de Justiça demonstrou a ausência empírica de vinculação entre a utilização do sistema de recursos na forma como previsto atualmente na legislação brasileira e a impunidade, medida através da prescrição da pretensão punitiva do Estado¹³².

Derrubada este pilar argumentativo fático, desmoronam também toda a cadeia de razões expostas pelos ministros defensores da alegada ponderação e, conseqüente, mitigação do

¹³⁰ Sobre a acalorada discussão que permeia o cenário doutrinário brasileiro quanto à aplicação dos princípios constitucionais, Cf. Virgílio Afonso da SILVA, “O Supremo Tribunal Federal precisa de lolau: resposta às objeções de marcelo neves ao sopesamento e à otimização”, in *Revista Direito UNB*, vol. 02, n.º 1, 2016, pp. 96-118, disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2016-UnB-2-lolau.pdf> [12.02.2020].

¹³¹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 49.

¹³² Para uma leitura complementar, cf. Conselho Nacional de Justiça, *Relatório analítico propositivo justiça pesquisa: justiça criminal, impunidade e prescrição*, núcleo de estudos de políticas públicas da Universidade de São Paulo e Associação Brasileira de Jurimetria, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/a47b974623d2f574000e4117cdba8f2c.pdf> [29.01.2020].

princípio da presunção de inocência. Ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que confirmada a relação entre a quantidade excessiva de recursos no Brasil e a impunidade, manter-se-ia em aberto a discussão sobre os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto corte responsável pela interpretação constitucional. Por vezes, existe uma tênue diferença entre interpretar e inovar na ordem jurídica, até que ponto era essa a vontade inegociável da Carta Constitucional ou uma distorção causada pela prática. E mais, qual seria a solução para conter o suposto efeito nefasto da impunidade? A ponderação entre princípios é mesmo aplicável ao caso? É sobre tais questionamentos que discorreremos a seguir.

2. A distinção entre princípios e regras

Nos últimos anos, ganhou força na doutrina e jurisprudência brasileiras a aplicação da teoria dos princípios¹³³ e distinção qualitativa entre princípios e regras, criada por de Ronald Dworkin e desenvolvida por Robert Alexy. Seja por suas próprias bases teóricas¹³⁴, seja pela forma deturpada com que é efetivamente utilizada pelos tribunais¹³⁵, a aplicação da referida sobre críticas da doutrina, no Brasil e no mundo. Em linhas gerais, a teoria criada por Dworkin¹³⁶ defende a ideia de os sistemas jurídicos são compostos por regras e princípios, e não apenas por regras, em contraposição ao positivismo hartiano. Nesse sentido, o autor defende que as regras possuem como marca da subsunção: ocorrido o fato previsto como condição necessária e suficiente para o desenrolar das consequências jurídicas prevista no texto legal, impõe-se sua total aplicação. Em sentido contrário, não há incidência da regra no caso concreto. Sua lógica, portanto, é a do “tudo ou nada”. Presentes os requisitos antecedentes, a não subsunção é obstada penas quando constatada sua invalidade. Situação muito diversa ocorreria com os princípios. Para Dworkin, de início, os princípios seriam razões para indicação de um ou outro caminho a seguir, que pode não

¹³³ Para uma leitura complementar sobre o conceito de princípio e suas características, cf. Fernando HOFFMAM, *et al.*, “Do normativismo à principiologia na interpretação/decisão jurídica”, in *Revista Pensar*, Fortaleza, vol. 17, n.º 2, 2012, pp. 452-475.

¹³⁴ Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1160-1161. Cf., ainda, Giorgio PINO, *Teoria Analítica Del Diritto I - La Norma Giuridica*, Pisa, Edizioni ETS, 2016, p. 76. Cf., também, Marcelo NEVES, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, São Paulo, Martins Fontes, 2013, p. 12.

¹³⁵ Citamos, como exemplos, a crítica abalizada de Marcelo Neves ao apontar para uma possível “absolutização de princípios” e a uma “compulsão ponderadora” no Brasil. Cf. Marcelo NEVES, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais...*, *op. cit.*, p. 171.

¹³⁶ Cf. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1977, tradução Portuguesa de Nelson Boeira, *Levando os direitos a sério*, 2.ª, ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007, pp. 35-ss.

ser o efetivamente trilhado, em razão da aplicação concomitante de outro princípio de igual valia. Sua análise de aplicação analisaria o grau de importância de cada um dos princípios em rota de colisão para o deslinde do caso concreto, de modo a que não haja exclusão de nenhum deles, mas apenas aplicação prevalente do mais consentâneo ao caso tratado.

Na senda da teoria proposta por Dowkin, Robert Alexy introduz nela a criação de uma teoria dogmática dos direitos fundamentais, baseada na ideia de que os princípios seriam mandados de otimização¹³⁷. São tidos, assim, como normas de aplicação gradual, na maior medida do possível, para o caso concreto. A solução para os casos de colisão entre princípios seriam a aplicação da ponderação, sendo esta um dos principais caracteres de distinção entre eles e as regras. A teoria de Alexy se baseia na tentativa de apresentar uma fórmula racional (denominada por ele de “fórmula peso”) que confira legitimidade à ponderação, extirpando, assim, as acusações de arbitrariedade. Nesse sentido, explica que, para se resolver o conflito entre princípios, antes de chegar a técnica da ponderação, em que aplicado o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, cabe ao operador do direito aplicar, de forma antecedente, os outros dois subprincípios da proporcionalidade: a idoneidade e a necessidade. Ele explica que:

Princípios exigem uma realização tão ampla quanto possível, tanto relativamente às possibilidades fáticas como relativamente às jurídicas. Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam o mandamento da otimização relativamente às possibilidades fáticas. Nisso, não se trata de ponderação, mas da evitação de tais intervenções em direitos fundamentais, que sem custos para outros princípios são evitáveis¹³⁸.

Portanto, ele deixa claro que sequer se deve cogitar da utilização da ponderação, quando é possível resolver a questão por meios dos outros dois princípios parcelares da proporcionalidade, explicitando, por conseguinte, que a técnica da ponderação equivale à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. A seguir, em sua formulação, Alexy afirma uma lei nuclear da ponderação, segundo a qual: “quanto mais alto e o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹³⁹. Decompondo tal lei, explica que ela se executa através de três passos parciais: 1) averiguar o grau

¹³⁷ Cf. Robert ALEXY, *Constitucionalismo discursivo*, tradução portuguesa de Luís Afonso Heck, 3.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, p. 132.

¹³⁸ Cf. Robert ALEXY, *Constitucionalismo discursivo...*, *op. cit.*, §132.

¹³⁹ Cf. Robert ALEXY, *Constitucionalismo discursivo...*, *op. cit.*, p. 133.

de não cumprimento ou prejuízo de um princípio; 2) comprovar a importância de cumprimento do princípio em sentido contrário; 3) concluir se a importância de cumprimento do princípio em sentido contrário seria justificativa suficiente para grau de prejuízo ou não cumprimento do outro. Aos dois primeiros passos deve ser atribuída um grau na escala triádica: leve, médio ou grave, realizando-se, no terceiro passo, o confronto entre os dois passos anteriores, a fim de se concluir qual dos dois princípios, no caso concreto, deve prevalecer.

