



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ROBERTO RIBEIRO SENA JÚNIOR**

**AS CONSEQUÊNCIAS DO NÃO RECEBIMENTO DO DUPLO  
EFEITO DOS RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES  
NA QUESTÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA E EXECUÇÃO  
ANTECIPADA DA PENA**

Salvador  
2018

**ROBERTO RIBEIRO SENA JÚNIOR**

**AS CONSEQUÊNCIAS DO NÃO RECEBIMENTO DO DUPLO  
EFEITO DOS RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES  
NA QUESTÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA E EXECUÇÃO  
ANTECIPADA DA PENA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito,  
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como  
requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Misael Neto Bispo da França

Salvador  
2018

**ROBERTO RIBEIRO SENA JÚNIOR**

**AS CONSEQUÊNCIAS DO NÃO RECEBIMENTO DO DUPLO  
EFEITO DOS RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES  
NA QUESTÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA E EXECUÇÃO  
ANTECIPADA DA PENA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em            de            de 2018.

**Banca Examinadora**

---

**Prof. Me. Misael Neto Bispo da França**  
Universidade Federal da Bahia  
Orientador

---

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Thaís Bandeira Oliveira Passos**  
Universidade Federal da Bahia  
1<sup>a</sup> Avaliadora

---

**Prof. Dr. Fabiano Cavalcante Pimentel**  
Universidade Federal da Bahia  
2<sup>o</sup> Avaliador

A

Rosilda, querida mãe, pelo amor inabalável, paciência e compreensão.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, força inspiradora, pela confiança e oportunidade dadas ao caminhar deste mundo.

À minha amada mãe Rosilda Lídio por razões que palavras não podem dizer a ao meu querido pai, Roberto Sena, pela gênese da vida.

Ao professor Misael Bispo, orientador e grande professor, pela atenção e comprometimento dados em sala de aula e ao acompanhamento do presente trabalho.

Aos professores Fabiano Pimentel e Thaís Bandeira, pela gentileza em compor a banca examinadora do presente trabalho.

Aos demais professores da Egrégia Faculdade de Direito da UFBA, pelo carinho, sensibilidade e competência ao caminhar da graduação.

Ao Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades (BI), da UFBA, pela recepção quando do retorno à universidade e pelo sofisticado currículo de ensino.

Ao querido tio Jair Carneiro de Mello (*in memorian*), pelo despertar do interesse na carreira da advocacia.

Aos queridos avós maternos Maria Hilda (Dona Rosa) e Raimundo Lídio (Seu Lídio), *in memorian*, pelo sacrifício e ajuda dados, tão quanto os de uma mãe e pai; aos igualmente queridos avós paternos Haydée Sampaio e Targino Sena (*in memorian*) pelo igual carinho enquanto em vida física.

A todos os demais parentes pela ajuda em todos os momentos.

Ao Serviço de Apoio Jurídico da UFBA (SAJU), à ALC – Consultoria e Advocacia e ao Conselho Regional de Medicina/BA (CREMEB), pelas oportunidades de estágio extracurricular, que enriqueceram e engrandeceram o conhecimento acadêmico.

Aos colegas de faculdade pelo companheirismo no decurso dos 05 anos de vida acadêmica.

A todos os mencionados e porventura àqueles que não foi possível lembrar no momento, um sincero e verdadeiro... muito obrigado.

Quando a ordem é  
Injusta, a desordem  
Já é um princípio de justiça.

Romain Rolland (Théâtre De La Révolution, 1909)

SENA JÚNIOR, Roberto Ribeiro. As consequências do não recebimento do duplo efeito dos recursos aos tribunais superiores na questão de matéria probatória e execução antecipada da pena. 78 f. il. 2008. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

## RESUMO

O presente estudo tem natureza hipotética dedutiva, e se propõe a analisar as possíveis e graves consequências decorrentes do encarceramento do réu, após a condenação nos tribunais de segunda instância. Para isso, dedica-se inicialmente ao estudo dos princípios do Direito Processual Penal, com ênfase nos princípios do Duplo Grau de Jurisdição, In Dubio Pro Reo e Estado de Inocência, demonstrando os danos causados pela lesão à tutela de bens jurídicos como a vida e honra dos acusados, e ainda, uma análise terminológica da palavra presunção e sua mudança para estado (de inocência), uma vez que este último se configura como princípio fundante do processo penal democrático, na primazia pela absolvição do réu à sombra da dúvida. Em seguida, lança mão de uma análise da prisão decorrente da sentença penal condenatória e sua diferenciação dos institutos das prisões temporária e preventiva, assim como da ausência do efeito vinculante. Ademais, o estudo serve-se de proveito de considerações a respeito do controle constitucional abstrato-concentrado e do papel da Suprema Corte brasileira na tutela da Carta Magna, assim como sua interpretação acerca das cláusulas pétreas constitucionais, em específico, o art. 5º, LVII da Constituição Federal. Fundadas tais bases, o presente trabalho passa a construir as premissas para mostrar as consequências danosas do papel do Estado punitivista, pelo atropelo às cláusulas pétreas constitucionais e politização do judiciário brasileiro. É nesse contexto que esse estudo ganha relevância, uma vez que o tema é atual e vem dominando o cenário político brasileiro, num forte contexto de insegurança jurídica e mitigação da matéria probatória processual, servindo de alerta para o quão prejudicial pode ser às instituições democráticas a quebra das barreiras constitucionais e das garantias do processo penal, pela descon sideração dos recursos aos tribunais superiores na execução antecipada da pena.

Palavras-chave: Processo penal. Execução antecipada da pena. Cláusulas pétreas. Presunção da inocência.



SENA JÚNIOR, Roberto Ribeiro. The consequences of not receiving the double effect of appeals to higher courts on probation and early execution of sentence. 78 pp. ill. 2008. Monograph (Graduation) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

## ABSTRACT

The present study has a hypothetical deductive nature, and proposes to analyze the possible and serious consequences resulting from the incarceration of the defendant, after the conviction in the courts of second instance. To this end, it is initially dedicated to the study of the principles of Criminal Procedural Law, with emphasis on the principles of Double Degree of Jurisdiction, In Dubio Pro Reo and State of Innocence, demonstrating the damage caused by the injury to the protection of legal assets such as life and honoring the accused, and a terminological analysis of the word presumption and its change to state (of innocence), since the latter is a founding principle of the democratic criminal process, in the primacy of the absolution of the defendant in the shadow of doubt. It then launches an analysis of the imprisonment resulting from the conviction and its differentiation from the institutes of temporary and preventive prisons, as well as from the lack of binding effect. In addition, the study draws on considerations regarding the abstract-concentrated constitutional control and the role of the Brazilian Supreme Court in the tutelage of the Magna Carta, as well as its interpretation of constitutional constitutional clauses, specifically, art. 5, LVII of the Federal Constitution. Based on these bases, the present work begins to construct the premises to show the harmful consequences of the role of the punitive state, by the violation of the constitutional constitutional clauses and politicization of the Brazilian judiciary. It is in this context that this study gains relevance, since the theme is current and has dominated the Brazilian political scene, in a strong context of legal uncertainty, mitigation of procedural probative matter, serving as an alert for how harmful it can be to democratic institutions to breaking of constitutional barriers and guarantees of criminal proceedings, by disregarding appeals to higher courts in the early execution of the sentence.

Keywords: Penal process. Previous pen implementation. Petreas clauses. Presumption of innocence.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
APn	Ação Penal
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LEP	Lei de Execuções Penais
Nº	Número
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
S	Súmula
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

# SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
1.1	APRESENTAÇÃO.....	11
1.2	ELEMENTOS METODOLÓGICOS.....	11
1.3	O ESTUDO.....	16
<b>2</b>	<b>PRINCIPIOLOGIA</b> .....	19
2.1	A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NO PROCESSO PENAL.....	19
2.1.1	<b>O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição</b> .....	22
2.1.1.1	Previsão Legal.....	23
2.1.2	<b>O Princípio do <i>In Dubio Pro Reo</i></b> .....	24
2.1.3	<b>O Princípio da Presunção de Inocência</b> .....	27
<b>3</b>	<b>HISTÓRICO DO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) A RESPEITO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA</b> .....	30
3.1	O <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 84.708 JULGADO PELO STF EM 2009.....	35
3.2	A INTERPRETAÇÃO DO STF ACERCA DO ART. 5º, INCISO LVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	37
<b>4</b>	<b>CONSEQUÊNCIAS DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA</b> .....	46
4.1	EFEITOS RECURSAIS.....	59
4.2	PRINCIPAIS RECURSOS Oponíveis À DECRETAÇÃO DE PRISÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA.....	64
4.2.1	<b>Embargos de Declaração</b> .....	64
4.2.2	<b>Embargos Infringentes</b> .....	65
4.2.1	<b>Recursos Especial e Extraordinário</b> .....	66
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	69
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	72

## 1 INTRODUÇÃO

### 1.1 APRESENTAÇÃO

O advento da execução antecipada da pena é um tema contemporâneo, entretanto tão preocupante e controverso quanto, pois uma vez que o cumprimento da sentença se inicie já no 2º grau de jurisdição e antes de verem-se esgotados todos os recursos a serem interpostos aos tribunais superiores, se priva o condenado de um direito fundamental garantido na Constituição Federal brasileira de 1988<sup>1</sup>, justamente a presunção da inocência.

Com base neste tema que norteia o corrente trabalho, baseado na resolução 01/2004<sup>2</sup> e cuja apresentação se dá com base em rol taxativo de elementos metodológicos tais como problema, hipótese, objetivo geral, objetivos específicos, questões norteadoras, justificativa, revisão de literatura, metodologia e referências, objetiva-se cumprir a carga horária necessária para aprovação no componente curricular acadêmico Trabalho de Conclusão de Curso II (DIR A97) e a consequente obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

### 1.2 ELEMENTOS METODOLÓGICOS

No que concerne ao elemento do problema, haveria como sustentar que o não recebimento do duplo efeito dos recursos aos Tribunais Superiores seria capaz de encerrar a discussão acerca da matéria probatória e ainda, isto poderia causar o esvaziamento do princípio da presunção de inocência com o início da execução antecipada da pena?

Em se tratando da hipótese, toma-se como alicerce, aqui, o parecer de José Afonso da Silva, considerado uma referência pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, no qual se posiciona de maneira contundente pela inconstitucionalidade da prisão advinda dos acórdãos do 2º grau<sup>3</sup>. Justamente por ser o princípio da presunção de inocência uma cláusula pétrea constitucional, pode-se considerar perigoso o precedente que se abre com o advento da execução da pena ainda na 2ª instância, propriamente por ameaça de lesão ao bem tutelado da vida e aos

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). In: CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da (Organ.). **Código de processo penal e constituição**. 56. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 23. Tomo 2.

<sup>2</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA). **Resolução RE nº 01/2004-CCGD**, de 2004. Regulamenta o trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito. Salvador, BA.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/04/02/referencia-no-stf-jose-afonso-da-silva-emite-parecer-contraprisao-em-segunda-instancia/>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

preceitos da Lei máxima do Estado. Toma-se, também, como base, a súmula 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>4</sup> e os *habeas corpus* do paciente Luiz Inácio Lula da Silva, interpostos ao STF.

Como objetivo geral tem-se a análise das possíveis e graves consequências decorrentes do encarceramento do indivíduo após condenação nos tribunais de 2ª instância. Nesta senda, cabe igual análise da terminologia da palavra presunção e sua mudança para o termo “estado de inocência” (princípio fundante do processo penal democrático), uma vez que presunção pressupõe a dúvida e diante desta, primar-se-ia pela absolvição do réu.

No que tange aos objetivos específicos, constam as seguintes metas: estudar os princípios do Direito Processual Penal com ênfase nos princípios do *In Dubio Pro Reo*, Duplo Grau de Jurisdição e principalmente Estado de Inocência; analisar a prisão advinda da sentença penal condenatória e sua diferenciação do instituto da prisão preventiva, com o objetivo de se evitar equívocos de entendimento e ainda, esclarecer devidamente a ausência do chamado efeito vinculante das decisões proferidas em 2ª instância; considerar a respeito do controle constitucional abstrato-concentrado<sup>5</sup>; realizar uma ponderação acerca da segurança jurídica no que diz respeito às decisões da Suprema Corte brasileira, a qual vem sendo pressionada pela possibilidade de atropelo aos seus próprios precedentes, assim como igual pressão vem sofrendo pelo respeito e guarda ao art. 5º do Texto Magno, principalmente no seu inciso LVII, cláusula pétrea constitucional; considerar brevemente sobre o Estatuto da Magistratura de 1º Grau e a questão da extrapolação de competências e ainda, analisar a sumária violação à direitos e garantias da Constituição Federal no intuito de garantir a execução antecipada da pena.

Ademais, como questões norteadoras tem-se que:

---

<sup>4</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Súmula nº 122**. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. D.E. (Judicial) de 14-12-2016. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas\\_trf4&seq=194%7C967](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4&seq=194%7C967). Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>5</sup> Controle abstrato das normas constitucionais. É um processo objetivo, lastreado pelo interesse público, realizado pelo Supremo Tribunal Federal e através do qual se busca proteger o ordenamento jurídico como um todo, não se apreciando interesses individuais, tendo como finalidade precípua a análise da constitucionalidade da lei ou do ato normativo.

- Estaria o entendimento provisório do Supremo Tribunal Federal, no que tange à prisão em 2ª instância, sendo tomado como definitivo e gerando efeito vinculante?
- A postura da Corte, com base nas suas decisões provisórias, prejudica direitos, abrindo precedentes para erros judiciais?
- Qual seria, então, o papel da Suprema Corte, o zelo precípua à Carta Magna ou aos seus próprios precedentes; defender a segurança jurídica seria se apequenar?
- Por que o órgão de cúpula do judiciário brasileiro permite excessos de instâncias judiciais menores?
- Estaria havendo relativização do controle constitucional abstrato-concentrado, justamente pela protelação do julgamento de ações diretas de constitucionalidade (ADC's) sobre a execução antecipada da pena, pelo STF?

A justificativa da escolha do tema, que versa sobre a execução antecipada da pena, por sua vez, se deu pela relevância do assunto, que praticamente domina o cenário político atual brasileiro. Há questões muito delicadas como a lesão ou atropelo às cláusulas pétreas constitucionais e ainda, ao perigoso precedente jurídico que se abre alicerçado em condenações com base em decisões provisórias, como a do STF em 2016, a ser vista com mais cuidado adiante, que, não obstante, tenha sido em âmbito de repercussão geral, versou sobre um único caso específico, não tendo, assim, efeito vinculante. Ademais, o braço punitivista do Estado, baseado numa questionável cessão da impunidade, não pode ultrapassar as barreiras constitucionais e as garantias do processo penal.

