

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

**GABRIELA BEZERRA NUNES**

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: uma  
análise crítica da conformação dos direitos fundamentais pelo STF**

São Luís  
2018

**GABRIELA BEZERRA NUNES**

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: uma  
análise crítica da conformação dos direitos fundamentais pelo STF**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Federal do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Paulo César Aguiar Martins Vidigal.

São Luís

2018

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Nunes, Gabriela Bezerra.

Presunção de inocência e execução antecipada da pena : uma  
análise crítica da conformação dos direitos fundamentais pelo STF /  
Gabriela Bezerra Nunes. - 2018.  
89 f.

Orientador(a): Paulo Cesar Aguiar Martins Vidigal. Monografia  
(Graduação) - Curso de Direito, Universidade  
Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

1. Direitos Fundamentais. 2. Execução antecipada da pena. 3.  
Interpretação Constitucional. 4. Princípio da presunção de inocência.  
5. Supremo Tribunal Federal. I. Vidigal, Paulo Cesar Aguiar Martins.  
II. Título.

**GABRIELA BEZERRA NUNES**

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: uma  
análise crítica da conformação dos direitos fundamentais pelo STF**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Federal do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Profº Esp. Paulo Cesar Aguiar Martins Vidigal**

Orientador

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

A Wanda, Marco, e Rafael.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a minha família, em especial aos meus pais Wanda Souza Bezerra e Marco Antonio Pereira Nunes e ao meu irmão Rafael Bezerra Nunes, pelo apoio, conselhos, compreensão e, sobretudo, amor incondicional em cada etapa da minha vida. São a minha base e, por isso, devo a eles todas as minhas conquistas.

Sou muito grata também aos meus professores e colegas de universidade por toda experiência compartilhada que me permitiram amadurecer como pessoa. Dentre todos, faço especial agradecimento às amigas, Larissa Uchoa, Lívia Moraes, Paula Freire, Tallyta Leite e Thuane Torres. Verdadeiras parceiras que fizeram a graduação mais leve, dividindo angústias e alegrias. Amizade que levo para a vida.

Agradeço também aos mentores que tive no Ministério Público do Estado do Maranhão, onde fui estagiária durante a graduação, os Promotores Esdras Liberalino, Alexandre Rocha, além de Diogo Leonardo e Leo. Por todo ensinamento prático em matéria penal, que será fundamental para a minha vida profissional.

Por fim, agradeço ao professor e orientador Paulo Vidigal, pelos ensinamentos dados ao longo do curso e pela orientação na elaboração deste trabalho.

*“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.*

(Albert Einstein)

## RESUMO

A presente monografia discute a constitucionalidade da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 / SP, em 2016, no qual permitiu a execução antecipada da pena privativa de liberdade após confirmação da decisão em segunda instância. Parte-se da premissa que a decisão afronta o princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º, inc. LVII, da CRFB / 88, o qual determina que a definição da culpa no processo penal apenas ocorre após o trânsito em julgado da decisão sentença penal condenatória. Defende-se que a corte excedeu sua função de proteger os direitos e garantias prescritas no texto constitucional, em atividade discricionária fundamentada na ponderação de princípios, legitimando uma política penal repressiva. Para tanto, através do método dedutivo, fez-se um estudo dos principais princípios penais dispostos na Constituição, com ênfase na presunção de inocência, bem como dos principais institutos ligados à execução provisória: prisões cautelares e recursos extraordinários e seus efeitos. Ao final, fez-se um estudo acerca do papel que cabe ao Supremo Tribunal Federal no meio democrático e a tendência de utilização da interpretação do direito constitucional de forma a alterar o conteúdo substancial de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Princípio da presunção de inocência. Execução antecipada da pena. Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais. Interpretação Constitucional.

## ABSTRACT

This monograph discusses the constitutionality of the decision taken by the Supremo Tribunal Federal in the judgment of *Habeas Corpus* n° 126.292 / SP, in 2016, in which it allowed the early execution of the custodial sentence after confirmation of the decision in the second instance. It starts from the premise that the decision defies the principle of presumption of innocence, provided in art. 5th, inc. LVII, of CRFB / 88, which establishes that the definition of guilt in the criminal process only occurs after there is no more appeals left for contesting the conviction sentence. The monograph argues that the court exceeded its function of protecting the rights and guarantees prescribed in the constitutional text, in a discretionary activity based on the weighting of principles, legitimizing a repressive criminal policy. In order to do so, through the deductive method, a study was made of the main criminal principles laid down in the Constitution, with emphasis on the presumption of innocence, as well as the main institutes related to provisional execution: precautionary prisons and extraordinary appeals and their effects. In the end, a study was made about the role of the Supremo Tribunal Federal in the democratic environment and the tendency to use constitutional interpretation in order to change the substantive content of fundamental rights.

**Keywords:** Principle of presumption of innocence. Early execution of sentence. Supremo Tribunal Federal. Fundamental rights. Constitutional interpretation.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>2</b>	<b>PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DEMAIS GARANTIAS PENAIAS CONSTITUCIONAIS</b> .....	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>Princípio da presunção de inocência ou da presunção da não culpabilidade..</b>	<b>14</b>
2.1.1	Histórico .....	15
2.1.2	Conceito e extensão .....	19
<b>2.2</b>	<b>Devido processo legal</b> .....	<b>23</b>
<b>2.3</b>	<b>Contraditório e ampla defesa</b> .....	<b>24</b>
<b>2.4</b>	<b>Razoável duração do Processo e da efetividade das decisões judiciais</b> .....	<b>28</b>
<b>2.5</b>	<b>Duplo Grau de jurisdição</b> .....	<b>31</b>
<b>3</b>	<b>ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS E LEGAIS ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA..</b>	<b>33</b>
<b>3.1</b>	<b>Entendimento jurisprudencial a respeito da execução antecipada da pena e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44</b> .....	<b>35</b>
<b>3.2</b>	<b>As prisões cautelares admitidas no processo penal brasileiro</b> .....	<b>43</b>
3.2.1	Da incompatibilidade da prisão em segunda instância com o sistema processual brasileiro .....	46
<b>3.3</b>	<b>Recursos extraordinários no âmbito penal</b> .....	<b>49</b>
3.3.1	Efeitos devolutivo e suspensivo em matéria processual penal .....	53
<b>4</b>	<b>O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>57</b>
<b>4.1</b>	<b>A evolução das teorias da constituição: do constitucionalismo antigo ao constitucionalismo contemporâneo</b> .....	<b>58</b>
<b>4.2</b>	<b>Da normatividade dos princípios de direitos fundamentais</b> .....	<b>64</b>
4.2.1	A técnica da ponderação na hermenêutica constitucional .....	66
<b>4.3</b>	<b>Da discricionariedade dos juízes na interpretação de normas constitucionais</b> .....	<b>74</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>79</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>82</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência é previsto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988 e compõe o extenso rol de direitos fundamentais trazidos no texto constitucional que marcou o período de redemocratização do país e instituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Apesar de positivado apenas com o advento da Constituição de 1988, este princípio já era reconhecido nos ordenamentos jurídicos anteriores por força dos tratados de direito internacionais. No entanto, não com o conteúdo dispensado pela atual Constituição.

Foi após a Revolução Francesa de 1789, que culminou no nascimento dos primeiros Estados de Direito, que a liberdade começou a ser pensada como direito indisponível de todo ser humano. De cunho liberal, estes Estados fundavam-se na harmonia entre o binômio da liberdade individual (*jus libertatis*) e do direito de punir do Estado (*jus puniendi*). Em outras palavras, a liberdade, direito fundamental de primeira geração, constitui o alicerce do Estado de Direito e funciona como uma abstenção da atuação estatal, um verdadeiro direito negativo dos cidadãos.

O princípio da presunção de inocência ou da presunção da não culpabilidade é originado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e se manifesta a partir do devido processo legal. Pode-se vislumbrar sua importância pelo fato do referido princípio ser indispensável para a realização do direito fundamental da liberdade, provocando no âmbito penal importantíssimas repercussões, tanto na tratativa do acusado, quanto no direito probatório.

No Brasil, após mais de vinte anos de ditadura militar, a liberdade foi alçada a direito indisponível dentro do Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988 e sua expressão máxima está em seu art. 5º, inc. LVII, o qual determina que todos devem ser tratados como inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O alcance normativo da presunção de inocência foi opção do legislador constituinte que, ressalta-se, vinha de uma época de total desrespeito aos direitos individuais dos cidadãos. Na positivação deste princípio, o constituinte foi além do previsto nos tratados internacionais, impondo um marco temporal para sua aplicabilidade: o trânsito em julgado, o que deve ser entendido como um impeditivo para a aplicação de pena ao condenado.

Como direito fundamental constitucional, a presunção de inocência tem aplicabilidade imediata, funcionando como fator interpretativo da legislação ordinária ulterior e como filtro

da atuação do legislador, assim como dos tribunais pátrios, sobretudo da Suprema Corte, órgão de interpretação e defesa da Constituição.

Nesse contexto, a partir da promulgação da Constituição Cidadã, iniciou-se um processo interpretativo da garantia da presunção de inocência em face da já admitida execução antecipada ou provisória da pena, que consiste na possibilidade de execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A previsão da execução provisória da pena fundava-se em uma série de disposições da legislação ordinária vigentes desde a promulgação do Código de Processo penal de 1941, de caráter marcadamente autoritário, nomeadamente no art. 594, o qual condicionava o direito de apelar ao recolhimento do réu a prisão.

Contudo, a expressão maior desse entendimento baseava-se (e ainda se baseia) no art. 637 o Código de processo Penal, combinado com o art. 27, §2º da Lei 8.038/90, atualmente revogado, que conferiam efeito apenas devolutivo aos recursos extraordinários, o que vinha sendo entendido como a possibilidade de execução antecipada da pena, já que aos tribunais superiores estão afeitas questões de direito, ou seja, questões que não têm relação com o mérito da causa.

Assim foi até o ano de 2009 quando o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do HC 84.078/MG, adotou entendimento mais consentâneo ao sentimento da Constituição de 1988, declarando que a execução provisória da pena feria o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, expressamente previsto na constituição vigente, em seu art. 5º, LVII.

A mudança deste entendimento apenas alguns anos depois, no julgamento do HC 126.292/SP, para permitir a execução antecipada da sentença condenatória confirmada em grau de apelação resulta em flagrante repressão de direitos e garantias individuais. Não à toa, se deu no contexto de instabilidade democrática por que passava e ainda passa o país, mergulhado em meio a escândalos de corrupção, que culminou no impeachment da ex Presidente Dilma Rousseff, e pôs em evidencia a crise da efetividade das prestações judiciais.

Daí reside a importância da discussão sobre o instituto de natureza exclusivamente jurisprudencial que é a execução antecipada ou provisória da pena, que se contrapõe ao princípio da presunção de inocência, positivado na Constituição Federal de 1988.

Primeiramente serão abordadas as principais garantias penais constitucionais como informadoras do sistema de justiça criminal e essenciais para a atividade interpretativa dos tribunais constitucionais, dando especial ênfase ao princípio da presunção de inocência, na sua concepção histórica no Brasil e no mundo. Posteriormente analisar-se-ão os tipos de

prisões no ordenamento jurídico, fazendo especial referencia a distinção entre prisão pena e prisão processual, além de se estudar os efeitos dos recursos especial e extraordinário nos tribunais superiores.

Também abordar-se-á o papel do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos e em que medida o a Suprema Corte esta autorizada a interpretar e, conseqüentemente, ditar o alcance destas normas principiológicas. Para tanto, será analisado o método de interpretação utilizado para relativizar o princípio da presunção de inocência, bem como de que forma o STF vem tratando a incumbência de dar efetividade aos direitos fundamentais em matéria penal.

Nesse cenário, o desenvolvimento deste trabalho justifica-se pela notável instabilidade jurídica que o tema trouxe ao sistema de justiça criminal brasileiro, configurando expresse retrocesso no âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais, sob o fundamento de erradicação da impunidade no processo penal. O que é temerário.

Mais preocupante ainda é a insegurança jurídica que o judiciário vem infligindo a sociedade no tocante ao tema. Depois do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP em 2016 a maioria firmada no plenário do STF a favor da execução antecipada da pena veio se esvaindo ao passar dos anos e um consenso sobre a matéria ainda não foi firmado. Além disso, houve mudança na composição da corte e atualmente a maioria que admite a execução antecipada é de apenas 6 (seis) votos a 5 (cinco).

Somado a isto, a presidência do STF tem mostrado uma enorme indisposição em pautar o julgamento do mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44 que versam sobre o alcance semântico do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual determina que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação tem caráter cautelar, evidenciando ainda mais o caráter político da adoção desse entendimento pela Suprema Corte.

## **2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DEMAIS GARANTIAS PENAIAS CONSTITUCIONAIS**

A Constituição Federal de 1988 mudou sobremaneira o tratamento dado às normas que versam sobre direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio. A Carta instituiu no país o que a melhor doutrina convencionou chamar de Estado Democrático de Direito, que pode ser conceituado como um Estado pluralista, que redefine o pacto político e assegura a separação dos poderes, partindo do postulado da dignidade da pessoa humana para buscar a transformação da realidade social através da concretização dos direitos e garantias fundamentais (GONÇALVES, 2010).

Dessa forma, pode-se observar que o contexto do constitucionalismo contemporâneo atribui enorme importância aos princípios de direito, que constituem a base dos ordenamentos jurídicos hodiernos. Eles funcionam não só como normas de interpretação da lei, mas também como instrumentos de integração e aplicação do direito positivo.

Foi-se a época em que os princípios detinham conteúdo meramente programático, protegendo os valores sociais, culturais e, sobretudo, éticos da humanidade, sendo utilizados apenas em casos de difícil resolução pelo magistrado.

Ensina BONAVIDES (2004) que os princípios passaram por três fases jurídicas, a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A primeira, como já dito, foi marcada por sua natureza ético-valorativa. O segundo momento deu aos princípios dimensão de norma, ainda que de caráter secundário em relação às leis. A terceira e atual dimensão dos princípios evidencia a “hegemonia Axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2004, p. 265).

Evidente que hodiernamente os princípios estão na categoria de direitos, sendo classificados ao lado das regras como espécie de normas jurídicas. Preleciona BARROSO (2009, p. 204 e ss.) que regras e princípios basicamente se diferenciam quanto a três critérios, a saber: relativos ao conteúdo, a estrutura normativa e ao modo de aplicação. Quanto ao conteúdo, princípios seriam as normas que exprimem valores éticos, tanto em relação a direitos individuais quanto a interesses coletivos. Já regras são comandos objetivos, permissivos ou proibitivos, porquanto visam à concretização dos valores insculpidos pelos princípios.

Em se tratando da estrutura normativa, princípios se caracterizam pela abstração, pois exprimem fins a serem buscados, sem, contudo, especificar quais os meios para sua

realização. As regras, ao contrário, tem caráter definitivo e por este motivo são aplicadas na modalidade “tudo ou nada”.

O terceiro e último critério, segundo o ilustre jurista, é o mais importante. As regras aplicam-se na modalidade tudo ou nada. Existindo o fato jurídico nela previsto a norma deve ser aplicada. Já os princípios exprimem um fim, um valor, e, por isto mesmo, em um ordenamento jurídico pluralista é natural que coexistam princípios que defendem valores opostos. Dessa forma, diferentemente das regras, princípios devem ser aplicados de acordo com o peso que assumem em cada caso concreto. Em suma, regras são subsumidas ao caso concreto enquanto princípios são ponderados (BARROSO, 2009, p. 206).

O estudo das normas constitucionais, entendidas enquanto princípios e regras, permite aos operadores do direito solucionar problemas advindos da dogmática dos direitos fundamentais, tais como definir o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, até que ponto podem ser relativizados ou como proceder quanto a colisão aparente de normas principiológicas (ALEXY, 2008, p. 85).

A função das cortes constitucionais no constitucionalismo contemporâneo é dar concretude aos direitos fundamentais previstos nas Constituições, utilizando os princípios como meios jurídicos para efetivá-los. Em outras palavras, atuam como intérpretes das normas constitucionais, baseando-se para tanto nos princípios gerais de direito consagrados no texto constitucional.

Nesse enquadramento, os princípios desempenham o papel de referencial ideológico para os intérpretes da constituição (BARROSO, 2009, p. 209). São preceitos universais construídos historicamente e que trazem consigo importantes dogmas sociais, culturais e, principalmente, éticos. Na seara jurídica, os princípios funcionam como verdadeiros alicerces dos ordenamentos jurídicos, porquanto definem sua estrutura básica, permitem sua interpretação e conferem harmonia ao sistema normativo como um todo.

Desse modo, no âmbito penal, o estudo dos princípios constitucionais basilares possibilita a compreensão dos critérios de interpretação e integração da tutela penal. Sobretudo possibilita a consecução dos direitos e garantias fundamentais frente aos excessos do Estado, realizando, desse modo, o ideal de justiça e servindo como referencial da produção legislativa ordinária.

Daí resulta a importância de destrinchar os principais princípios processuais constitucionais e seus efeitos na ciência penal. Dar-se-á atenção especial ao princípio da presunção de inocência, destrinchando seus elementos históricos, desde sua aparição nos tratados internacionais até sua positivação na Constituição de 1988, além de seu conteúdo e

extensão no texto de constitucional pátrio, visando o melhor estudo do instituto da execução antecipada da pena.

Falar-se-á também das principais garantias penais constitucionais, a começar pelo princípio do devido processo legal de onde emanam os demais princípios processuais penais que serão abordados (contraditório e ampla defesa, duplo grau de jurisdição, razoável duração do processo e efetividade da prestação jurisdicional e do estado de inocência). Este estudo delineará o sentido do direito penal e processual penal no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.1 Princípio da presunção de inocência ou da presunção da não culpabilidade**

Como acentua Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 6), é imprescindível o conhecimento das matrizes ideológicas do Código de 1941 para então reconhecer a aplicabilidade do Código de Processo Penal diante da ordem constitucional vigente.

O Código de Processo Penal brasileiro é datado de 1941 e foi inspirado no Código de Processo Penal da Itália de 1930 de cunho marcadamente fascista. Assim como a Itália, o Brasil também vivia período de afastamento dos ideais democráticos naquela época, em que vigorava a ditadura. Vigia a Constituição de 1937, elaborada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, apelidada de “A Polaca”, pois fora inspirada na Constituição ditatorial da Polônia de 1935, de ideais autoritários e fascistas (LENZA, 2012).

Nessa conjuntura, o Código de Processo Penal, também elaborado por Francisco Campos, era norteado pelo princípio da culpabilidade, uma vez que a mera acusação já formava juízo antecipado de culpa, cujo pressuposto era o de que ninguém acusa quem é inocente (OLIVEIRA, 2009, p. 6). O item II da Exposição de Motivos do referido código exprime esse teor:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. (BRASIL, 1941)

Não há dúvidas de que a estrutura do Código de Processo Penal é ultrapassada. É preciso interpretar a matéria penal sob a luz da Constituição Federal de 1988, que instituiu um amplo sistema de direitos fundamentais e que estabeleceu como norma norteadora do direito penal o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

O Estado Democrático de Direito constituído pela Constituição de 1988 representa, portanto, uma ruptura com as ordens constitucionais anteriores, pois assume o compromisso de transformação da realidade social, através da incorporação ao texto constitucional de um extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais.

Com a positivação do princípio da presunção de inocência na Lei Maior, nasceu a problemática de conformação das normas penais e processuais penais vigentes no ordenamento jurídico anterior ao novo modelo constitucional. Algumas regras do Código Penal e do Código de Processo Penal simplesmente não foram recepcionadas pela nova Carta Política, pois eram contrários ao sentimento do novo ordenamento.

Outras foram revogadas pela minirreforma penal realizada em 2008, com a edição das Leis nº 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/09, assim como pela Lei nº 12.403/11, que trouxe sensíveis modificações no instituto da prisão e das medidas cautelares. Além disso, à Suprema Corte coube o essencial papel de interpretação do texto constitucional e da conformação da legislação ordinária a nova ordem vigente.

Tais alterações dispuseram sobre o tema de maior relevo do direito penal, a liberdade. Contudo, apesar da mudança legislativa para dar maior coerência da legislação ordinária ao texto constitucional, a exemplo da efetivação do estado de inocência, a cultura nos tribunais pátrios parece não ter mudado.

Daí a importância do estudo do princípio constitucional da presunção de inocência, desde sua concepção histórica, até a compreensão do alcance jurídico de tal norma no ordenamento pátrio.

### 2.1.1 Histórico

Desde as organizações mais primitivas até o período feudal, o direito penal era marcado pela vingança, em maior ou menor grau. A religião se confundia com a aplicação da pena ao passo que as sanções eram justificadas, ora pela proteção às divindades, época da chamada vingança divina, ora como proteção ao monarca, sacerdotes dos deuses, fase da vingança pública (BITENCOURT, 2012).