Para uma melhor compreensão da fórmula, Alexy apresenta sua aplicação a um caso concreto real, utilizando um clássico exemplo de colisão entre a liberdade de opinião e o direito da personalidade. Trata-se do julgamento, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, de um recurso movido pela Revista de sátiras ilustradas “Titanic” contra uma decisão, emitida pelo Tribunal de terceira instância de Düsseldorf, que a condenou ao pagamento de indenização por danos morais em razão da publicação ter designado um oficial da reserva hemiplégico, que realizou exercício militar para o qual convocado, de “nascido assassino” e “aleijado”. Seguindo a fórmula proposta por Alexy, o Tribunal considerou que o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio (primeiro item da fórmula) corresponderia ao quanto a liberdade de opinião da revista estaria afetada pela condenação em indenização por danos morais, oportunidade em que se entendeu a intervenção seria de grau grave, por considerar que ela teria um “efeito forte e duradouro” e que se deu por uma decisão judicial cível e não penal. Na sequência, analisou-se o grau de lesão das expressões usadas pela publicação ao direito da personalidade do autor da ação, a “comprovar a importância de cumprimento do princípio em sentido contrário”, passo dois da fórmula apresentada por Alexy. A primeira expressão analisada, “nascido assassino”, foi considerada de grau médio para mínimo, por se considerar a expressão faz parte de um jogo de palavras, utilizadas recorrentemente, de modo jocoso, pela publicação, para se referir a várias personalidades conhecidas no país, numa lista que chegou a incluir o presidente federal. Quanto à utilização dessa expressão, portanto, considerou-se que, realizada a ponderação, nos graus e fundamentos expostos, a intervenção na liberdade de opinião da revista seria desproporcional, pelo que indevida a condenação. Todavia, o Tribunal manteve a condenação imposta na origem. Isso porque, ao analisar a segunda expressão usada pela revista, “aleijado”, a Corte entendeu que o grau de intensidade era diferente. Ela considerou que a expressão violou de forma grave ou extraordinariamente grave o direito da personalidade do autor, por compreender que tal designada é hoje entendida como humilhação, a demonstrar desprezo pelas pessoas que sofreram grande mutilação corporal, sem justificção. Diante dessas considerações, realizada a ponderação,

passo três da formulação de Alexy, chegou-se à conclusão de que a condenação da Revista “Titanic” ao pagamento de indenização por danos morais ao autor da ação era decisão constitucional, porque fundada em correta aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Exposta, de forma esmiuçada, a teoria efetivamente formulada por Alexy e propagada por muitos ministro do Supremo Tribunal Federal como razão de decidir quanto a não aplicação do princípio da presunção de inocência, nos exatos moldes previstos pela Carta Constitucional de 1988, passaremos a discorrer, no tópico seguinte, sobre a sua aplicação ao caso concreto em análise neste trabalho, a fim de atestar se houve a correta aplicação da teoria invocada.

3. A aplicação da teoria de Alexy ao princípio da presunção de inocência no Brasil

Nos termos do quanto exposto nas linhas pretéritas, constou dos sucessivos julgamentos do STF sobre a flexibilização do princípio da presunção de inocência, mediante o encarceramento antes do trânsito em julgado da condenação, a justificativa de que tal decisão se fundava na aplicação da teoria dos princípios fundada por Dworkin e amadurecida por Alexy, mediante a realização de um juízo de ponderação. Nenhum ministro, no entanto, chegou a apresentar uma explicação minuciosa de como a teoria de Alexy seria efetivamente aplicável ao caso concreto narrado, segundo cada um dos passados narrados no tópico anterior. Diante disso, e a fim de comprovar se houve, de facto, aplicação escoreta da teoria invocada, passamos a aplicação à sua aplicação ao caso concreto.

Antes de mais nada, é importante perquirir quais os princípios constitucionais, portanto de similar hierarquia formal, postos em choque no caso concreto discutido nos autos. A cerne da questão resume-se a averiguar se seria constitucional o recolhimento à prisão do réu condenado, após condenação em segunda instância, mesmo havendo, no texto constitucional, a previsão de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Não há dúvidas, portanto, de que em um dos lados do choque entre princípios que se pretende resolver conta com a presença do princípio da presunção de inocência, nos moldes da previsão alargada *sui generis* criada pela Carta Constitucional de 1988 no Brasil.

No entanto, o mesmo se não pode dizer de quais seriam exatamente os princípios constitucionais postos no outro lado da balança. Há uma menção um tanto quanto vaga à impunidade, como se houvesse um princípio específico sobre o tema na mesma Carta

Constitucional. É claro que, se por um lado a CF/88 não apresenta um artigo ou inciso em que proíba expressamente a impunidade a criminosos, também, no outro extremo, não se pode dizer que a tolerância ao crime seja um dos objetivos do texto constitucional. Muito pelo contrário, há dispositivos constitucionais que indicam para o lado oposto, como o da celeridade processual, dignidade da pessoa humana, proteção eficiente do estado, todos vistos sob o prisma da vítima imediata e da vítima mediata dos crimes, sendo esta última a própria sociedade.

Como se vê, o apontamento de qual ou quais princípios postos em rota de colisão com o da presunção de inocência não se mostra tarefa fácil, mormente porque não delineados de forma clara pelos julgados que lançaram mão da alegação de aplicarem, ao caso, a técnica de ponderação entre princípios. No entanto, vamos considerar, no presente trabalho, que o lado oposto à presunção de inocência conta com um feixe de princípios implícitos na Carta Constitucional de 1988, capitaneados por uma vedação à impunidade. Isto posto, passa-se à aplicação da teoria da ponderação, nos moldes propostos por Alexy.

De início, nos termos do explicitada no tópico anterior, cabe ao julgador aplicar os outros dois princípios parcelares da proporcionalidade (idoneidade e necessidade), antes de realizar o exercício da ponderação, técnica que aplica a proporcionalidade em sentido estrito. A idoneidade, também chamada de adequação, trabalha com a ideia de se averiguar se a mitigação da aplicação de determinado princípio teria. De facto, o condão de alcançar a resolução do problema a que se busca solucionar, aplicando ao caso concreto. Por outras palavras, o crivo da idoneidade seria a busca da resposta para a indagação sobre se a mitigação na aplicação do princípio da presunção de inocência, mediante o encarceramento do réu após a condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado da condenação, teria o condão de resolver a alegada impunidade do sistema prisional brasileiro, decorrente da prescrição, que, por sua vez, seria uma consequência da quantidade excessiva de recursos e necessidade da espera pelo trânsito em julgado. Como se vê, a cadeia de ilações, no mundo fático, são muitas. Há, aqui, um feixe de ideias e cadeias de consequências postas como certas, mas que não contam com uma sistematização nem com uma comprovação empírica, sua identificação e organização se mostra imprescindível para verificação da correta aplicação do princípio parcelar da idoneidade (adequação) e, também, da necessidade.