Através da revisão de literatura, é possível explicar o porquê de determinadas obras terem sido utilizadas na elaboração do presente trabalho, entretanto não são encontradas com facilidade na literatura bibliografia concernente ao tema da prisão em segunda instância, visto que a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal é recente quanto ao assunto. Contudo, há bastante conteúdo através de outras vias que podem embasar a discussão, pois na visão de muitos constitucionalistas e processualistas penais, como Aury Lopes Jr. e Fernando Santana, por exemplo, a situação é deveras preocupante pela violação sumária do texto constitucional.

Assim, é possível já enumerar aqui alguns dos materiais aproveitados, como um dos melhores e mais completos estudos sobre o tema, que é do autor Maurício Zanoide de Moraes, na obra 'A Presunção da Inocência e o Processo Penal', uma abordagem normativa do supradito princípio constitucional no que tange à elaboração legislativa e às decisões judiciais.

Não obstante já tenham sido mencionados, reitera-se aqui a utilização do parecer emitido e publicado<sup>6</sup> por José Afonso da Silva, jurista brasileiro, especialista em direito constitucional e considerado uma referência pela Suprema Corte, no qual se posiciona contrariamente ao encarceramento após decisão colegiada de 2ª instância, e também da Súmula 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre.

Cabe elencar também o *habeas corpus* impetrado ao STF em 2016, qual seja o de nº 126.292, e do qual o respectivo julgamento resultou no entendimento pela execução antecipada da pena. O supradito remédio constitucional ensejou, por sua vez, as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC's), de números 43<sup>7</sup> e 44<sup>8</sup>, no âmbito do controle concentrado, interpostas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). As entidades impetrantes requeriam justamente medida cautelar que suspendesse tal decisão, o que em verdade, gerou toda a celeuma em torno da questão. Surgia, assim, a possível gênese da resistência à execução antecipada da pena, ou seja, os impetrantes das ADC's alegaram que o julgamento do HC 126.292, em fevereiro de 2016, no qual o STF entendeu ser possível o encarceramento provisório, gerou e vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência. Isto porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. Referência no STF, José Afonso da Silva emite parecer contra prisão em segunda instância. **Portal Justificando**. Mentis Inquietas Pensam Direito, 02 abril 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/04/02/referencia-no-stf-jose-afonso-da-silva-emite-parecer-contra-prisao-em-segunda-instancia/>>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 43**. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Disponível em: <<http://www.portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 09 out. 2018.

<sup>8</sup> **Id. Ação declaratória de constitucionalidade nº 44**. Requerente: Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.portal.stf.jus.br/processo/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 09 out. 2018

<sup>9</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da

Ademais, como revisão de literatura merece compor a lista o HC preventivo de nº 152.752/PR, interposto ao STF pela defesa do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, visando evitar a prisão deste após condenação do TRF da 4ª Região e cujo julgamento causou grande repercussão, principalmente pelos votos dos ministros Rosa Weber e Luiz Roberto Barroso.

Artigo publicado por Dalmo Dallari<sup>10</sup>, constitucionalista e professor da Faculdade de Direito da USP, no qual questiona o papel, a seu ver, equivocado da Corte ao autorizar a prisão em segunda instância. Apesar de sucinto, o artigo de Dallari é fundamental, pois toca no cerne da questão, ou seja, a atitude da ministra Carmem Lúcia, até então presidente da Corte, e suas declarações de que, apesar das ações interpostas, as supramencionadas ADC's 43 e 44, a ministra não colocaria o tema em debate por considerar que tal medida seria uma forma de atender pressões externas. Apesar de não ter especificado suas motivações, a magistrada referia-se aos pedidos de *habeas corpus* do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, os quais tentaram barrar sua prisão na segunda instância após acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região e que no final acabaram por denegados.

Embasam, ainda, a revisão de literatura, dentre outras, as obras *Curso de Processo Penal* de Eugênio Paccelli; a obra *Direito Penal*, de Magalhães Noronha, atualizada por Adalberto de Camargo Aranha e o *Curso de Direito Processual Penal* de Aury Lopes, Jr.

Cabe salientar, entretanto, que não se ambiciona neste momento inicial do trabalho expor toda a bibliografia utilizada na monografia e o interesse particular em cada uma delas, e sim, tão somente proporcionar uma estruturação metodológica, não menos importante para o deslinde do trabalho acadêmico.

De mais a mais, a metodologia utilizada fora a hipotética dedutiva, utilizada na grande maioria dos trabalhos de conclusão de curso em academias. Caracteriza-se pela experimentação, além da observação, hipóteses e conjecturas, desde que plausíveis para o delinear do trabalho, ao passo que o sucesso do método utilizado dependerá muito do grau de certeza da hipótese e do conhecimento para o desenvolvimento e demonstração do trabalho.

---

autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>10</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Opinião: para Dallari, Carmem Lúcia erra ao não discutir prisão na 2ª instância. **Portal Vermelho**, 16 março 2018. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/308858-1>>. Acesso em: 01 nov. 2018.



As etapas são justamente as elencadas acima, destacando-se a alocação do problema e a conseqüente hipótese para sua resolução, ou seja, aquilo que se contribui até o momento para o problema.

### 1.3 O ESTUDO

O principal suporte do presente trabalho está naturalmente no princípio da presunção da inocência disposto no art. 5º, LVII do texto constitucional, onde disciplina in verbis “Art. 5º. Ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se, aqui, de uma cláusula pétreia constitucional e assim sendo, de um artigo impossibilitado de sofrer alteração. O próprio nome *pétreia* é um adjetivo que se refere justamente a algo imutável e perpétuo, não podendo, portanto, sofrer nenhuma variante e configurando-se até mesmo como exceção às chamadas propostas de emendas constitucionais (PEC’s)<sup>11</sup>.

Em contraponto aos ditames constitucionais, surge no cenário jurídico brasileiro aquilo que pode ser chamado de uma forte “onda punitivista do Estado”, o punir a qualquer preço, sem a preocupação e zelo pela garantia de direitos individuais. A execução antecipada da pena se alicerça no ponto de que a análise dos fatos e provas termina nos tribunais de 2ª instância, refletindo uma verdadeira mudança de paradigma, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal, guardião precípua da Constituição, já houvera se manifestado a respeito, através de uma decisão de 2016 a qual permitia justamente o encarceramento após a condenação em 2ª instância.

É uma discussão que recebe, hoje, grande repercussão, particularmente da mídia, por envolver a figura de um ex-presidente da República. Porém, as conseqüências que esse entendimento gera são as mais preocupantes possíveis, pois tomando-se como pilar os dados do Levantamento de Informações Penitenciárias, documento elaborado pelo Ministério da Justiça, com dados de junho de 2016<sup>12</sup>, cerca de 40% da população carcerária brasileira não possui decisão

---

<sup>11</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 154-155.

<sup>12</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Ministério da Justiça e Segurança Pública. **DEPEN**: Levantamento nacional de informações penitenciárias. Atualização – junho de 2016. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2018.

condenatória com trânsito em julgado, ou seja, são presos submetidos à prisão preventiva, na sua maioria, ou prisão temporária e, com esse entendimento de ser possível a prisão após a condenação em 2ª instância, esse número tende a aumentar, prenunciando uma verdadeira catástrofe do já combalido sistema prisional brasileiro.

É preciso atenção aqui, ou seja, na tese que a matéria probatória já é por si só capaz de ser encerrada nos tribunais de 2ª instância, pois existem questões de direito que podem repercutir contra o conteúdo da própria decisão condenatória e até mesmo podendo anulá-la, independentemente de se estar a examinar uma prova ou não.

Cabe, aqui, salientar que a supradita decisão do STF em 2016 foi uma declaração que aconteceu no julgamento de um caso isolado somente e assim sendo, não possui força de súmula vinculante, ou seja, decisão que obriga todos os tribunais a segui-la, no entanto, esta decisão vem sendo adotada justamente com força de súmula. É o que vem acontecendo.

Na visão do advogado criminalista, ex-professor de direito penal da Universidade Federal da Bahia e atual conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) pela Bahia, Fernando Santana, o Supremo Tribunal Federal praticamente reescreveu a Constituição Federal. Segundo o criminalista, do ponto de vista material e formal, o trânsito em julgado como categoria jurídica está assentado e pacificado, tanto na doutrina, como na jurisprudência. Portanto, não preocupa o nome a quem se negou o habeas corpus e sim a violação do princípio constitucional da presunção de inocência e de não culpabilidade<sup>13</sup>.

Então, na visão do criminalista e de acordo com o princípio da presunção de inocência, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que inclui os recursos especial e extraordinário, interpostos junto ao STJ e STF, respectivamente.

Ainda de acordo com a visão de Santana e quando o criminalista enfatiza que não há importância sobre quem seja o paciente ao qual tenha sido negado o remédio constitucional, é justamente uma referência à denegação do *habeas corpus* preventivo ao ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, pelo Superior

---

<sup>13</sup> SANTANA, Fernando. Opinião: caos se instala na justiça com a quebra de paradigma. **BAHIA.BA**, Bahia, 07 março 2018. Disponível em: <<http://bahia.ba/justica/fernando-santana-caos-se-instala-na-justica-com-a-quebra-de-paradigma/>>. Acesso em 09 ago. 2018

Tribunal de Justiça (STJ)<sup>14</sup>, *habeas corpus* este que tentava justamente evitar a sua prisão.

Nesta senda, quando não se esgotam todos os recursos a serem interpostos nas instâncias cabíveis, a dúvida favorece o réu, em consonância ao princípio do direito processual penal do *in dubio pro reo*. A disposição normativa do Código de Processo Penal brasileiro é, inclusive, bastante clara no trato da questão<sup>15</sup>. Vai se descortinando, assim, um grande retrocesso na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, levando-se em conta os enormes danos causados aquele, seja à sua honra, dignidade, integridade física ou mesmo à sua vida, pelo encarceramento precoce advindo da execução antecipada da pena.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 434.766**, da 5ª Turma. Criminal. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. Transação. Prisão determinada pelo Tribunal após o julgamento da apelação. Possibilidade. Execução provisória da pena. Legalidade. Relator Min. Félix Fischer. DJU, de 06 mar. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559880097/habeas-corpus-hc-434766-pr-2018-0018756-1/inteiro-teor-559880107>>. Acesso em: 08 set. 2018.

<sup>15</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça. Inciso V. Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em 27 nov. 2018.

## 2 PRINCIPIOLOGIA

### 2.1 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NO PROCESSO PENAL

A finalidade mediata do Processo Penal confunde-se com a do próprio Direito Penal que é a proteção da sociedade, a paz social, a defesa dos interesses jurídicos e ainda, a conveniência harmônica das pessoas no território da nação. Na busca da solução exata do litígio penal, o juiz, no processo, deve apurar a verdade dos fatos a fim de aplicar, com justiça, a lei penal.

Ressalte-se, porém, que tal pressuposto é considerado uma mitologia processual penal, como bem explana Rubens Casara em sua obra homônima<sup>16</sup>. Através desta, infere-se que o processo penal brasileiro contém um leque amplo de mitos, os quais escondem uma forte origem autoritária da atual legislação do sistema penal brasileiro. É como se as partes judiciais se valessem dessa mitologia para interpretarem o processo de acordo com conveniências, se distanciando dos ditames constitucionais, por isso nas palavras de Casara<sup>17</sup>, o mito representaria, portanto, a explicação para aquilo que não se consegue explicar, no plano do que se entende por “razão”.

O atual Código de Processo Penal brasileiro teve sua gênese num momento fascista da história<sup>18</sup>, e por isso mesmo não é exagero dizer que é repleto de tendências e inclinações, ao passo que o modo de compreensão do processo penal terá papel decisório no juízo de interpretação quando da aplicação da norma processual.

Assim, uma vez que o processo penal seja utilizado para a aplicação da pena, adstrito à observância das regras processuais legais, pode-se considerar, decerto, que haverá uma limitação do Estado na sua ânsia de punir a qualquer custo, como se fosse uma espécie de freio ao braço punitivista do Estado. Por outro lado, se o processo penal se configurar como algo meramente cerimonial, sem qualquer efetividade, as garantias e formas legais do Estado ao agir darão margem à

---

<sup>16</sup> CASARA, Rubens R.R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p.21-22 **et seq.**

<sup>18</sup> O processualista penal Aury Lopes Jr. considera que a lei processual penal brasileira remonta ao início do século e possui caráter assumidamente fascista e autoritário, por isso mesmo, considera que a presença dos princípios se faça imprescindível no processo penal, uma vez que aqueles permitem uma releitura pelo foco constitucional. Seria como se o Código de Processo Penal se submetesse a uma filtragem através da Constituição. Num forte tom crítico, Lopes considera que a chamada Exposição de Motivos do CPP muito “cortejou” o Código de Rocco italiano de 1930 (uma velha estrutura ordenatória, autoritária e de forte contexto canônico), daí por que o CPP brasileiro possui as mesmas características.

impunidade e pior, à seletividade da justiça como vem sendo observado atualmente no Brasil. Raúl Eugênio Zaffaroni, por exemplo, quando trata dessa questão de seletividade e deslegitimação do sistema penal, alerta para a ocorrência de uma série crise, e nas palavras do autor “A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação: ‘Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo?, são perguntas que a reprovação normativa não pode responder”<sup>19</sup>.

Contudo, partindo-se da ideia de que o Direito Processual Penal brasileiro já não encontra mais sustentáculo em sua aplicação com base tão somente no atual Código de Processo Penal, novas luzes foram lançadas sobre a matéria. Não se atendo tão somente à explicitação dos direitos fundamentais como fonte legitimadora de direitos e obrigações, públicas e privadas, capaz de solucionar conflitos, individuais e coletivos, a nova ordem constitucional é esclarecedora no sentido de que, para a aplicação do Direito e conseqüentemente do Direito Processual Penal, cabe a vinculação destes à tutela e realização dos direitos humanos, tidos como fundamentais na ordem constitucional<sup>20</sup>.

Essa proteção dos direitos se vê reafirmada pelo compromisso democrático e protetivo através da chamada Reforma do Judiciário, veiculada pela Emenda Constitucional nº 45/04<sup>21</sup>, cujo objetivo é alcançar nível de eficácia constitucional das normas que versam sobre direitos humanos presentes em tratados e convenções internacionais.

E para todo este processo, os princípios se tornam fundamentais, por se apresentarem como normas fundantes do sistema processual, princípios estes que se destinam a cumprir a tarefa de proteger os direitos fundamentais, tão lesados atualmente. No entanto, é pertinente estabelecer a diferenciação dos princípios das chamadas regras jurídicas, uma vez que aqueles detêm um maior grau de abstração dos seus comandos, ainda que sejam verdadeiras garantias constitucionais e assim

---

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 259.

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Arts. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção e qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. 6º. São direitos a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social [...] na forma desta Constituição. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]. 38. ed. São Paulo: Atlas, p. 5-20.

<sup>21</sup> Ibid., art. 5º, §3º.

sendo, faz-se necessário designar critérios minimamente seguros para casos de possíveis conflitos e choques entre direitos fundamentais<sup>22</sup>.