Explica BITENCOURT (2012, p.62) que foi em Roma que a ciência penal começou a ganhar seus contornos. Muito embora não tenha se desvincilhado do marcante papel da religião, já se falava na Roma antiga em culpabilidade, na possibilidade de tentativa, na diferenciação entre autor e partícipe e até mesmo nas causas de justificação (legítima defesa, etc.).

Apesar da gradativa evolução experimentada na aplicação da pena, em nenhuma dessas fases de vingança houve a liberação total do caráter místico ou religioso da sanção penal, tampouco se conheceu a responsabilidade penal individual.

Somente a partir da Revolução Francesa houve uma reforma do sistema punitivo em razão dos ideais iluministas que ganhavam forma na época e que marcou o período de humanização do direito penal. As liberdades individuais como conseqüências do princípio da dignidade da pessoa humana foram enaltecidas ao mesmo tempo em que o sistema penal repressivo foi rechaçado.

Os séculos das luzes (meados do séc. XVIII), como foi chamado, representou uma virada de pensamento que atingiu todas as áreas do conhecimento humano. Pregava-se que a razão era o único meio possível de alcançar o progresso humano.

Já em 1764, Cesare Beccaria, expoente do iluminismo na seara criminal, pregava em seu livro “Dos delitos e das penas” a substituição do sistema penal desumano e abusivo que vigia à época pelo sistema de justiça social. Sob a máxima, “é melhor prevenir delitos que castigá-los”, Beccaria subordinava a ideia de justiça a utilidade da pena, afirmando que o objetivo preventivo da pena não precisaria ser alcançado através da crueldade, mas sim com eficácia e certeza da punição (BITENCOURT, 2012, p. 69).

Através de sua teoria reformuladora do direito criminal vigente, Beccaria foi essencial para a consolidação do princípio da presunção de inocência. Afirmou em sua obra que “um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida” (BECCARIA, 2005, p.69).

Já em 1789, o referido princípio veio consignado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no art. 9º, que diz: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”. (FRANÇA, 1789)

Como se pode observar, este princípio traduz-se no citado diploma em dois aspectos. O primeiro de caráter probatório em que ao réu não mais caberia o dever de se provar inocente, uma vez que sua inocência já estaria presumida desde o início do processo, cabendo

ao acusador provar-lhe culpado. O segundo consiste na vedação a restrição indevida da liberdade individual do réu, sendo-lhe assegurado tratamento humanitário em cárcere, afinal, a pena não mais tinha caráter cruel.

Malgrado esta importante previsão no âmbito penal que privilegiava a liberdade individual e a dignidade humana como cernes do sistema criminal, a presunção de inocência foi relegada a segundo plano no início do séc. XX, quando a ascensão de regimes totalitários, em especial o da Itália fascista, trouxe de volta às codificações o princípio da culpabilidade.

A ideologia por trás do princípio da culpabilidade foi desenvolvida pela escola penal positiva, fruto do pensamento positivista do séc. XIX. Explica BITENCOURT (2012) que o surgimento desta escola coincide com o desenvolvimento das ciências criminais, o que foi determinante para a formulação da criminologia, vertente do direito penal que estuda as causas da criminalidade.

Nesse contexto, o criminoso passa a ser tratado como um delinquente e a pena transforma-se em um meio de proteção do corpo social frente ao comportamento criminoso. O pensamento era de que o reconhecimento de tantos direitos pelo Estado seria a causa do aumento da criminalidade. Defendia-se então a predominância do direito punitivo estatal em detrimento às liberdades individuais. Sob essa ideologia foi criado o Código de Processo Penal da Itália, que influenciaria negativamente a ciência penal no Brasil.

Apenas após o fim da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de selar a paz e trazer justiça social às nações destruídas direta e indiretamente pela guerra, a Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a qual também consagrou o princípio da presunção de inocência em seu art.11, 1:

Artigo 11.1 Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (ONU, 1948)

Pode-se perceber que o enfoque dado ao princípio mudou em comparação a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Naquela preocupava-se com a questão as penas cruéis, nesta a presunção de inocência foi colocada como o centro do processo penal, de onde resultam outras garantias. como do devido processo legal e da ampla defesa.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos o conteúdo do referido princípio ganhou maior amplitude. Tratado ao lado das garantias processuais da publicidade das decisões e do devido processo legal, à presunção de inocência foi acrescentado notório

conteúdo político, tendo em vista seu papel conciliador entre a justiça social e as liberdades individuais (BARBAGALO, 2015, p. 37-38).

Seguindo o processo de internacionalização dos direitos humanos essenciais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem também garantiu previsão a presunção de inocência em seu art. 6, 2. Sob o título “Direito a um processo equitativo”, a norma assegura que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (CONVENÇÃO..., 1953).

À parte a inegável importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como reconhecidora da essencialidade dos direitos humanos para a vida humana e para a cooperação internacional, sua eficácia ficou restrita a um papel educativo sobre direitos fundamentais, pois cabia a cada Estado incorporar os direitos fundamentais em suas constituições.

Visando a celebração de um acordo internacional que pudesse ser exigido das nações signatárias, a comunidade global se reuniu em dezembro de 1966 para estabelecer o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que em seu art. 14, 2 determinou que “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (ONU, 1966).

Também com esse objetivo foi celebrado o Pacto de São José da Costa Rica de 1969, conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que traz no art. 8, 2 o princípio da presunção de inocência: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (CONVENÇÃO..., 1969).

No contexto histórico brasileiro, o princípio da presunção de inocência apenas foi positivada no ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu no art. 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Há doutrinadores, contudo, que defendem ter o referido princípio adentrado no ordenamento jurídico brasileiro apenas em 1992, por força do art. 5º, §2º da CF/88, quando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada pelo Congresso Nacional (BARBAGALO, 2015, p. 37-40).

Segundo entendimento firmado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP<sup>1</sup>, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem natureza supralegal no

---

<sup>1</sup> Supremo Tribunal Federal. HC nº 466.343-1/SP, Tribunal Pleno. Relator Min. Cezar Peluso, data de julgamento: 3.12.2008, publicação em: 05.06.2009.

ordenamento pátrio, pois foi internalizada pelo §2º do mesmo artigo que determina: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Esse entendimento leva em conta a distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade realizada no mundo jurídico, principalmente por juristas italianos e cujo apuro técnico serviu de inspiração para a elaboração da Constituição Federal de 1988 (BARBAGALO, 2015).

Ressalte-se que vigorou por muito tempo no Brasil o princípio da culpabilidade, baseado nos ideais positivistas e fascistas do Código de Processo Penal italiano de 1930. Nessa época o Brasil também experimentava regime de exceção, o Estado Novo de Getúlio Vargas. Foi em meio a essa ideologia que nasceu, em 1941, o Código de Processo Penal pátrio.

Em que pese as diversas alterações por que passou o Código de 1941 e a promulgação da Constituição Federal em 1988, alguns institutos ainda são contrários ao princípio da presunção de inocência. Além disto, a presunção de culpabilidade ficou enraizada na cultura jurídica, basta observar a situação dos presos provisórios no país. Os requisitos da preventiva foram alargados de tal modo que os magistrados tem usado a cautelar como verdadeira antecipação da pena.

### 2.1.2 Conceito e extensão

O princípio da presunção de inocência tem como propósito a defesa da liberdade individual do acusado frente a ação punitiva estatal, evitando-se juízos condenatórios prematuros. Ao contrário do que ocorria antes da revolução burguesa do séc. XVIII, hodiernamente presume-se inocente todo aquele que não tenha contra si condenação criminal definitiva. Desse modo, todos devem ser considerados inocentes, até que se prove o contrário.

Alguns doutrinadores apontam diferenciação entre os termos presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, alegando que em verdade a Constituição de 1988 teria adotado o princípio da não culpabilidade e não o princípio da presunção de inocência.

Explica BARBAGALO (2015) que a distinção entre ambas as denominações pode ser observada nas divergências entre as escolas penais italianas dos séculos XIX e XX, país que muito influenciou o Brasil em matéria criminal. Segundo o jurista, as escolas do séc. XIX compreendiam a presunção de inocência como uma escolha política que não ultrapassava a

barreira inicial do processo, mas foi apenas no séc. XX, com a formação do estado fascista que as críticas ao princípio tomaram grandes proporções.

Como já foi afirmado, sob a égide do Estado fascista vigorava o princípio da culpabilidade, onde o acusado era presumidamente culpado tão logo fosse denunciado por prática criminosa. Nesse contexto político, o interesse público sobressaía quando contraposto aos direitos individuais. A lógica era de que desde a denúncia o acusado perdia sua condição de inocente, pois esta não coincide com a abertura de um processo. Dali em diante restaria apenas determinar se o acusado era ou não culpado.

Esta lógica influenciou a criação do Código Penal italiano de 1931 que foi base para a edição do Código Penal Brasileiro de 1941, além de também influenciar a Constituição da Itália de 1948, de onde a Constituição Cidadã se inspirou na formulação do princípio da presunção de inocência nela expresso (BARBAGALO, 2015, p. 57).

Por este motivo há quem entenda que o ordenamento pátrio adotou o princípio da presunção da não culpabilidade e outros que entendem que o princípio adotado foi o da presunção de inocência. Contudo, a posição mais acertada e que melhor exprime o conteúdo e amplitude desta garantia fundamental é a de Gustavo Henrique Badaró (2008, p. 16):

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 isso 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 defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

O certo é que o referido princípio, do modo como foi tratado na Constituição de 1988, garante ao acusado o direito de não ser considerado culpado até que a condenação criminal seja irrecorrível, quando só então a inocência do processado finda.

A norma prevista no ordenamento jurídico pátrio é, portanto, mais ampla, pois condiciona a comprovação da culpa a um limite temporal, qual seja, ao trânsito em julgado das decisões condenatórias. Ainda que os tratados de direito internacionais disponham sobre o princípio de forma mais tímida, o que deve prevalecer é o disposto internamente pela constituição pátria, base de todo o sistema jurídico e que legitima as disposições legais infraconstitucionais.

A garantia da presunção de inocência desdobra-se em duas regras, uma de tratamento que impede a consideração do acusado como se culpado já fosse e outra probatória que atribui

à acusação o dever de provar a culpa do réu e não o contrário (do acusado de se provar inocente).

De acordo com a regra probatória, recai exclusivamente sobre a acusação o dever de provar a culpa do acusado além da dúvida razoável. Desdobra-se ainda no dever da acusação de provar a existência do fato e confirmar a autoria, não de apontar as inconsistências na defesa do réu, observando sempre o devido processo legal e garantindo ao acusado o direito de não produzir provas contra si mesmo, corolário da ampla defesa (LIMA, 2017).

Enquanto no processo civil o ônus da prova incube “ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito” e “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito do autor” (art. 373, I e II, CPC), no processo penal a regra é mais tímida e determina que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (art. 156, CPP). A comparação entre as duas normas deixa claro os princípios norteadores de ambas os ramos do direito. O processo penal na sua inteireza é baseado pelo princípio da presunção de inocência, enquanto no processo civil inexistente esta regra.

A condenação do imputado pressupõe a certeza da culpa, caso contrário, devem ser aplicados os princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, os quais determinam a aplicação da norma mais favorável ao acusado sempre que o magistrado tiver dúvidas sobre a definição dos fatos narrados pela acusação como típico, antijurídico e culpável.

Segundo NUCCI (2012, p. 265), “ao propor a ação penal, o órgão acusatório assume o dever processual de evidenciar ao magistrado a inversão do estado de inocência do réu para que se declare a sua culpa, advindo, então a pena cabível”.

Nesta acepção, havendo dúvida sobre os fatos controvertidos, é imperiosa a absolvição do réu pelo juiz, em defesa ao princípio maior da liberdade individual, pois é preferível inocentar um culpado que condenar um inocente. O *in dubio pro reo*, dessa forma constitui regra probatória em sua essência, pois é exclusivamente da análise probatória que se deve extrair o juízo de culpabilidade ou confirmar a inocência do réu.

No que se refere a regra de tratamento, esta encontra aplicação no campo das prisões cautelares, sobretudo da prisão preventiva, aquela admitida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como nas medidas cautelares diversas da prisão. As prisões processuais se justificam pela necessidade de preservar a efetividade processo, muito embora nesta etapa o réu seja considerado inocente (OLIVEIRA, 2014).

A matéria foi recentemente alterada pela Lei nº 12.403/11, que instituiu novas modalidades de prisão cautelar, estabelecendo no art. 283, CPP 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. (BRASIL, 2011)

Desse modo, antes do trânsito em julgado, todos são inocentes, devendo a acusação provar o contrário. Somado a isso, as prisões cautelares devem ser utilizadas com enorme cuidado, posto que são medidas excepcionalíssimas. A regra deve ser sempre a liberdade.

Como se pode inferir do supracitado artigo, por aplicação do princípio aqui estudado, toda prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória deve ter caráter cautelar. Explica PACELLI (2014, p. 48) que “[...] o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal”.

Além disso, é importante que o ergástulo cautelar advenha de ordem fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme dicção do art. 5º, LXI, da CF/88. Até mesmo o mero indiciamento do investigado em sede policial deve ser devidamente fundamentado, pois resulta em ônus para o suspeito.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal tem consolidado a aplicação do princípio da não culpabilidade em diversos outros casos, sob o enfoque que a culpa apenas se forma após o marco temporal do trânsito em julgado. Nesse sentido são as Súmulas nº 716 e 717 do STF:

Súmula nº 716 do STF: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. (BRASIL, 2003)

Súmula nº 717 do STF: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (BRASIL, 2003)

Estas súmulas apenas reforçam o entendimento que toda prisão antes do termino da ação tem natureza cautelar, pois neste estágio a culpa do réu ainda não foi comprovada para além da dúvida razoável, seguindo-se os já mencionados princípios *do in dubio pro reo* e *favor rei*.

A aplicação dos benefícios da lei de execuções penais aos presos provisórios não pode ser confundida como autorização para se antecipar o cumprimento da pena. Estas medidas tem clara função compensatória do Estado para com os presos que tiveram sua liberdade restringida de forma prematura antes da decisão final do processo.

Em conclusão, o postulado da inocência confunde-se com a própria finalidade do processo penal, qual seja, a necessidade de um trabalho jurisdicional para verificar a ocorrência de uma infração e determinar sua autoria, em que são respeitados o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana.

A liberdade do indivíduo deve ser tão ou mais cara ao ordenamento jurídico, principalmente ao sistema de justiça criminal, que o interesse coletivo. Do contrário, regressar-se-ia novamente a um modelo autoritário de Estado em que o particular era constantemente violado em prol do interesse coletivo.

Como afirmam Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró (2016, p.7) a melhor forma para se analisar o princípio da presunção de inocência é o seu aspecto político ideológico, pois, acima de tudo, este postulado é uma garantia política do cidadão, inserido-se no ordenamento jurídico como uma das bases de sustentação de um modelo processual que respeite os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

## **2.2 Devido processo legal**

O princípio do devido processo legal está previsto na Carta Magna no art. 5º, inc. LIV, o qual prescreve que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 686), o devido processo legal é o reservatório de princípios constitucionais, expressos e implícitos, que limita a ação dos Poderes Públicos, e sobre o qual todas as demais garantias processuais repousam. É a prerrogativa que toda pessoa tem de proteger seus direitos, através de um processo válido, estabelecido em lei, sendo oponível contra qualquer autoridade.

De outro modo, Gilmar Mendes (2014, p. 544) assevera que:

[...] no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

No âmbito processual penal, assevera CAPEZ (2016) que o princípio estudado reverte-se nos direitos processuais de ser informado de todos os atos processuais, de se manifestar sempre depois da acusação, de possuir pelo menos defesa técnica, de ser julgado pelo juiz

competente, da publicidade e motivação das decisões, entre outras garantias inerentes a realização da ampla defesa do acusado.

De origem anglo-saxão, este princípio apareceu codificado pela primeira vez em 1215 na Magna Carta, criada com o objetivo de frear os desmandos do Rei João Sem Terra, e evoluiu posteriormente para a expressão norte-americana “*due process of law*”, a qual exprime seu atual conteúdo (BULOS, 2014, p. 686).

A doutrina ainda analisa este princípio sob duas perspectivas, a processual e a material ou substantiva. A acepção processual consubstancia-se exatamente na prerrogativa de qualquer pessoa tutelar seus direitos por meio da jurisdição, com paridade de armas com a parte adversária, cujo representante é quase sempre os poderes públicos. É considerado o núcleo de todos os direitos processuais, tais como o acesso à defesa técnica, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, e do exercício da ampla defesa e do contraditório.

Já o devido processo material ou substancial está afeito a ideia de um processo legal justo, adequado e razoável. Aqui se manifesta sua qualidade de núcleo material de todas as garantias relacionadas à efetividade e à justiça.

Segundo o constitucionalista Marcelo Novelino (2014) a faceta substantiva do devido processo legal está ligada ao princípio da justiça, pois guia o juiz na instrução de um processo justo, em que as partes têm iguais oportunidades, bem como se aplica também ao legislador, guiando sua atuação conforme os princípios da razoabilidade e da racionalidade, de onde decorrem outros princípios constitucionais processuais como o do contraditório e ampla defesa, da igualdade entre as partes e da imparcialidade do juiz.

Assim, não atendido o devido processo estabelecido em lei para a prática dos atos processuais, o processo é nulo. Nessa perspectiva, o desrespeito a qualquer garantia processual, como a do juiz natural ou a da proibição da prova ilícita, apesar de expressamente previstas no mandamento constitucional, fere também o sobreprincípio do devido processo legal.

### **2.3 Contraditório e ampla defesa**

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são consectários do princípio maior do devido processo legal, como explicado alhures. Ambos estão previstos no art. 5º, inc. LV da CF/88, o qual determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Segundo Nestor Távora (2016, p. 75), tais princípios já eram previstos nas constituições anteriores a Constituição de 1988, contudo, apenas no atual ordenamento jurídico foram previstos explicitamente, tendo sido reconhecidos como direitos de primeira geração, ou seja, de proteção à liberdade.

Mas apesar de serem previstos em conjunto como um binômio, não se confundem. O contraditório consiste no direito de tomar ciência de todos os atos processuais e na possibilidade de reação aos atos que lhes são prejudiciais por qualquer das partes. Por esse motivo esta garantia também é chamada de bilateralidade da audiência, uma vez que sua essência é oportunizar a parte contrária influenciar no resultado do processo (LIMA, 2017, p. 51).

Dessa forma, a doutrina evidencia que este princípio é composto pelos direitos à informação de todos os atos praticados no processo, direito de manifestação que se traduz na prerrogativa de fazer alegações, produzir e acompanhar a produção de provas, e, finalmente, pelo direito de efetivamente influenciar na decisão do juiz (MENDES, 2014, p. 452).

No âmbito penal, entretanto, este princípio assume feição mais rigorosa, posto que visa a proteção do direito a liberdade em seu aspecto mais elevado, a liberdade de locomoção. Desse modo, o contraditório é obrigatório no processo penal. Ainda que o acusado não queira oferecer resistência a persecução penal, deve ser ao menos representado pela defesa técnica. É o que dispõe o art. 261, referente ao procedimento comum ordinário, e o art. 497, V do procedimento do júri, ambos do Código de Processo Penal:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (BRASIL, 2003).

[...]

Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor; (BRASIL, 2008).

É certo que ao juiz cabe papel fundamental no exercício deste direito, pois deve atuar ativamente na consecução do contraditório, buscando sua efetivação não só no sentido formal, como ocorre no direito civil, mas principalmente no sentido material, garantindo paridade de tratamento às partes, considerando suas desigualdades. Consoante o penalista Renato Brasileiro Lima (2017, p. 52):

Pela concepção original do princípio do contraditório, entendia-se que, quanto à reação, bastava que a mesma fosse possibilitada, ou seja, tratava-se de reação possível. No entanto, a mudança de concepção sobre o princípio da isonomia, com a superação da mera igualdade formal e a busca de uma igualdade substancial, produziu a necessidade de se igualar os desiguais, repercutindo também no âmbito do princípio do contraditório. O contraditório, assim, deixou de ser visto como uma mera possibilidade de participação de desiguais para se transformar em uma realidade. Enfim, há de se assegurar uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório. É o que se denomina contraditório efetivo e equilibrado.