A primeira ideia seria a de que haveria impunidade excessiva no país, ou seja, haveria uma questão fática certa, a de que o Brasil seria um país em que campeia a impunidade. Esse pensamento, no entanto, parece ir de encontro com os dados do Conselho Nacional de Justiça –

CNJ, órgão regulatório do sistema judiciário brasileiro. Já neste ano de 2020, o Banco do Monitoramento de Prisões do CNJ aponta para o impressionante número de mais de 860 mil presos¹⁴⁰. Desse total, mais de 370 mil estão presos sem que haja contra eles uma única condenação, são chamados, assim, de presos provisórios, o que corresponde a mais de 40% do total de presos no Brasil¹⁴¹. É bem verdade que há uma sensação, capitaneada pelos meios de comunicação, de que os casos de violência que pululam nas manchetes seriam decorrentes da ineficiência do sistema de justiça brasileiro, circunstância esta que seria apta a gerar impunidade¹⁴². Desse conjunto de ideias, apenas uma parece ser realmente irrefutável: a de que se vive no Brasil uma crescente de violência, o número alarmante de mortes atesta essa afirmação. Quanto às outras, como visto, nada há que comprove sua veracidade. Na verdade, a afirmação de que a quantidade de recursos e a espera do trânsito em julgado seria uma razão para a prescrição das penas aplicadas e, conseqüentemente, da impunidade foi integralmente rechaçada por estudo realizado por encomenda do Conselho Nacional de Justiça, sobre o qual expôs-se todas as nuances em tópico do capítulo anterior deste trabalho.

Diante dessas considerações, parece claro que a questão não passa sequer pelo crivo inicial da teoria, ou seja, não ultrapassa os princípios parcelas da idoneidade e da necessidade. A mitigação do princípio da presunção de inocência, a par desses dados, não se mostra como medida adequada à solução do problema apontado: violência e impunidade. Pelas mesmas razões, a mitigação do princípio da presunção de inocência também não preenche o requisito da necessidade, ou seja, não se mostra como, entre as soluções possíveis, a menos restritiva aos direitos individuais. Ao revés, parece mesmo, analisando-se o contexto de modo global, ser uma das piores medidas, sob a perspectiva de restrição aos direitos individuais, mormente porque, como

¹⁴⁰ Cf. Conselho Nacional de Justiça, Cadastro Nacional de Presos, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/> [08.03.2020].

¹⁴¹ O Brasil possui, atualmente, a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas da presente nos Estados Unidos e na China. Para uma leitura complementar, cf. reportagem intitulada “País tem superlotação e falta de controle dos presídios”, edição de 24 de janeiro de 2019, Agência do Senado Federal, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/24/pais-tem-superlotacao-e-falta-de-controle-dos-presidios> [09.03.2020].

¹⁴² O foco desta dissertação de mestrado não é o da abordagem sociológica, de modo que não cabe aqui debater se a impunidade é a causa principal da violência ou mesmo se chega a ser mesmo uma de suas causas. Conquanto não se precise ir muito além na questão para se observar os apontamentos dos estudiosos do tema para outros fatores preponderantes para a violência no Brasil, a exemplo da dramática desigualdade social, ausência da presença do estado por meio das necessárias políticas públicas, ausência de oportunidades minimamente iguais (educação pública de baixa qualidade), bem como segregação social em razão da cor (genocídio negro). Para uma leitura complementar, cf. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), *Atlas da violência 2019*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (org.), Brasília, Rio de Janeiro e São Paulo, 2019, disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf [09.03.2020].

já referido em linhas anteriores, com tal medida sofre o indivíduo dano permanente e irreversível, uma vez que o tempo de encarceramento não está sujeito a reparação específica.

Ainda que assim o caso sob análise tivesse se sagrado vencedor no crivo dos princípios parcelares da idoneidade (adequação) e da necessidade, seguindo-se os passos rumo a ponderação, não haveria também melhor sorte. Com efeito, aplicando-se a proporcionalidade em sentido estrito, através da fórmula peso desenvolvida por Alexy para ponderação, o primeiro passo a ser seguido é o de se averiguar em que grau o princípio da presunção de inocência estaria sendo descumprido. No caso, considerando que, conquanto não observada a necessidade de trânsito em julgado da condenação, autorizando-se o encarceramento do réu apenas com condenação em segunda instância, ainda que a mitigação esteja a meio caminho, vez que, além destas, no máximo, haveria apenas mais duas instâncias (STJ e STF), é razoável o entendimento de que o grau de lesão seria de natureza grave na escala triádica, isso porque parcela significativa do princípio restaria descumprido por inteiro. Não existe uma mulher meio grávida, assim como não existe uma ação meio transitada em julgado. Os conceitos são absolutos e não comportam gradações. O descumprimento assim, sobre este prisma, seria integral. Some-se a isso o dano irreversível da medida para o indivíduo: privado de sua liberdade, após condenação em segunda instância, revertida a decisão nas instâncias extraordinárias, não haveria compensação para o dano sofrido. Nenhuma indenização de cunho pecuniário faz frente aos dias de liberdade frustrados ao cidadão.

O segundo passo da formulação seria o de comprovar a importância de cumprimento do princípio em sentido contrário, descortinando o peso de sua aplicação na escala triádica. Definir exatamente quais princípios contrários seriam estes é tema nebuloso, conforme o já exposto sobre a questão. No entanto, fixou-se, nesta dissertação de mestrado, que a oposição ao princípio da presunção de inocência se dá por um feixe de princípios implícitos na Carta Constitucional de 1988, capitaneados por uma vedação à impunidade. Ocorre que, nos termos do esmiuçado nas linhas antecedentes, a importância de seu cumprimento não seria elevada. Há que, de início, fazer uma separação entre os tipos de crimes aos quais se busca combater a impunidade, isso porque o universo é bastante heterogêneo, abarcando desde crimes contra o patrimônio de baixa ofensa, a exemplo do furto, a crimes graves, a exemplo de homicídios qualificados. Pontue-se que a debatida decisão de mitigação do princípio da presunção de inocência não faz distinção quanto ao tipo de crime pelo qual processado o réu. Observada tal distinção, nos crimes diversos dos ofensivos a vida, mostra-se patente o grau leve da importância do cumprimento de feixe de

princípios implícitos contrários à presunção de inocência, isso porque a liberdade possui valor inegavelmente superior ao patrimônio. Noutra prisma, quando aos crimes com ofensa à vida, a situação é diversa. O peso social e individual (da família e vítimas ofendidas) se revela de médio para grave, a depender da gradação da ofensa à vida. Neste contexto, na melhor das hipóteses, parece razoável, realizando um juízo médio, considerar que, num aspeto global, ao feixe de princípios constitucionais implícitos, representados pela ideia de vedação à impunidade poderia se atribuir um grau de médio a grave para a importância de seu cumprimento.