Robert Alexi, quando elaborou sua teoria dos direitos fundamentais, tipificou as normas jurídicas em duas espécies: regras e princípios. Para Alexi, a diferença entre as duas se dá em âmbito qualitativo e não pelo grau, sendo o princípio, uma norma que determina que quando algo seja realizado, o faça na maior medida possível dentro do cenário fático e jurídico; as regras, por sua vez, têm que serem cumpridas com exatidão, seu cumprimento não pode se dar de maneira parcial e sim total. Nota-se que os princípios possuem certo grau de abstração, por isso a ênfase do autor no respeito às possibilidades fáticas e jurídicas<sup>23</sup>.

Na ocorrência de choque entre princípios, Alexi se utiliza da chamada “lei de colisão”<sup>24</sup>, para expor que um dos princípios deve ceder em relação ao outro, tendo preferência aquele que mais peso tenha na solução do caso concreto, contudo, sem desmerecimento do princípio posposto. O autor enfatiza, assim, que não há prioridade absoluta de um princípio sobre o outro, se valendo da ponderação quando de eventuais conflitos ou colisões de princípios. Em relação ao processo penal, como sendo o sistema jurídico de aplicação do Direito Penal, já se pode enumerar a existência de vários princípios absolutamente inafastáveis e por isso mesmo, fundamentais e destinados ao cumprimento da proteção e tutela dos direitos individuais.

Humberto Ávila, por sua vez, é crítico de certos critérios utilizados pela doutrina na diferenciação de princípios e regras, defendendo que o modo de aplicação de uma regra varia de acordo com cada caso em específico, valendo-se do sopesamento de razões. Para Ávila<sup>25</sup>, ainda que a regra requeira uma aplicação completa e integral do que dela decorra, há casos em que o aplicador do direito se depara com razões específicas que o levam à uma mudança de entendimento. Para corroborar sua tese, cita um precedente do Supremo Tribunal Federal no qual a Corte afastou a presunção de violência cometida contra menor de 14 anos, pois considerou que a aparência e comportamento mental da vítima não eram

---

<sup>22</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 39.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: 2002, p. 30.

<sup>24</sup> A chamada “lei de colisão” representa um dos principais fundamentos da teoria dos princípios do jurista alemão Robert Alexy e é um reflexo da característica de otimização dos princípios e da inexistência de prioridades absolutas entre eles.

<sup>25</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 37.

condizentes com os tipos descritos na norma, qual seja o art. 224 do Código Penal.<sup>26</sup> Para o autor, em consequência de razões supervenientes, a regra, a “lei seca” por assim dizer, pode deixar de ser aplicada.

Sem querer se estacar muito à visão de autores sobre a diferenciação entre princípios e regras, procura-se, aqui, de fato, ficar-se adstrito aos vários princípios característicos do processo penal que visam regulamentar ainda mais a busca da verdade real e uma vez que o rol destes princípios seja muito amplo, o presente trabalho se aterá a alguns em específico quais sejam os princípios do Duplo Grau de Jurisdição, In Dubio Pro Reo e principalmente o da Presunção de Inocência, por versarem diretamente com as questões da interposição recursal aos tribunais superiores brasileiros, diante de decisões denegatórias dos tribunais de segunda instância e também e conseqüentemente, à questão da execução antecipada da pena, entendimento ora aceito pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

#### 2.1.1 O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Sacramentado no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, é considerado um princípio implícito para alguns, sendo, em tese, a possibilidade de se buscar um entendimento melhorado, por assim dizer, ou seja, através da interposição de recursos se busca uma decisão tecnicamente melhor.

O duplo grau de jurisdição é um princípio de direito processual que não se restringe somente ao processo penal. Notoriamente, é o direito que as partes têm de verem seus recursos sendo julgados por um órgão diferente daquele que proferiu a decisão, o chamado juízo ad quem, um juízo superior àquele que julgou o caso em primeira instância, normalmente composto por um colegiado de juízes.

Contudo, convém salientar que, ainda que seja garantido o princípio em comento no processo de execução, isto não se dá pelo fato de ser um princípio constitucional, haja vista que em verdade não o é, mas em virtude do transcurso da execução penal se desenvolver perante o magistrado de primeira instância ou primeiro grau, ao qual caberá à administração do estabelecimento penal, cujos incidentes são por ele resolvidos através de fundamentada decisão que, por sua vez, estará sujeita à agravo em execução, cabendo o seu julgamento ao órgão ad quem, qual seja o Tribunal.

---

<sup>26</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 224, revogado pela Lei nº 12.015 de 2009.

## Segundo o entendimento de Aury Lopes Jr.:

Além de garantir a revisão da decisão de primeiro grau, também compreende a proibição de que o tribunal ad quem conheça além daquilo que foi discutido em primeiro grau, ou seja, é um impedimento à supressão de instância<sup>27</sup>.

Então, tomando por base essa conceituação, considera-se que o duplo grau de jurisdição somente se concretiza quando o tribunal ad quem, superior hierarquicamente na estrutura jurisdicional, analisa um recurso de uma das partes da relação processual, qual seja a irresignada, da decisão do juízo a quo. Nesse caso, e na visão do jurista Eugênio Pacelli<sup>28</sup>, não cabe o princípio do duplo grau de jurisdição no Recurso em Sentido Estrito<sup>29</sup>, no Agravo de Execução<sup>30</sup>, ou mesmo nos Embargos Declaratórios<sup>31</sup>, uma vez que o órgão que prolatará a decisão será o mesmo órgão que julgou a decisão atacada. Assim, o próprio texto constitucional brasileiro reconhece a existência de hipóteses em que não há o chamado duplo grau de jurisdição por inexistência de instâncias superiores no julgamento de ações de competência originária, tal como é o caso do julgamento do Presidente da República pelo plenário do STF nos casos de crime comum. É quando ocorre justamente o completo esvaziamento da garantia do duplo grau de jurisdição em benefício da prerrogativa funcional.

### 2.1.1.1 Previsão Legal

Embora se acredite que o duplo grau é um direito fundamental, é curioso notar que ele não está devidamente expresso na Constituição Federal de 1988. Então, como já dito, o que faz a grande parte da doutrina é considerar tal princípio como implícito. Segundo a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso LV) “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

<sup>27</sup> Lopes Jr., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 974.

<sup>28</sup> BAÍA. Igor Felipe Soares. **Breves considerações sobre o duplo grau de jurisdição no processo penal**: tratamento atual e constatações sobre sua evolução. Jusbrasil. [S.l.] [2016?]. Disponível em: <<https://igorbaia.jusbrasil.com.br/artigos/502286212/breves-consideracoes-sobre-o-duplo-grau-de-jurisdicao-no-processo-penal>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

<sup>29</sup> **O Recurso em Sentido Estrito (RESE)** está disciplinado nos arts. 581 a 592 do Código de Processo Penal, seguindo um rol taxativo de cabimento.

<sup>30</sup> **Agravo de Execução** é o instrumento próprio para combater todas as decisões do juiz da execução (não sendo a matéria, mas o tipo de juiz quem define qual recurso é cabível) e cuja previsão está no art. 197, da Lei 7.210/84 (ou Lei de Execução Penal – LEP).

<sup>31</sup> Os **embargos de declaração** podem ser conceituados como sendo o recurso cabível contra a decisão que contiver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão. O Código de Processo Penal disciplina os embargos de declaração nos arts. 619-620 somente se referindo ao acórdão, ao passo que no seu art. 382 trata dos embargos contra a sentença do juiz singular.



assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à questão<sup>32</sup>. Embora implícita no texto brasileiro, há previsão legal do princípio do duplo grau de jurisdição no cenário internacional, em tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Como exemplo, há previsão expressa no Pacto de San José da Costa Rica, a chamada Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>33</sup>, promulgada pelo Decreto n. 678, datado de 06 de novembro de 1992, no seu art. 8º, item 3º, alínea h<sup>34</sup>.

Nesta senda, pelo fato do Brasil ser signatário do tratado, e também pela posição hierárquica dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico pátrio, é possível o entendimento de que, embora não haja previsão expressa na constituição brasileira da caracterização do duplo grau de jurisdição, ele existe em decorrência de uma obrigação perante a comunidade nacional e internacional.

### 2.1.2 O Princípio Do *In Dubio Pro Reo*

Também conhecido como princípio do favor rei, o princípio do *in dubio pro reo* implica em que, em caso de dúvida interpreta-se a favor do acusado. Isso porque a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado.

É um princípio de Direito e não exclusivo do processo penal, onde vale a máxima de que a dúvida deve militar a favor do réu, ou ainda se há uma dúvida perante alguma qualificadora, esta deva ser desconsiderada. É igualmente implícito, mas percebe-se sua adoção pelo Código de Processo Penal na regra prescrita no artigo 386, II<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 201297-1**, Rel. Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdiacao-e-materialmente-constitucional/14851>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

<sup>33</sup> A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como **Pacto de San José da Costa Rica**, é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) e que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978, sendo atualmente uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, força hierárquica constitucional, desde que aprovados na forma prevista do § 3º do art. 5º da Constituição Federal. 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)>. Acesso em: 01 dez. 2018.

<sup>35</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça. Inciso VII.

Assim sendo, na impossibilidade de o Estado angariar provas suficientes da materialidade e autoria do crime, o juiz deverá absolver o acusado, configurando-se, assim, o *in dubio pro reo*.

Ao lado do princípio da presunção da inocência, a ser abordado mais adiante, como critério objetivo da solução da incerteza, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória a quem acusa, reforçando a regra do julgamento de que não se deve levar o réu à condenação sem que sua culpabilidade tenha sido contundentemente provada, lembrando que a única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade delitiva, elementos necessários para que haja a prolação da sentença condenatória e, uma vez que estes elementos não sejam alcançados, impera-se a absolvição.

Isso ocorre porque, estando a inocência assistida pela presunção, até que se prove o contrário, essa prova contrária deve aportar quem nega sua existência, quando do momento da acusação<sup>36</sup>. Então, da regra emergente do princípio da presunção de inocência, segundo a qual toca à acusação o inteiro cabimento da carga probatória, origina-se o *in dubio pro reo*.

Nesta senda, é conveniente considerar que a primeira parte do art. 156 do Código de Processo Penal deva ser lido à luz da garantia constitucional da inocência. Tal dispositivo determina que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. No entanto, a primeira e principal alegação feita é aquela que consta na denúncia e aponta para a autoria e materialidade, assim, incumbirá ao Ministério Público o ônus total e intransferível de provar a existência do delito.

A insuficiência da prova equivale à subsistência de uma dúvida positiva e invencível sobre a existência ou inexistência de determinado fato ou de sua autoria. Dá-se, então, como não provado o fato desfavorável ao arguido, e, vedado o *non liquet* no ordenamento brasileiro, é indicado ao juiz que valere a favor do acusado a prova dúbia<sup>37</sup>.

Se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como dispõe o inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, é de rigor

---

Não existir provas suficientes para a condenação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em 30 out. 2018

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**: prólogo de Norberto Bobbio. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009, p.610.

<sup>37</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 11.

que, em caso de dúvida, a decisão seja dada em prol do acusado, pois um juízo condenatório deve ser baseado em um lastro mínimo de certeza.

Nesse diapasão, assevera o Supremo Tribunal Federal:

O postulado constitucional da não culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes<sup>38</sup>.

É bom frisar que o princípio do *in dubio pro reo* tem incidência no momento do julgamento pelo magistrado, quando existir uma dúvida em relação à existência do fato e/ou quanto à autoria, enquanto a presunção de inocência atua durante todo o curso do processo<sup>39</sup>.

No juízo singular, a condenação do acusado pressupõe a certeza ou convicção do juiz, que é “a crença de haver se apoderado da verdade”. Assim, realizadas ou colacionadas todas as provas possíveis, se ainda persistir a dúvida no espírito do julgador, não há outra solução senão aplicar o princípio do *in dubio pro reo* (art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal), sob pena de se enveredar pelo lamentável rol de erros judiciais, cujas tristes consequências são vistas no mundo inteiro. Portanto, um Estado Democrático de Direito que adote um processo penal acusatório tem, como seu consectário necessário, o princípio do *in dubio pro reo*.

A justificativa deste princípio varia na doutrina, mas é possível identificar, como linha de fundo, uma ideia que percorre o pensamento ético-jurídico da

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 89.501-8**, da 2ª Turma. Criminal. Crime hediondo. Prisão Preventiva. Ausência de fundamentação jurídica idônea. Invocação de clamor público. Inadmissibilidade. Fuga do Réu. Relator Min. Celso de Mello, DJ de 16 mar. 2007, p.530-565. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagina\\_dor.jsp?docTP=AC&docID=409786](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagina_dor.jsp?docTP=AC&docID=409786)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

<sup>39</sup> NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61.

humanidade, ainda que muitas vezes sem repercussões práticas no decorrer da história processual penal: a máxima de que é preferível absolver um culpado a condenar um inocente<sup>40</sup>.

### 2.1.3 O Princípio Da Presunção De Inocência

A presunção de inocência aparece pela primeira vez no ano de 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por intermédio da Revolução Francesa. Foi introduzida, ainda, em outros instrumentos internacionais de direitos humanos como declarações, tratados, convenções, pactos e acordos e, posteriormente também o foi na maior parte das constituições dos países. Não obstante, tenha havido muitas resistências ao enunciado, devido principalmente à ânsia da sociedade em querer punir e desejosa de fazer justiça frente a crimes, atualmente, no seio do jurídico, não é comum encontrar pessoas que se opunham ao princípio, a exceção seria, talvez, determinados setores políticos brasileiros.

A presunção da inocência é um princípio fundamental de direito, expressamente referido no artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948. A partir daí, foi sendo incorporado ao sistema jurídico dos Estados, tendo hoje acolhimento praticamente universal, com a máxima de que toda pessoa humana tem o direito de ser presumida inocente<sup>41</sup>.

Aliás, é pertinente explicar, aqui, a cronologia de evolução e como se deu a inserção do princípio, a começar pela já mencionada Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), no Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966) e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969)<sup>42</sup>.

No que tange ao Brasil, pela primeira vez na história das constituições brasileiras, aparece a presunção de inocência, mesmo que esta terminologia não esteja disposta expressamente e sim, pela expressão "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", disposição acostada no art. 5º, inciso LVII da Carta Magna. Contudo, é pertinente observar que

---

<sup>40</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo**. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 10.

<sup>41</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 69-70.

<sup>42</sup> Ibid., loc. cit.

o artificialismo dos ditames constitucionais brasileiros imperava até então, ou seja, um distanciamento da constituição formal do país real, resultando em pouco ou nenhum compromisso dos textos magnos para com a sociedade. A CF/88 é a que, em tese, tem se tornado mais real, especialmente na atenção voltada a vários segmentos sociais e à algumas instituições, como o Ministério Público por exemplo, ao passo que este último zela justamente pelo cumprimento do texto constitucional na sua forma cidadã e por este mesmo motivo, a atual Constituição brasileira é conhecida como Constituição Cidadã<sup>43</sup>, denominação dada pela Assembleia Constituinte que a promulgou.