Em outra perspectiva, baseando-se no momento em que a informação sobre os atos processuais é efetivada, a doutrina ainda classifica o referido princípio em contraditório real e contraditório diferido. Contraditório real ou contraditório para a prova é aquele que garante a participação das partes durante a produção das provas. Sendo cientificada previamente dos atos processuais, as partes acompanham ativamente a oitiva de testemunhas, produção de provas periciais, o reconhecimento de pessoas, dentre outros atos processuais (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

De outro lado, o contraditório diferido, também chamado de contraditório sobre a prova, consiste no conhecimento da prova pela parte somente após sua formação. Nesse sentido, o contraditório objetiva salvaguardar a tutela penal, como é o caso do deferimento das medidas cautelares reais, tal qual a interceptação telefônica. A comunicação da prática deste ato processual faria com que a própria providência cautelar perdesse o sentido (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Nessa lógica, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14 que concede ao defensor “acesso amplo aos elementos de prova” já documentados no bojo do inquérito policial. Cumpre ressaltar que o princípio do contraditório não incide sobre o inquérito policial, uma vez que este é procedimento inquisitorial, meramente informativo, e o princípio em tela é próprio do sistema acusatório. Não obstante, é assegurado o direito à publicidade das diligências já finalizadas pela autoridade policial.

A ampla defesa, de outro lado, refere-se apenas à proteção dos interesses do acusado, diferentemente do contraditório que diz respeito à bilateralidade da audiência, ou seja, a ambas as partes. Embora tais garantias sejam exercidas simultaneamente no processo, não têm a mesma origem. A ampla defesa está intrinsecamente ligada ao contraditório, pois somente é possível se observados o direito a informação dos atos processuais, bem como permitido o direito a reação, consectários do contraditório (LIMA, 2017, p. 54).

Em suma, “a ampla defesa garante o contraditório e por ele se manifesta” (LIMA, 2017, p. 54). A linha de separação entre ambas as garantias é tênue. Decerto, do princípio do

devido processo legal resulta a garantia que as partes contrárias do processo tenham acesso aos atos processuais e possam se manifestar contra os feitos que possam lhe gerar prejuízo. Somado a isto, em razão da própria bilateralidade da audiência, o processo exige a existência de um réu e a ele deve ser oportunizado o direito a defesa em seu sentido mais amplo, sendo garantidos os meios e recursos a ela inerentes.

A ampla defesa em essência dá ao acusado alguns privilégios a fim de efetivar a isonomia processual em seu sentido material. Nesse sentido, preleciona Renato Brasileiro Lima (2017, p. 55) que:

Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio do *favor rei*.

Analisando o mandamento constitucional que assegura a “ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, CF/88), TÁVORA e ALENCAR (2016) subdividem o direito de defesa em defesa técnica ou defesa processual, de caráter obrigatório, realizada por profissional da advocacia; e autodefesa, também chamada de defesa material, realizada pelo próprio acusado a sua conveniência.

Como já afirmado, o processo não pode seguir sem que o réu seja defendido, de preferência por defensor de sua escolha. Se revel ou ausente, deverá ser oferecida defesa técnica plena e efetiva, realizada por defensor através de manifestação fundamentada, sem a qual o processo é nulo (art. 564, III, c, CPP). A importância é tanta que o STF editou a Súmula 523 que dispõe: “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu” (BRASIL, 2003). Desse modo, ainda que o réu não tenha interesse em se defender, o magistrado nomeará defensor para fazê-lo, pois a defesa é irrenunciável e indisponível.

A autodefesa, de outro lado, é apenas oportunizada ao réu, que pode inclusive não exercê-la, manifestando o direito de permanecer em silêncio. Subdivide-se ainda no direito de audiência, visto como oportunidade de influir na decisão do juiz por meio do interrogatório, e no direito de presença, “consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido” (TAVÓRA; ALENCAR, 2016, p. 77).

Viola o direito à ampla defesa a citação não pessoal do acusado, quando esta puder ser realizada. A menos que este não tenha sido encontrado, poderá ser citado por edital ou ainda

por hora certa, caso fique comprovado que está se escondendo para não ser citado (arts. 351 a 369 do CPP).

Com a reforma penal de 2008, que transferiu o interrogatório do réu para o último ato da instrução, após toda a produção de prova, assentou-se o entendimento de que o interrogatório é também meio de defesa e não apenas de prova, em que pese sua disposição espacial dentro do Código de Processo Penal, no Título VII intitulado “Da Prova” (LIMA, 2017).

Além disso, o acusado tem o direito de responder apenas às perguntas que avaliar benéficas para seu julgamento ou até mesmo permanecer em silêncio, sem qualquer prejuízo para sua defesa. Por força dessa qualidade, o réu tampouco é obrigado a comparecer ao interrogatório, sendo sua presença apenas imprescindível quando obstar a própria realização do ato, a exemplo do reconhecimento de pessoas (LIMA, 2017).

De igual modo, ao réu é oportunizado o acompanhamento de todos os atos processuais, ao lado de seu defensor, para que possa ajudá-lo a construir a melhor defesa possível, pois o réu sabe mais sobre a verdade dos fatos que seu advogado.

Finalmente, o direito a ampla defesa assegura o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos.

#### **2.4 Razoável duração do Processo e da efetividade das decisões judiciais**

O princípio da razoável duração do processo está afeito a efetividade das prestações jurisdicionais e objetiva a realização da paz social e promoção da justiça. Embora já previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8º, I, esta garantia foi expressamente inscrita na Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que disciplina: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2004).

Tal princípio visa impedir a demora na prestação jurisdicional. A reforma do judiciário efetivada pela EC nº 45 de 2004 trouxe uma série de medidas que, juntamente à positivação em nossa constituição do princípio em tela, objetivam conferir maior presteza a solução dos conflitos, eliminando-se burocracias e tecnicismos exagerados, pois, como já dito, a demora da ação pode ocasionar o perecimento do provimento requerido e, conseqüentemente, inutilizá-lo.

A referida emenda nasceu dos esforços conjuntos do Supremo Tribunal Federal, Palácio do Planalto e do Congresso Federal no compromisso de buscar medidas de aperfeiçoamento do aparelho estatal e do sistema de justiça pátrios, sendo efetivados por meio do Pacto Republicano. A assinatura do I Pacto Republicano de Estado ocorreu logo após a aprovação da EC nº 45 e foi fundamental para a aprovação de mecanismos que agilizariam o andamento da justiça, tais como o julgamento de demandas repetitivas, a criação da súmula vinculante, a repercussão geral para recursos extraordinários e a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Após o sucesso do primeiro pacto, em abril de 2009 foi assinado o II Pacto Republicano de Estado, considerando que:

[...] a efetividade das medidas adotadas indica que tais compromissos devem ser reafirmados e ampliados para fortalecer a **proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça** e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça (BRASIL, 2009, grifo meu).

Nesse contexto, no ano de 2011, o então Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, tentou formalizar o III Pacto Republicano de Estado. No entanto, sua proposta de modificar a natureza dos recursos extraordinários com o objetivo de encurtar a duração do processo não foi bem aceita pelos demais ministros e representantes dos outros poderes, sendo rejeitada por falta de consenso. Até então a terceira edição do pacto ainda não foi reproposta.

Registre-se, porém, que malgrado seu insucesso, a medida ensejou a Proposta de Emenda Constitucional nº 15/2011, intitulada “PEC dos Recursos”, que ainda tramita no Congresso Nacional com algumas alterações e cujo objetivo é a antecipação do momento terminativo dos processos para após a decisão de segundo grau, a partir de onde ocorreria o trânsito em julgado (LENZA, 2012, p. 1034).

Nessa lógica, os tribunais de segundo grau sairiam fortalecidos e os recursos extraordinários funcionariam como uma espécie de rescisória extraordinária, diminuindo a atuação dos tribunais superiores nos processos. Até hoje este projeto não saiu do papel.

Por todo o exposto, pode-se observar a magnitude que o princípio da razoável duração do processo vem tomando no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que está diretamente ligado à efetividade da tutela jurisdicional. Apesar das mencionadas mudanças trazidas pela reforma do judiciário, a morosidade da justiça ainda é fator preocupante na atuação do judiciário brasileiro.

No magistério de Uadi Lammêgo Bulos (2014), apesar de merecida, a reforma não produziu os efeitos desejados, pois o princípio da razoável duração do processo apenas é “lembrado” em alguns casos. A simples previsão da referida norma da constituição não pressupõe sua concretização de imediato. Aduz o autor que apenas uma reforma processual profunda seria “capaz de fulminar expedientes procrastinatórios, acabando, de uma vez por todas, com a pleora incomensurável de recursos, que alimentam a chicana, a preguiça e a burocracia judiciária” (BULOS, 2014, p. 712).

Importa frisar também que, assim como os demais princípios fundamentais, a duração razoável do processo não é norma absoluta e, dependendo do caso concreto, pode e deve sobressair-se em relação a outras importantes garantias constitucionais, como o devido processo legal e até mesmo do efetivo acesso a justiça, este último ponderado em atenção as súmulas vinculantes. A ponderação deve ser realizada diante de cada caso, momento em que será verificado se o fim almejado, da celeridade processual, justifica os meios praticados.

Na esfera penal, o princípio da razoável duração do processo constitui benefício tanto para a vítima quanto para o réu, pois, como se sabe, a simples condição de acusado já cria a pecha de culpado do indivíduo perante a sociedade e, quanto mais dura a ação, mais o réu sofre o estigma de estar *sub judice*, o que caracteriza também uma forma de antecipação da pena (TÁVORA, 2016, p. 90).

Nesse raciocínio, a aplicação deste princípio é fundamental para a aferição da legalidade da prisão cautelar, aquela que visa salvaguardar a instrução processual. A norma ganha ainda mais relevância considerando-se que a custódia provisória tem sido largamente utilizada como forma de antecipar o cumprimento da pena, apesar do caráter excepcional fixado na lei.

O uso indiscriminado da cautelar somado aos excessos de prazo na formação da culpa levou os tribunais superiores a editarem diversas súmulas estabelecendo critérios para aferir a legitimidade da segregação. Ainda sim, a discricionariedade com que o instituto vem sendo usado é alarmante. Reconhecido o excesso de tempo na prisão, seu relaxamento é imperioso.

Desse modo, não se pode reduzir o direito penal a apenas um meio de aplicação das penas. Para além disto, é importante lembrar que esta ciência visa também a proteção do indivíduo face ao autoritarismo estatal. Sobre o tema, ensina Aury Lopes Jr (2006, p. 38) que:

O processo, como instrumento para a realização do direito penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro servir como **efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais**, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal,

estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.

Assim, como bem afirma Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 91), “não se tem como exigir do processo que ele forneça resultados adequados, céleres, seguros, se não há estrutura para que se desenvolva a reflexão e maturação necessária sobre os fatos”.

## 2.5 Duplo Grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição se manifesta pela possibilidade de reavaliação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição pelos tribunais através do sistema recursal. Decorre do natural inconformismo do ser humano diante de decisões contrárias a seu interesse e visa ainda reprimir eventuais abusos de poder cometidos pelos magistrados.

Importa ressaltar que este princípio não está expresso no texto constitucional, contudo, advém da própria estrutura do poder judiciário, encontrando previsão apenas implícita na Carta Magna. A bem da verdade, apenas a Carta Imperial de 1824 consagrava o princípio do duplo grau de jurisdição de modo expresso (BULOS, 2014, p. 688-689).

A Constituição de 1988, em seu art. 93, III, define os tribunais como órgãos do Poder Judiciário de segundo grau, com competência para analisar colegiadamente a decisão do juiz *a quo* recorrida. Além disso, diversos outros artigos do Capítulo III, da CF/88, que traz disposições sobre o Poder Judiciário, outorgam competência recursal aos órgãos da jurisdição.

Apesar disto, há juristas que menosprezam o valor deste princípio alegando que não se trata de princípio expressamente constitucional, servindo apenas para desprestigiar a atuação dos juízes de primeiro grau. Alega-se ainda que o referido princípio comporta exceções, pois há processos que não vislumbram o duplo grau de jurisdição, como aqueles de competência originária da Suprema Corte.

Contudo, o referido princípio é consagrado na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, em seu art. 8, 2, *h*, que assim dispõe:

Art. 8, 2, h: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:  
[...]  
h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. (CONVENÇÃO..., 1969)

Vale lembrar que, por força do art. 5º, §2º da CF/88, os tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário têm vigência imediata no ordenamento jurídico pátrio, sendo incorporados como se normas constitucionais fossem. Desse modo, ainda que não previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, o princípio do duplo grau de jurisdição faz parte do ordenamento jurídico pátrio.

### **3 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS E LEGAIS ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA**

A execução antecipada da pena privativa de liberdade consiste no início do cumprimento da pena após homologação da condenação em segunda instância, ainda que, como determina a Constituição, o édito condenatório não tenha transitado em julgado, ou seja, ainda que a decisão não tenha caráter definitivo.

Do princípio da presunção de inocência resulta o raciocínio simples de que ninguém deverá ter sua liberdade violada até que uma sentença de caráter definitivo assim determine. Contudo, a realidade é mais complexa. O intrincado sistema de justiça criminal brasileiro tem o árduo dever de garantir a máxima eficácia da prestação jurisdicional, sem que, contudo, sejam desrespeitados os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição.

O entendimento a favor da possibilidade de execução antecipada da pena foi admitido no Brasil durante muito tempo, encontrando suporte ideológico no Código de Processo Penal de 1941, de caráter extremamente autoritário e repressivo, como já afirmado alhures. Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 e a previsão categórica do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade no texto constitucional, este entendimento ainda se manteve por bastante tempo.

O novo tom democrático disposto pela Constituição não conseguiu afastar totalmente a ideologia autoritária dos séculos anteriores em matéria criminal, ainda mais quando os conservadores Código Penal e Código de Processo Penal se mantiveram na maioria de suas disposições.

O papel de conformar a legislação infraconstitucional à nova ordem constitucional vigente, de cunho eminentemente dirigente e compromissória, ficou a encargo do legislador ordinário e dos magistrados em segundo plano. O problema reside justamente com que ânimo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a dar conformidade aos direitos fundamentais diante de situações concretas, principalmente quando esta atuação excede os limites constitucionais e infraconstitucionais, como é o caso da relativização da presunção de inocência, positivada no art. 5º, inc. LVII, da CF/88 e no art. 283 do CPP.

Logo após a promulgação da Constituição de 1988, o congresso editou a Lei nº 8.038/90 que regulou o procedimento dos recursos especial e extraordinários nos tribunais superiores, deixando claro no art. 27 que estes recursos não continham efeito suspensivo. Nesse contexto a execução antecipada da pena ganhou ainda mais força na jurisprudência

pátria, com a justificativa de que a interposição destes recursos não obstaría o cumprimento imediato da pena.

Não obstante, apresentando entendimento mais consentâneo aos direitos e garantias fundamentais arrolados na Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal mudou a jurisprudência pátria em 2009 com o julgamento do HC nº 84.078/MG. Dessa forma, solidificou o entendimento de que a execução antecipada da pena violaria o princípio da presunção de inocência, expressamente previsto no art. 5º, LVII, da CF/88.

Essa mudança ocorreu em meio a uma minirreforma no Código de Processo Penal empreendida pela Leis nº 11.689/08 e 11.719/08, reforçada posteriormente com o advento da Lei nº 12.403/11, que reformou os institutos das medidas cautelares e da liberdade provisória. Tais mudanças, aliadas a Lei de Execuções Penais, possibilitaram a mudança de pensamento acerca da matéria.

Contudo, ao contrário do que preconiza a Constituição Federal de 1988 e sem que as normas processuais penais infraconstitucionais fossem alteradas, o Supremo Tribunal Federal revisou seu posicionamento apenas 7 (sete) anos depois da decisão anterior. No julgamento do HC 126.292/SP em 2016 foi assentado que a presunção de inocência não impede a prisão de corrente de acórdão condenatório recorrível, em grande esforço jurídico.

Foi argumentado pelos ministros que a presunção de inocência não é princípio absoluto e, dessa forma, pode e deve ser relativizado frente a outros princípios constitucionais de igual importância como a efetividade das prestações jurisdicionais. Foi afirmando, inclusive, que a execução da pena logo após o julgamento perante as instâncias ordinárias constituía “exigência de ordem pública, necessária para recuperar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal”<sup>2</sup>.

O esforço jurídico depreendido para defender a execução antecipada da pena privativa de liberdade logo após a confirmação da sentença penal recorrível em segundo grau carece de precisão técnica, além de razão democrática que justifique a virada de posição jurisprudencial. Para demonstrar tais imprecisões técnicas e políticas, far-se-á uma análise dos principais argumentos utilizados na defesa da execução antecipada, bem como os institutos jurídicos que os sustentam.

---

<sup>2</sup> Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso afirma: “A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: [...] (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. [...]” (Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016, p. 27).

### **3.1 Entendimento jurisprudencial a respeito da execução antecipada da pena e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44**

O entendimento jurisprudencial do STF acerca da possibilidade da execução antecipada da pena é antigo e, como já afirmado, sustentou-se mesmo com a instituição pela Constituição de 1988 de um ordenamento jurídico, ao menos em teoria, mais garantista.

Após o julgamento do HC nº 126.292/SP, o STF sedimentou a nível nacional o posicionamento favorável à execução da pena privativa de liberdade na pendência de recursos extraordinários. Apesar de dominar essa corrente de pensamento, decisões em sentido contrário também podiam ser encontradas em menor número nas bancas do STF.

Contudo, tem-se observado que a maioria por trás desse entendimento vem se dissolvendo. Os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Tofolli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski têm aplicado monocraticamente posicionamento diverso em alguns casos.

Uma análise jurisprudencial das decisões do STF sobre a matéria revela que os principais argumentos utilizados pelos ministros desde antes da promulgação da Constituição de 1988 também foram utilizados no julgamento do HC 126.292/SP, quais sejam, a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e a aplicação da execução antecipada da pena nas hipóteses de prisão cautelar.

Na análise jurisprudencial realizada por Augusto Jobim do Amaral e Paulo Saint Pastous Caleffi (2017), percebe-se que até antes da promulgação da Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990, que positivou a tradição da recepção dos recursos especial e extraordinário apenas no efeito devolutivo, os ministros já fundamentavam a execução antecipada da pena com base no art. 637 do CPP que diz; “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”. Registre-se que este artigo compõe o Código de Processo penal desde sua edição em 1941.

A partir da vigência da supracitada lei, que dava igual tratamento aos recursos extraordinários tanto na seara civil, quanto na penal, a tese de que os recursos extraordinários não impedem a execução antecipada da pena após o segundo grau foi reforçada.

Ainda, demonstram os autores que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória era legitimada também pelo hoje revogado art. 594 do CPP, que determinava a obrogatoriedade do réu se recolher à prisão para apelar (AMARAL; CALEFFI, 2017). Isto,

claro, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois a partir dela este abusivo dispositivo deixou de ser aplicado.

Mesmo logo após a promulgação da Constituição em 1988, os julgados do STF não mudaram de teor em relação a execução da decisão condenatória não definitiva. A partir dali passou-se a relativizar o princípio constitucional da presunção de inocência, disposto no art. 5º, inc. LVII, da CF/88. AMARAL e CALEFFI (2017) destacam a interpretação da matéria sob o novo enfoque constitucional dado pelo Ministro Relator Aldir Passarinho no julgamento do HC 68037/RJ em 1990:

Entendo que a tese de que a nova Constituição, em face do disposto no item LVII, do seu art. 5º, inadmita a prisão do réu antes de a sentença condenatória transitar em julgado não é de ser acolhida.

É certo que o aludido dispositivo legal dispõe que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, mas o preceito não pode ser considerado isoladamente, mas sim em harmonia com outros dispositivos constitucionais, inclusive os diretamente referentes à prisão, como o item LIV do mesmo art. 5º, segundo o qual ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal’, e o item LXI, igualmente do art. 5º, que dispõe:

‘Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou por crime ou por crime propriamente militar, definidos em lei’.

Tais dispositivos já de si revelam que pode haver prisão independentemente de sentença transitada em julgado. No caso, houve processo legal que completou na fase de tramitação ordinária, havendo decisão condenatória, e em consequência houve a ordem de prisão, com atenção, portanto, ao disposto nos itens transcritos. (Supremo Tribunal Federal. HC 68037/RJ, Segunda Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, julgamento em 10 de maio de 1990)

Em complemento ao argumento da ausência do efeito suspensivo dos recursos para as instâncias superiores, a execução antecipada da pena foi aplicada em larga escala durante muito tempo com os fundamentos de que a execução antecipada da pena não violaria a Lei Maior, pois, respeitado o devido processo legal, toda a matéria fática estaria esgotada em segunda instância, sendo, portanto, legal a expedição do mandado de prisão no segundo grau (AMARAL; CALEFFI, 2017).

Este entendimento jurisprudencial se manteve inalterado por muito tempo, no entanto, sempre houveram decisões em sentido contrário. A temática da execução antecipada da pena era, como ainda é, muito controvertida.