Reunidos tais dados, em respostas aos dois primeiros passos da fórmula proposta por Alexy, resta concluir o juízo efetivo de ponderação em sentido estrito, atestando, assim, se a importância de cumprimento do princípio em sentido contrário seria justificativa suficiente para grau de prejuízo ou não cumprimento do princípio da presunção de inocência. No caso concreto, como visto, a comparação se deu entre grau grave (princípio da presunção de inocência) e grau de médio a grave (vedação à impunidade), o que deixa assente a prevalência racional do grau de importância de se cumprir o princípio da presunção de inocência nos moldes em que previsto na Constituição de 1988. Diante dessas considerações, mostra-se claro que, por qualquer dos ângulos analisados, não há respaldo para a afirmação de que, aplicada a teoria da ponderação entre princípios, o princípio da presunção de inocência poderia ser constitucionalmente mitigado, permitindo, assim, o recolhimento do réu à prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da ação.

Mas não é só. A defeituosa aplicação da teoria da ponderação de Alexy, pelo Supremo Tribunal brasileiro, não se limita ao caso estudo no presente trabalho, não se constituindo, assim, em caso isolado¹⁴³. Ao revés, a constância do equívoco é tamanha que rendeu, no Brasil, a realização de uma tese de doutorado, produzida por Fausto Santos de Moraes, sob orientação de Lênio Luiz Streck, no programa de pós-graduação em direito da área de ciências jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Na tese, após longa análise comparativa entre as 189 decisões do STF, representantes da praxis adotada pelo tribunal nos últimos dez anos, e a teoria de Alexy, fundada na aplicação do princípio da proporcionalidade estrita aos casos de choque entre

¹⁴³ Na mesma trilha de críticas à hermenêutica jurídica aplicada pelo Supremo Tribunal Federal e demais juízes brasileiros, Cf. Lênio Luiz STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre, Livraria do advogado, 1999; Lênio Luiz STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do advogado, 2002; Lênio Luiz STRECK, “Regra ou princípio: Ministro equivoca-se ao definir presunção de inocência”, in *CONJUR*, 2011, disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministroflux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio> [22.12.2017]; Lênio Luiz STRECK, *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 4.^a ed. rev., Porto Alegre, Livraria do advogado, 2013.

princípios constitucionais, chegou-se à conclusão de que inexistia correspondência entre a teoria invocada em todos os casos analisados pelo doutorando¹⁴⁴.

Em resumo, realizado exercício de síntese, apontamos os principais pontos, indicados na referida tese de doutorado, de ofensa à teoria desenvolvida por Alexy e invocada pelo STF como razão de decidir, a saber: a) não há explicação uniforme acerca do procedimento adotado para a identificação dos princípios em colisão, chegando a haver casos em que se viu a aplicação da teoria da proporcionalidade quando existente apenas um princípio em discussão; b) o tribunal não se limitou a analisar choque apenas entre princípios, alocando bens, interesses, valores e direitos fundamentais, afastando-se, assim, da problemática para a qual foi criada a teoria invocada; c) nas 189 decisões analisadas não foi possível identificar nenhum caso que tenha seguido a metodologia desenvolvida por Alexy, seguindo os testes obrigatórios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). O trabalho conclui, ainda, que, diante desses dados, compreende-se que a invocação da teoria de Alexy é recurso performático, utilizado no intuito de dar imagem de justeza e correção na decisão tomada. Por isso, face a todas essas constatações, o autor do trabalho afirma que “o que se vê no STF é apenas um simulacro da teoria de Robert Alexy”¹⁴⁵.

Em arremate, quanto à aplicação da teoria de Dworkin e Alexy ao caso sob análise, necessárias ainda algumas considerações. É que se mostra importante pôr em relevo, a persistente e reiterada explicação de Alexy, em seus trabalhos sobre o tema, acerca das razões que o moveram a compor a sua “fórmula peso” de ponderação. Ele explica que seu objetivo era apresentar uma exposição racional do ato de ponderar, nos casos em que se verifica a colisão entre princípios, por considerar que quanto mais racional é a ponderação, mais legítimo é o ato de ponderar. Tudo a fim de objetar críticas de doutrinadores como Habermas¹⁴⁶, ao afirmar que “as suposições, que estão na base das sentenças sobre a intensidade da intervenção e do grau de importância, não são arbitrárias. Para elas, são citados fundamentos que se deixam escutar”¹⁴⁷. Dito isto, é de supor que Alexy, observando o uso de sua teoria pelo judiciário brasileiro, não estaria muito feliz. Isso porque, de forma sofisticada, parece que sua conhecida boa intenção e reputação

¹⁴⁴ Cf. Fausto Santos de MORAIS, *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, (Tese de Doutorado), São Leopoldo, UNISINOS, 2013, p. 297.

¹⁴⁵ Cf. Fausto Santos de MORAIS, *Hermenêutica e pretensão de correção...*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁴⁶ Cf. Robert ALEXY, *Constitucionalismo discursivo...*, *op. cit.*, p. 137. Para uma leitura complementar, cf. Wagner Amorim MADDOZ, “Crítica às soluções de colisão de direitos fundamentais” in *Revista de informação legislativa*, vol. 44, n.º 173, 2007, p. 315, disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141293> [12.03.2018].

¹⁴⁷ Cf. Robert ALEXY, *Constitucionalismo discursivo...*, *op. cit.*, p. 137.

na racionalização das decisões foi utilizada para efeito oposto ao que pretendido pelo doutrinador. De modo sofisticado, sua teoria é invocada, de forma equivocada, para justificar uma decisão que, a rigor, poderia muito bem, como tantas outras, compor o grupo das decisões de fundo arbitrário apontadas por Habermas na crítica feita aos esforços de Alexy.

4. Presunção de inocência no Brasil: um princípio-regra

Como já visto, na trilha das obras de Dworkin e Alexy sobre o tema, havendo choque entre princípios, não caberia falar em eliminação de um em detrimento do outro, mas sim na utilização máxima dos dois, dentro das possibilidades fáticas do caso, de modo a conferir a cada um deles o máximo grau de efetividade possível. Nesse caso, deve sempre haver uma harmonização dos princípios, de modo a necessariamente permitir sua aplicação conjunta. Com as regras¹⁴⁸, no entanto, a situação seria diversa: quando em conflito, necessariamente, uma delas será aplicada e a outra não, usando-se, para tanto, diversos critérios há muito consagrados pela doutrina – a exemplo dos critérios temporal e de especialidade. Em resumo: por não constituírem norma de inspiração e fundamento do ordenamento jurídico (mas simples normas), as regras *ou* são aplicadas estritamente *ou* são afastadas por completo – em razão da aplicabilidade de outra regra que lhe seja contrária.