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da presunção de inocência está expressamente afirmado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, onde claramente está proclamado que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, todos serão presumidos inocentes até que ocorra o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Nada mais é que a expressão consagrada e constitucional do princípio da presunção de inocência, cujo respeito é de fundamental importância para a efetiva garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Esse princípio, atualmente em voga nos meios de comunicação, tem sido objeto de comentários e análise pelos mais diversos e eminentes juristas. Observe-se, aliás, que essas referências decorrem do fato de que se trata de uma temática que vai muito além de especulações de natureza teórica, mas interesse coletivo, por sua influência na vida prática.

Como explana o constitucionalista e professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Afonso da Silva, há a observância de que:

A norma constitucional do artigo 5º, inciso LVII, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> O constitucionalista e professor da Universidade Federal da Bahia, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins considera que a Carta de 1988 fora a dos direitos, com menor ênfase dada aos deveres, uma vez que o Estado não pode impor ao cidadão a orientação que este deva seguir.

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 158.

Pretendia o autor no trecho em destaque dizer que o trânsito em julgado se dá quando a decisão não comporta mais recursos, sejam eles o ordinário<sup>45</sup>, especial<sup>46</sup> ou extraordinário<sup>47</sup>. Essa menção expressa aos recursos, em especial ao recurso extraordinário, interposto ao Supremo Tribunal Federal, tem especial importância neste momento, pois, mesmo entre os membros da magistratura, há uma parcela que defende que uma decisão que só possa ser contestada por meio do supradito recurso, já estaria transitada em julgado, afastando, portanto, a aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência mesmo quando ainda coubesse esse recurso.

É evidente que é de interesse público a punição dos que, no exercício de cargos e funções públicas ou associadas a estes, cometerem ilegalidades ou favorecerem a sua prática. Entretanto, a ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, como toda agressão aos princípios e normas constitucionais, deve ser denunciada e rejeitada, para que se dê efetividade a um dos preceitos constitucionais que constituem a base de um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>45</sup> **Recurso ordinário** é aquele cabível contra decisão denegatória de habeas corpus ou mandado de segurança, proferida em segunda instância ou por Tribunal Superior, cuja interposição se dá, portanto, perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

<sup>46</sup> O **Recurso Especial (ou REsp)** é um recurso direcionado exclusivamente para o Superior Tribunal de Justiça. Seu cabimento está previsto no art. 105, inciso III da Constituição Federal.

<sup>47</sup> O **recurso extraordinário (REXT)**, por sua vez, é um recurso de competência exclusiva do STF, cuja análise da matéria é exclusivamente constitucional, de acordo com art. 102, inciso III, da Constituição, e regulamentado nos art. 26 a 29 da Lei 8.038/90.

### 3 HISTÓRICO DO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) A RESPEITO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do judiciário brasileiro e guardião precípua da Constituição Federal, enveredou-se, talvez, pela mais complicada das questões dos últimos tempos, justamente a execução antecipada da pena, qual seja a autorização da prisão após condenação pelos tribunais colegiados de 2ª instância. Assim, se descortina um perigoso precedente jurídico com base nesta decisão da Corte em 2016, não apenas por tal entendimento se consubstanciar, até então, numa decisão provisória, mas também pelas graves lesões aos bens tutelados do indivíduo como a honra e principalmente a vida.

O momento em que tal discussão é trazida à baila é o mais intranquilo possível, uma vez que a segurança jurídica no Brasil vem sofrendo perigosos revezes, numa intensidade cadencial extrema, levando-se ao questionamento se, as Cortes majoritárias brasileiras estariam se subjugando a instâncias inferiores, em interesses meramente políticos e em comprazimento a falsos anseios populares de justiça.

A supradita mudança de entendimento se deu com o julgamento do habeas corpus de nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, apreciação ocorrida à data de 17 de fevereiro de 2016. Na data em comento, foi discutida a legitimidade de um ato do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao negar provimento a um recurso exclusivo da defesa, determinou o início imediato da execução antecipada da pena.

Convém ressaltar aqui, que em apenas três situações, o atual Código de Processo Penal brasileiro condiciona a validade da decisão judicial ao reexame da matéria por órgão de hierarquia superior e tais decisões tem em comum a pretensão de alcançar decisões contrárias aos interesses das funções acusatórias e/ou persecutórias, são elas<sup>48</sup>: a decisão de concessão de habeas corpus, a decisão absolutória e de arquivamento de inquérito por crimes previstos na lei de crimes contra a economia popular, qual seja a de nº 1.521/51 no seu art. 7º e, da decisão de conceder a reabilitação com base no art.746 do Código de Processo Penal<sup>49</sup>.

Após a interposição do respectivo remédio constitucional à Suprema Corte, esta, por julgamento em plenário, com maioria de 07 votos a 04, mudou o seu

---

<sup>48</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2018, p.967.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 968

entendimento anteriormente adotado, afirmando a possibilidade do encarceramento após condenação em segunda instância.

Analisando as etapas da votação, verifica-se que o relator do processo, o falecido ministro Teori Zavascki, posicionou-se pela mudança da jurisprudência no que foi seguido pelos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Neste momento, foi aberta uma divergência pela ministra Rosa Weber alegando despreparo para emitir seu voto naquela ocasião, para ela um momento sumariamente delicado de mudança de jurisprudência.

Na sequência, os ministros Luis Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes também acompanharam o voto do relator, cada qual com suas colocações. A segunda divergência se daria pelo voto do ministro Marco Aurélio Mello, que reiterou o consagrado no texto constitucional no qual a sentença condenatória somente poderia ser executada após o trânsito em julgado desta<sup>50</sup>. O voto deste ministro foi envolto em lamentações pela decisão que se descortinava no plenário da Corte, *in verbis*: “Não vejo uma tarde feliz em termos jurisdicionais na vida deste Tribunal, na vida do Supremo”<sup>51</sup>.

A hesitação do ministro Marco Aurélio pode ter se pautado no fato de que tal mudança de entendimento retiraria da Carta Magna o atributo de cidadã, ao passo que acompanharam a sua visão, por sua vez, os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, finalizando, assim, o placar.

Contudo, é possível sublinhar que a mudança de entendimento da Corte não tenha se dado em caráter de inteira surpresa, uma vez que alguns de seus ministros já acenavam para a mudança de paradigma. O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, já salientara num artigo seu publicado no livro<sup>52</sup> em homenagem aos 25 anos de investidura do ministro Marco Aurélio ao STF, em julho de 2015, que tal transmutação poderia ocorrer, ainda que não pudesse prever o momento específico. De acordo com as palavras do ministro no supradito artigo, *in verbis*: “Se vier a julgar

---

<sup>50</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção e qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. Inciso LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. 38. ed. São Paulo: Atlas, p. 5 e 15.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 126.292**, do Plenário. Criminal. Tribunal de 2º Grau de Jurisdição. Transação. Sentença Penal Condenatória. Execução Provisória. Possibilidade. Relator Min. Teori Zavascki, DJe de 17 fev. 2016, p.14. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 11 nov. 2018.

<sup>52</sup> MELLO, Marco Aurélio. **Ciência e consciência: 25 anos de STF**. São Paulo: Migalhas, 2015.



novamente a questão, a Corte terá que enfrentar, com a devida consideração e respeito, seu próprio precedente, solidificado a partir da posição firme do ministro Marco Aurélio”<sup>53</sup>.

O questionamento feito por Gilmar Mendes na contribuição para a obra em comento era se o colega da Corte, o ministro Marco Aurélio, manteria o seu posicionamento anterior à mudança de jurisprudência, *in verbis*: “Em seus 25 anos como Ministro do Supremo Tribunal, Sua Excelência demonstrou em várias oportunidades humildade para ‘evoluir’ em seus posicionamentos, provando não ser ‘um juiz turrão’”<sup>54</sup>.

Tal questionamento acabou por não se confirmar, uma vez que o ministro Marco Aurélio manteve seu entendimento garantista, ainda que contrariado pelos rumos que a votação havia tomado. E ainda tomando como base o artigo publicado por Gilmar Mendes na obra em homenagem ao colega da Corte, é possível vislumbrar uma pista de qual seria o seu posicionamento quando a questão da execução antecipada da pena fosse discutida, *in verbis*:

Seja porque a presunção de inocência é um direito com âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária; seja porque a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias, tenho que o entendimento do STF merece ser revisitado<sup>55</sup>.

Cabe enfatizar, ainda, que colaborou para o atual entendimento do STF pela execução antecipada da pena, a proposta de emenda à constituição nº 15 de 2011<sup>56</sup>, a chamada PEC dos recursos<sup>57</sup>, apresentada pelo ministro Cezar Peluso. Nesta mesma época, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) se insurgiu contra a proposta, através de ofício dirigido ao Ministério da Justiça, por considerar o

<sup>53</sup> MENDES, apud MELLO, 2015, p.33-48.

<sup>54</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>55</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Proposta de Emenda Constitucional nº 15**, de 2011. Objetivava reduzir o número de recursos interpostos ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), garantido, assim, maior efetividade às prisões de segunda instância. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

<sup>57</sup> Ementa: Altera o art. 102 da Constituição Federal para incluir a ação rescisória extraordinária dentre os processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal; estabelece as hipóteses de cabimento da ação rescisória extraordinária; determina que, na ação rescisória extraordinária, o autor demonstre a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros; modifica o art. 105 da Constituição Federal para incluir a ação rescisória especial dentre os processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça; especifica os casos de ajuizamento da ação rescisória especial; remete à legislação ordinária o estabelecimento dos casos de inadmissibilidade da ação rescisória especial.

instrumento lesivo ao direito da ampla defesa, o que obstaría o acesso do cidadão a todas as instâncias recursais disponíveis, ou seja, aos diferentes graus de jurisdição.

Inclusive, a referida PEC fora citada durante o voto do ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 126.292, quando se lembrou do insucesso daquela no Legislativo, o que, na visão negativa do ministro, não impediria que fosse utilizada como parâmetro naquele presente momento pelo Judiciário. Na ocasião, segundo palavras do próprio Marco Aurélio, *in verbis*: “Vamos proclamar que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque antes do trânsito em julgado da decisão condenatória é possível colocar o réu no xilindró”<sup>58</sup>.

Para análise da evolução do entendimento da Suprema Corte brasileira no tocante à prisão em segunda instância, é bom frisar que à época da propositura desta emenda constitucional no ano de 2011, outros instrumentos processuais estavam em fase de implementação, como a questão da repercussão geral<sup>59</sup>, por exemplo. Isso pode explicar a postura da Corte em vir adotando certa cautela quanto ao acolhimento da execução antecipada da pena, mas que em 2016 resolveu por em prática.

O caso específico que ensejou a interposição do *habeas corpus* 126.292 à Suprema Corte trata da condenação de um homem, ajudante geral, à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado pela prática do crime

---

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 126.292**, do Plenário. Criminal. Tribunal de 2º Grau de Jurisdição. Transação. Sentença Penal Condenatória. Execução Provisória. Possibilidade. Relator Min. Teori Zavascki, DJe de 17 fev. 2016, p.14. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 11 nov. 2018.

<sup>59</sup> Requisito de admissibilidade do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil. Foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45 de 2004, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. A repercussão geral não é somente mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Para ser admitido o RE, é necessário que o recurso acolha uma das seguintes questões: contrariar dispositivo da Constituição brasileira, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, julgar válida lei local contestada em face de lei federal, e ainda e obrigatoriamente, necessitar que haja repercussão geral demonstrada como preliminar formal, de acordo com o art. 1035, do Novo Código de Processo Civil de 2015. O legislador brasileiro não conceituou o que seria a expressão “repercussão geral”, mas demonstrou no art. 1035 do NCPC que “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, aquelas que transcendam os interesses subjetivos da causa”, ou seja, a questão suscitada não pode ser benéfica somente para o caso concreto proposto, mas para todo o interesse da coletividade.

de roubo qualificado<sup>60</sup>. Consubstanciado no direito de recorrer em liberdade, o réu, através da sua defesa, interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, o qual foi denegado, com a imediata expedição do mandado de prisão. No HC interposto ao Supremo, a defesa alegou que o Tribunal houvera decretado a prisão sem qualquer motivação, configurando-se constrangimento ilegal, tendo em vista que a sentença de primeiro grau permitira que o réu recorresse em liberdade.

Ademais, em fevereiro de 2016, o ministro Teori Zavascki deferiu liminar suspendendo a prisão preventiva decretada pela segunda instância. Em seu entendimento, Zavascki aludiu à decisão proferida em plenário da Corte no HC 84078, julgado em 2009 e na época de relatoria do hoje aposentado ministro Eros Grau, e baseado naquele, decidiu que a prisão antes do trânsito em julgado somente se daria a título cautelar, em respeito aos pressupostos ditados no art. 312 do Código de Processo Penal<sup>61</sup>. Na visão do ministro Teori Zavascki, o Tribunal de Justiça de São Paulo fundamentou a sua decisão adotando elementos da execução da pena propriamente dita, e não com fulcro no aspecto cautelar inerente à prisão preventiva.

O instituto da prisão preventiva requer decretação por requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente, e agora também pela representação dada pela autoridade policial, segundo a nova redação dada ao art. 311 do CPP pelo advento da Lei 12.403/2011<sup>62</sup>. É importante estabelecer, aqui, esclarecimentos a respeito da desta prisão cautelar, haja vista que ela vem sendo confundida com a execução da pena propriamente dita, o que é muito diferente. Não obstante, uma

---

<sup>60</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Pena: reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 2º. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: Inciso I. Revogado. Inciso II. Se há o concurso de duas ou mais pessoas. Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 27 nov. 2018.

<sup>61</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em 27 nov. 2018.

<sup>62</sup> MENDONÇA. Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 224. Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011, que afirma que haverá duas prisões preventivas, a autônoma, que poderá ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar anterior, e a chamada de subsidiária, esta, por sua vez, decretada em razão de descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta.

das finalidades da prisão preventiva seja garantir a execução da pena e assegurar a boa prova processual, ela não é infinda, como bem definiu a supradita lei de 2011, a qual definiu critérios de proporcionalidade, procurando orientar que se evitasse prisões preventivas por crimes médios e/ou menos graves. Nas palavras de Andrey Borges de Mendonça:

Com o intuito de aperfeiçoá-la, a Lei 12.403/2011 alterou diversos dispositivos, conforme veremos, especialmente com o intuito de adequá-la ao princípio da proporcionalidade, evitando-se a decretação da prisão preventiva em crimes de média e baixa gravidade<sup>63</sup>.