Assinalam AMARAL e CALEFFI (2017) que em julgamentos de ambas as turmas do STF os ministros já afastavam a possibilidade de execução antecipada da pena em razão da aplicação por analogia do art. 147 da Lei de Execuções Penais que determina sejam as penas restritivas de direitos executadas apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A mudança de entendimento se deu apenas em 2009, no histórico julgamento do Habeas Corpus paradigma nº 84.078/MG, em que o pleno do Supremo Tribunal Federal, por 07 (sete) votos a 04 (quatro), alterou radicalmente o até então entendimento dominante para considerar inconstitucional a execução antecipada da pena, em razão de sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, conforme ementa abaixo transcrita:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] **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. [...] **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.** [...] 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. 1º, 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. (Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG, Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 05 de fevereiro de 2009, grifo meu).

Dos argumentos desfavoráveis a execução antecipada da pena, os ministros destacaram que tal instituto feria o princípio constitucional da presunção de inocência, que, na esfera penal, não poderia ser relativizado, pois seu conteúdo não se esvazia progressivamente com o andamento do processo criminal.

O Ministro Celso de Mello<sup>3</sup> lembrou a diferença entre prisão processual e prisão penal, uma vez que ambas as penas tem finalidades diferentes. A primeira é utilizada para garantir a aplicação da lei penal, enquanto a segunda visa efetivamente punir o condenado pelo cometimento do crime. Frisou ainda que a primeira é revestida pelo princípio da excepcionalidade, devendo ser decretada apenas quando encontrar fundamento na lei penal.

Finalmente, afastou o argumento de que os recursos especial e extraordinário não impediriam a execução de logo da decisão emanada por órgão julgador de segundo grau, pela alegação de que não revisitam a matéria fática, sendo, portanto, aceitos apenas no efeito devolutivo. Aduziu o ministro que, ainda assim, estar-se-ia ferindo o devido processo legal no que toca ao direito de defesa do réu.

---

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal. HC 84.078/MG, Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 05 de fevereiro de 2009, publicação em 26 de fevereiro de 2010, p. 1107 e ss.

O posicionamento contrário à execução antecipada pena, apesar da apertada votação, parecia estar consolidado na jurisprudência pátria. As modificações legislativas realizadas pelas Leis nº 11.689/08, 11.719/08 e 12.403/11 apontavam nesta direção. Estas leis, abraçando o posicionamento tanto da doutrina como da jurisprudência, revogaram os artigos que determinavam as prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível (art. 393 do CPP) e da sentença de pronúncia (art. 408 do CPP), bem como revogaram o artigo que previa a necessidade de se recolher à prisão para apelar (art. 594 do CPP).

É interessante registrar que a Lei nº 12.403/11 alterou o Título IX, do Livro I, do Código de Processo Penal, inserindo as medidas cautelares diversas da prisão e reformando completamente o instituto da prisão preventiva no processo penal, dando, portanto, um tratamento mais uniforme dos institutos relacionados a prisão à Carta Política e à Lei de Execuções Penais.

Ocorre que a busca por um melhor funcionamento do aparato judicial levou ao atropelo dos direitos e garantias processuais penais constitucionalmente previstas. Registra-se que ainda em 2011, após a malsucedida tentativa do então presidente do STF Cezar Peluso em alterar a natureza jurídica dos recursos especial e extraordinário, foi proposta a PEC nº 15/2011, apelidada de PEC dos Recursos, cujo objetivo era alterar o marco temporal do trânsito em julgado a fim de diminuir a interposição de recursos protelatórios e reduzir o alto número de processos pendentes de julgamento pelas cortes superiores. Interessante que apesar de ter idealizado a citada PEC, o Ministro Cezar Peluso votou favoravelmente a impossibilidade da execução antecipada da pena no julgamento do HC 84078/MG.

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu retornar ao anterior posicionamento da corte no julgamento do HC. 126.292/SP, declarando por 07 (sete) votos a 04 (quatro) que o princípio da presunção de inocência não impossibilitava a execução antecipada da pena privativa liberdade em segunda instância ainda que pendentes de julgamento recursos especial ou extraordinário perante as instâncias superiores, em ementa assim redigida:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

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

2. *Habeas corpus* denegado. Grifo nosso (Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016, grifo meu).

Mais uma vez os ministros que denegaram a ordem utilizaram o argumento de que a interposição de recursos especial e extraordinário não impede a execução da pena imposta em segunda instância. Arrazoaram que neste ponto do processo a culpabilidade do réu já estaria afirmada definitivamente, uma vez que às cortes superiores cabe apenas análise de questões de direito constitucionais que, apresentem repercussão geral, e da legislação federal.

Em seu voto o Ministro Relator Teori Zavascki<sup>4</sup> salientou que a temática da execução antecipada da pena está diretamente afeita a duas grandes questões: i) o alcance do princípio da presunção de inocência; e ii) o equilíbrio deste princípio com a efetividade da prestação jurisdicional penal. Este último, como ressaltou, diz respeito tanto aos direitos dos acusados quanto da sociedade.

Em argumento complementar ao do relator, o Ministro Roberto Barroso afirmou em seu voto que a possibilidade de execução antecipada da pena permitia a quebra do paradigma da impunidade e da seletividade no sistema criminal pátrio, já que os criminosos mais abastados dificilmente cumprem pena, o que devolveria a credibilidade do judiciário e do sistema penal perante a sociedade. Justificou seu posicionamento com o argumento de que a Constituição Brasileira condiciona a culpabilidade, e não a prisão, ao trânsito em julgado, e ainda defendeu que a presunção de inocência, sendo princípio, pode ser ponderada em diversos graus a depender da situação concreta.

Gilmar Mendes, que havia votado pela mudança de paradigma no tocante a matéria quando do julgamento do HC 84.078/MG, mudou novamente seu posicionamento para permitir a execução antecipada da pena. Ao contrário de seu voto anterior, neste asseverou que a execução de decisões emanadas de órgãos colegiados em segundo grau não viola o núcleo essencial do princípio da presunção e inocência, declarando ainda que tal princípio fundamental poderia ser progressivamente mitigado durante o processo penal, não havendo impeditivos para se tratar de forma progressivamente mais gravosa o condenado<sup>5</sup>. O ministro, contudo, já mudou novamente seu entendimento para um posicionamento intermediário, como se verá.

Ocorre que depois da decisão do HC 126.292/SP, tribunais de todo o país passaram a aplicar automaticamente a execução provisória da pena após o julgamento em segunda

---

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016, p. 4 e ss.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 63 e ss.

instância, em flagrante violação ao art. 283 do CPP, o que resultou na interposição pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, respectivamente.

Ambas as ADCs visam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011, que declara, em texto que conjuga os incs. LVII e LXI, do art. 5º, da CF/88, que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 2011).

Alegam os requerentes que o STF, ao realizar a última virada jurisprudencial, acabou afastando o supracitado artigo sem, contudo, declarar sua inconstitucionalidade, nem tampouco se debruçar sobre a recente alteração legislativa, que, em texto explícito, veda a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que viola a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e a Súmula Vinculante nº 10, assim redigidas:

Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”. (BRASIL, 2008)

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (BRASIL, 1988)

Em sede cautelar, pugnaram pela suspensão de eventuais execuções provisórias da pena e pela conseqüente libertação daqueles que estavam presos por este motivo. Subsidiariamente o PEN pediu ainda que fossem aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) em substituição a execução antecipada da pena enquanto não julgado o mérito das ações e, por fim, em caso de negativa dos pedidos anteriores, que fosse concedido efeito suspensivo ao menos ao recurso especial, sob o argumento de que as sentenças condenatórias sofrem relevante percentual de reforma pelo STJ em sede de recurso especial ou *Habeas Corpus*<sup>6</sup>.

Ambas as ADCs foram pensadas e, apesar do voto favorável do Ministro relator Marco Aurélio, a liminar foi denegada pelo pleno do STF por 06 (seis) votos a 05 (cinco), em

<sup>6</sup> Supremo Tribunal Federal. ADC nº 43 MC/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 05 de outubro de 2018. DJE 07/03/2018.

05 de outubro de 2016, prevalecendo novamente a possibilidade da execução antecipada da pena, apesar da literalidade do art. 283 do CPP.

Em novembro do mesmo ano, o plenário virtual do STF conheceu e julgou o Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246/SP<sup>7</sup>, com reconhecida repercussão geral, reafirmando a jurisprudência que permite a execução provisória da pena privativa de liberdade após confirmação da decisão em segunda instância.

Com o reconhecimento da repercussão geral, a matéria passava a servir de paradigma para casos semelhantes em tribunais de todo o país. Já naquela oportunidade o Ministro Dias Toffoli apresentava entendimento intermediário sobre o assunto, admitindo a execução antecipada da pena somente após o julgamento do recurso especial pelo STJ. Foram vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. A Ministra Rosa Weber não se manifestou.

Sucedo que, em janeiro de 2017 o Ministro Teori Zavascki faleceu de forma trágica. Ele era relator do HC 126.292/SP e favorável ao instituto da execução antecipada da pena. Neste mesmo ano, o Ministro Gilmar Mendes passou a sinalizar revisão de seu posicionamento, inclinando-se a seguir o raciocínio do Ministro Dias Toffoli para alterar o marco temporal a partir do qual deveria ser iniciada a execução da pena para a “terceira instância”.

Em abril de 2018, no julgamento pela Suprema Corte do Habeas Corpus preventivo interposto pelo ex-presidente Lula, Gilmar expôs os motivos da mudança. Esclareceu que, ao mudar seu entendimento no HC 126.292/SP para permitir a execução antecipada da pena, sua intenção era declarar apenas a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não determinar a obrigatoriedade dessa prisão. É interessante transcrever um trecho de seu voto:

Contudo, penso que a conclusão daquele julgamento no HC 126.292, na linha da argumentação que desenvolvi, poderia ter sido outra. Explico: analisadas diversas situações concretas resultantes daquele julgado, em que tribunais, automaticamente, passaram a determinar a antecipação da execução da pena, verifiquei, e acredito que todos os meus pares também, a ocorrência de encarceramentos precoces, indevidos, em razão de reforma posterior da condenação pelo STJ.

São situações em que, **iniciada a execução antecipada** da pena a partir do julgamento de segunda instância, esta vem a ser, **em recurso especial ou habeas corpus**, reduzida com mudança de regime (para o aberto), ou suplantada pela absolvição ou pela extinção da punibilidade pelo **Superior Tribunal de Justiça**. Sem grifos (Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752/PR**, Tribunal Pleno, Relator Min. Edson Fachin, julgado em 04 de abril de 2018).

---

<sup>7</sup> Supremo Tribunal Federal. ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16.

Mais adiante continuou afirmando que verificou que as prisões automáticas em segunda instância poderiam ser indevidas em razão da probabilidade de posteriormente o STJ reformar total ou parcialmente os julgados, concedendo ao réu a liberdade. A fim de “evitar ou minimizar a possibilidade do erro judiciário” ate que se possa estabelecer melhor solução, o ministro vem desde maio de 2017, nos *Habeas Corpus* de sua relatoria, deferindo ordens para impedir a imediata execução provisória da pena nos casos em que julga cabível. Posição que voltou a manifestar no julgamento do HC 152.752/PR, cujo paciente era o ex-presidente Lula.

Como se depreende do exposto, a discussão sobre a execução antecipada da pena ainda é muito controvertida. Já no julgamento do ARE nº 964.246/SP, a maioria que admitia a prisão antecipada foi de apenas 06 (seis) votos a 05 (cinco), não tendo a Ministra Rosa Weber, que tem posição em sentido contrário, se manifestado na ocasião.

A volubilidade da jurisprudência dominante sobre o assunto é evidente. Analisando-se o último julgado de grande repercussão sobre o assunto (HC nº 152.752/PR), percebe-se que a maioria foi firmada novamente por somente 06 (seis) votos a 05 (cinco). Em voto considerado determinante para a tomada da decisão, a Ministra Rosa Weber afirmou que apenas seguiu a maioria pelo princípio da colegialidade e em atenção a previsibilidade das decisões judiciais, contudo, deixou claro que seu posicionamento pessoal é diverso, indicando que seguirá outra linha de pensamento se a matéria for discutida novamente pelo plenário da Corte.

Ademais, convém frisar que o mérito das ADCs 43 e 44 ainda não foi julgado pelo plenário do STF. Atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Carmen Lúcia, tem resistido às pressões tanto de ministros quanto de juristas de todo o país para pautar o tema. O certo é que esse cenário de instabilidade tem ferido gravemente direitos e garantias penais fundamentais através da aplicação de uma opção política da Suprema Corte transvestida de luta pela efetividade da prestação jurisdicional, mas que mascara motivos muito mais políticos.

Nesse diapasão, a fim de determinar a natureza jurídica da prisão decorrente de acórdão penal condenatório recorrível é necessário traçar uma análise das espécies de prisões provisórias admitidas no processo penal brasileiro, bem como dos institutos inerentes a cautelaridade das prisões e sua relação com o princípio da presunção de inocência.

Além disso, é de fundamental importância o estudo sobre os recursos especial e extraordinário e seus efeitos no âmbito penal, uma vez que a falta de efeito suspensivos nesses recursos tem sido um dos principais argumentos utilizados na defesa da execução provisória da pena privativa de liberdade.

### 3.2 As prisões cautelares admitidas no processo penal brasileiro

A prisão em seu significado mais elementar é sinônimo de encarceramento, ou seja, o cerceamento da liberdade, um dos mais importantes bens do ser humano. No ordenamento jurídico pátrio o conceito e o fundamento da prisão no bojo do processo penal encontram-se na Lei Maior, em seu art. 5º, inc. LXI, o qual dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou por crime propriamente militar, definidos em lei”, somado ao inc. LVII do mesmo artigo, o qual afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

De ambas as normas, depreende-se que existem duas formas de aprisionamento no sistema criminal pátrio. A primeira ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para a qual é sempre necessária ordem escrita e fundamentada da autoridade jurídica competente. A segunda é aquela decorrente de decreto condenatório definitivo, ou seja, alcançado pelo trânsito em julgado, momento a partir o qual se concretiza o juízo de culpabilidade sobre o réu e que autoriza a execução da pretensão punitiva estatal.

Ambos os incisos citados serviram de inspiração para o legislador ordinário quando da reforma dos tipos de prisões realizada no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/11. Esta imprimiu nova redação ao art. 283 do referido diploma legal, que passou a dispor as espécies de prisão admitidas na seara penal, sendo elas: i) prisão em flagrante; ii) prisão temporária; iii) prisão preventiva; e iv) prisão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

Dessa forma, tem-se que as prisões no âmbito criminal classificam-se quanto à finalidade de duas formas, a prisão pena e a prisão cautelar. A primeira consiste no direito do Estado de punir aqueles que praticam delitos e é executada através de decisão judicial de caráter definitivo, ou seja, somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Já as prisões cautelares, também chamadas de prisões provisórias ou prisões processuais, consistem em medidas cautelares de natureza pessoal que implicam na restrição da liberdade de locomoção do imputado sempre que por outra forma não seja possível salvaguardar a eficácia da instrução processual, ou seja, quando a liberdade do réu traduz algum mal a ser evitado (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

É importante ressaltar que as hipóteses de prisão cautelar têm caráter excepcionalíssimo. São deferidas apenas quando observados os requisitos previstos em lei,

pois implicam na restrição de um dos mais elevados direitos fundamentais do ser humano, a liberdade pessoal. Não se pode esquecer que antes do trânsito em julgado da sentença condenatória todos os investigados e os processados no âmbito penal devem ser considerados inocentes, como preceitua o princípio constitucional da presunção de inocência, isso porque ainda não há um decreto definitivo quanto a sua responsabilidade penal.

Assevera Renato Brasileiro Lima (2017, p. 875) que em um Estado Democrático de Direito onde vigora o princípio da presunção de inocência, o ideal seria que toda prisão decorresse da execução da pretensão punitiva estatal, ou seja, a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória, respeitados, assim, o devido processo legal e demais garantias penais fundamentais. Contudo, no decorrer do processo pode haver situações em que a atuação do Estado é fundamental para garantir própria prestação jurisdicional. Daí decorre a necessidade de imposição de medidas cautelares para garantir a eficácia do processo criminal.

Seguindo esta análise, pode-se observar no sistema de justiça criminal três espécies de prisão processual, a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. Contudo, convém frisar que o Código de 1941 ainda previa duas espécies autônomas de prisões cautelares. A primeira é a prisão como condição para apelar, também chamada de prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, disposta no revogado art. 594 do CPP<sup>8</sup>. A segunda é prisão decorrente da decisão de pronúncia, prescrita no antigo art. 408 do CPP<sup>9</sup>. Ambas revogadas pelas Leis nº 11.689/08, e nº 11.719/08, respectivamente.

Estes dois tipos de prisão cautelares consistiam na verdade em ordens de prisão automáticas. Não havia nenhum motivo para que os réus fossem presos nestas circunstâncias, a não ser a antecipação do juízo de culpabilidade autorizado pelas normas de direito processual penal, que foram revogadas do ordenamento jurídico por contradição ao amplo sistema de direitos e garantias fundamentais em matéria penal previstas na Constituição Federal de 1988.

Sobre estes tipos de prisão automáticas no Brasil, assevera Renato Brasileiro Lima (2017, p. 876) que a partir da positivação do princípio da presunção de inocência no art. 5º,

---

<sup>8</sup> Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

<sup>9</sup> Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.

§ 2º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, já se encontre preso.

§ 3º Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão. [...]

inc. LVII da CF/88, a prisão não poderia resultar automaticamente da pronúncia ou da sentença condenatória recorrível, sob pena de ilegalidade, devendo ser tratada como prisão preventiva. Não se poderia admitir que um mandamento legal usurpasse a necessidade de segregação cautelar do Poder Judiciário, determinando o encarceramento como efeito automático.

O certo é que com a reforma penal de 2008 empreendida pelas Leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08 tais prisões foram abolidas do ordenamento jurídico em atenção ao postulado da não culpabilidade. Mais tarde, em 2011, depois de uma década de tramitação no Congresso Nacional, seria finalmente aprovada a Lei nº 12.403, que esclareceu de vez a diferença entre as prisões cautelares e a prisão pena, definindo, no já citado art. 283 do CPP, que todas as prisões antes do trânsito em julgado da sentença condenatória têm necessariamente natureza cautelar, funcionando, portanto, como instrumentos para a aplicabilidade e efetividade da lei penal.

Percebe-se então que estas últimas alterações legislativas objetivaram desbanalizar a prisão cautelar, impondo requisitos específicos para sua decretação que perpassam pela extrema necessidade da medida imposta. Cumpre lembrar que o que está em jogo é a liberdade pessoal de um cidadão. Desse modo, a imposição do encarceramento deve ser a última *ratio* utilizada para proteger a efetividade do processo, devendo ser aplicada apenas na insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Todas as medidas cautelares, incluindo as de natureza prisional, devem atender aos requisitos do *fumus commissi delicti*, que consiste na probabilidade de existência do delito, e do *periculum libertatis*, consistente na situação de risco gerada pela liberdade do acusado, além dos pressupostos gerais de aplicação dispostos no art. 282 do CPP.

Segundo TÁVORA e ALENCAR (2016, p.1027) o *fumus commissi delicti* pressupõe a justa causa para a decretação da prisão, ou seja, a presença de um lastro probatório mínimo capaz de apontar com certeza a ocorrência do crime e apto a vincular o imputado à prática da infração. Em outras palavras, exige a presença de prova da materialidade e indício de autoria. Já o *periculum libertatis*, na visão de Aury Lopes Júnior (2014), fundamenta-se no perigo de frustração da pretensão punitiva estatal, em caso de fuga, ou nos riscos inerentes a própria conduta do acusado em relação ao regular andamento processual e à produção das provas (destruição de provas, intimidação da vítima ou de testemunhas, etc...).

Ainda, é indispensável que a imposição da medida prisional seja necessária para a aplicação da lei penal, pressuposto disposto no inc. I, do art. 282 do CPP, e adequada a

situação concreta, analisando-se as circunstâncias do crime e condições pessoais do imputado, pressuposto do inc. II do art. 282 do CPP.

Salienta Eugênio Pacelli de Oliveira (2014) que ambos os pressupostos derivam do postulado geral da proporcionalidade, presente implicitamente na Lei Maior como termômetro de aplicabilidade dos direitos e garantias individuais, e que se desdobra tanto na proibição do excesso, mas também na máxima efetividade dos direitos fundamentais, interpretação esta realizada através de um juízo de ponderação sobre o alcance das normas em caso de eventual tensão entre elas.

Portanto: a restrição da liberdade individual do imputado apenas é permitida em casos de estrita necessidade na medida, tendo sempre natureza cautelar. Do contrário, estar-se-ia convertendo o princípio da presunção de inocência em juízo prematuro de culpabilidade, entendido aqui como a antecipação da responsabilidade penal do processado.

### 3.2.1 Da incompatibilidade da prisão em segunda instancia com o sistema processual brasileiro

Leciona Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 501) que antes da reforma nos institutos relacionados à prisão, a mera prisão em flagrante autorizava a custódia cautelar durante todo o processo, tendo como únicas exceções as hipóteses de crimes afiançáveis ou o direito a liberdade provisória, esta última possível apenas em situações abarcadas por alguma das excludentes de ilicitude.