Na senda da referida teoria, merece atenção o fato de que, na Constituição Brasileira de 1988, o constituinte originário decidiu por bem formular a seguinte norma fundamental: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5.º, LVII). Observe-se, portanto, que, a um só tempo, a referida norma encerra um princípio e uma regra, isso porque a sua parte final dispõe um dado objetivo e não sujeito a ponderações – o trânsito em julgado. Referido dado distingue a norma brasileira sobremaneira das normas previstas alhures quanto a esta matéria. Isso porque, no geral, a presunção de inocência é constituída apenas como um princípio. Por isso, contém elementos abertos de interpretação, a exemplo do texto constante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, citado no tópico precedente, em que se expõe que “todo acusado é considerado inocente até ser

¹⁴⁸ Para uma leitura complementar, cf. Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005. Cf., também, Robert ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, 5.ª ed, *in* Virgílio Afonso da Silva (trad.), São Paulo, Malheiros, 2008.

declarado culpado”. Note-se que nesta construção não se tem previamente a certeza da correta interpretação, no caso concreto, das palavras “acusado”, “inocente” e “culpado”. O sentido caberá ao intérprete da norma, por serem estes conceitos abertos.

No caso brasileiro, contudo, como exposto acima, há a colocação de uma partícula final objetiva, o “trânsito em julgado”. Diante de tal redação não é possível vislumbrar maiores dificuldades interpretativas. A doutrina e a própria lei (mais especificamente o artigo 502 do CPC, combinado com o artigo 3.º do CPP) expõem que se considera transitada em julgado *a decisão de mérito não mais sujeita a recurso*. Nessa senda, mostra-se claro que, no caso brasileiro, o “princípio da presunção de inocência”, na forma como previsto na Carta Constitucional, é, a um só tempo, princípio e regra, devendo, como tal, ser analisado e aplicado. O que, também sob este prisma, torna duvidosa a constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado, na medida em que às regras, na trilha, repise-se, da teoria invocada pelos próprios ministros, aplica-se a técnica de subsunção, não estando sujeitas, portanto, à ponderação¹⁴⁹.

5. A mutação constitucional

A mutação constitucional é apontada pelo Ministro Luís Roberto Barroso como um dos fundamentos para execução da pena após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da condenação. Nesse sentido, no voto emitido quando do julgado do HC 126292, ocorrido no ano de 2016, afirmou o ministro que “houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação¹⁵⁰. Note-se, ainda, que ele amolda o caso à teoria consignando a conclusão de que “trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito”.

¹⁴⁹ Esta dissertação não desconhece as críticas formuladas aos trabalhos de Dworkin e Alexy quanto ao entendimento de que as regras não comportam juízo de ponderação. No entanto, como exposto, o escopo do presente estudo é analisar os debates e fundamentos adotados nas decisões emanadas pelo STF sobre a questão. Para compreensão dos fundamentos de tais críticas e para uma leitura complementar, cf. Bruno SACRAMENTO, “A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy” in *Revista Direito GV*, vol. 15, n.º 2, 2019, disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201917> [09.03.2020].

¹⁵⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 37.

Tal instituto é conceituado, sem maiores debates, pela doutrina, em linhas gerais, como a alteração do sentido da norma constitucional sem que ocorra mudança em seu texto¹⁵¹. Tal fenômeno é descrito, pela primeira vez na literatura jurídica, por Paul Laband e Georg Jellinek, integrantes da Escola Alemã de Direito Público, na segunda metade do século XIX. A questão surgiu no bojo do embate entre positivismo normativo e realidade social, no bojo do estudo de uma Constituição fragmentária (Constituição do Império Alemão de 1871).

Avançando no tempo, no período do pós-guerra, Konrad Hesse dá continuidade ao estudo do tema, em sua obra intitulada “A força Normativa da Constituição”. A questão passa a ser tratada não mais como mera descrição de um fenômeno, tendo Hesse formulado uma teoria da mutação constitucional que, além de teorizar a questão, discorreu sobre a fixação de seus limites. Ele reconhece a importância da realidade social no contexto da interpretação constitucional, contrapondo-se, assim, a uma visão puramente positivista, mas, na construção de sua teoria sobre o tema, adota o método normativo-estruturante, criado por Friedrich Muller, no objetivo traçar limites, de modo a coibir arbitrariedade.

Nesse sentido, Hesse sustenta que toda norma teria um âmbito e um programa normativos e que seria através deles que se imporiam limites ao que se consideram fatos modificados ou novos. Por isso, Hesse afirma que “o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do traço traçado pelo texto”¹⁵². O texto normativo, portanto, serviria de freio ao uso arbitrário da mutação constitucional, isso porque provar que determinado fato (supostamente novo ou alterado na realidade) pertence ao âmbito normativo daquela norma impõe ao operador do direito a observância a delimitação que não existia acaso apenas as forças normativas dos fatos em geral ou alegadas necessidades do Estado fossem suficientes a tais modificações.

Ao discorrer sobre o tema da mutação constitucional, Uadi Lammêgo Bulos¹⁵³ faz importante advertência acerca do ativismo judicial praticado sob a pecha de mutação constitucional. Tem-no por perigoso veículo de fraude à Constituição, ao apontar que “por meio do ativismo judicial, o Poder Judiciário passa a ser um órgão incontrolável cujos membros podem

¹⁵² Cf. Konrad HESSE, “Limites da mutação constitucional”, in *Temas fundamentais do direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 152.

¹⁵³ Cf. Uadi Lammêgo BULOS, *Curso de direito constitucional*, 9.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 442-443.

até invocar a “doutrina das questões políticas”, para, de modo desmensurado, desbordarem as raias da função jurisdicional”, gerando, conclui, mutações inconstitucionais.

Trazendo a questão para o caso concreto discutido nesta dissertação, os limites para uma interpretação fincada em mutação constitucional, obrigatoriamente, estariam adstritos aos fatos inseridos no âmbito normativo dos elementos extraídos do texto constitucional, qual seja: culpado, trânsito em julgado e sentença penal condenatória. Nesse diapasão, partindo do texto normativo, seria possível conjecturar o conceito de “culpado” e eventual alteração de seu sentido na sociedade, seria este, portanto, um elemento da norma passível de mutação constitucional. Ocorre que o texto legal possui um componente na parte final de seu texto (trânsito em julgado) que condiciona o elemento inicial (culpado). E tal elemento final (trânsito em julgado), flagrantemente, não passou por qualquer alteração de sentido na realidade social ou mesmo no direito, em uma aceção positivista.