É pertinente esta breve abordagem a respeito do instituto da prisão preventiva, inclusive com a alteração dos dispositivos do CPP, dada pela Lei 12.403/2011, uma vez que não é incomum ela ser confundida e mais gravemente, ser substituída pela pena advinda da sentença penal condenatória, pois o réu, principalmente o encarcerado, tem o direito público de ser julgado dentro de um prazo razoável, sob pena de caracterização de constrangimento da sua dignidade. A decisão competente, então, ao poder público em não permitir a violação desta mesma dignidade, pois se não há condições de estabelecer um julgamento em tempo hábil ou aceitável, não justificar-se-á também a manutenção da prisão do indivíduo, pois não há culpa formada e por lesar a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, e mesmo aberto este parêntese, entendeu a Suprema Corte que a possibilidade de início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não lesa o princípio constitucional da presunção da inocência, indicando tal decisão uma mudança de entendimento da própria Corte que, desde 2009, justamente no julgamento do HC 84.078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação.

### 3.1 O *HABEAS CORPUS* Nº 84.708 JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2009

O remédio constitucional em epígrafe<sup>64</sup>, interposto à Suprema Corte brasileira e julgado à data de 05 de fevereiro de 2009, até então marcava o entendimento daquela pelo aguardo em liberdade dos recursos interpostos pelo réu aos tribunais

<sup>63</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 84.078, do Tribunal Pleno**. Criminal. Tribunal do Júri. Transação. Inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena. Dignidade da pessoa humana. Relator Min. Eros Grau, DJe, nº35, de 5 fev. 2009, p.1048-1050. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 18 set. 2018.

superiores brasileiros. O habeas corpus fora interposto ao STF por intermédio da defesa do réu Omar Coelho Vítor, condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos, em Minas Gerais, pelo crime de tentativa de homicídio duplamente qualificado, à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão em regime inicialmente fechado.

O caso que obteve repercussão à época, uma vez que, antes da interposição de recurso especial ao STJ pela defesa do réu, o Ministério Público de Minas Gerais já havia solicitado ao Tribunal de Justiça daquele estado a decretação da prisão do réu, pelo fato de haver fundadas suspeitas pairando sobre aquele, o qual havia colocado seu patrimônio à venda e com isso, planejava provavelmente uma fuga. Foi este o motivo da interposição do habeas corpus de nº 84.708 ao STF, justamente evitar a execução antecipada da pena ao réu<sup>65</sup>.

O processo foi trazido novamente a julgamento pelo ministro Menezes Direito, uma vez que este pediu vistas no ano anterior (2008), ocasião em que o então ministro Eros Grau, já havia dado o seu veredito pela concessão do HC. A entrada do processo convém lembrar, ocorrera em março de 2004, quando o também então ministro Nelson Jobim, negou e logo após concedeu liminar, uma vez que convencido estava de que a venda do patrimônio do réu fora uma iniciativa deste para mudar de ramo empresarial e não com o intuito de fuga. O caso estava nas mãos da Segunda Turma da Corte, que decidiu enviá-lo ao plenário, quando houve o supradito pedido de vistas<sup>66</sup>.

Foi um julgamento demorado e com muitas discussões acerca do tema. Os ministros Eros Grau, relator, acompanhado dos ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto votaram pela concessão do HC. Por sua vez, os ministros Menezes Direito, Ellen Gracie, Carmem Lúcia e Joaquim Barbosa o negaram, sendo obviamente vencidos.

Imperou, assim, a decisão de que a prisão do réu Omar Coelho Vítor, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, contrariava o disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. No entanto, dois dos ministros da Corte, quais sejam Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que a discussão da

---

<sup>65</sup> LARA. Frederico Gomes. **Incompatibilidade da execução provisória da sentença penal:** uma análise do HC 126.292 de acordo com o modelo constitucional de processo. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano 21, n.169, fev.2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=20246&revista\\_caderno=22](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20246&revista_caderno=22)>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>66</sup> LARA. Frederico Gomes, loc. cit.

matéria probatória se encerrava nas instâncias ordinárias e que os recursos remetidos ao STJ e STF não se coadunam do chamado efeito suspensivo. Foi sustentado também que o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, não assegurava plenamente o direito de se recorrer em liberdade, principalmente as terceira e quarta instâncias judiciais, além do que, em contundente tom crítico, foi dito que nenhum outro país do mundo possui tantas instâncias recursais quanto no Brasil, uma vez que nações como Estados Unidos, França e Canadá, já admitem cumprimento da sentença após condenação em 2º grau.

Porém, tais comentários não prevaleceram, mesmo por que não seriam viáveis no sistema normativo brasileiro, opinião sustentada pelo ministro Celso de Mello, o qual ressaltou, no entanto, que a medida cautelar de prisão, qual seja a preventiva, encontra espaço quando preenchidos os requisitos dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal<sup>67</sup>.

O julgamento foi também marcado por muitas críticas engendradas ao sistema penal brasileiro e uma das mais fortes delas foi no sentido que a longa demora no julgamento dos recursos especiais e extraordinários, não permitem o cumprimento efetivo da lei, e também no sentido de que no processo penal o réu dispunha de recursos de impugnação dos quais não disporia no processo civil brasileiro. Uma forte crítica ao garantismo penal<sup>68</sup>. Infere-se, aqui, que já em 2009 a questão da execução antecipada da pena já instaurava debates calorosos e polêmicos na Suprema Corte, não sendo inconveniente lembrar que aquela é guardiã precípua do texto constitucional e devendo por isso zelá-lo a qualquer custo.

### 3.2 A INTERPRETAÇÃO DO STF ACERCA DO ART. 5º, INCISO LVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É preciso esclarecer que o que se pretende com o presente trabalho não é questionar o mérito das decisões das Cortes Majoritárias, sobretudo o STF, mas tão

---

<sup>67</sup> Como explana o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011.

<sup>68</sup> Teoria desenvolvida por Luigi Ferrajoli, que tem como objetivo limitar o poder punitivo estatal, reduzindo-o ao mínimo necessário, protegendo assim, a liberdade do cidadão, com fundamentação no pensamento iluminista.

somente analisar se a função de guarda precípua da Carta Magna está sendo cumprida, principalmente no que tange à salvaguarda do art. 5º, inciso LVII, do supradito texto constitucional.

Previsto para ser o guardião da Constituição Federal e o cume hierárquico do Poder Judiciário<sup>69</sup>, o Supremo Tribunal Federal deixou de ser uma instância onde se valha da prática do Direito, para se transformar numa roleta de interesses, onde o que importa é ganhar e não interpretar e aplicar corretamente as leis. Sem o mínimo pudor, juízes da Suprema Corte operam os mais variados estratagemas para conseguir que as causas sob sua competência tenham o resultado que almejam.

Assim, o que se vislumbra no STF não são as partes, compreensivelmente interessadas em determinado desfecho de determinado caso, e sim os próprios ministros, cujos cargos exigem isenção e imparcialidade, a serem os jogadores desse intrincado tabuleiro. Isso foi vislumbrado com bastante frequência no ano de 2018.

Nos últimos meses, as dúvidas passaram a permear os passos dos ministros da Corte, não se sabendo ao certo e com segurança o que pode e o que não pode ser apreciado no Supremo. Os processos vêm tramitando num clima de forte insegurança jurídica, bastando lembrar que, recentemente, três ministros converteram uma reclamação em *habeas corpus*<sup>70</sup> de ofício e concederam liberdade à condenados em segunda instância (o qual cumpria antecipadamente a pena), numa clara oposição à jurisprudência do próprio plenário. Ademais, um dos ministros, relator de uma força-tarefa investigativa, despacha um recurso da defesa de um réu para o plenário da Corte, ao passo que a defesa daquele desejava que o caso fosse resolvido numa das Turmas, no caso a Segunda.

É importante reiterar aqui a pertinência da análise de determinados entendimentos da Corte, se se quer com isso, entender a interpretação desta diante

---

<sup>69</sup> De acordo com o art. 101 da Constituição de 1988, a composição do STF se dá por 11 Ministros, todos brasileiros natos, disposição acostada ao art. 12, parágrafo 3º, inciso IV, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. São nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

<sup>70</sup> Tratou-se de julgamento improcedente das Reclamações nº 30008 e 30245, ocorrido à data de 21 de agosto de 2018, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual concedeu *habeas corpus* de ofício para suspender o início da execução das penas impostas ao ex-assessor do Partido Progressista (PP) João Cláudio Genu e ao ex-ministro da Casa Civil José Dirceu de Oliveira, por condenações confirmadas em segunda instância no âmbito da força tarefa investigativa denominada “Operação Lava-Jato”. A decisão vale até que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analise os recursos das defesas dos respectivos condenados.

de uma cláusula pétrea constitucional, característica que reveste o art. 5º, inciso LVII da CF, consagrando justamente a presunção da inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, acerca das recentes jurisprudências da Corte, o assunto tem enorme relevância, uma vez que não cabe às partes, e tampouco a um juiz, escolher arbitrariamente qual é a instância judicial competente para o feito, de acordo com as suas conveniências.

Nas palavras de Maurício Zanoide de Moraes:

Compete ao Estado, portanto, conformar toda a ordem jurídica (privada e pública; civil e penal; administrativa e processual; etc.), em todas as suas fases (elaboração, aplicação e interpretação), e promover as transformações fáticas (p.ex., pelo aumento e melhor preparação dos órgãos persecutórios e de Defensoria Pública, além de Tribunais e órgãos auxiliares) necessárias para criar estrutura apta à mais completa efetivação dos direitos fundamentais. Dentre as várias espécies de direitos fundamentais, a presunção de inocência – como direito daquela natureza, destinado precipuamente a processo penal – integra os direitos que guardam uma maior e estreita relação de dependência com a necessidade de estruturação organizacional e procedimental eficiente<sup>71</sup>.

Assim, a presunção da inocência é um direito que necessita da mais ampla e segura prestação estatal, tanto no que se refere ao respeito pela organização dos entes públicos relacionados, no tocante à persecução e julgamento criminais, como também à normatização de procedimentos condizentes à sua realização.

Pelo entendimento atual do Supremo Tribunal Federal (a já mencionada decisão firmada em outubro de 2016), pode ocorrer a prisão após esgotados todos os recursos do tribunal colegiado de 2º grau, sendo que, desde que foi sumulada a decisão, várias decisões dos Ministros tem sido conforme a matéria decidida. Entretanto, nem todos os magistrados da Suprema Corte comungam do mesmo pensamento e vêm decidindo contrariamente ao pensamento da maioria, mitigando a matéria. Desta forma, como o placar da decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292 foi apertado, majoritariamente por 06 votos a 05, há Ministros com pensamentos totalmente opostos ao que foi decidido na supradita apreciação, abrindo margem para que a discussão sobre a prisão em segunda instância seja novamente colocada em pauta.

O entendimento dos Ministros que votaram a favor da prisão após decisão em 2º grau, afirma como base de suas decisões, a razoável duração do processo, o evitamento da impunidade, a efetividade da justiça, dentre outros fatores. Inclusive,

<sup>71</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 336.



a então Presidente do STF, Ministra Carmen Lúcia, afirmou em 2016 que a comunidade quer uma resposta e obtê-la rapidamente, e isso somente seria possível com a duração razoável do processo e recentemente também declarou que voltar a discutir o caso seria como abrir uma brecha, que reduziria ou apequenaria a Suprema Corte<sup>72</sup>.

Assim sendo, o que se vislumbra diante dos fatos é que os caminhos parecem que estão sendo trilhados mais por causa de pressões externas ao STF e dos próprios Ministros que querem rediscutir a matéria, do que pela segurança jurídica propriamente dita.

No que tange, então, à rediscussão da matéria, há Ministros que não querem que a prisão seja concedida já após a decisão em segunda instância<sup>73</sup>, alegando entre outros motivos, que a última instância de análise seria o Superior Tribunal de Justiça (STJ), uma vez que possíveis abusos ainda poderiam ocorrer nas esferas jurisdicionais inferiores, onde justamente se encontram adstritos os tribunais de segunda instância; ao passo que, a prisão neste respectivo grau de jurisdição se daria somente decisão muito bem fundamentada. O que justamente norteou, a apertada votação ocorrida em 2016, 06 votos a 05, foi o princípio da presunção de inocência, que é um dos mais importantes direitos fundamentais, senão o mais importante, o que levou à uma intensa discussão na Corte.

Ministros como Dias Toffoli e Gilmar Mendes, atualmente, se posicionam contrários à execução antecipada da pena, sendo que na visão destes dois magistrados, a prisão somente pode ocorrer após análise do STJ, pois a Constituição exige a certeza da culpa, que só pode ser concretizada com a decisão em 3º grau e também em respeito aos abusos que podem ser aplicadas ao réu na ação penal, inclusive como uma forma de garantir o instituto da delação premiada<sup>74</sup>, ainda que incompatível com o determinado na CF/88.

---

<sup>72</sup> NETZEL, Mateus; KRUGER, Ana; BARBIÉRI, Luiz Felipe. STF se apequena se revisar prisão em 2ª Instância por Lula, diz Cármen Lúcia. **Poder 360**, Brasília, 30 janeiro 2018. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/justica/stf-se-apequena-se-revisar-prisao-em-2a-instancia-por-lula-diz-carmen-lucia/>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

<sup>73</sup> Ibid, loc. cit.

<sup>74</sup> BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995 e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Este fato em si já corrobora pelo aumento da descredibilidade do órgão de cúpula do Judiciário, pois os Ministros não entram num acordo, querem sempre rediscutir a matéria para o bem deles, com interesses próprios e nunca pensando no bem da sociedade.

Nesta senda, se faz imperioso respeitar, sem exceções, o princípio do juiz natural<sup>75</sup> e aplicar o procedimento legal previsto, no entanto, o atual Supremo não parece muito afeito a essas questões jurídicas, por mais relevantes que elas sejam num Estado Democrático de Direito, pois o rigor técnico tem cada vez menos importância. O que vem, de fato, importando é a perspicácia de antever os movimentos dos outros Ministros e assegurar uma maneira para que posições particulares prevaleçam. É assim que vem se praticando os intrincados “jogos” na Suprema Corte jurídica brasileira.

A vontade soberana do Poder Constituinte Originário que até o ano de 2016 alicerçava o art. 5º, inciso LVII da Carta Magna, e que versa sobre a não prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em conclamação ao igual princípio do Devido Processo Legal, sofreu um impacto inovador quando a Corte entendeu ser possível o encarceramento após condenações advindas de tribunais colegiados de segunda instância. Esse posicionamento, à revelia ao texto da Carta Magna, vilipendia uma garantia tão necessária à sociedade, sendo imperioso, ainda, ressaltar que se trata de uma cláusula pétrea constitucional, não podendo ser mitigada ou sofrer modificações prejudiciais e restritivas<sup>76</sup>.