O autor afirma ainda que a prova cabal de que o Código de Processo Penal foi construído a partir de um juízo de culpabilidade é justamente o fato de que as prisões cautelares estavam fundamentadas exclusivamente na lei, sem nenhuma outra razão ou necessidade que justificasse a cautela, como se tem atualmente (OLIVEIRA, p. 502).

Mas esse cenário se inverteu. As reformas no direito processual penal realizadas na década passada reforçaram a superação do sistema criminal pautado pela presunção de culpabilidade e a instituição de outro baseado na presunção de inocência, a exemplo da Constituição Cidadã. A reforma mais marcante foi realizada pela Lei nº 12.403 de 2011, que alterou o Título IX, do Livro I, do Código de Processo Penal, trazendo relevantes modificações nos institutos das prisões cautelares, da liberdade provisória, além de instituir diversas medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319 do CPP).

O dispositivo mais representativo dessa alteração legislativa é sem dúvidas o art. 283 do CPP que enumerou expressamente os tipos de prisões cautelares permitidos no sistema

criminal: a prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, diferenciando-as da prisão pena, aquela decorrente de sentença penal condenatória com trânsito em julgado (LIMA, 2017, p. 864).

Nesse mesmo contexto, as prisões automáticas admitidas no ordenamento foram expressamente revogadas. Apesar de há muito não serem mais aplicadas em razão de serem contrárias aos postulados relativos à prisão previstos na Carta Política, a revogação enaltece o comprometimento do legislador ordinário com a presunção de inocência como princípio basilar do processo criminal.

Esse comprometimento é bem observado na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.208 de 2001, que resultou na edição da Lei nº 12.403/11. Segundo o Ministro de Estado da Justiça José Gregori, os juristas integrantes da comissão que elaborou o projeto assim o justificaram:

O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema (...) Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são (...) d) **impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar** (BRASIL, 2001, Grifo meu).

Mais adiante esclarece que:

A revogação dos artigos 393, 594, 595 e os parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal, **tem como objetivo definir que toda prisão antes do trânsito em julgado final, somente pode ter o caráter cautelar. A execução “antecipada” não se coaduna com os princípios e garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito** (BRASIL, 2001, grifo meu).

Do preceito de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória depreende-se não só a regra de tratamento do acusado durante o processo e a regra probatória, mas também implica em afirmar que não pode haver pena antes da constatação da culpa, pois esta é pressuposto daquela.

Já foi afirmando em várias passagens que o art. 283 do CPP prevê claramente em quais situações o cárcere antes da condenação definitiva é permitido. Além disso, foram expressamente revogadas todas as possibilidades de prisão automáticas do nosso ordenamento. Forçoso concluir que a execução antecipada da pena não constitui tipo de prisão cautelar, pois é em verdade, espécie não regulamentada de prisão automática que ainda persiste no ordenamento pátrio por opção política do Poder Judiciário.

E como já foi assentado, prisões automáticas não são compatíveis com os direitos e garantias individuais previstas na Lei Maior. Todas as prisões antes do trânsito em julgado

final devem ser devidamente fundamentadas e emanadas de autoridade jurídica competente. Ressalta-se que a Lei 11.719/08 também deu nova redação ao art. 387 do CPP que em seu parágrafo único determina que o juiz “decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

Desse modo, é imperativo para a decretação de qualquer prisão processual a existência da necessidade cautelar, traduzida pela aplicabilidade da lei penal, além da garantia de que o ergástulo seja efetivamente fundamentado por ordem escrita da autoridade judiciária competente. A execução antecipada da pena não atende a nenhuma dessas regras. Não exprime necessidade cautelar uma vez que consiste no poder punitivo estatal, tampouco tem fundamento que vá além de um simples esforço jurídico que a permita.

Sobre a natureza das prisões antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afirma Renato Brasileiro Lima (2017, p. 875) que:

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade.

Diante disso, é pertinente reprimir que a execução antecipada da pena não tem fundamentação legal no ordenamento jurídico. Em verdade, este instituto é expressamente vedado pelo art. 283 do CPP.

Dessa forma, autorizar a execução da pena antes da decisão condenatória transitar em julgado importa em criar outra espécie de prisão no ordenamento jurídico, que não se encaixaria bem nem como prisão cautelar, nem como prisão pena.

Como já explanado, há apenas dois tipos de prisões no sistema penal brasileiro, a prisão pena, aquela executada somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória e as prisões cautelares, que visam a garantia da aplicação da lei penal e a conveniência da investigação ou da instrução criminal, podendo ser decretadas conforme os pressupostos de necessidade e adequação durante a fase investigatória ou no decorrer de todo o processo penal.

Como bem ressaltam Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró (apud LIMA, 2017, p. 876):

[...] infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da

própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional toma-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva.

Nesta perspectiva, pode-se concluir que a argumentação a favor da execução provisória da pena privativa de liberdade centra-se, na verdade, em esforço jurídico cujo objetivo é punir antecipadamente aqueles sobre quem recai a pecha de culpado, em total inversão ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Exemplo deste fenômeno também é a desproporcionalidade com que se vem aplicando a prisão preventiva no Brasil, como regra ao invés de exceção.

Como bem assevera LIMA (2017, p. 875) “a prisão cautelar não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de desvirtuar sua natureza instrumental”. Nesta mesma lógica, tampouco pode dar cumprimento à pretensão executiva estatal sem que haja decisão definitiva, ou seja, passada em julgado sobre a infração.

Em razão desta tendência, o Supremo Tribunal Federal tem consolidado o entendimento de que a gravidade do delito por si só não é argumento idôneo a autorizar a custódia preventiva, isto porque os tribunais inferiores têm abusado da aplicação do instituto da prisão preventiva.

Não obstante uma significativa parcela de réus já ficar boa parte do processo presa cautelarmente, agora se quer justificar a prisão provisória da pena após confirmação da sentença em segundo grau. Atualmente no sistema de justiça criminal pretende-se primeiro prender, para depois apurar-se a culpa. Não é à toa que o constituinte de 1987 condicionou a execução da pena ao marco temporal do trânsito em julgado.

### **3.3 Recursos extraordinários no âmbito penal**

Como já afirmado, o argumento dos recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo tem sido utilizado por ministros para defender a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Contudo, como se explicará, os recursos extraordinários detém, no âmbito criminal, algumas particularidades inerentes a esta ciência jurídica que não podem ser desconsideradas.

Explica CAPEZ (2016) que a palavra recurso significa um retorno do processo ao seu estado anterior, antes da prolatação da decisão, permitindo ao recorrente que sua causa seja novamente julgada. Enquanto na decisão de origem o juiz pratica e analisa atos processuais

em uma ordem lógica até decisão final, o julgador a quem se recorre no recurso faz o caminho de volta, analisando de trás pra frente a fim de proferir outra decisão.

De outra forma Aury Lopes Junior (2014) explica que a necessidade de criação dos recursos advém da imposição de um terceiro imparcial com amplos poderes decisórios no processo penal e que, portanto, está acima das partes, ocupando posição basilar na tríade dialética. Nesse sentido, afirma Tourinho Filho (2007) que o fundamento de todo e qualquer recurso consiste na falibilidade humana bem como na necessidade psicológica de ver sua pretensão reexaminada, até mesmo em razão do primeiro fundamento.

O juiz que proferiu a decisão impugnada pode errar na aplicação ou interpretação da lei penal, e esta falibilidade por si só autoriza a revisão da decisão como forma de melhorar o provimento jurisdicional. Além disso, como afirma Tourinho Filho (2007), os recursos são majoritariamente direcionados aos tribunais superiores, de estrutura colegiada e que possuem julgadores mais velhos e, conseqüentemente mais experientes, o que garante uma melhor apreciação da matéria e reforça a confiabilidade das decisões.

Não se está desprestigiando os juízes de primeira instância com essa afirmação. Ocorre que os recursos estão diretamente ligados ao princípio do duplo grau de jurisdição, posto que derivam do direito de ação (pretensão acusatória) e do direito de defesa (resistência), sendo proferidos no curso do mesmo processo da decisão impugnada (LOPES JR., 2014).

O art. 5º, inc. LV, da CF/88, traduz exatamente esse aspecto ao afirmar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios **e recursos a ela inerentes**” (BRASIL, 1988, grifo meu). Ademais o próprio texto constitucional organiza o Poder Judiciário em dois graus de jurisdição, conferindo atribuição precipuamente recursal aos tribunais superiores.

Dessa forma, do ponto de vista processual, o recurso pode ser conceituado como “instrumento processual voluntário de impugnação de decisões judiciais, previsto em lei federal, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, objetivando a reforma, a invalidação, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada” (LIMA, 2017, p. 1631).

Desse modo, pode-se extrair que o recurso é um direito da parte que, experimentando prejuízo em razão de decisão judicial, exercita seu direito de defesa para pugnar um novo julgamento da causa, objetivando alterar no todo ou em parte a decisão. Para que isso seja possível é necessário que a decisão seja recorrível, ou seja, que ainda não se tenha operado a coisa julgada, material ou formal, ou tenha ocorrido a preclusão do direito.

Sobre a natureza jurídica dos recursos, acentuam TÁVORA e ALENCAR (2016) que a maioria da doutrina considera os recursos como um desdobramento do direito de ação ou defesa que prorroga a relação jurídica processual. Isso porque o processo é um instrumento de satisfação de pretensões e resistências, de modo que a interposição de recurso nada mais é que a tentativa de ambas as partes em se obter uma decisão favorável enquanto não houver provimento definitivo sobre a matéria.

Enfim, para muito além do inconformismo das partes, os recursos são também indispensáveis para controlar a qualidade da atividade jurisdicional. Afinal, como já afirmado, os juízes são apenas homens e, por isso mesmo, falíveis.

Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico dispõe de dois tipos de recursos, os ordinários, aqueles que permitem o reexame de toda a matéria fática e jurídica pela instância superior, e os recursos extraordinários, aqueles de fundamentação vinculada a questões de direito expressamente previstas em lei (LOPES JR., 2014). Estes subdividem-se ainda em recurso especial, que versa sobre a aplicação da legislação federal infraconstitucional, e em recurso extraordinário propriamente dito, em que são alegadas apenas matérias constitucionais.

Segundo preleciona CAPEZ (2016), a razão de ser dos recursos extraordinários é essencialmente garantir a uniformidade de aplicação da Constituição e da legislação federal inconstitucional em todos os entes federados. Sua existência gira em função da natureza federativa do Estado brasileiro.

Segundo dispõe o art. 102, III, da Lei Maior, “compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida:” a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; ou d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Tourinho Filho (2007) explica que a expressão “em única ou última instância” significa que o este recurso apenas poderá ser interposto após a prolação da última decisão do órgão competente inferior. Nesse sentido é a Súmula 281 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada” (BRASIL, 1963).

Esta imposição legal traduz-se no instituto do prequestionamento, que é requisito de admissibilidade deste recurso. Assim, se a questão constitucional não foi apresentada em

todos os recursos ordinários cabíveis anteriormente, estará prejudicado o recurso extraordinário.

Além da observância destas hipóteses, para julgamento do recurso extraordinário a Constituição ainda impõe, no §3º, do art. 102, outro requisito de admissibilidade do recurso, a demonstração da repercussão geral no caso. Isto porque, como já ventilado, tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário se limitam ao aspecto jurídico da decisão impugnada, aspectos estes, portanto objetivos e de caráter geral, uma vez que previsto em lei.

O recurso especial, por sua vez, é julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em única ou última instância, devolvendo as decisões dos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios que: “a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (art. 105, III, da CF/88).

Afirma CAPEZ (2016) que o STJ foi criado com o objetivo de desafogar a Corte Constitucional do grande volume de processos que inviabilizavam a prestação satisfatória da tutela jurisdicional. Assim, com o advento da Constituição de 1988, a competência de uniformizar a aplicação do direito federal infraconstitucional em todo território nacional ficou a cargo do STJ, enquanto a fiscalização e harmonização da Constituição continuou com o STF.

Desse modo, o recurso especial tem as mesmas características do recurso extraordinário, a exceção do objeto de atuação que é a lei federal inconstitucional. De mais a mais, vale lembrar que o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções penais são exemplos de leis federais infraconstitucionais e sua ofensa enseja a interposição do recurso especial.

Outra particularidade de ambos os recursos é a vedação ao reexame de provas, uma vez que estes apenas versam sobre questões de direito. É dizer: não devolvem ao STJ e ao STF as questões probatórias ou de fato. Sobre o assunto, cada um dos tribunais editou sua própria súmula: a súmula nº 07 do STJ, a qual dispõe que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (BRASIL, 2009) e a súmula nº 279 do STF que determina que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (BRASIL, 2013).

Não obstante, a vedação ao reexame de provas não pode ser tido como absoluto, principalmente no âmbito criminal. Ocorre que nem sempre é possível separar as questões de direito das questões de fato. O que as citadas súmulas vedam é a reanálise pura e simples das provas em relação ao caso enfrentado. Contudo, há casos em que a matéria jurídica está

intimamente atrelada à questão fática, como, por exemplo, o descumprimento das regras atinentes a produção probatória (uso de prova ilícita, nulidade da prova, atribuição de peso ao interrogatório do réu, etc...), as quais podem ser impugnadas via recurso especial.

Segundo Aury Lopes Jr. (2014) a separação entre questões de fato e questões de direito é tênue, pois a vedação ao reexame de provas não impede que os tribunais superiores versem sobre a qualificação jurídica dos fatos quando o juízo de tipicidade realizado pelo tribunal inferior for questionado. Nesse exemplo fica claro que o exame de provas é a questão de fundo da decisão, devendo ser admissível o recurso neste caso.

O autor exemplifica com o seguinte caso: no recurso especial contra acórdão que manteve a pronuncia por homicídio doloso eventual em um crime de trânsito em que se utiliza a tese defensiva de crime culposo, é bastante difícil separar a questão de fato e a questão de direito, uma vez que não há como diferenciar o dolo da culpa sem analisar as provas (LOPES JR., 2014).

Por este motivo, não prospera o argumento utilizado por alguns ministros de que a interposição de recursos especial e extraordinário não obsta a execução antecipada da pena, pois após o segundo grau de jurisdição os tribunais não mais analisariam as questões de mérito, mas apenas de direito. Como explanado, é plenamente possível que a o acórdão condenatório pendente por conta de recurso especial ou extraordinário venha a mudar a situação jurídica do réu para melhor quando do julgamento destes recursos.

### 3.3.1 Efeitos devolutivo e suspensivo em matéria processual penal

Também é argumento utilizado para a execução provisória da pena o fato do art. 637 do CPP e o art. 27, §2º da Lei 8.038/90 (revogado pela Lei 13.105/15) prever os recursos extraordinário e especial apenas no efeito devolutivo. Assim como o raciocínio anterior, este não deve prosperar igualmente em razão da especialidade da ciência criminal em comparação ao ramo do direito privado.

Os efeitos devolutivo e suspensivo dos recursos são tradicionalmente apontados como as principais consequências da interposição de um recurso. O efeito devolutivo está diretamente ligado ao escopo recursal de garantir o melhor resultado possível à parte irrisignada com uma decisão. É efeito comum a qualquer recurso, pois permite que toda a matéria já julgada seja reapreciada. Contudo, o tribunal competente para o novo julgamento apenas pode conhecer da matéria impugnada pelo recorrente ou, nos casos dos recursos

extraordinários, da questão jurídica estabelecida em lei. Ou seja, nem sempre a matéria será totalmente devolvida para novo julgamento.

Já o efeito suspensivo determina que a interposição do recurso prorogue a produção de efeitos da decisão impugnada até o trânsito em julgado da decisão. Desse modo, a decisão apenas é executada após ter caráter definitivo, ou seja, até que contra ela não seja mais oponível recurso.

O ponto fulcral desta análise reside na controvérsia sobre o reconhecimento do efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário em âmbito penal. De logo, adianta-se que todo recurso em matéria criminal deve ser reconhecido no efeito suspensivo. Como afirmado, os recursos são consectários do direito de ação e reação das partes do processo. Desse modo, a impugnação de uma decisão via recurso resulta sempre no afastamento do trânsito em julgado da condenação, uma vez que é direito da parte ver sua pretensão analisada até que advenha uma decisão definitiva.

Conclui-se da exposição das características dos recursos extraordinários, que a Carta Política conferiu aos tribunais de sobreposição a função de garantir a ordem, segurança jurídica e, conseqüentemente, a previsibilidade do ordenamento jurídico como um todo, e não propriamente tratar dos direitos subjetivos das partes. Por este motivo há tantos mecanismos processuais com a finalidade de diminuir a demanda de recursos a estes tribunais.

É com este fundamento que alguns juristas defendem a execução da pena ainda que pendente de julgamento recurso extraordinário. O não conhecimento do recurso no efeito suspensivo decorreria da própria legitimidade e âmbito de atuação das Cortes Superiores, as quais não tem atribuição para reanalisar questões de fato. Contudo, ainda que a defesa da ordem constitucional seja a principal função das Cortes Superiores, esta pressupõe a análise dos direitos subjetivos das partes, porquanto se desdobram na aplicação e efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Afirmar que a interposição de recursos extraordinários não impede a execução da pena, pois tais recursos são previstos apenas do efeito devolutivo, é negar aplicação ao sobreprincípio do devido processo legal, pois constitui evidente cerceamento de defesa, além de ferir o princípio da presunção de inocência, resultando em irremediável prejuízo ao réu que terá seu direito à liberdade suprimido sem que tenha havido uma decisão definitiva sobre a causa.

Ressalte-se que, como já explicado exaustivamente em tópico anterior, após as reformas penais empreendidas na década passada ficou clara a opção do legislador em conferir caráter cautelar a todas as prisões decretadas antes do trânsito em julgado final. E

para serem consideradas cautelares, é necessário que as prisões sejam decretadas por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, além de preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP, que exprimem a necessidade da cautela e a adequação da medida ao caso concreto.

Afora essa hipótese, toda prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória constitui execução antecipada de pena e, como afirmado em tópico anterior, as espécies de prisão automática no país foram revogadas do ordenamento jurídico por não serem compatíveis com a ordem constitucional vigente desde 1988.

Outro aspecto importante do argumento que permite a execução provisória da pena em razão do não conhecimento dos recursos extraordinários no efeito suspensivo é o fato dele se basear no art. 637 do Código de Processo Penal combinado com os artigos arts. 995 e 1029, §5º, do novo Código de Processo Civil, que revogou expressamente os arts. 13 a 18, 26 a 29 e 38 da Lei nº 8.038/90.

É oportuno repisar que o art. 637 do CPP, cuja redação afirma 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”, foi editado juntamente com o referido código em 1941 sob ideologia profundamente autoritária, em que os interesses sociais sobrepujam-se aos direitos individuais.

Naquela época todo o sistema de justiça criminal era pensado na lógica da presunção de culpabilidade o que legitimava o Estado a praticar barbaridades sob a justificativa da proteção à ordem pública. Contudo, essa lógica foi invertida com o advento da Constituição Federal de 1988 e a positivação do princípio da presunção de inocência.

Forçoso concluir que o art. 637 do CPP não encontra mais aplicabilidade no atual sistema político, pois é flagrantemente contrário às disposições garantistas da Carta política de 1988. Sobre a interação entre o direito processual penal e a Constituição, Aury Lopes Jr. (2014) adverte que as regras de processo penal devem ser lidas conforme as disposições da Constituição, e não o contrário. Ou seja, os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição não devem ser restringidos para se adequar a postura autoritária do Código de Processo Penal de 1941.

Dispositivos de teor repressivo já foram expurgados do ordenamento jurídico, seja por meio de interpretação conforme à Constituição, seja por meio de alterações legislativas, de modo que o vigente Código de Processo Penal mais parece uma colcha de retalhos, com diversas passagens que se contradizem. A título de exemplo, cita-se os arts. 674 e 675 do

diploma legal, os quais trazem o trânsito em julgado como marco temporal para a execução definitiva da pena, em contraposição ao art. 637 citado:

Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.

Parágrafo único. Na hipótese do art. 82, última parte, a expedição da carta de guia será ordenada pelo juiz competente para a soma ou unificação das penas. (BRASIL, 1941)

Art. 675. No caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão, por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, o juiz, ou o presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória. (BRASIL, 1941)

Sob outra perspectiva, convém frisar que é um erro dispensar tratamento igual às disciplinas processual civil e processual penal. Em que pese na seara privada os recursos extraordinários não tenham efeito suspensivo por força dos arts. 995 e 1029, §5º, do novo Código de Processo Civil, o mesmo efeito não pode ser estendido à ciência penal.