A razão apontada para a inexistência, e mesmo resistência, a uma alteração no sentido jurídico atribuído ao conceito de trânsito em julgado, constou dos votos de alguns ministros: a alteração do sentido reverberaria em todas as áreas do direito, repercutindo, assim, no âmbito civil, trabalhista, tributário etc., fato que além de não existir no mundo real, não é desejado pela sociedade. Nos debates sobre o tema, ocorrido no julgamento do ano de 2016, o Ministro Gilmar Mendes lembra dos esforços malogrados do ex-ministro, César Peluso, na apresentação de uma emenda à constituição que alterasse o sentido de trânsito em julgado. Na oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes afirmou, como razão de decidir de seu voto, que a realidade institucional é de difícil modificação isso porque, afirma, tal alteração teria “reflexo não só na área do Direito Penal, como também na área do Direito Civil, gerando, então, um fenômeno de grande insegurança jurídica, com a possibilidade de execução provisória também no campo do Direito Civil em geral”¹⁵⁴.

Neste cenário, mostra-se claro que não existem fatos de realidade social que respaldem a alegação de mutação constitucional quanto ao alcance e sentido do princípio da presunção de inocência. E, neste ponto, é importante que se diga que os fundamentos invocados pelo Ministro Luís Roberto Barroso para o entendimento da ocorrência de mutação ferem os limites que ele próprio concorda que precisam ser observados quando se realiza uma alteração do sentido da norma por mutação constitucional: o texto da norma. A alegação de sentimento social

¹⁵⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de fevereiro de 2016, proferido no *Habeas Corpus* N.º 126.292/SP, *cit.*, p. 86.

de impunidade (fundamento geral de seu voto), para além de não guardar relação de causa e efeito (como demonstrado ao longo desse trabalho), extrapola os limites do texto normativo, ou, na doutrina de Hesse, o âmbito e programa normativo.

A exposição do ministro se mostra incongruente, ainda, com sua própria carreira doutrinária. Isso porque o Ministro Luís Roberto Barroso, muito antes de se tornar integrante da mais alta Corte brasileira, sagrou-se conhecido no meio jurídico brasileiro por sua atuação acadêmica, tendo produzido obras de reconhecido peso doutrinário. Em uma delas, intitulada, “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”, o ministro, ao tratar do tema da mutação constitucional, afirmou que “a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”¹⁵⁵.

Outro ponto que salta aos olhos, na fundamentação do ministro, é o apontamento de que teriam ocorrido duas mutações constitucionais: uma em 2009 (quando se determinou o efetivo cumprimento do texto constitucional, com exigência do trânsito em julgado para efetivo encarceramento) e outra em 2016 (quando se decidiu por não mais se exigir o cumprimento do texto normativo). A oscilação em si, ocorrida em tão pequeno espaço de tempo (sete anos), somada a nova alteração, ocorrida no recente ano de 2019, para retomar a posição adotada dez anos atrás, desnuda, para além de uma clara ausência de efetiva mudança social (vez que não se mostra factível uma alteração de fato social em espaço tão exíguo de tempo), uma provável atuação do Supremo Tribunal Federal fora de suas balizas constitucionais e institucionais.

¹⁵⁵ Cf. Luís Roberto BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 7.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 92.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise realizada na presente dissertação sobre o tema, algumas conclusões saltam aos olhos e parecem terem obtido um consenso na doutrina sobre o tema, mormente após a revisão do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no final do ano de 2019, em que, mais uma vez alterando sua posição, passou a considerar a necessidade perentória do trânsito em julgado para recolhimento do condenado à prisão. Tal decisão, pela primeira vez, deu-se no bojo de uma ação de alcance *erga omnes*, vez que se tratou de uma declaração de constitucionalidade, no pleno exercício, portanto, da primordial função constitucional atribuída à Corte. Todas as conclusões extraídas da longa exposição convergem para a conclusão de que não há mesmo permissivo constitucional para o recolhimento do réu condenado, após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado.

Para tanto, o primeiro ponto que se levanta é o da análise acerca do conceito de culpa. Demonstrou-se na presente dissertação que a Corte, conquanto tenha oscilado em julgamentos anteriores pela possibilidade do encarceramento nestes casos, não apontou outra razão que não a culpa como fundamento de tais prisões. O que, partindo de uma primeira análise apenas interpretativa do princípio da presunção de inocência, na forma como inculcado pela norma constitucional brasileira, mostrar-se-ia flagrantemente contrário ao texto expresso do dispositivo constitucional, vez que se estaria reputando culpado réu cuja condenação ainda não passou pelo crivo do trânsito em julgado.

Outro ponto muito debatido referiu-se à impossibilidade de se discutir fatos e provas após segunda instância, sendo esta a razão apontada por muitos para a flexibilização da exigência do trânsito em julgado. A construção do raciocínio mostrou-se problemática. Ora, a circunstância de poder ou não haver discussão acerca de fatos e provas nas instâncias extraordinárias em nada altera a ausência de trânsito em julgado da decisão, mormente porque o que importa é se a condenação em si pode ou não ser alterada. E é certo que, em sede de instância extraordinária pode o processo vir a ser anulado ou mesmo ser o condenado absolvido. Além disso, a exigência da CF de que ocorra “trânsito em julgado” se mantém inalterada. A Corte não apontou nenhuma alteração no conceito de trânsito em julgado sedimentado no judiciário brasileiro. Em nenhuma das várias decisões tomadas pela composição plenária da Corte brasileira houve a adoção do entendimento de que o elemento “trânsito em julgado” da norma constitucional sob análise teria compreensão de sentido diversa da historicamente adotada pela doutrina brasileira. Ao revés, as

próprias decisões deixam claro que estariam afastando a aplicação de tal elemento, porque, inquestionavelmente, nos casos tratados, não teria ocorrido, ainda, o trânsito em julgado.

Esclareceu-se, também, que não haveria amparo infralegal para conclusão diversa da necessidade de trânsito em julgado da condenação para que se efetuasse o encarceramento do réu condenado em razão da culpa, isso porque norma infraconstitucional, contida no Código de Processo Penal, vincula a prisão de qualquer pessoa a apenas três possibilidades: flagrante delito, prisão cautelar, trânsito em julgado da condenação. Concluiu-se, portanto, que o legislador efetuou interpretação das normas constitucionais acerca do tema, apontando, assim, qual o norte a ser seguido pelo judiciário na questão.

Diante disso, a tese segunda a qual a partícula “culpado” da norma constitucional restaria com seu conceito alterado também não se sustentou. O entendimento era de que a expressão “culpado”, contida no texto constitucional, pode ser interpretada pelo legislador, de modo que, a priori, entende-se que o artigo 5.º, LVII, da CF não vedaria de per si a execução provisória da sanção criminal. Ocorre que, como visto, o legislador caminhou em sentido oposto ao apontado. O raciocínio fere elemento básico da lógica. Parece natural que apenas se deve tratar como culpado aquele cuja culpa tenha sido definitivamente reconhecida pelo poder judiciário. Ainda que caiba ao legislador e o ao julgador explicitar o que se entenda por culpado, seria muito tortuoso aos dois explicar como alguém que não foi condenado de forma definitiva estaria sofrendo uma das maiores privações em um estado de direito: a prisão. Note-se que a situação é distinta quando, no caso concreto há situação de cautelaridade, sendo a prisão, portanto, justificada por meio da exceção constitucional. Ausente a cautelaridade, no entanto, nada sobra que fundamente a prisão a não ser o juízo de culpa. Dessa forma, estar-se-ia inegavelmente infringindo o disposto na Magna Carta brasileira.