Com fulcro na obra do constitucionalista Dirley da Cunha Júnior:

Segundo Burdeau, o Poder Constituinte se caracteriza por ser: inicial, autônomo e incondicionado. É inicial, porque nenhum outro poder existe acima dele, nem de fato nem de direito, exprimindo a ideia de direito a prevalecer na comunidade; é autônomo, porque somente ao titular cabe decidir qual será a ideia de Direito a ser implantada e que conformará toda a ordem jurídica do Estado; e é incondicionado, porque não se subordina a qualquer regra de forma ou de fundo<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> É uma garantia prevista na Constituição, no seu art. 5º, nos incisos XXXVII e LIII, a explicar que o princípio do juiz natural se alicerça profundamente na utilização de regras objetivas de competência jurisdicional, prezando, assim, pela garantia da independência e da imparcialidade do órgão julgador. É, então, na forma da lei, o juiz encarregado previamente e com competência para julgar determinada lide, não sendo permitidos abusos de poder por parte daquele. Assim, não será admitida a escolha ou exclusão específica de um magistrado para um determinado caso.

<sup>76</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 60, parágrafo 4º, inciso IV. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais. 38. ed. São Paulo: Atlas, p. 93.

<sup>77</sup> BURDEAU, 1950, p.184-185 apud CUNHA JR, 2018, p. 215.

Assim sendo, se o poder constituinte originário consagrou o princípio da presunção de inocência ou, em outros termos, da presunção de não culpabilidade como sendo uma garantia fundamental, não poderia haver modificação, nem mesmo por um processo de emenda à Constituição.

É possível vislumbrar, aqui, o termo conhecido como mutação constitucional, que é tão somente, nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, “o processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos, significados e conteúdos dantes não contemplados”<sup>78</sup>.

Urge ressaltar que, apesar de a mutação constitucional ser intrínseca a todo Estado Democrático de Direito, visando precipuamente pela adequação do texto constitucional à realidade social, através de um processo informal, e também buscando, continuamente, a evolução do Direito, não parece ser possível associar qualquer beneficência ou evolução advinda da decisão do STF, qual seja a exarada à data de 17/02/16, e sim, um verdadeiro retrocesso, pois tirou o poder de uma cláusula pétrea, assim como abriu um caminho igualmente verdadeiro de insegurança jurídica.

Foi uma mudança de entendimento da Corte que suscitou muita polêmica, chegando a ser classificada como um retumbante erro histórico ou a mais grave mudança já feita no texto constitucional, e segundo muitos constitucionalistas, um posicionamento que precisa ser revisto em caráter de urgência, haja vista o caráter inconstitucional que o macula. A preocupação é que a doutrina jurídica e a jurisprudência anteriores a este entendimento da Corte caíssem no ostracismo e se tornem uma vaga lembrança.

Sem estabelecer nenhum juízo de valores aqui, fica muito difícil dissociar a postura da Suprema Corte brasileira de um viés político, e indo um pouco mais além, até partidário, dado a impossibilidade de vislumbre de qualquer evolução do supradito entendimento de 2016 com o combate à impunidade, ficando a parece uma premissa falsa, uma vez que o réu, condenado na 2ª instância, não estaria em franca liberdade, apenas aguardando a livre interposição dos recursos aos tribunais superiores.

Neste caminho, e em meio às paradigmáticas mudanças de entendimento na Corte, um outro fator vem despertando a atenção por estar se tornando

---

<sup>78</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 432.

habitual, que são justamente as decisões liminares que, sem maiores explicações, se tornam definitivas. Uma curiosa técnica, que numa visão acurada, percebe-se seu emprego quase sempre às vésperas dos períodos de recessos do STF.

Assim, uma decisão monocrática de natureza temporária e sujeita à revisão do colegiado, ganha ares de coisa julgada por um longo período. Trata-se, portanto, de uma perversa inversão, onde o STF, órgão máximo de defesa da democracia e da Constituição, assume uma natureza, por vezes, autoritária, onde a voz provisória de um único ministro torna-se mandamento irrevogável para todo o País.

Somente como efeito de exemplo, recentemente, em junho de 2018, quando faltavam apenas três dias para começar o recesso da Corte, um dos ministros decidiu, cautelarmente, retirar a Companhia Energética do Estado de Alagoas (CEAL) do leilão de privatização de distribuidoras da Eletrobrás<sup>79</sup>. Com a manobra, qualquer revisão da decisão do colegiado só seria possível no mês de agosto, data posterior à prevista para o leilão, qual seja 26 de julho. A partida, ou melhor, o leilão da distribuidora, somente ocorreria por intermédio quase que da sorte, ou do acaso, ficando para o povo o ônus de pagar eventuais prejuízos da distribuidora.

Também, e igualmente como efeito de exemplo, foi uma decisão<sup>80</sup> que não passou despercebida, qual seja a liminar provisória<sup>81</sup> que concedeu auxílio-moradia a todos os juízes e procuradores. Ainda que tal entendimento seja revertido pelo plenário do STF, é impossível que retorne aos cofres públicos todo o

<sup>79</sup> **Medida cautelar na ADIn 5.624.** Foi uma liminar concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, do STF, em 27 de junho de 2018, que diz respeito a uma disputa entre o estado de Alagoas e o governo federal que data de 1998. Em troca da renegociação de suas dívidas com a União, os estados aceitaram privatizar as distribuidoras de energia, contudo o leilão da CEAL fracassou por falta de interessados. A liminar em questão atende a um pedido do estado de Alagoas, que alega ter o direito de receber a soma de 04 bilhões de reais, em valores atualizados e assim sendo, o leilão acarretaria danos irreparáveis ao governo daquele estado, o que agravaria o endividamento.

<sup>80</sup> Decisão dada pelo Ministro Luiz Fux determinando, à data de 15 de setembro de 2014, em decisão liminar (provisória), o pagamento de auxílio-moradia a todos os juízes federais do país, inclusive àqueles que atuam na cidade de origem e que possuem residência própria. O valor deverá ser regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Atualmente, ministros do Supremo recebem cerca de R\$ 4 mil por mês em auxílio-moradia. Posteriormente, a medida foi suspensa pelo Corregedor Nacional de Justiça, João Otávio de Noronha, que determinou a devolução retroativa dos valores recebidos, porém o Ministro do STF Marco Aurélio sustou essa decisão até que o mérito do mandado de segurança, impetrado pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais que defendia do pagamento, fosse julgado.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação originária 1.773**, de 15 de setembro de 2014. Deferimento de tutela antecipada requerida, a fim de que todos os juízes federais brasileiros tenham o direito de receber a parcela de caráter indenizatório prevista no artigo 65, inciso II, da LC nº 35/79, aplicando-se como regra aplicável para a concessão da referida vantagem. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-fux-auxilio-moradia-1773.pdf>. Acesso em 26 nov. 2018.

montante que vem sendo pago a cada mês, desde o segundo semestre de 2014, a título de auxílio-moradia por força de um só dos ministros da Corte. Não precisa nem dizer que foi um alto e definitivo custo aos cofres do país.

Não obstante estes exemplos possam caracterizar fuga ao processo penal, servem para explanar decisões por vezes mitigadas e flexibilizações do STF que acabaram por atingir, sim, o processo penal no que diz respeito às prisões em segunda instância, onde o atual entendimento da Corte não vale para todos os condenados em segunda instância. Como se já não bastasse o reprimido do direito constitucional de percorrer o trâmite legal do processo, em todas as suas etapas, em liberdade, a Suprema Corte não vem prezando pela nobreza da sua função de primor pela Carta Magna, amainando suas decisões por outras convicções que cada vez mais refletem insegurança jurídica.

Com efeito, cabe mencionar que a até então Presidente da supradita Corte, inexplicavelmente (ou nem tanto assim), se recusou a levar ao plenário, o julgamento das chamadas ações diretas de constitucionalidade<sup>82</sup>, que versam justamente sobre a execução antecipada da pena e que dariam um norte definitivo à questão, tão aflitiva não só à Constituição, como aos réus que foram sentenciados em 2ª instância. Assim, estes aguardarão, encarcerados, a interposição dos seus recursos aos tribunais superiores, ficando sujeitos aos incontáveis malefícios do superlotado e exaurido sistema penitenciário brasileiro.

Isto posto, é visível que o STF tem se tornado cada vez menor, em contraponto à temeridade da sua presidente, com sua miríade de decisões que exalam protagonismo, posturas ideológicas e o que mais seja. Assim, fica um tanto difícil reconhecer a autoridade do Supremo e principalmente, o cumprimento do seu papel constitucional de balizar o bom Direito. Já não se vislumbra como antes, um único órgão colegiado, mas tão apenas a performance individual de seus integrantes.

---

<sup>82</sup> Ações diretas de constitucionalidade (ADCs) de números 43 e 44, interpostas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), visando a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram os pleiteantes que o julgamento do *habeas corpus* 126.292, em fevereiro de 2016, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena vem gerando enorme controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, justamente pela ausência de força vinculante, e ainda com a consequência dos tribunais de todo o país estarem adotando idêntico posicionamento, com produção de uma série de decisões deliberativas que ignoram o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal.

Enfim, como já dito anteriormente e reiterado aqui, o objetivo do projeto não é querer orientar os desígnios da Suprema Corte, pois, uma vez que o interesse este fosse, seria uma contradição a tudo o quanto exposto até agora, ou seja, pela defesa da independência absoluta do Poder Judiciário e sobretudo do seu órgão de cúpula que é o Supremo Tribunal Federal. Em verdade, o objetivo do trabalho é uma tentativa de analisar como posicionamentos da Corte podem ser lesivos ao texto constitucional, principalmente quando se trata de direitos e garantias fundamentais.

#### 4 CONSEQUÊNCIAS DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Antes de qualquer análise profunda sobre a legalidade e, até mesmo, de justiça em permitir a prisão após confirmação da culpa em 2º grau é necessária uma rápida compreensão do que são os direitos fundamentais e quais são os seus objetivos na criação e respeito às leis, ao judiciário e a coletividade.

Inicialmente, o art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal de 1988 aduz o que são cláusulas pétreas<sup>83</sup>: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais”.

Sendo assim, as cláusulas pétreas, do latim “*petreus*” e que significa rigidez, dureza, tem a qualidade ou a natureza justamente de uma pedra e que não podem, por isso mesmo, serem alteradas, modificadas e/ou suprimidas, estando sempre presentes em todos os atos do cotidiano e igualmente nos litígios judiciais.

No que tange aos efeitos sofridos pelos réus através da prisão antecipada, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, são incontáveis os casos dos profundos danos causados aos indivíduos pelo encarceramento, quando posteriormente descobre-se injusta a sua condenação, por erros do judiciário. Uma triste realidade que se agrava com o advento da execução antecipada da pena. A pergunta a se fazer é, como compensar os dias de liberdade, a saúde e até mesmo a vida àqueles que passaram a cumprir pena antecipadamente e depois tiveram a sua situação processual revista?

Recentemente, um caso ganhou certa notoriedade na mídia, qual seja o de um homem que contraiu doença sexualmente transmissível, no caso HIV, após sucessivos estupros no cárcere, quando veio à tona a notícia de que sua condenação estaria advinda de erro judiciário<sup>84</sup>.

Trata-se do fato ocorrido com o ex-presidiário Heberon Lima de Oliveira, hoje com aproximadamente 35 anos, que teve parte da juventude cerceada por um erro judiciário do estado do Amazonas, contra o qual requereu indenização pelo dano

<sup>83</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV. Os direitos e garantias. 38. ed. São Paulo: Atlas, p. 93.

<sup>84</sup> AQUINO, Bel; BAYER Diego. Da série Julgamentos Históricos: as mazelas de Héberon Lima, André Biazucc e outros injusticados. **Justificando**. Mentis inquietas pensam direito, [S.l.], 03 dez. 2014. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2014/12/03/da-serie-julgamentos-historicos-mazelas-de-heberon-lima-andre-biazucc-e-outros-injusticados/>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

sofrido. Custodiado em 2003, suspeito de estuprar uma menina de nove anos, ficou três anos encarcerado até que teve a inocência provada. Mas, uma vez no cárcere, convivia em uma cela destinada aos homens imputados por crimes sexuais, onde foi estuprado pelos companheiros do recinto e conseqüentemente contraindo Aids. Ainda que tenha conseguido reaver sua liberdade, o preço a ser pago foi muito alto, o que reflete claramente que a sua libertação chegou de forma cruelmente tardia.

A liberdade de Heberon da Unidade Prisional do Puraquequara, em Manaus, se deu no ano de 2006, salientando que o acusado nunca fora julgado tampouco condenado. O esclarecimento quanto à arbitrariedade da sua prisão se deu quando da visita ao presídio da defensora pública de prenome Ilmair Siqueira. Em conversa com o acusado à época, a defensora acreditou na sua versão dos fatos. A suposta vítima, uma garota de nove anos, fora abusada no bairro Nova Floresta, zona leste da capital amazonense, tendo o pai da vítima acusado Heberon tão somente porque com este havia tido um desentendimento<sup>85</sup>.

Foi, então, expedido mandado de prisão pela delegada, que se baseou unicamente na indicação do pai da vítima, contudo, investigação posterior apontou outro suspeito para o crime e as suas características eram completamente diferentes das de Heberon, sendo este, segundo a defensora pública à frente do caso o primeiro equívoco processual, qual seja o erro cometido pela Polícia Civil.

O segundo foi justamente a morosidade da Justiça para com o julgamento do caso durante os três anos em que o suposto acusado permaneceu no presídio, sendo que a lei determina que a sentença seja dada em até 90 dias<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>86</sup> Atualmente, não se tem uma legislação que disponha de forma clara do quanto pode durar uma instrução criminal com o réu encarcerado, no entanto a espera do agente custodiado não pode se dar perpetuamente. O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos), de 22 de novembro de 1969, menciona vários dispositivos que levam a crer que a intenção do legislador se pauta na celeridade, direito à liberdade, proibição de detenção arbitrária, dentre outros fatores. O art. 7º, item 5 do supradito Pacto enuncia que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade assentida por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. O item 6 desse mesmo artigo, por sua vez, explana que toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que estes decidam, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outrem.



Nas palavras do jurista Guilherme Nucci<sup>87</sup>, a sentença “é a decisão terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito, abordando a questão relativa à pretensão punitiva do Estado, para julgar procedente ou improcedente a imputação”.

O caso ganhou repercussão o suficiente para que outras pessoas se solidarizassem com o drama do ex-presidiário, como o advogado João Batista do Nascimento que voluntariamente montou um grupo chamado “Pela dignidade de Heberson Oliveira”, angariando tratamentos médico e psicológico para o rapaz. Além do que, um relatório foi encaminhado a OEA (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República requerendo atenção ao caso, ao passo que uma ação foi movida pela defensora pública ainda no ano de 2011 pleiteando uma indenização de cerca de R\$ 170 mil, valor que nunca fora pago, porque o Estado considerou alto demais para o caso<sup>88</sup>.

Quando ainda no presídio, Heberson se tornou usuário de drogas e, uma vez fora do cárcere, não conseguia se adequar às atividades laborais, passando a conviver e a ser sustentado pela mãe, através da pensão desta, correspondente à época ao valor de um salário mínimo.