Conforme aduz Aury Lopes Jr. (2014), reduzir a problemática da execução antecipada da pena à esfera do efeito recursal é reduzir sobremaneira a complexidade e especificidades da ciência penal. Mais importante é a definição da amplitude e eficácia do princípio da presunção de inocência, pilar do direito à liberdade no âmbito criminal.

Ademais, o processo penal é mais penoso que o civil, pois de um lado tem-se o aparato estatal, defendendo o *jus puniendi*, e do outro está o acusado, tentando proteger sua liberdade individual. São categorias demasiadamente importantes para serem tratados de maneira tão leviana pelo Poder Judiciário na busca irrefreável pela efetividade das prestações judiciais e, conseqüentemente, por sua credibilidade perante a sociedade.

Além disso, como explanado, o sistema recursal é consectário do direito de ação e, conseqüentemente do direito ao amplo exercício da defesa em todos os graus de hierarquia do judiciário, assim como é pressuposto do direito a prestação jurisdicional e proteção à justiça. É óbvio que quanto mais amplo o direito a recorrer, mais morosa será a atividade jurisdicional. Portanto estes dois lados da mesma moeda (tutela jurisdicional) estão em constante sopesamento (OLIVEIRA, 2014).

Contudo, diante da magnitude do direito à liberdade individual, não parece correto relativizar este direito fundamental por motivos inerentes ao funcionamento do complexo e intrincado sistema de justiça criminal, muito menos justificá-la em razão a crise de efetividade e credibilidade de suas prestações.

#### **4 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Falar sobre a efetividade dos direitos fundamentais é também falar sobre a evolução do constitucionalismo, uma vez que apenas é possível entender a organização do poder e, conseqüentemente, a proteção dos direitos básicos dos homens através do olhar histórico sobre desenvolvimento dos tipos de Estado e a configuração dos ordenamentos jurídicos.

Ressalta-se que o estudo acerca das diversas fases do constitucionalismo envolve também o estudo sobre o desenvolvimento dos modelos de Estado, desde a criação dos primeiros Estados de Direito com a as revoluções liberais do séc. XVIII, até se chegar ao modelo do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Prelecionam MENDES e BRANCO (2014) que é a partir das Revoluções Francesa e Americana que se chega ao conceito de Constituição como a entendemos atualmente, qual seja, instrumento voltado a conter o poder e proteger as liberdades individuais no contexto da proteção à dignidade humana.

Nesse sentido, faz-se necessário uma abordagem histórica acerca da evolução do constitucionalismo como garantidor dos direitos fundamentais para que se possa conhecer sua fase atual denominada de neoconstitucionalista, altamente difundida nos textos constitucionais do segundo pós-guerra, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988.

Até mesmo nas civilizações da antiguidade, em que não se falava em Constituições escritas, existia uma noção de Lei Fundamental do Estado, como havia na Grécia antiga. Essas manifestações primitivas constituem o fundamento do constitucionalismo vindouro, de modo que seu estudo também é necessário.

Todo esse arcabouço histórico será essencial para a compreensão das Constituições atuais como escritos dotados de normatividade jurídica, o que atualmente é indiscutível, mas nem sempre o foi. Do mesmo modo, evidenciará o desenvolvimento da noção de jurisdição constitucional e a construção do seu papel no constitucionalismo contemporâneo.

A importância de entender a amplitude das competências e prerrogativas dadas pelo modelo neoconstitucionalista ao Poder Judiciário, notadamente aos Tribunais Constitucionais, reside na posterior análise de como o Supremo Tribunal Federal vem dando conformação aos direitos fundamentais no Brasil, especialmente no tocante às matérias criminais, de maior sensibilidade no seio social.

Dessa forma, pretende-se responder a dois questionamentos: em que circunstâncias os direitos fundamentais podem ser limitados? Quão intenso deve ser o controle exercido pelo STF em relação a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais?

A constitucionalização abrangente de questões ético-políticas é responsável por este cenário. O caráter dirigente e compromissário da Constituição de 1988 desperta problemas a nível de efetivação e proteção desses direitos. Por isso, o estudo acerca das limitações dos direitos fundamentais, que por sua vez gira em torno da colisão entre princípios, vem cada vez mais ocupando importante espaço na ciência constitucional.

Para tanto, será necessário abordar a distinção entre princípios e regras realizada na contemporaneidade, cujo objetivo é resolver o problema da vinculatividade das normas constitucionais de direitos fundamentais. A elaboração de uma teoria dos princípios está diretamente relacionada à formulação de meios de soluções de conflitos entre ambos os tipos de normas, que vão se especificar de acordo com a definição de sua natureza jurídica.

Nesta senda, é imperativo entender os postulados de interpretação dos direitos fundamentais bem como a teoria da colisão de princípios para responder se o princípio da presunção de inocência pode ser relativizado para dar conformação aos princípios da duração razoável do processo e da efetividade das prestações jurisdicionais.

#### **4.1 A evolução das teorias da Constituição: do constitucionalismo antigo ao constitucionalismo contemporâneo**

O conceito de constitucionalismo está atrelado à ideia de criação de uma norma básica apta a legitimar a criação dos Estados e, conseqüentemente, limitar o poder do Soberano. Segundo NOVELINO (2014), o termo é identificado tradicionalmente com o princípio da separação dos poderes, uma vez que a criação dos Estados sustentava-se no controle e na legitimação do poder exercido pelos governantes.

O controle do exercício do poder foi realizado através das teorias acerca da divisão de poderes e justificado pela necessidade de proteção dos direitos humanos básicos do autoritarismo estatal. Nessa lógica, preleciona SARLET (2012) que o nascimento dos Estados modernos está diretamente ligado a história dos direitos fundamentais, pois aqueles foram criados justamente para proteger a dignidade da pessoa humana e direitos dela decorrentes.

Contudo, nem sempre as Constituições foram capazes de dar eficácia aos direitos humanos fundamentais. O fenômeno será mais bem compreendido quando do exame dos

ideais políticos e jurídicos que dão o tom do constitucionalismo ao longo de seu desenvolvimento histórico.

O constitucionalismo evoluiu ao longo dos séculos ao lado da criação dos Estados de Direito guiados pelo desenvolvimento progressivo dos direitos do homem em uma relação simbiótica com o modelo de Estado adotado pelas civilizações desde a antiguidade até a contemporaneidade.

NOVELINO (2014) aborda a análise histórica das diversas fases do constitucionalismo ao lado da evolução da organização humana em sociedade, começando pela antiguidade, onde ainda não havia propriamente uma Constituição, passando pela criação do Estado de Direito de cunho liberal até chegar ao modelo contemporâneo do Estado Democrático do Direito, inaugurado no período pós-guerra, denominado de neoconstitucionalismo.

O período do constitucionalismo antigo compreende desde as civilizações da antiguidade, passando pela idade média até desembocar nos Estados absolutistas do séc. XVII. A princípio, o período foi marcado por um modelo de Estado em que não havia uma Constituição capaz de distribuir o poder e legitimar o governo (NOVELINO, 2014).

Nesse período o poder político fundamentava-se na autoridade divina, sendo os governadores representantes da vontade divina na terra. O direito, dessa forma, era intrinsecamente ligado aos costumes e a religião. Este período do constitucionalismo antigo perdurou até a primeira revolução burguesa de 1789 (Revolução Francesa) com a criação dos primeiros Estados de Direito, legitimados na proteção aos direitos de primeira geração, os chamados direitos civis e políticos, traduzidos como direitos de liberdade oponíveis contra a opressão estatal.

O período iluminista foi importante antecessor do processo de criação das primeiras Constituições. Foi através das teorias contratualistas, principalmente a do inglês Locke, que houve a separação entre os Poderes Executivo e Legislativo, com a instituição de um Parlamento superior ao Monarca (MENDES; BRANCO, 2014). A prerrogativa de legislar foi atribuída somente ao legislativo, ficando o Rei apenas com o poder de veto sobre algumas decisões parlamentares.

Nascia na Inglaterra, após a Revolução Gloriosa, o modelo moderado de absolutismo em contraposição ao modelo antecedente, no qual o Rei concentrava todos os poderes dentro do Estado. Segundo MENDES e BRANCO (2014), a importância de Locke se deve a construção da fórmula de separação dos poderes Legislativo e Executivo como forma de proteger os valores sociais. Até então não se falava em um terceiro poder.

A divisão dos poderes compreendida entre Executivo, Legislativo e Judiciário somente ganhou forma com a obra de Montesquieu, “O Espírito das Leis”. Para o filósofo, o único meio de garantir a liberdade política era por meio de uma Constituição que prevenisse a concentração e o abuso de poder, através da separação dos poderes em Executivo, Legislativo e o poder de julgar, o qual ele chamava de “Executivo das coisas que dependem do direito civil” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 43).

O próximo estágio do constitucionalismo, que compreende o período dentre as revoluções burguesas até meados do séc. XX, é o que representa mais fielmente o desenvolvimento de uma teoria constitucional propriamente dita, pois marca a organização dos Estados através de uma Constituição escrita (NOVELINO, 2014).

Explicam MENDES e BRANCO (2014, p. 40) que o reconhecimento da normatividade das Constituições se deu primeiro na América do Norte que na Europa continental, onde o movimento constitucionalista liberal enfatizou “o princípio da supremacia da lei e do parlamento, o que terminou por deixar ensombrecido o prestígio da Constituição como norma vinculante”.

Nesse sentido, NOVELINO (2014) assevera que foi através da Constituição norte-americana de 1787 que o ideal de supremacia da constituição e sua garantia jurisdicional surgiram na história do constitucionalismo. A Constituição passou a ser vista como um meio de ditar as regras do jogo político, estabelecendo o Poder Judiciário, porque órgão à margem do debate político, como garantidor da proteção de seu texto.

Segundo o magistério de MENDES e BRANCO (2014), ao contrário do pensamento político dominante na Europa, nos Estados Unidos a desconfiança do povo era com o Poder Legislativo, em razão das circunstâncias políticas que antecederam a independência norte-americana<sup>10</sup>. A antiga colônia então tratou de erigir um sistema político centrado na divisão de poderes que conseguisse conter os abusos do Parlamento e proteger as minorias.

A Constituição norte-americana foi pensada como um documento rígido que não pudesse ser alterado facilmente por aqueles no poder. Nascia a noção da supremacia da Constituição sobre as leis. Nessa perspectiva, o caminho para a adoção de uma jurisdição constitucional foi natural. Em solo americano, “o controle jurisdicional de constitucionalidade foi instrumento adotado para sancionar uma plena e efetiva supremacia da Constituição”, o

---

<sup>10</sup> “Leis britânicas das vésperas da independência, em especial no que tange a taxação, provocaram a indignação dos colonos, que as viram como resultado de um parlamento corrompido, que se arrogara poder ilimitado” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 48).

que só viria a acontecer séculos depois no continente Europeu (MENDES; BRANCO, 2014, p. 49).

Foi apenas com a Revolução Francesa que na Europa se chegou a ideia de institucionalização do direito através de uma Constituição escrita e rígida, a qual não se limitava em organizar o modo de governo, mas também pretendia exercer uma transformação social. Outra diferença em relação ao modelo norte-americano foi o de condicionar a supremacia da Constituição a proteção popular por meio do processo legislativo, que melhor protegia os direitos do homem (NOVELINO, 2014).

De acordo com MENDES e BRANCO (2014) a Revolução Francesa assumiu na Europa o papel a tarefa de conferir supremacia a vontade do povo, o que era realizado através do Parlamento. Dessa forma, a Revolução Francesa consolidou a ideia de um poder Legislativo imbatível frente aos demais poderes. Ainda segundo os autores (2014, p. 45), “a lei, assim, se define e ganha sua força tendo em vista a sua proveniência orgânica, mais do que por seu conteúdo”. Inaugurava-se uma visão procedimental do direito.

A confiança extremada no legalismo não resultou na efetividade das Constituições. Segundo MENDES e BRANCO (2014, p. 46), “a supremacia do Parlamento tornava impensável um controle judiciário das leis”. Nesse contexto, não existia mecanismos institucionais de defesa das Constituições europeias capazes de dar efetividade aos princípios programáticos dispostos em seu texto.

Os autores asseveram que “o judiciário era tido como órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, e a menor, os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável – a decisão judicial” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 46). O judiciário, dessa forma, era relegado a uma posição inferior ao Parlamento, pois não se admitia que um juiz pudesse proferir juízos de valor a respeito de uma lei, ato que era considerado um afronta a vontade do povo.

A crise do sistema liberal iniciada pelas profundas mudanças ocasionadas pela revolução industrial e influenciada pela grave crise econômica surgida após a primeira grande guerra foi decisiva para o surgimento do constitucionalismo social no séc. XIX. Sentiu-se a necessidade de uma nova fórmula que desse maior proteção aos direitos sociais. A queda dos regimes monárquicos de governo e adoção do parlamentarismo como prática governamental na Europa evidenciou que o antigo modelo de separação de poderes com ênfase do legislativo era incapaz de garantir os direitos humanos básicos (MENDES; BRANCO, 2014, p. 47).

O povo passava a reivindicar a atuação afirmativa do Estado na prestação de serviços sociais que melhorassem a vida humana em sociedade, notadamente no campo dos direitos trabalhistas, do direito à educação, do direito à saúde e à assistência social.

Em meio ao rico debate que se instaurou no período entre guerras na Europa em busca de meios de defesa das Constituições, Hans Kelsen apresentou o conceito de um controle concentrado de constitucionalidade realizado através de Cortes Constitucionais.

Salienta NOVELINO (2014) que o modelo de controle de constitucionalidade concebido por Hans Kelsen e incorporado por um curto período a Constituição Austríaca era exercido apenas em relação ao sentido formal das normas constitucionais, de modo que os juízes não podiam utilizar-se de normas de conteúdo aberto como critério de realização do controle de constitucionalidade das leis. De igual modo esta teoria não apresentou resultados satisfatórios à proteção dos valores constitucionais.

Apesar de já haver uma ideia acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade pelo Judiciário nos Estado Unidos, Kelsen foi o precursor da ideia de realização de controle concentrado de constitucionalidade por meio de Tribunais Constitucionais. Essa fórmula permitia pela primeira vez na Europa o reconhecimento da Constituição como norma suprema no ordenamento jurídico, de onde todas as demais normas ordinárias decorrentes ganhavam validade.

No entanto, assevera NOVELINO (2014), este modelo de justiça constitucional idealizado por Kelsen não vigou nem mesmo na Áustria. Segundo o autor (2014), no constitucionalismo moderno Europeu, até meados do séc. XX, vigorava a concepção de que as declarações sobre direitos humanos não tinham caráter normativo, mas sim principiológico, apenas sendo consideradas normas jurídicas quando regulamentadas por leis. Esta visão evidenciava o caráter meramente programático dessas diretrizes quando previstas nas Constituições.

Nesse contexto, sucedeu que os valores insculpidos nas Constituições sociais do período entre guerras em grande parte não foram concretizados. Em alguns Estados, inclusive, como na Alemanha nazista e na Itália facista, tais modelos de organização política acabaram por resultar em modelos autoritários de governo.

Após a revelação das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários no segundo pós-guerra, jurídicos do mundo todo despertaram para a necessidade da formulação de um modelo de Estado em que o princípio da dignidade da pessoa humana fosse o centro do constitucionalismo da contemporaneidade. Esse período foi chamado de neoconstitucionalismo.

De acordo com NOVELINO (2014), após a segunda guerra mundial, a noção de dignidade firma-se como um consenso entre os juristas, que a elevaram ao núcleo do constitucionalismo contemporâneo. Antes presente apenas nas declarações de direitos internacionais, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito como norma jurídica de caráter vinculante.

No atual período do constitucionalismo, os Estados Democráticos de Direito passam a preocupar-se com os direitos transindividuais, ou seja, relacionados a grupos humanos, e não apenas centrados no indivíduo (SARLET, 2012). São os chamados direitos de fraternidade ou solidariedade de terceira dimensão, caracterizados por sua titularidade coletiva.

As principais características do neoconstitucionalismo, na doutrina de NOVELINO (2014) são a “rematerialização constitucional” e o “transbordamento da Constituição”. Explica o autor (2014) que o primeiro conceito se traduz na inserção no texto constitucional valores morais e políticos por meio de normas principiológicas de conteúdo aberto.

O transbordamento da constituição é uma consequência dessa larga normatização de preceitos fundamentais nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito, nos quais a aplicabilidade dos direitos fundamentais deriva da própria Constituição. Diferentemente das Constituições dos Estados Sociais, os direitos fundamentais no neoconstitucionalismo contem maior aplicabilidade, em razão da melhor divisão de competências entre os três poderes, estando o Legislativo encarregado de dar eficácia a estes direitos e o Judiciário da tarefa de garantir a eficácia dos mesmos.

O Legislativo é agora vinculado materialmente pelas Constituições sob dois aspectos: quanto a função de dar aplicabilidade as normas de caráter principiológico previstas no núcleo do texto Constitucional, conferindo efetividade aos seus comandos, ao mesmo tempo em que não podem ultrapassar os limites materiais impostos pelos direitos fundamentais (NOVELINO, 2014).

É nesse período que a superioridade dos textos constitucionais em relação às demais normas do ordenamento jurídico passou a ser reconhecida, não só no aspecto formal, mas também quanto ao viés substancial. Sobre as características da teoria da constituição denominada de neoconstitucionalismo, ensina NOVELINO (2014) que o caráter meramente político do constitucionalismo europeu foi superado, dando lugar a uma modelo cuja importância reside no esforço para dar efetividade ao conteúdo dos direitos fundamentais consagrados nos textos constitucionais através de uma jurisdição constitucional.

A adoção da justiça constitucional como instrumento de proteção da Constituição se deu em meio a superação do ideal de supremacia do Parlamento e sua substituição pela

supremacia da Constituição. Esta, por sua vez, deriva da voz do povo, cuja expressão maior é o poder constituinte originário (MENDES; BRANCO, 2014). A concepção contemporânea do constitucionalismo é similar ao modelo constitucional adotado nos Estados Unidos, o primeiro Estado a reconhecer a o texto constitucional como uma norma jurídica.

É necessário destacar, porém que o modelo americano limitava a prever o modo de organização política do Estado, prevendo uma cartela limitada de direitos fundamentais, notadamente aqueles de primeira dimensão, enquanto no neoconstitucionalismo tem-se a formulação de textos constitucionais rígidos, porém prolixos e extensos, ou seja, preocupado em garantir os direitos humanos adquiridos no desenvolvimento histórico da humanidade (NOVELINO, 2014).

Ressurgiu a ideia de uma jurisdição constitucional capaz de proteger os direitos fundamentais. No entanto, após a positivação dos princípios sobre direitos humanos presentes nas declarações internacionais e o consequente reconhecimento da normatividade dos direitos fundamentais, surgia o problema procedimental de como dar aplicabilidade e eficácia a estas normas de cunho ético-político.

#### **4.2 Da normatividade dos princípios de direitos fundamentais**

Salientam MENDES e BRANCO (2014) que, desde que os direitos humanos foram positivados nas Constituições dos Estados, passaram a ser vistos não como meras reivindicações políticas ou éticas, mas como prerrogativas concretas da exigibilidade jurídica. Em razão disto perderam em abrangência, uma vez que passaram a vincular-se ao texto constitucional, sendo protegidos pelo ordenamento jurídico na medida em que foram consagrados em cada Estado.

Após a tendência de universalização dos direitos fundamentais no pós-guerra, impulsionada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e a positivação destes valores nos textos constitucionais iniciou-se o movimento de especificação dos direitos fundamentais. A organização de sociedades pluralistas refletiu na incorporação no ordenamento jurídico de valores também diversos, algumas vezes até antagônicos. No entanto, estes conflitos devem ser apenas aparentes, uma vez que, não pode haver antinomias no texto constitucional.

Foi somente nas últimas décadas do séc. XX que jusfilósofos e teóricos do direito começaram a se debruçar sobre os problemas relacionados a indeterminação do direito e sua relação com a moral e a política. Procurava-se superar a dicotomia entre as correntes

jusnaturalistas e juspositivistas que culminou no século passado na separação entre direito e moral. A supremacia da lei, em seu sentido formal, foi tida como responsável pelos abusos cometidos contra direitos humanos nos Estados Sociais do período entre guerras, especialmente naqueles que adquiriram formato totalitário, como foi o caso brasileiro.

Os pós-positivistas, como foram chamados os teóricos que integravam a moral ao direito, se preocuparam em criar uma fórmula que desse maior normatividade aos princípios de direito. O jusfilósofo Robert Alexy ganhou destaque por formular a teoria da argumentação jurídica, pensada para resolver os problemas decorrentes da normatividade dada aos princípios, que foram igualados hierarquicamente às normas constitucionais no constitucionalismo contemporâneo.