Também os fundamentos não jurídicos, invocados por parcela da Corte, restaram não confirmados empiricamente. O principal deles seriam a suposta relação entre a exigência de trânsito em julgado da condenação para o efetivo encarceramento do réu e a impunidade. Conforme exposto ao longo desta dissertação, o Conselho Nacional de Justiça produziu longo estudo sobre a questão, concluindo pela ausência de relação de causa e efeito entre a exigência de trânsito em julgado e a impunidade. Na oportunidade, outros elementos foram apontados como razão para impunidade, auferida na medida da prescrição das penas aplicadas, a exemplo da morosidade do sistema de persecução penal brasileiro, desde a apuração dos crimes até o julgamento final. A impunidade, portanto, teria mais relação com o tempo de espera para que se

cumpra um mandado judicial, se elabore uma sentença ou se expeça uma carta precatória, do que com a existência de mecanismos recursais postos a disposição do réu.

A hipótese de mutação constitucional aventada por alguns ministros, todavia, não sobreviveu. A simples conceituação do instituto resolveu a questão. É que a mutação nada tem a ver com o sentimento político da sociedade ou dos juristas, mas sim, com a mudança real da compreensão de uma determinada expressão, e, no caso, “trânsito em julgado” continua possuindo o mesmo significado, seja por força da doutrina seja por disposição legal. Alguns ministros da Corte brasileira, em mais de uma oportunidade, também defenderam que deveria haver uma flexibilização da norma constitucional, excluindo a exigência do trânsito em julgado, face a não existência dessa previsão em vários outros diplomas internacionais. Os dois argumentos lançados, como se viu, não contaram com elementos técnicos. Fizeram-se unicamente em um juízo político que, data vênia, sequer compete a Corte emitir. O Supremo Tribunal Federal agir como “guardião da Constituição” significa que a ele cabe apenas manter o espírito do que produzido pelo constituinte, não lhe sendo possível inovar, mediante escolhas políticas. Falta à corte representatividade democrática para tanto. O papel do Supremo Tribunal Federal circunscreve-se à obrigação constitucional de dizer à Nação como a Constituição de fato é, não como ela deveria ser.

Por último, a principal, e mais emblemática, das conclusões postas refere-se ao uso absolutamente equivocado da teoria dos princípios, formulada por Dworkin e Alexy, pelo STF na análise da matéria posta. Como se viu, o Corte equivocou-se em cada uma das etapas elaboradas por Alexy na equação a que deu o nome de “fórmula peso”. Desde a escolha difusa do princípio ou conjunto de princípios apontados como postos em rota de colisão com a presunção de inocência, até a aplicação dos elementos da dita fórmula. E a questão torna-se ainda mais relevante quando se observa que a utilização errônea da teoria invocada não se trata de fato pontual, mas sim de uma prática reiterada da Corte, conforme o demonstrado por estudo citado no último capítulo desta dissertação. Além disso, defendemos a peculiaridade do princípio da presunção de inocência no Brasil, que, a um só tempo, guarda natureza de princípio e regra. Seu exame, por isso, seria de validade e não de peso, de modo que a técnica da ponderação não seria adequada ao caso, ainda mais tendo em vista o risco ou possibilidade de a mesma servir de máscara para a adoção de posições políticas. A Constituição brasileira, portanto, trouxe aos cidadãos a ela vinculados garantia aumentada, ao incluir no bojo do seu princípio de presunção de inocência a exigência de trânsito em julgado da decisão que decide culpar um indivíduo.

LISTA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert, *Constitucionalismo discursivo*, tradução portuguesa de Luís Afonso Heck, 3.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

- , Teoria dos direitos fundamentais, 5.ª ed, in Virgílio Afonso da Silva (trad.), São Paulo, Malheiros, 2008.

AMARAL, Augusto Jobim do e CALEFFI, Paulo Saint Pastous, “Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF”, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n.º 3, 2017, disponível em: <http://spcaleffi.com.br/pre-ocupacao-de-inocencia-e-execucao-provisoria-da-pena-uma-analise-critica-da-modificacao-jurisprudencial-do-stf/> [12.01.2020].

ANTUNES, Flávio Augusto, *Presunção de inocência e direito penal do inimigo*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

ASSIS, Julya Martins de, “O princípio da presunção da inocência frente à efetividade das decisões judiciais no julgamento do HC 126.292 pelo STF”, in *Âmbito Jurídico*, 2018, disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/o-principio-da-presuncao-da-inocencia-frente-a-efetividade-das-decisoes-judiciais-no-julgamento-do-hc-126-292-pelo-stf/> [12.01.2020].

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo Penal*, Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 2012.

BARBAGALO, Fernando Brandini, *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual brasileiro*, Brasília, TJDFT, 2015.

BARBOSA, Rui, *Oração aos moços*, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARRETO, Camila Pereira e TENÓRIO, Gabriel Athayde de Vasconcelos, “A eficácia do garantismo penal e a execução provisória da pena: a decisão do supremo tribunal federal no HC 126.292/SP”, *in I Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior de Magistratura do Estado de Alagoas – ENPEJUD*, 1^a ed., Alagoas, 2016, disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/69> [20.01.2020].

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

BECCARIA, Cesare, “Dos delitos e das penas” *in* Ridendo Castigat MORAES (ed.), s/d, disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf> [02.04.2018].

BELINI, Renato, “Execução provisória da pena no Brasil as irracionalidades da atual jurisprudência do STF”, *in Revista brasileira de ciências criminais- Execução penal: mitos, desafios e horizontes*, n.º 145, 2018, disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6580910> [12.01.2020].

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

BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 15.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot, *Curso de processo penal*, 7.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

BRASIL, Deilton Ribeiro, “A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais”, *in Revista de Direito Brasileira*, vol. 15, n.º 6, 2016, disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3038/2785> [12.01.2020].

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de direito constitucional*, 9.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de direito constitucional*, 9.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

CAMARGO, Mônica Ovinski de, *O Estado e o indivíduo: o conflito entre punir e libertar – História da presunção de inocência no Brasil (1948-2000)*, (Dissertação de Mestrado), Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação histórica dos direitos humanos*, 3.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

COMTE, Auguste, *Curso de filosofia positiva: seleção de textos de José Arthur Giannotti*, tradução portuguesa de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos, São Paulo, Abril Cultural, 1978.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et. al.*, *Curso de direito processual civil*, vol. 2. 10.^a ed., Salvador, Jus Podivm, 2015.

DWORKIN, Ronald, *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2014.

-, *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1977, tradução Portuguesa de Nelson Boeira, *Levando os direitos a sério*, 2.^a, ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007.

ERRERIAS, Nancy Bersani, *O princípio da presunção de inocência: garantias constitucionais e o conflito de liberdade*, (Dissertação de Mestrado), Belém, Universidade Paraense (UNIPAR), 2007.