À época, quando da sua soltura, Heberson planejava, ao fim do tratamento para se livrar do vício de entorpecentes, voltar a estudar, ansiando concluir o ensino fundamental, médio e depois ingressar na graduação, no curso de direito. No combate à doença sexualmente transmissível que contraiu na prisão, passou a fazer tratamento pelo Sistema Único de Saúde (SUS), chegando a declarar que apesar da dor, não renunciaria à vida.

Através deste exemplo, é possível considerar que as consequências da prisão pela antecipação da execução da pena são as mesmas, caracterizando um perigo real, violando-se o a garantia da presunção de inocência, imprescindível para a reafirmação do Estado Democrático de Direito, à honra e a vida do sujeito.

---

<sup>87</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 614.

<sup>88</sup> AQUINO, Bel; BAYER Diego. Da série Julgamentos Históricos: as mazelas de Héberson Lima, André Biazucc e outros injustiçados. **Justificando**. Mentis inquietas pensam direito, [S.l.], 03 dez. 2014. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2014/12/03/da-serie-julgamentos-historicos-mazelas-de-heberson-lima-andre-biazucc-e-outros-injustiçados/>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

Entretanto, poder-se-ia pensar, aqui, que estaria havendo uma relativização da punição a crimes pelo Estado frente a delitos cometidos, contudo não é esta a ideia em discussão. É sabido, pois, que na tramitação do procedimento processual penal há um lapso de tempo, dentro do qual seja possível que incorram incidentes ou variações fáticas que possam comprometer o resultado final do processo; assim, no que pese à garantia da instrução criminal e cumprimento da ação penal, alguns pressupostos da decretação da prisão preventiva<sup>89</sup> se fazem necessários ao decurso processual, ou seja, determinadas medidas que devem ser estabelecidas para que o processo não chegue ao seu final se mostrando completamente inútil.

Assim assevera Andrey Borges de Mendonça, *in verbis*:

Quando o legislador estabeleceu as medidas cautelares no processo penal, o fez para a proteção de bens jurídicos relevantes, seja para o processo (intraprocessuais) ou da sociedade (extra ou metaprocessuais). É expressão da própria coerção estatal, estendida, segundo Julio B. Maier, como o uso de seu poder, de acordo com a lei, para restringir certas liberdades ou faculdades das pessoas, com o objetivo de alcançar um fim determinado. As medidas cautelares se encontram dentro deste marco de exercício de coerção estatal<sup>90</sup>.

Então, tais medidas cautelares se consubstanciam em verdadeiros meios de verificação de conflitos e tensões nos objetivos do processo penal. No entanto, se por um lado se busca a necessidade e a efetivação da aplicabilidade do direito penal, como tutor dos bens jurídicos da sociedade, por outro, não deve se excluir a proteção dos direitos e garantias do acusado e aqui já cabe adiantar que, o instituto da prisão preventiva jamais deve ser confundido e até mesmo utilizado como se fosse prisão advinda de sentença ou acórdão penal condenatório.

Ainda nas palavras de Mendonça, *in verbis*:

Realmente, as medidas cautelares privam o sujeito de bens jurídicos relevantes e fundamentais – às vezes, até a própria liberdade –, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória e enquanto ainda não se emitiu um juízo de cognição profundo sobre a sua culpabilidade. Justamente por isto, há sempre um potencial risco de se privar direitos ou a liberdade de um inocente [...] De qualquer sorte, a prisão cautelar muitas vezes é fundamental para a própria eficiência do processo penal e, em

<sup>89</sup> Prisão de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, desde que preenchidos os requisitos legais e também na ocorrência dos motivos autorizadores. É uma medida excepcional, imposta somente em último caso, conforme previsto no artigo 282, § 6º do CPP. Tem como requisitos os chamados *fumus commissi delicti* (fumaça da prática do delito), que é a soma da prova da materialidade do crime e dos indícios suficientes de sua autoria; e o *periculum libertatis*, justamente o perigo de liberdade.

<sup>90</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 24.

última análise, da proteção de bens jurídicos estampados no próprio texto constitucional, seja da sociedade, seja de indivíduos concretos. No entanto, haverá sempre a busca da compatibilização de dois interesses contraditórios: o da necessidade da prisão e o da liberdade<sup>91</sup>.

Assim, como a questão esbarra num discurso contraditório, é preciso diferenciar que não se tratam dos mesmos tipos de prisões, quais sejam a preventiva e a advinda da sentença penal condenatória. A primeira é utilizada como instrumento do magistrado, seja num um inquérito policial ou já na ação penal propriamente dita, sendo dessa forma um instrumento processual, inclusive podendo ocorrer antes da condenação do réu na ação penal ou quando da decretação pelo juiz<sup>92</sup>.

Em ambos os casos, a preventiva deve seguir os requisitos legais para ser aplicada, os quais estão regulamentados pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam a garantia da ordem pública e da ordem econômica, que visam impedir o réu, que uma vez solto, continue na prática delituosa contra essas ordens, lesando a sociedade; a conveniência da instrução criminal, como obstar que o réu aja de forma a atrapalhar o processo ou a investigação, em franca ameaça a testemunhas e destruição de provas e por fim, a asseguuração da aplicação da lei penal, requisito este que mais tem a ver com o próprio nome da prisão, pois é a prevenção contra a fuga do réu, o que, se ocorresse, impossibilitaria a aplicabilidade da Justiça pela sentença que lhe foi dada<sup>93</sup>.

A sentença penal condenatória, por sua vez, é o ato do juiz por meio do qual se impinge uma sanção penal ao sujeito ativo de uma infração. Como afirma o jurista Enrico Tullio Liebman, a sentença transforma o preceito sancionador da norma penal incriminadora do abstrato para o concreto<sup>94</sup>. Os seus efeitos são justamente aquilo que advém da condenação, ou seja, todas as consequências advindas de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

A condenação penal irrecorrível produz efeitos principais e secundários, os primeiros se pautam na imposição das penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), restritivas de direitos, pecuniárias e as eventuais medidas de segurança. O CPP, no seu art. 387, determina que ao juiz compete,

---

<sup>91</sup> Ibid., p.25.

<sup>92</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 646.

<sup>93</sup> Ibid., p.647-654.

<sup>94</sup> LIEBMAN, 1946, p. 39.84, apud JESUS, 2015, p. 683.

quando da prolação da sentença condenatória, impor as penas, fixando-lhes a quantidade e, se for caso, a medida de segurança pertinente. Então, infere-se que apenas da sentença são gerados os efeitos da condenação, o que deixa de ocorrer se aquela for absolutória<sup>95</sup>.

A condenação produz também efeitos secundários tais quais os de natureza penal e extrapenal. Como os de natureza penal, pode-se citar o pressuposto da reincidência caso o condenado venha a incidir em outra prática delitativa, dentro do prazo estipulado no art. 64, I do Código Penal<sup>96</sup>, ao passo que nos efeitos extrapenais podem-se elencar os de natureza civil e administrativa. De natureza civil, dentre outros exemplos, é possível expor a obrigação de reparação do dano resultante do crime, disposição esta acostada no art. 91 do supradito código ou ainda, a incapacidade para o exercício do poder familiar, curatelas e tutelas, também no mesmo código, no seu art. 92, II; de natureza administrativa, um bom exemplo, é a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, ditame consagrado também no aludido artigo, por sua vez no inciso I<sup>97</sup>.

Contudo, não se procura nesta parte do trabalho, se deter muito na diferenciação dos tipos de prisão, ainda que tal comparativo seja considerável, uma vez que o objetivo elementar é discutir se a prisão advinda da execução antecipada da pena, pelos tribunais colegiados de segunda instância, poderia se submeter aos requisitos da prisão preventiva.

Com base no instituto da prisão preventiva, é preciso se levar em conta a seriedade do juízo e verificar se este se encontra calcado às provas existentes nos autos, assim, a decretação da preventiva deverá conter qualidade de fundamentação e igual qualidade quanto ao caráter cautelar desta prisão, ficando o magistrado, por sua vez, com o papel de demonstrar, com base nas provas colhidas, a possibilidade de se valer do *periculum libertatis*, ou seja, o perigo de se pôr alguém em liberdade. Contudo, no que tange ao risco para a ordem pública, há de se convir que se trata de uma cláusula genérica, cujo conteúdo é vago e impreciso e

---

<sup>95</sup> BITTENCOUR, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 310.

<sup>96</sup> BRASIL. **Código Penal**. Art. 64, I. Para efeito de reincidência. I. Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Redação dada pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984.

<sup>97</sup> BITTENCOURT, op. cit., p.311-312.

justamente por conta desta vagueza, muito dependerá a prisão de um entendimento particular do juiz. Não há como se prever com uma certeza cartesiana que o agente uma vez posto em liberdade, praticará conduta lesiva à sociedade e pondo-a em potencial risco, pois tal certeza se reveste de uma indeterminação muito grande<sup>98</sup>.

Justamente por conta do caráter impreciso, a decretação da preventiva em salvaguarda à sociedade talvez seja um argumento carente de efetiva comprovação, pois não seria possível a sua refutação, gerando, assim, a inconstitucionalidade da questão. Nesse viés interpretativo, ficaria inverossímil estabelecer o contraditório diante de um risco futuro, que ainda não aconteceu e talvez não venha a acontecer, gerando um claro cenário de indeterminação<sup>99</sup>.

Ao que parece, o advento da execução antecipada da pena, além da pretensa justificativa de valoração do poder do Estado contra a impunidade, vem se valendo dos requisitos atinentes à prisão preventiva, uma vez que ambas não são a *ultima ratio* processual, mas são aplicadas como se assim o fossem. É justamente este o motivo que viola a excepcionalidade das prisões cautelares, uma vez que estas vêm ocorrendo com bastante frequência<sup>100</sup>.

Faz-se necessário, então, que sejam observadas as cautelares diversas previstas nos artigos 319 e 320 do CPP e cujo rol é taxativo, sendo que a preventiva somente poderia ser aplicada quando a substituição por estas cautelares não se tornar cabível. Ademais, convém salientar que medidas proibitivas como contato e aproximação com testemunhas, proibição de se afastar da comarca, comparecimento periódico em juízo, monitoramento eletrônico e recolhimento noturno, acabam justamente por afastar o *periculum libertatis*, não se configurando

---

<sup>98</sup> LOPES JR., Aury. Prisão preventiva está para além de gostarmos ou não de Eduardo Cunha. **Revista Consultor Jurídico**, 28 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-28/limite-penal-prisao-preventiva-alem-gostarmos-ou-nao-eduardo-cunha>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

<sup>99</sup> LOPES JR., loc. cit.

<sup>100</sup> Segundo os últimos dados disponibilizados pelo InfoPen (Levantamento de Informações Penitenciárias) do Ministério da Justiça, em junho de 2013, o Brasil contava com mais de 581 mil pessoas privadas de liberdade, sendo que 41% delas estavam em prisão provisória. É a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. O déficit de vagas supera 230 mil. Este mesmo levantamento mostrou, ainda, o número e percentual de presos sem condenação no sistema prisional, por unidade da Federação, revelando que a porcentagem de presos que aguardam a mais de 90 dias suas sentenças chegam a 35% no estado do Pará, 41% no estado da Paraíba, 42% no Ceará, 44% no Amazonas e Amapá, e aos incríveis 87% no Estado do Espírito Santo. No estado de São Paulo, o percentual é de 31%. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69388/o-uso-abusivo-da-prisao-preventiva>. Acesso em: 22 de nov. de 2018.

cenário imprescindível para a decretação da cautelar preventiva, o que, no entanto, não ocorre, prevalecendo a prática autoritária para prender, prática esta por vezes não pautada num fundamento concreto.

Surge a especulação de que tal prática se insurreina para forçar, entre outras situações, as chamadas delações<sup>101</sup>, verdadeiros constrangimentos situacionais, para não dizer torturas, configurando intensa negociação do processo penal por assim dizer e pelo que se pode observar recentemente, essa chancela processual não se submete às regras e sim à espetacularização, com as prisões se tornando grandes performances midiáticas, conforme a conveniência do público e por que não de interesses políticos.

Em consonância com o tema, Aury Lopez Jr., explana que:

Ainda que a decisão invoque – cosmeticamente – que se trata de um juízo em sede de cognição sumária, a realidade é que existe ampla (e indevida) incursão no mérito. É evidente o prejuízo decorrente do pré-juízo [...] É inadmissível que um juiz tenha intensa atuação na fase pré-processual (inclusive decretando prisão preventiva, busca e apreensão, interceptação telefônica etc.) e depois, no processo, vá julgar<sup>102</sup>.

Nesse mesmo diapasão, não parece razoável e seguro que o encarceramento consequente da condenação em segunda instância seja submetido aos requisitos da prisão preventiva. Não obstante já haja forte insegurança jurídica nas decisões que primam pelo cárcere no segundo grau, justamente pela lesão ao texto pátrio, o mesmo cenário inseguro ronda a jurisdição que permeia a medida cautelar preventiva, a qual é baseada apenas em probabilidades e verossimilhança.

Uma vez que o Processo Penal não seja uma mera valoração de simpatias ou antipatias, ou ainda rompantes de moralidade, é preciso entender que aquele é um ritual de exercício de poder e sendo poder, precisa estar submetido à certas condições, quais sejam, no caso, à estrita observância da principiologia cautelar e às regras que alicerçam a prisão preventiva. Se a prisão advinda da execução

---

<sup>101</sup> Em episódio recente ocorrido à 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, determinado juiz concedeu benefícios a delator sem ter homologado acordo, configurando caso de delação não formalizada. Tratou-se da extensão dos efeitos de acordos de delação premiada ao empresário Luiz Antônio Vedoin, tendo o magistrado lhe concedido o perdão judicial pela ajuda no esclarecimento do esquema de desvio de recursos públicos por meio da negociação de emendas individuais ao Orçamento Geral da União.

<sup>102</sup> LOPES JR., Aury. Prisão preventiva está para além de gostarmos ou não de Eduardo Cunha. **Revista Consultor Jurídico**, 28 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-28/limite-penal-prisao-preventiva-alem-gostarmos-ou-nao-eduardo-cunha>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

antecipada da pena, sem o trânsito em julgado, se moldar aos requisitos da preventiva, seria algo como majorar o problema, aumentando o terreno da insegurança jurídica. A crítica, aqui, não desmerece o instituto cautelar da prisão e sim para que o mesmo observe os ditames processuais penais, crítica esta que se estende à prisão em segunda instância, pelo igual desrespeito não só ao Código de Processo Penal, como também à Constituição Federal.

Pensar numa relativização de direitos fundamentais pela simples razão de se dar uma resposta à sociedade diante de uma suposta impunidade é, no mínimo, fechar os olhos para uma realidade de exclusão perpetrada pelo sistema de justiça criminal. Porém, e tristemente, isso é o que pouco vem importando, uma vez que se evidencia que a intenção do Poder Judiciário é dar cumprimento, a qualquer custo, às suas decisões, servindo como verdadeiro braço punitivista do Estado.