Se o neoconstitucionalismo foi responsável por rechaçar a supremacia da lei e o formalismo interpretativo marcantes do positivismo jurídico, o pós-positivismo deu centralidade a argumentação jurídica como forma de dar eficácia as normas de caráter principiológico dispostas na Constituição.

Cumprido destacar que o neoconstitucionalismo foi tratado aqui como um modelo de constitucionalismo específico a determinados modelos de Estado (Democrático de Direito), enquanto o pós-positivismo como uma nova teoria geral do direito, contraposta ao positivismo jurídico.

Na concepção de BARROSO (2001), a inovação trazida pelo pós-positivismo reside: no reconhecimento dos princípios como a síntese dos valores humanos no ordenamento jurídico, no seu reconhecimento como harmonizadores das diversas ideologias presentes no texto constitucional e, por último, como instrumentos utilizados pelos intérpretes do direito na busca pelo conteúdo da norma aplicável ao caso concreto, trabalho realizado por meio das técnicas de hermenêutica constitucional.

A importância de Robert Alexy nesta virada dogmática reside justamente na formulação de uma teoria argumentativa que especificasse os meios pelos quais a interpretação dos princípios fosse efetivada. A distinção de normas em regras e princípios e a formulação da técnica da ponderação de princípios como modo de resolução de conflitos normativos pensadas por Alexy viraram tradição nos Estados de modelo neoconstitucionalista da atualidade, entre os quais se encontra o Brasil.

A constituição brasileira também resultou do movimento histórico que redundou no neoconstitucionalismo. De cunho marcadamente analítico e regulamentista, a Constituição de 1988 prevê minucioso rol de direitos e garantias individuais, garantidos através do controle

judicial da eficácia de suas normas, realizada pelos tribunais constitucionais aos quais cabe a última palavra no tocante a interpretação da Constituição.

Nesse cenário, o Poder judiciário brasileiro vem ganhando grande protagonismo no que pertine a garantia das normas assecuratórias de direito fundamental, pois a incorporação pela Constituição de postulados éticos através da positivação dos direitos fundamentais acaba conferindo amplo poder discricionário aos juízes na interpretação do direito.

Alertam MENDES e BRANCO (2014, p. 53-54) que a materialização destes valores no texto constitucional submete os princípios à vinculatividade jurídica, o que faz com que passem “a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõe, para essa tarefa, de critério de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico”.

A decisão do STF no julgamento do HC 126.292/SP reflete esse cenário. Através de larga argumentação jurídica, apoiada por outros argumentos subsidiários, convencionou-se que o conteúdo do princípio da presunção de inocência após o esgotamento das instancias ordinárias não impede a execução antecipada da pena privativa de liberdade.

#### 4.2.1 A técnica da ponderação na hermenêutica constitucional

Determinar o alcance do conteúdo e o modo de aplicação dos direitos fundamentais não é tarefa fácil. Falar sobre a eficácia destes valores é também falar sobre suas limitações e esta problemática esta diretamente ligada a uma teoria sobre as colisões de direitos fundamentais, uma vez que delas resultam as diretrizes de interpretação dos direitos fundamentais. Mas antes de se ater a teoria das colisões a partir da qual será abordada a ponderação realizada no HC 126.292/SP, é necessário tecer notas acerca da estrutura própria dos direitos fundamentais.

Como mencionado no início deste estudo as normas constitucionais são subdivididas em princípio e regras pela doutrina alemã de Alexy, o qual trata a diferença entre estas categorias como um problema qualitativo das normas. Segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2008), princípios são definidos como mandamentos de otimização, uma vez que prescrevem a realização de um direito na maior medida possível, respeitando-se as possibilidades fáticas e jurídicas.

Em outras palavras, princípios são normas que podem ser satisfeitas em diferentes graus, sendo determinados exatamente pelas possibilidades do caso concreto e por sua

interpretação sistêmica com as demais normas. Este último requisito, segundo o autor (2008), decorre exatamente dos casos de colisão tanto de regras quanto de princípios.

As regras, por outro lado, são determinadas pelo sistema do tudo ou nada, dado que não são graduáveis. Ou são aplicáveis ou não o são. Conforme o jurista, “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (2008, p.91).

O ponto central da distinção entre regras e princípios e, portanto, da efetividade dos direitos fundamentais reside na teoria dos conflitos entre normas, isto é, no conflito entre regras e na colisão entre princípios.

Segundo ALEXY (2008) a problemática acerca do conflito entre regras relaciona-se ao conceito de validade. Duas regras contraditórias ou que, disciplinando a mesma situação apresentem consequências jurídicas diversas, não podem coexistir num mesmo ordenamento, de modo que o “conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida, sendo assim expurgada da ordem jurídica” (ALEXY, 2008, p. 93).

O contrário ocorre quando dois princípios colidem. Uma vez que estes não são normas definitivas, um deve ceder para dar aplicação ao outro. Isso ocorre porque o peso dos princípios é aferido de acordo com as circunstâncias analisadas, em que um restringe as hipóteses jurídicas de realização do outro. “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que *abstratamente estão no mesmo nível*- tem *maior peso no caso concreto*” (ALEXY, 2008, p. 95). Desse modo, enquanto o conflito entre regras é medido ao nível da validade, a colisão entre princípios é solucionada com base no peso de cada um.

Dessa forma, a melhor forma de abordar a problemática dos conflitos entre normas é através de uma teoria dos princípios. Segundo Robert Alexy (1998), traçar uma teoria acerca da colisão dos direitos fundamentais é, portanto, considerá-la como uma colisão entre princípios e o processo de solução para colisão aparente entre princípios é a ponderação. Sobre a ligação intrínseca entre princípios e ponderação o autor assevera que:

Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação (ALEXY, 1998)

Nessa linha, a vantagem da adoção da teoria dos princípios acerca da colisão dos direitos fundamentais reside na aceitação de um modelo intermediário de soluções de

conflitos que tanto os vincule quanto permita sua flexibilidade, sem, portanto que se esvazie o conteúdo dos direitos fundamentais com regramentos excessivamente rígidos (MENDES; BRANCO, 2014, p. 199).

A técnica da ponderação, por ser um esforço interpretativo-argumentativo, não encontra previsão no ordenamento jurídico, mas precisa seguir parâmetros lógicos muito bem especificados, ao contrário, dar-se-á discricionariedade muito ampla ao operador do direito, o que diminui a garantia de acerto na interpretação dos direitos fundamentais em colisão.

Segundo Marcelo Novelino (2014), a técnica da ponderação é estruturada em três etapas, sendo as duas primeiras preparatórias para a ponderação propriamente dita. Em primeiro lugar é preciso identificar os direitos fundamentais conflitantes e a direção em que eles apontam, após analisa-se o caso concreto em que o conflito se sucede e, por fim, realizar-se-á a ponderação em sentido estrito, ou seja, tomar-se-á uma decisão sobre qual princípio prevalece naquele contexto de acordo com os pesos das normas sistematicamente analisadas (NOVELINO, 2014).

Já a ponderação propriamente dita, de acordo com ALEXY (1998), se desdobra em três planos: a) definição da intensidade da intervenção; b) análise da importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e c) realização da ponderação em sentido restrito.

Portanto, ponto primordial para se chegar a uma solução na teoria da colisão de princípios é determinar em que situações determinado princípio tem precedência em relação a outro. Robert Alexy (2008) utiliza o conceito de precedência condicionada na teoria dos princípios como forma de medir o peso de determinado princípio em diversas situações concretas, uma vez que os princípios não detêm valores absolutos por si mesmos, mas, ao contrário, têm seu conteúdo limitado por outros princípios que, no caso concreto, são mais relevantes.

Trazendo para a temática da execução provisória da pena, a problemática gira em torno de saber se há situações em que o princípio da efetividade da prestação jurisdicional tem peso maior que o princípio da presunção de inocência.

Para responder a este questionamento da melhor forma é preciso entender a lei de colisão concebida por ALEXY e que vem sendo utilizada na hermenêutica constitucional contemporânea, a qual se traduz na seguinte assertiva: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2008, p.99).

Depreende-se desta lei que a consequência jurídica de aplicação de um princípio baseia-se na situação concreta em que este princípio tem prevalência em relação ao outro

princípio colidente. Segundo o jusfilósofo (2008), esta lei consagra a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, ou seja, como valores não absolutos que podem ser afastados por valores antagônicos, sendo a ponderação entre estes realizada com base em circunstâncias externas a seu conteúdo presentes no mundo fático.

Para aqueles que defendem a execução antecipada, a situação de precedência do primeiro em relação ao segundo seria a confirmação da sentença condenatória em segundo grau. É o que se refuta.

Em seu voto no HC 126.292/SP<sup>11</sup>, tido aqui como paradigma nesta análise, o ministro Luis Roberto Barroso utiliza a técnica da ponderação como um dos argumentos jurídicos para permitir a execução provisória da pena. Barroso parte do pressuposto de que a norma da presunção de inocência, constitucionalmente prevista no art. 5º, LVII da CF/88, classifica-se como princípio, e, como tal, não tem caráter absoluto, podendo ser aplicada gradativamente sem que isso afete sua efetividade.

Após essa premissa, o ministro aplica a técnica da ponderação para afirmar que o princípio da presunção de inocência pode ser restringido por outras normas de cunho constitucional sem que isso afete o núcleo essencial deste direito. Aponta o interesse constitucional da efetividade da lei penal, com seus objetivos de prevenção geral e específica e a tutela dos bens jurídicos de cunho penal, como a efetividade da prestação jurisdicional e a preservação da segurança pública, como valores precedentes.

Para justificar sua a ponderação argumenta que após a confirmação da condenação em segundo grau a presunção de inocência tem seu peso significativamente diminuído, ao passo que o princípio da efetividade da lei penal tem seu peso aumentado na mesma medida. Barroso explica esse fenômeno com base na assertiva de que os tribunais superiores não tem competência para dispor sobre questões de fato, mas apenas de direito, motivo pelo qual a tradição processual admite apenas efeito devolutivo aos recursos extraordinários.

Com o devido respeito aos que tem posicionamento contrário, esse raciocínio não é o mais acertado. É bem verdade que o princípio da presunção de inocência não tem caráter absoluto e, por esta condição, há casos em que o mesmo é relativizado para dar lugar a outros valores constitucionais mais importantes, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas.

Em primeiro lugar, o conteúdo da presunção de inocência não é tão aberto como se argumentou. Ao ser positivado na Constituição de 1988, a presunção de inocência vinculou-se

---

<sup>11</sup> Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016, p. 38 e ss.

ao texto constitucional, em que ganhou conteúdo mais preciso do que o experimentado nas declarações de direitos internacionais.

Salientam MENDES e BRANCO (2014) que após a positivação dos direitos humanos nas Constituições dos Estados, estes direitos ganharam maior concretude, pois passaram a vincular os Poderes Públicos quanto a sua exigibilidade e aplicabilidade, ganhando a denominação de direitos fundamentais. Contudo, na mesma medida perderam em abrangência, pois seu âmbito de proteção é dimensionado pela forma como cada Estado os proclamam.

No caso do princípio da presunção de inocência, sucedeu o contrário. Sua positivação no ordenamento brasileiro deu maior abrangência a este princípio, que deve ser protegido até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ainda assim, a constituição previu a possibilidade de relativização da presunção de inocência, admitindo, nos moldes do inc. LXI, do art. 5º, da CF/88, a prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Como já explanado anteriormente, a combinação dos incs. LVII e LXI, enseja o juízo de que a prisão pena, aquela aplicada após a definição da responsabilidade penal, apenas pode ser decretada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois somente a partir desse marco a culpabilidade do acusado está categoricamente definida.

Antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, antes da mitigação por completo da presunção de inocência, este princípio apenas pode ser relativizado pela decretação de prisão cautelar, que visa garantir a aplicação da lei penal sempre que houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo.

Outrossim, já se abordou o tema dos efeitos dos recursos extraordinários, chegando-se a conclusão de que ao processo penal não são aplicadas as categorias processuais de igual modo como no processo civil, uma vez que a seara criminal tem postulados próprios, de importância mais elevada, pois relativas ao direito de liberdade pessoal.

Assim, o direito ao devido processo legal em matéria penal é muito mais amplo, alcançando também as instâncias superiores, pois a decretação de prisão com força de pena sem que o processo tenha findado consiste em clara violação ao direito de defesa do acusado.

Desse modo, considerando que a presunção de inocência é postulado que, de acordo com o texto constitucional e a legislação federal infraconstitucional apenas pode ser relativizado para garantir eficácia a instrução processual (1ª etapa da ponderação); e considerando que a execução da prisão pena após a prolação de acórdão penal recorrível constitui grave ofensa ao princípio do devido processo legal (2ª etapa da ponderação); chega-

se a conclusão que o princípio da presunção de inocência tem maior peso nessas circunstâncias que o interesse constitucional da efetividade da lei penal, não sendo possível a execução antecipada da pena privativa de liberdade (ponderação propriamente dita).

Conclui-se, então, que a realização da ponderação para justificar a relativização do princípio da presunção de inocência e assim autorizar a execução antecipada da pena privativa de liberdade não passa de esforço hermenêutico de caráter repressivo que visa colocar o direito coletivo acima dos direitos e garantias individuais.

O STF tem a prerrogativa de dar efetividade aos direitos fundamentais constitucionalizados e a técnica da ponderação é o meio elegido no atual estágio do constitucionalismo para a tarefa. Contudo, repisa-se que a técnica da ponderação não tem previsibilidade no ordenamento jurídico, pois se baseia no campo da justificação e da racionalidade. Por este motivo, confere amplos poderes ao magistrado na resolução de conflitos e na conformação de direitos fundamentais.

Alerta NOVELINO (2014) que a falta de parâmetro claros para a realização de interpretação constitucional acaba levando a subjetivismos e casuísmos que desvalorizam as escolhas políticas feitas através dos meios democráticos de representação, gerando insegurança jurídica.

Há ainda limites ao exercício da ponderação que foram desconsiderados. Na elaboração de sua teoria dos princípios Robert Alexy (2008) considera a ponderação como o terceiro postulado do princípio instrumental da proporcionalidade em sentido amplo, apresentando esta como a relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas.

Os outros dois postulados são o da adequação e o da necessidade, que emanam das possibilidades fáticas dos princípios. Pelo primeiro, determina-se se a interpretação empregada é a mais adequada para alcançar o resultado pretendido. Pela segunda, determina-se se esta interpretação é necessária ou se há outro meio menos gravoso para chegar ao fim desejado.

Por conseguinte, as controvérsias relacionadas a aplicação dos princípios traduzem-se também em controvérsias ao redor da máxima da proporcionalidade em sentido amplo, da qual decorrem os postulados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou postulado da ponderação.

Isto posto, além da técnica da ponderação não corroborar a relativização do princípio da presunção de inocência na constância de acórdão penal condenatório recorrível, os postulados da adequação e da necessidade tampouco autorizam a execução antecipada da pena nessa situação.

A execução provisória da pena e a consequente violação aos direitos e garantias individuais não é meio idôneo para conferir efetividade à lei penal e credibilidade a justiça, como pretendem os ministros do STF. Está é tarefa do legislador que deve ser feita no campo político, não jurídico.

Ademais não se pode permitir que os processados em matéria criminal paguem o preço da morosidade da justiça em matéria criminal. A morosidade e a eventual impunidade do sistema de justiça criminal não são culpa dos jurisdicionados, mas sim do próprio sistema judicial. Prender antecipadamente os réus nos processos criminais não vai resolver esses problemas, ao contrário, vai afetar ainda mais o já falido sistema penitenciário brasileiro. Essa medida apenas dá a ilusão a sociedade de que o problema está sendo resolvido, quando na verdade há outras formas mais adequadas e, principalmente, menos gravosas de tratar a situação.

As regras de limitação ou restrições de direitos fundamentais decorrentes da proporcionalidade são oponíveis aos Poderes Públicos quando da aplicação e conformação destes direitos, buscando sempre proteger ao máximo seu núcleo essencial destes direitos. A hermenêutica constitucional deve ser utilizada para encontrar soluções para os conflitos entre normas com base no próprio direito vigente, não em outro criado pelos interpretes para resolver aquele caso em particular. Salienta-se que o operador do direito não tem permissão para interpretar ilimitadamente os direitos fundamentais, elastecendo, assim, seu conteúdo.

Há que se levar em conta ainda o conceito de núcleo essencial da norma, que funciona como um limite ao poder de limitação dos direitos fundamentais. A máxima da proteção ao núcleo essencial visa impedir abuso de autoridade por parte do Estado na formulação de restrições aos direitos fundamentais, impedindo, assim, o esvaziamento do direito.

Esta máxima está intimamente ligada ao preceito da proporcionalidade, pois, como afirmado, consiste no limite a ponderação, uma vez que garante o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, além do qual não se permite a restrição de seu conteúdo.

Evidente que o postulado da proporcionalidade tem importante função no balizamento das decisões em sede de conflitos entre direitos fundamentais, limitando os arbítrios da atividade estatal. Contudo, esta regra hermenêutica não é infalível.

A definição de critérios de interpretação constitucional deve levar em conta que a tutela penal funciona como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. Como aponta Aury Lopes Jr. (2014), de uma Constituição garantista como a brasileira, em que os direitos fundamentais compõem o núcleo da política social do Estado, não pode derivar um

processo penal autoritário, senão um processo penal de intervenção mínima, necessário à efetivação daqueles direitos.

Nessa linha, depreende-se que a atuação do Estado, principalmente por meio do Legislativo e do Judiciário, é limitada pela garantia dos direitos individuais legitimados pela Constituição, de modo que o que precisa ser legitimado não é o exercício dos direitos individuais, mas sim o *jus puniendi* estatal.

Contudo, o oposto vem sendo praticado. Alerta LOPES JR (2014, p. 28) que atualmente movimentos repressivistas estão impondo uma ideologia que inverte esta lógica, tratando a liberdade como exceção e a prisão como regra.

Desse modo, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado com cuidado no âmbito do direito processual penal brasileiro, país acostumado com violações ocasionais aos direitos humanos, pois seu propósito tem sido desvirtuado para justificar a primazia de direitos coletivos, como a segurança pública, em detrimento dos direitos e garantias individuais do acusado, numa verdadeira campanha de combate ao crime (TAVORA; ALENCAR, 2016).

Olhar o problema da segurança pública através do binômio direitos individuais/direitos coletivos é de um reducionismo imenso. Conforme alerta Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 36) a colisão entre direitos fundamentais na seara criminal não se limita a oposição tradicional entre segurança pública e liberdade individual, mas sim na colisão entre facetas opostas dos mesmos tipos de direitos: “direitos fundamentais (dimensão coletiva) x direitos fundamentais (dimensão individual)”.

A distinção entre direitos individuais e direitos coletivos como valores antagônicos dentro do Estado não passa de uma falácia argumentativa daqueles que tentam justificar o abuso do poder estatal frente a limitação dos direitos fundamentais.

Assim, o maniqueísmo recorrente em matéria penal de que os direitos individuais devem ser sacrificados em razão da supremacia do interesse público, não passa de uma manobra discursiva que objetiva justificar o abuso do poder estatal, aqui representado pela ampliação desmedida do poder punitivo estatal.

Não se vive mais em um modelo de Estado em que o individual deve ser sacrificado pelo social. Esta era a ideológica dos Estados sociais, de regimes totalitários, em que o indivíduo não era considerado em si mesmo, mas apenas como um componente do ente social tido como superior.

Sobre essa tendência ultrapassada explica Aury Lopes Jr. (2014) que a Constituição de 1988 e antes mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos aboliu essa concepção

antropomórfica típica dos modelos penais autoritários em que o indivíduo era visto como uma célula do corpo social maior e por meio do qual ganhava significado. O corpo social e o ser humano devem ser entendidos como partes iguais e coexistentes da sociedade.

Reitera-se: o que deve ser limitado é o arbítrio estatal e não as liberdades individuais. Já se assentou que, com a instituição do Estado Democrático de Direito no país, os direitos fundamentais, como consectários do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, passaram a compor o núcleo essencial da Constituição, o que conferiu aos direitos e garantias individuais a dimensão de direitos públicos assim como os coletivos, pois ambos são direitos do cidadão oponíveis contra estatal (LOPES JR, 2014).

Por conseguinte, é muito alarmante a utilização do princípio da proporcionalidade e suas técnicas para outros fins que não sejam a persecução da máxima efetividade dos direitos fundamentais, principalmente aqueles com viés individual, quando confrontados com o discurso da prevalência do interesse público.