FERNANDES, Felipe Nantes e FRUCTUOZO, Ligia Maria Lario, “A questão principiológica e histórica da presunção de inocência no Brasil”, *in Encontro de Iniciação Científica*, vol. 15, n.º 15,

2019, disponível em:
<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7777> [13.01.2020].

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, Ana Paula Zomer Sica (trad.), 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4.^a ed., São Paulo, Atlas, 2003.

FRIEDE, Reis, *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, *et. al.*, “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 [12.01.2020].

GIACOMOLLI, Nereu José, *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, São Paulo, Atlas, 2014.

GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 48.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991.

GOMES, M. G. M., *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*, São Paulo, Atlas, 2008.

HESSE, Konrad, “Limites da mutação constitucional”, *in Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2009.

HOFFMAM, Fernando, *et. al.*, “Do normativismo à principiologia na interpretação/decisão jurídica”, in *Revista Pensar*, Fortaleza, vol. 17, n.º 2, 2012.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, *Atlas da violência 2019*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (org.), Brasília, Rio de Janeiro e São Paulo, 2019, disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf [09.03.2020].

IOTTI, Paulo, “Análise: os inúmeros equívocos da maioria do STF no julgamento da presunção de inocência”, in *Justificando: Mentas Inquietas Pensam Direito*, 10 de abril de 2018, disponível em: <http://www.justificando.com/2018/04/10/analise-os-inumeros-equivocos-da-maioria-do-stf-no-julgamento-da-presuncao-de-inocencia/> [07.04.2019].

KURKOWSK, Rafael Schwez e SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, “Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública”, in *E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte*, vol. IX, n.º 2, 2016, disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index> [22.01.2020].

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim e GUIMARÃES, Stenio Henrique Sousa, “As implicações da execução provisória de pena em 2ª instância e a problemática da prescrição”, in *JusBrasil*, 2017, disponível em: <https://joaquimleitaojunior.jusbrasil.com.br/artigos/437413538/as-implicacoes-da-execucao-provisoria-de-pena-em-2-instancia-e-a-problematika-da-prescricao> [12.02.2020].

LOPES, Karoline Fernandes Pinto, “Execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: análise do retrocesso (in)constitucional do SRF”, in *Periódico Dizer*, vol. 02, 2017, disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/dizer/article/view/31619/73146> [20.01.2020].

MADOZ, Wagner Amorim “Crítica às soluções de colisão de direitos fundamentais” in *Revista de informação legislativa*, vol. 44, n.º 173, 2007, disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141293> [12.03.2018].

MARTINELLI, Luana Pietrobelli e GALLI, Tiago, “Execução provisória da pena: uma análise sobre a sua (in)constitucionalidade” *in Revista Jurídica – Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea*, vol. 03, n.º 01, 2019, disponível em: http://revistas.fw.uri.br/index.php/rev_jur_direitoecidadania/article/view/3444/2843 [20.01.2020].

MORAES, Maurício Zanoide, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*, Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MORAIS, Fausto Santos de, *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, (Tese de Doutorado), São Leopoldo, UNISINOS, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Ainda e sempre a coisa julgada*, Revista dos Tribunais, 1970.

NEVES, Marcelo, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, São Paulo, Martins Fontes, 2013.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves, *Curso de direito constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de processo penal comentado*, 13 ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014.

OGAWA, Wild Afonso, “Princípio da não culpabilidade”, *in Direito contemporâneo: revista online do curso de Direito da Faculdade Sul-Americana*, Jardim da Luz, Goiânia, vol. 1, n.º 1, 2012.

OLIVEIRA, Gabrielle Ferreira de, e RIBEIRO, Thiago Aramizo, “A inconstitucionalidade da execução provisória da pena com o advento da constituição da república federativa do Brasil de 1988”, *in Revista Jurídica Direito e Realidade*, vol. 07, n.º 8, 2019, disponível em:

<http://fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/1651/1092>
[21.01.2020].

PACELLI, Eugênio, *Curso de processo penal*, 21.^a ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Atlas, 2017.

PATRÍCIO, Rui, *A presunção da inocência no julgamento em processo penal - Alguns problemas*, Coimbra, Almedina, 2019.

PENNINGTON, Kenneth, "Innocent until proven guilty: the origins of a legal maxim" in *The Jurist*, vol. 63, 2003, disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=scholar> [03.04.2018].

PINO, Giorgio, *Teoria analítica del diritto i - la norma giuridica*, Pisa, Edizioni ETS, 2016.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, 13.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

SACRAMENTO, Bruno, "A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy" in *Revista Direito GV*, vol. 15, n.º 2, 2019, disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201917> [09.03.2020].

SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11.^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

-, "Conceito de direitos e garantias fundamentais" in Vidal Serrano NUNES JUNIOR, *et. al.*, (coord.), *Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Direito Administrativo e Constitucional*, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

SILVA, Bruna, "Uma breve análise acerca da (in)eficácia da Constituição Cidadã frente a possibilidade de execução provisória da pena em um Brasil juristocrático", in *Revista de Direito Unifasc - Debate Virtual*, n.º 30, 2019, disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6313/3856> [15.01.2020].

SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 37.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da, “O Supremo Tribunal Federal precisa de lolau: Resposta às objeções de marcelo neves ao sopesamento e à otimização”, in *Revista Direito UNB*, vol. 02, n.º 1, 2016, disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2016-UnB-2-lolau.pdf> [12.02.2020].

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*, 2.^a ed., Natal, OWL, 2015.

STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre, Livraria do advogado, 1999.

-, “Interpretação conforme não pode usurpar o papel do legislador!”, in *Consultor Jurídico*, 24 de outubro de 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-24/senso-incomum-interpretacao-conforme-nao-usurpar-papel-legislador> [01.11.2019].

-, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do advogado, 2002.

-, *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 4.^a ed., Porto Alegre, Livraria do advogado, 2013.

-, “Regra ou princípio: Ministro equivoca-se ao definir presunção de inocência”, in *CONJUR*, 2011, disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministrefux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio> [22.12.2017].

-, “Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!”, in *Consultor Jurídico*, 2016, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf> [12.01.2020].

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de, “A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança”, in *Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 2008.

TRINDADE, Matheus Gonçalves dos Santos, “A (im)possibilidade de execução provisória da pena no Brasil”, in *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, vol. 12, n.º 1, 2017, disponível em <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/101> [12.02.2020].

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, vol. 1, 32.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

VIEIRA, José Ribas e RESENDE, Ranieri Lima, *Execução provisória da pena: causa para a corte interamericana de direitos humanos?*, 2016, disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016 [20.02.2020].

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Jurídica: Del Modelo Juspositivista Legalista Decimonónico a Las Nuevas Perspectivas*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 1999, tradução portuguesa de Susana Elena Dalle Mura, *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista- legalista do século XIX às novas perspectivas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.