Nesta perspectiva, é pertinente a análise do Ministro Eros Grau, no voto proferido no HC 95.009-4/SP:

Tenho criticado aqui --- e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) --- a "banalização dos 'princípios' [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um 'princípio' superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de 'corrigir' o legislador, invadindo a competência deste. [...] No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual "não há direitos absolutos". E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos. (STF. HC: 95009 SP, Relator Min. Eros Grau, data de julgamento: 06.11.2008, Tribunal Pleno, DJE: 19.12.2008)

E foi exatamente com este discurso de que não há direitos absolutos e de que há primazia dos direitos coletivos sobre os direitos individuais no âmbito penal, que a execução antecipada da pena foi permitida. O teor político da decisão é manifesto. Através da distorção das regras de interpretação constitucional, o STF ultrapassou seu limite funcional, o de proteger os direitos fundamentais.

#### **4.3 Da discricionariedade dos juízes na interpretação de normas constitucionais**

A divisão das normas entre princípios e regras pela teoria jurídica do neoconstitucionalismo como visto tem importante aplicação prática, notadamente quanto a demarcação de competências entre os poderes Legislativo e Judiciário (BARROSO, 2009).

Esta divisão foi realizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy no contexto do modelo neoconstitucionalista de ordenamento jurídico e compõe o centro do pós-positivismo, teoria do direito que, em contraposição ao positivismo jurídico, buscava criar uma relação necessária entre direito e moral, pensada como único modo de se alcançar a justiça.

Essas ideias influenciaram a elaboração das Constituições no segundo pós-guerra que vieram carregadas dos valores éticos-políticos alcançados pela humanidade. Após os horrores descortinados pela guerra, os constituintes criaram um modelo de Constituição prolixo que não pudesse ser alterado com tanta facilidade. Para proteger os valores insculpidos em seu texto, foram criados mecanismos judiciais de interpretação e aplicabilidade das normas principiológicas.

A constituição ganhou normatividade jurídica e passou a ser considerada como norma suprema de todo o ordenamento jurídico. Assim como os princípios que compuseram o seu núcleo essencial. Contudo, outro problema precisava ser revolido, como dar conformidade aos diferentes valores abarcados pelas Constituições, muitos deles contrários entre si.

Foi nesse contexto que diferentes teorias acerca da interpretação dos princípios foram pensadas. A teoria mais abrangente sobre os princípios e suas limitações foi certamente a de Robert Alexy, explicada no tópico anterior. Embora ambos Alexy e Dworkin concordassem na diferenciação qualitativa entre regras e princípios, definindo a primeira quanto a sua validade e a segunda quanto ao seu peso, foi Alexy que alargou a definição de princípio.

Como já afirmado, para ALEXY (2008) os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

É justamente a possibilidade de aplicação dos princípios em diversos graus a depender da situação concreta que se pretende combater. Em palestra proferida por ALEXY no Brasil em 1998, o filósofo afirma que a questão central da teoria sobre direitos fundamentais é a vinculação jurídica destes princípios. Para o autor (1998), os princípios apenas são normas vinculantes na medida em que são judicializáveis, pois são as cortes constitucionais quem protegem os direitos fundamentais de lesões, conforme evidencia o trecho abaixo.

Normas de direitos fundamentais cuja lesão não pode ser examinada por nenhum tribunal não têm caráter de norma judicializável e, nesse sentido, não são vinculantes sob uma perspectiva jurídica, podendo, quando muito, ter caráter moral ou político. São normas programáticas ou, se se quiser formular de forma polêmica, são formulações constitucionais de caráter puramente lírico (ALEXY, 1998).

Percebe-se que Alexy condiciona a força vinculante das normas constitucionais de cunho principiológico ao papel interpretativo do Poder Judiciário, uma vez que estes

determinam o conteúdo destas normas em concreto. O que acaba por enfraquecer a normatividade das normas constitucionais de caráter principiológico frente ao poder de interpretação dos juízes.

Por esta lógica, o Poder judiciário tem utilizado a técnica da ponderação como legitimação para modificar e até mesmo criar direitos, em claro atropelo das competências constitucionais. Isto porque de acordo com a teoria dos princípios de Alexy, o grau de cumprimento dos princípios, já que comandos de otimização, é determinado por meio da ponderação entre o peso dos princípios colidentes realizada pelo juiz de acordo com a situação concreta.

É pela tese de que os princípios estão sempre em conflitos uns com os outros que a discricionariedade da jurisdição vem ganhando espaço. Segundo FERRAJOLI (2011, p. 109) é através da técnica da ponderação que o caráter cognitivo da jurisdição é suplantado, enquanto o ativismo judicial e a discricionariedade da jurisdição são promovidos.

É importante salientar que a ponderação que se critica é aquela pensada por Alexy para resolver os conflitos entre normas-princípios de conteúdo aberto definidas pelo filósofo. Não se pode confundir a judicialização, papel do juiz de proteger os direitos fundamentais, disposto no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, com a discricionariedade da jurisdição, percebida sempre que os juízes criam direitos por meio de esforço interpretativo.

Ao contrário do defendido pelos partidários do ativismo judicial, as normas de caráter principiológico não dependem totalmente da interpretação jurisdicional para ganharem aplicabilidade. Tais normas, em verdade, quando não têm aplicabilidade imediata, são vinculadas a conformação através da via legislativa, verdadeiro representante das opções políticas da sociedade.

Nessa linha lógica pensa Uadi Lammego Bulos (2014, p. 86-87), para quem:

Supervalorizaram tanto as normas-princípio, que elas passaram a ser mais importantes do que as normas em geral. E, como tudo virou princípio, muitos juízes deixam de aplicar as normas jurídicas, em nome de ilações e mais ilações, transformando conjecturas em certezas, probabilidades em axiomas, deturpando a grande importância que os princípios, verdadeiramente, possuem. A legalidade, a moralidade, a isonomia, o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, a proibição ao confisco, dentre tantos outros pórticos importantíssimos, estão sendo banalizados, pois, pelos escritos "neoconstitucionalistas", tudo acaba sendo princípio.

Assim, vincular o conteúdo das normas assecuratórias de direitos fundamentais a interpretação judicial significa desprezar o princípio de separação dos poderes. Como já demonstrado por meio da análise histórica das teorias acerca da Constituição, bem como pela

evolução dos modelos de Estado e ordenamentos jurídicos, a jurisdição constitucional foi pensada para proteger os direitos fundamentais dos abusos do Legislativo.

O neoconstitucionalismo como forma de organização política do Estado marcou o período de superação da supremacia do Parlamento, substituindo-a pela supremacia da Constituição. Esta, repisa-se, passou a legitimar-se pela soberania popular, ou seja, pela vontade do povo, especialmente dos constituintes originários que conferiram caráter vinculante ao texto constitucional.

Sob outra perspectiva, Luigi Ferrajoli (2011), crítico do neoconstitucionalismo, visto por ele como teoria do direito, afirma que a divisão de normas em regras e princípios não passa de um sofisma, pois é formulada de maneira que uma é observada apenas quando respeitada (regras) e, a outra, apenas quando violada (princípios), quando necessita ser ponderada. Exemplifica o autor (2011, p. 105):

Prova disso é que mesmo as regras, inclusive aquelas penais às quais se exige a máxima taxatividade, quando são observadas exsurtem como princípios, que não se aplicam, mas se respeitam: por exemplo, a observância das normas sobre o homicídio ou sobre as lesões corporais ou sobre o furto equivale ao respeito dos princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada. Inversamente, também os princípios, quando são violados, aparecem como regras, que não se respeitam, mas se aplicam: por exemplo, o princípio constitucional da igualdade, quando é violado, surge como regra em relação à sua violação: a regra, precisamente, que proíbe as discriminações.

Dessa forma, nota-se que a aplicabilidade dada pelo Judiciário às normas que versam sobre princípios tem se revestido de caráter mais político que jurídico, pois resulta na ascensão da atividade judiciária em relação a legislativa na formulação do direito.

Em se tratando do entendimento jurisprudencial do STF sobre possibilidade da execução provisória da pena, entende-se que priorização do princípio da efetividade da aplicação da lei penal em detrimento do princípio da inocência é exemplo da essa escolha política feita pelo judiciário acerca do conteúdo e aplicação de princípios constitucionais.

O princípio da presunção de inocência, da forma como positivado na Constituição de 1988, é dotado de grande aplicabilidade em razão de seu condicionamento ao trânsito em julgado, o que especificou seu âmbito de abrangência.

Além disso, o legislador ordinário tomou posicionamento sobre a questão da prisão decorrente de acórdão recorrível, dispondo no art. 283 do Código de Processo Penal que todas as prisões antes do trânsito em julgado têm caráter cautelar, o que exclui a possibilidade da execução antecipada da pena.

Ainda assim, por meio de larga argumentação jurídica sobre que se falou, firmou-se maioria entre os ministros de que o princípio da presunção de inocência, nas circunstâncias

apresentadas, tem peso menor que o princípio da aplicabilidade da lei penal, utilizando-se de institutos não mais utilizados na seara penal. Cumpre salientar que esta decisão foi influenciada, abertamente, pelo sentimento de diminuir a impunidade e a seletividade do sistema de justiça criminal brasileiro.

Em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, BARROSO (2009, p. 211) evidencia os perigos resultantes da abertura constitucional por meio da interpretação das normas principiológicas:

A abertura dos princípios constitucionais permite ao interprete estende-los a situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem logicamente no ralo de alcance dos mandamentos constitucionais. Porém, onde o constituinte tenha reservado a atuação para o legislador ordinário, não será legítimo pretender, por via de interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular as decisões que irão realizar os fins constitucionais, aniquilando os espaços de deliberação democrática.

Não se está defendendo aqui a volta para o legalismo estrito, típico do positivismo jurídico em que havia total separação entre o direito e a moral, até porque não se pode pensar em uma Constituição que não incorpore os valores essenciais da sociedade que pretende regular. O que se quer demonstrar é que a democracia brasileira tem sido ferida pelo que se convencionou chamar de ativismo judiciário.

Discorrer sobre as peculiaridades do chamado ativismo judicial não é o objetivo deste trabalho, até porque este tema envolve diversos aspectos históricos e teóricos sobre as competências e limites do judiciário no ordenamento jurídico brasileiro, cujo esforço acadêmico resultaria em uma pesquisa completamente nova.

Para além de juízos de valor sobre o tema, a intenção é mostrar que a interpretação valorativa dada pelo Poder Judiciário sobre as normas constitucionais fere a divisão de poderes. A função do judiciário (uma delas) é a proteger os direitos fundamentais de lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV, CF/88), não legislar.

Nesse sentido, prelecionam MENDES e BRANCO (2014) que os preceitos de direitos fundamentais proclamados pelo constituinte vinculam o STF a conferir a estes direitos a máxima efetividade possível, ao mesmo tempo em que o vincula a respeitá-los.

Assim, ainda que o sistema de justiça criminal brasileiro se mostre ineficaz em garantir a segurança pública de diversas formas, não cabe ao Judiciário, por meio da argumentação jurídica, exarar decisões criativas de direitos sob o pretexto de sanar eventuais omissões legislativas. Esse não é o papel das cortes constitucionais. As mudanças que o sistema criminal reclama devem ser realizadas através dos meios democráticos de decisão.

## 5 CONCLUSÃO

A adoção do modelo de Estado Democrático de Direito pelo Brasil em 1988 empreendeu profundas mudanças no ordenamento jurídico pátrio. O Brasil saía de cenário de violência institucional gravíssimo, a ditadura militar, em que diversas atrocidades contra os direitos do homem foram praticadas.

Naquele tempo, o país, assim como boa parte dos países de cultura ocidental, tinham textos constitucionais que não eram praticados e efetivados quanto as normas de caráter principiológico. Este cenário começou a mudar após o fim da segunda guerra mundial, fato histórico que impulsionou a evolução do modelo de Estado Social para o Estado Democrático de Direito, cujas pedras de toque são o princípio da soberania popular e a garantia da dignidade da pessoa humana.

A instituição deste novo modelo de Estado pretendia dar maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos nos textos constitucionais, protegendo-os dos abusos estatais. O mecanismo da jurisdição constitucional ganhou destaque quanto ao papel de proteger os direitos fundamentais, pois a função de dar efetividade aos princípios constitucionais através de técnicas interpretativas se ampliou com a promulgação de Constituições de caráter dirigente, nas quais são previstos múltiplos direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira de 1988 reflete essas mudanças. O legislador constituinte, desconfiado dos poder estatal, previu um amplo leque de direitos e garantias fundamentais no texto constitucional. Foi com esta mentalidade, influenciada pelo desenvolvimento progressivo do constitucionalismo ao longo da história que o constituinte fez a opção política de prever o princípio da presunção de inocência na Lei fundamental Brasileira de forma mais contundente, condicionando a constituição da culpa e, portanto, a própria prisão penal ao trânsito em julgado.

A positivação da presunção de inocência nestes termos, portanto, reflete uma opção política do constituinte em extinguir de uma vez por todas quaisquer resquícios da presunção de culpabilidade sobre que foi construído o direito penal na década de 40. Nessa época, a proteção da segurança social era mais importante que a defesa dos direitos individuais do cidadão, ainda mais quando a mera acusação já consistia em uma condenação social do processado criminal.

Dessa forma, pode-se afirmar que o princípio da presunção de inocência constitui o cerne do sistema de justiça criminal, uma vez que interfere em todas as fases do processo tanto como uma norma de tratamento ao réu, impedindo que ele sofra antecipadamente as

consequências de uma condenação sem nem mesmo ter sido condenado definitivamente. Em razão de ser consectário do princípio do devido processo legal, a presunção de inocência desdobra-se também em regra probatória, cuja inteligência determina que a responsabilidade penal do acusado deve ser provada pela acusação. E não o contrário, como ainda acontece nas práticas penais, de o acusado ter que provar que é inocente.

O indivíduo não tem como medir forças com o Estado e, assim, acaba ficando refém de suas arbitrariedades. E é nessas situações em que a atuação do Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, tem maior importância.

Tudo isso demonstra o quão desacertada foi a decisão dada pelo STF no julgamento do HC nº 126.292/SP. Através de técnica argumentativa emprestadas da hermenêutica constitucional, a maioria decidiu relativizar o princípio da presunção de inocência, permitindo a execução antecipada da pena, para dar maior efetividade a prestação jurisdicional na seara penal. Voltou-se novamente a sobrepor a segurança jurídica em detrimento ao cumprimento dos direitos individuais.

É lamentável que um princípio de tamanha importância como o da presunção de inocência, que protege a liberdade pessoal dos indivíduos, seja afastado para escusar o Estado de sua responsabilidade pelo falido sistema de justiça criminal brasileiro.

Pior ainda foi a insegurança jurídica causada por essa virada jurisprudencial que foi realizada apenas seis anos depois do julgamento do HC 84.078/MG, cujo sentido era consentâneo com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Depois desta mudança, o entendimento do direito relacionado ao tema ficou prejudicado, com juízes de todo o Brasil, inclusive os próprios ministros do STF, decidindo de modo diverso sobre o caso. Assim, o destino dos réus cujo processo ainda está pendente pelo julgamento de algum recurso fica dependendo do acaso de sua causa cair nas mãos de um juiz que respeite o princípio da presunção de inocência.

Ainda, os motivos, explícitos e obscuros, que justificaram a decisão são também questionáveis. A falta de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário não é argumento idôneo para sustentar a execução antecipada da pena após a confirmação da decisão em segundo grau de jurisdição. Tampouco a justificativa de que, como as cortes superiores apenas julgam causas que versem sobre questões de direito, é possível executar a pena após o término de julgamento nas instâncias ordinárias, onde o mérito foi resolvido.

Defende-se que a execução de acórdão condenatório recorrível afronta diretamente o devido processo legal, uma vez que se está em verdade cerceando o direito de defesa do réu em resistir à pretensão punitiva do Estado. Além disso, sustenta-se que o art. 673 do Código

de Processo Penal está há muito ultrapassado, uma vez que não está mais condizente com o atual sentido empregado ao CPP em diversas alterações legislativas que também utilizam o trânsito em julgado como marco da responsabilização penal.

Critica-se também a tendência de manejar as regras de direito processual penal através das lentes do processo civil. Embora a primeira tenha derivado da última, o processo penal tem institutos e peculiaridades próprios. É complicadíssimo separar as questões de direito das questões de fato no âmbito penal.

De outra sorte, o Código de Processo Penal, em uma das muitas alterações legislativas realizadas para atualizar seu conteúdo, dispõe em seu art. 283 que as prisões antes do trânsito em julgado da sentença condenatória têm caráter cautelar. Desse modo, tal dispositivo veda a execução antecipada da pena privativa de liberdade.

No entanto, este dispositivo também teve seu conteúdo alterado pelos ministros do STF para possibilitar a execução antecipada da pena. Fica evidente, dessa forma, que os ministros do STF estão ultrapassando sua prerrogativa funcional de proteger os direitos e garantias fundamentais.

As normas principiológicas, que compõem o núcleo essencial do texto constitucional estão sendo despidas de qualquer certeza jurídica pela atuação do Judiciário, cuja função no Estado Democrático de Direito Brasileiro é garantir a efetividade de tais normas frente a atuação política do Legislativo e do Executivo.

O julgamento do HC 126.292/96 reflete a discricionariedade com que esta decisão foi tomada. O STF utilizou-se da função de intérprete da Constituição para moldar o conteúdo do texto constitucional de acordo com seu entendimento político sobre a questão e não baseado no direito.

Sempre bom lembrar que é papel do STF proteger os direitos e garantias fundamentais, o que não quer dizer que o órgão possa criar direito. Essa é função do Legislativo, fundamentada no princípio da soberania popular.

É bem verdade que o sistema de justiça criminal é falho em diversos aspectos, contudo, a criação de soluções para esses problemas deve ser feito através de meios abertos de discussão política. O STF vincula-se a normatividade das disposições constitucionais, de modo que a interpretação das normas de direitos fundamentais deve ser feita com base na Constituição.

Por derradeiro, conclui-se que, acima de tudo, deve-se respeitar a Constituição.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

AMARAL, Augusto Jobim; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF**. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1073-1114, set-dez. 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/viewIssue/5/8>>. Acessado em: 13 jun 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, vol. 4, n. 15, 2001, p. 11-47, jul.-set. 2001. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf)>. Acessado em: 29 jun. 2018.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos)

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal: parte geral**, 1. 17ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acessado em: 28 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.208, de 30 de março de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal,

relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=F885CDF42311BB6078A0226193883891.proposicoesWebExterno1?codteor=401942&filename=PL+4208/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F885CDF42311BB6078A0226193883891.proposicoesWebExterno1?codteor=401942&filename=PL+4208/2001)>. Acessado em: 13 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. In: **Vade Mecum Saraiva**. 17 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.792.htm#art261p](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm#art261p)>. Acessado em: 31 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm#art1)>. Acessado em: 31 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art3)>. Acessado em: 31 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.403, 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acessado em 03 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acessado em: 02 maio. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acessado em: 31 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acessado em: 03 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **II Pacto Republicano de Estado**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/outros/iipacto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/outros/iipacto.htm)>. Acessado em: 02 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 07**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em:  
<[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf)>. Acessado em: 03 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ARE n. 964.246/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em: 28 de outubro de 2016. DJe de 25/11/16. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acessado em: 14 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 43 MC/DF**, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 05 de outubro de 2018. DJE 07/03/2018. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633&prcID=4986065#>>. Acessado em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 68037/RJ**, Segunda Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, julgamento em 10 de maio de 1990. Disponível em:  
<[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC\\_68037\\_RJ-\\_10.05.1990.pdf?Signature=HnPWj9DRjVFvEYS%2FE4MBC32wezs%3D&Expires=1530656789&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=745969e4cb976f531f8a29a9267328f4](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_68037_RJ-_10.05.1990.pdf?Signature=HnPWj9DRjVFvEYS%2FE4MBC32wezs%3D&Expires=1530656789&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=745969e4cb976f531f8a29a9267328f4)>. Acessado em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078/MG**, Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 05 de fevereiro de 2009. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acessado em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 95009 SP**, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, data de julgamento: 06.11.2008, DJE: 19.12.2008. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>>. Acessado em: 25 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292/SP**, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acessado em: 25 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752/PR**, Tribunal Pleno, Relator Min. Edson Fachin, julgado em 04 de abril de 2018. Disponível em:< <https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2018/04/HC-152.752-VOTO-GM.pdf>>. Acessado em: 16 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343-1/SP**, Tribunal Pleno. Relator Min. Cezar Peluso, data de julgamento: 3.12.2008, publicação em: 05.06.2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acessado em: 5 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acessado em: 02 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acessado em: 01 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 281**. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2487>>. Acessado em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>>. Acessado em: 01 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>>. Acessado em: 04 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>>. Acessado em: 04 maio 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 15ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acessado em: 01 maio 2018.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 1953. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acessado em: 07 maio 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 9, 2010, Curitiba. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba, PR : ABDConst., 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acessado em: 25 jun. 2018.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acessado em: 07 maio 2018.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2017.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

NESTOR, Távora; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13º ed., 2ª tiragem. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. 18º ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acessado em: 07 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acessado em: 07 maio 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.