Aqui é pertinente se abrir um parêntese, pois é curioso notar que o STF, após o advento do acórdão proferido no HC 84.078 e antes da nova redação conferida ao art. 283 do CPP pela Lei 12.403<sup>103</sup>, de 04 de maio de 2011, já havia pacificado a matéria quanto à inconstitucionalidade da execução antecipada da pena e uma vez na prolação do supradito acórdão, nas palavras do então relator Ministro Eros Grau, no item 8, teve-se que, *in verbis*:

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<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> BRASIL. **Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera os 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. No art. 1º da Lei 12.403, há disposição de que o art. 283 do CPP passaria a vigorar com nova redação, qual seja: 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. § 1º. As medidas cautelares previstas neste título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. § 2º. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. 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)>. Acesso em: 04 dez. 2018.

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 84.078**, do Tribunal Pleno. Criminal. Tribunal do Júri. Transação. Inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena. Dignidade da pessoa humana. Relator Min. Eros Grau, DJe, nº35, de 5 fev. 2009, p.10481050. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 18 set. 2018.

Configura-se claramente a inconstância dos entendimentos da Suprema Corte, os quais deveriam zelar pela segurança jurídica, mas que vem sofrendo bruscas mudanças, como a que justamente ocorreu contra o acórdão proferido acima, na ocasião do julgamento do HC 126.292, já analisado no presente trabalho, onde em apertada votação de 6 votos contra 5, decidiu-se pela possibilidade de prisão com a decisão condenatória em 2ª instância. Entendeu-se que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da CF<sup>105</sup>.

As argumentações para a questão são de que os recursos extraordinário e especial, recebidos, respectivamente, pelo STF e STJ, somente possuem efeito meramente devolutivo, pois, através de uma visão errônea e tendenciosa, à matéria fática não caberia mais qualquer tipo de impugnação. É mais uma clara violação à Constituição, em atropelo às suas disposições expressas, que não admitem outra interpretação. É como se um fardo enorme fosse colocado sobre os ombros do cidadão que sofre, através de uma persecução criminal, as mazelas e interesses de um Judiciário, que nestes últimos tempos, vem se mostrando, sim, político, ineficiente e moroso, ao passo que, para isso, rasga-se a Constituição, o Código de Processo Penal, além do artigo 105 da Lei de Execuções Penais<sup>106</sup>.

Em verdade, uma forte razão que embasa a execução antecipada da pena em grau de apelação, reside no fato da demonstração à opinião pública de um proativismo e eficiência do judiciário, escondendo, talvez, um forte subterfúgio político na questão. Não se trata aqui de uma mera opinião pessoal, mas de uma visão realista dos fatos como estes vêm acontecendo, vide uma série de absurdos que vem se insurgindo, baseados falsamente na premissa de combate à corrupção.

Os casos mais recentes e graves foram escritórios de advocacia deliberadamente grampeados e Chefe de Estado igualmente ouvido em escutas

---

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 126.292**, do Plenário. Criminal. Tribunal de 2º Grau de Jurisdição. Transação. Sentença Penal Condenatória. Execução Provisória. Possibilidade. Relator Min. Teori Zavascki, DJe de 17 fev. 2016, p.14. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 11 nov. 2018.

<sup>106</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal (LEP). Art. 105 – Transitando em julgado a sentença que aplicar a pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2018.



ilegais, delineando-se, assim, uma clara configuração de estado de exceção. Até mesmo, a própria competência da Suprema Corte brasileira vem sendo usurpada quando se tem por fim determinadas investigações, e não menos preocupante, há igual subjugação do cargo executivo nacional hierarquicamente mais alto, ainda que este goze de foro privilegiado por prerrogativa de função. É pertinente explanar que a magistratura no Brasil deve observar e respeitar os princípios e as regras estabelecidas na Constituição Federal e justamente por isso a classe dos magistrados é regida por um estatuto específico<sup>107</sup>.

Como acertadamente explana o filósofo alemão Jürgen Habermas, o exercício da jurisdição é caracterizado pela tensão entre a segurança jurídica e a busca por decisões acertadas<sup>108</sup>. Enquanto que os juízes, como dispõe, por sua vez, Ronald Dworkin, não podem decidir discricionariamente quando uma regra permite decidir o caso<sup>109</sup>.

No entanto, o que vem ocorrendo no Brasil atualmente, e com grande frequência, é o desprezo de princípios e normas constitucionais, inclusive nas práticas judiciais, levando a denúncias e decisões sem fundamento jurídico, em contrariedade a princípios e normas da Constituição, entre os quais o da presunção de inocência. O que se tem verificado, em diversas situações, é que a interferência de fatores não jurídicos na formulação e apuração de denúncias, sem que haja fundamentação jurídica para tal, vem acarretando condenações igualmente desprovidas de fundamentos jurídicos. Essa absurda e grave agressão a princípios e normas constitucionais tem levado a que, em lugar da presunção de inocência o que tem sido utilizado é precisamente o oposto, ou seja, a “presunção de culpa”, sem qualquer fundamento jurídico, com ofensa ostensiva aos princípios e normas constitucionais.

De mais a mais, impressiona o fato de como os direitos fundamentais do cidadão estão sendo mitigados, seja aquele quem for. E, justamente, por tudo o quanto exposto até aqui, a conclusão a que se chega é que as Cortes superiores brasileiras estão abdicando de sua competência de exercer um papel contra-

---

<sup>107</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 35**, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/lei-organica-da-magistratura-nacional>>. Acesso em 02 dez. 2018.

<sup>108</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 245.

<sup>109</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 109-110.

majoritário na jurisdição, permitindo que instâncias menores extrapolem suas competências. É praticamente impossível se abster, aqui, de uma análise de mérito, diante da gravidade da questão, principalmente pela lesão em potencial a direitos e garantias fundamentais que vem ocorrendo judiciário brasileiro.

Como exemplo, tem-se uma matéria publicada recentemente por um jornal de grande circulação nacional<sup>110</sup>, a qual fora taxada de muito expressiva quanto à sua parcialidade jornalística. Mas tal fato seria menos grave se apenas se limitasse ao papel tendencioso da imprensa, uma vez que a mídia no Brasil é controlada por clãs familiares específicos, no entanto, e ainda mais perturbador é o desvio constitucional daqueles que por vários interesses pessoais e grupais, atropelam a lisura das suas próprias funções por atrelo a partidanismos e apologias políticas. Tal cenário permeou quase que a totalidade do ano de 2018, com a nação, mais propriamente a classe jurídica, testemunhando estupefata verdadeiros desmandos jurídicos, desalinhos processuais, extrapolação de competências e posturas autoritárias que se praticamente firmaram o cenário de insegurança jurídica.

Como parte da notícia veiculada pelo jornal, em manchete de primeira página saliente-se, há a informação de que dos onze, até então, pré-candidatos à sucessão presidencial, sete seriam ideologicamente de direita e defenderiam a prisão após condenação em segunda instância, sem o trânsito em julgado. Ainda na mesma edição<sup>111</sup>, um dado muito expressivo é a divulgação da informação de que um deputado federal protocolou proposta de Emenda Constitucional para que se incluía na Constituição a possibilidade de prisão de réu condenado em segunda instância. Ora, a simples propositura da PEC deixa evidente o reconhecimento de que a Constituição expressamente veda a prisão após condenação no 2º grau de jurisdição, pontualmente pelo caráter não finalístico.

No presente instante do trabalho cabe ilustrar um caso emblemático e famoso de erro judicial que ensejou a prisão de inocentes e os horrores que estes vivenciaram no cárcere, numa tentativa de ornar como o encarceramento antecipado pode ser danoso aos acusados.

---

<sup>110</sup> PRESIDENCIÁVEIS defendem prisão após segunda instância: sete de onze pré-candidatos ao Planalto são favoráveis à medida apoiada por Moro: nomes ligados à esquerda são contra. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, ano 139, n. 45.452, edição de 28 mar. 2018. Brasil, p. A4.

<sup>111</sup> Ibid., p.04.

O exemplo em questão é o famoso caso dos irmãos Naves, ocorrido em 1937, irmãos estes investigados, à época pelo desaparecimento e morte de um comerciante da cidade onde viviam. Ocorre que o tal comerciante havia fugido do local para se livrar de dívidas contraídas e somente este desaparecimento foi o motivo suficiente para uma acusação formal dos irmãos Sebastião José Naves, à época com 32 anos, e Joaquim Naves Rosa, 25 anos.

Presos, os irmãos e demais familiares são submetidos à sessões de tortura pelas mãos de autoridades policiais arbitrárias, cujo objetivo era extrair a confissão. Levados a julgamento e condenados por uma justiça arbitrária à época, os irmãos, mesmo após soltos por liberdade condicional, carregavam as profundas marcas do cárcere, Joaquim, por exemplo, foi acometido de longa e dolorosa doença e morre logo após a soltura. O irmão sobrevivente, incansável, inicia sua busca para provar suas inocências. Somente, em 1952, o emblemático caso de erro judicial se resolveria, quando a suposta vítima do crime aparece viva, sendo, então, reconhecida a inocência dos irmãos<sup>112</sup>.

Assentar pela possibilidade de execução provisória de decisão penal condenatória vai de encontro com os princípios dos mais elementares do Estado Democrático de Direito e as consequências podem ser as mais lesivas possíveis. Não obstante o caso citado acima tenha ocorrido a muitos anos, nada impede que o encarceramento após o 2º grau, macule gravemente a honra e até mesmo ceife a vida do indivíduo, do as penosas condições do sistema penitenciário brasileiro.

A vontade da opinião pública quando acaba se sobressaindo, instala uma verdadeira ditadura da maioria. Ditadura esta que não observa a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e, principalmente, a presunção de inocência, principalmente no meio virtual, onde um festival de desconhecimento e impropérios imperam, numa verdadeira disseminação de ódio e medo, marcando um momento brasileiro notadamente sombrio. Não é apenas alusão e busca da simples defesa de ideologias políticas, de políticos que uma vez exerceram a presidência da República,

---

<sup>112</sup> É conhecido como o erro judiciário mais impactante da história brasileira, tendo ocorrido num dos momentos mais conturbados do cenário político nacional, justamente durante a implementação de um golpe de Estado conhecido como “**Estado Novo**”, pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas. Em 1937, foi publicada a Constituição deste regime ditatorial, com a supressão e modificação de diversos direitos, medidas estas adotadas tão somente para favorecer aos interesses do ditador. Em consequência, foram geradas grandes instabilidades na economia e na política, com grandes violações de direitos, como o caso dos irmãos Naves.

mas tão somente pela reafirmação de direitos e garantias que devem contemplar todo e qualquer cidadão.

#### 4.1 EFEITOS RECURSAIS

Com fundamento na teoria dos recursos do processo penal, o sistema recursal circula em torno de dois argumentos: a falibilidade humana e a irresignação do prejudicado (justamente por consciência da falibilidade do julgador). Então, a partir do momento em que é estabelecido no processo um sistema de distribuição, onde há uma terceira pessoa com poder de decisão, o juiz, posicionado hierarquicamente acima das partes, nasce a necessidade de um possível reexame das decisões proferidas por aquele.

Esse reexame ou possibilidade de revisão de decisões seria uma forma de se aprimorar os provimentos jurisdicionais, através de uma nova apreciação da lide, como bem explana Maurício Zanoide de Moraes<sup>113</sup>.

Um outro argumento interessante no que interessa aos efeitos recursais é a ampliação da visibilidade sobre o processo, uma vez que os recursos permitem que olhares múltiplos se direcionem ao julgamento, sendo que essa visibilidade maior pode contribuir para uma igualmente maior confiabilidade das decisões, como destaca Fabrício Pozzebon<sup>114</sup>.

Em definição, os recursos são atos da parte e não atividades de ofício do juiz, tendo como uma das causas que ensejam a sua interposição, a irresignação do agente que sofrera o prejuízo ou gravame, estando no pleno gozo do seu direito. É, assim, um direito que deva ser exercido no próprio processo e não numa nova relação jurídico-processual, uma vez que as decisões proferidas, nas instâncias menores, são recorríveis. Assim sendo, é o estabelecimento de um juízo sobre outro juízo, pois há a permissão que um outro órgão jurisdicional, hierarquicamente

---

<sup>113</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação de recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p.26.

<sup>114</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. **A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais**. In: Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos. Porto Alegre: Edipucrs, 2011, vol. 2, p.232 a 247.

superior, modifique a primeira decisão, seja reformando-a ou anulando-a, em parte ou na sua totalidade<sup>115</sup>.

Através destas definições, já é possível estabelecer claramente os recursos como vinculantes à ideia de serem meios processuais através dos quais, a parte que se sentiu prejudicada pela sentença prolatada, solicite uma modificação desta, total ou parcialmente, antes do definitivo trânsito em julgado.

Quanto à natureza jurídica dos recursos, é preciso diferenciá-la das ações autônomas de impugnação como os *habeas corpus* e mandados de segurança, uma vez que, ao contrário destas, os recursos não são ações processuais penais autônomas, não instaurando, portanto, uma nova relação jurídica processual. A interposição recursal é tão somente uma continuação da pretensão acusatória ou de resistência, dependendo da titularidade de quem a exerça<sup>116</sup>.

É o que pontualmente prescreve o princípio do duplo grau de jurisdição, já abordado no presente trabalho, qual seja o direito dado ao prejudicado de submeter o caso penal a outro órgão jurisdicional, que, além de garantir a revisão da decisão em primeira instância, também proíbe que o tribunal *ad quem*<sup>117</sup> extrapole sua competência em conhecer além daquilo que foi discutido no primeiro grau, algo como um impedimento de pulo à uma instância.

Ademais, algumas considerações são pertinentes ao trato da questão recursal como meio de impugnação, e corrobora para isso o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar quando da explanação, *in verbis*:

Das decisões proferidas pelo juiz das execuções caberá recurso de agravo, via de regra, sem efeito suspensivo. Na dicção da súmula nº 700 do STF, “é de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal”. Não é mais cabível recurso em sentido estrito previsto no art. 581 do CPP nas matérias alusivas ao processo de execução penal, mercê da redação do art. 197 da LEP, eis que se cuida de legislação mais recente sobre o assunto e que regulou a espécie, prevendo o agravo em execução<sup>118</sup>.

Isso para demonstrar como é amplo o leque recursal presente no processo penal e para tanto abordar-se-á, brevemente, os principais recursos em espécie,

<sup>115</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 972-973.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 973-974.

<sup>117</sup> No Direito Processual Penal, denomina-se de órgão ou juiz *a quo*, aquele que proferiu a decisão e tribunal *ad quem* como o órgão jurisdicional superior, a quem compete o julgamento do recurso.

<sup>118</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1743.

contudo, cabe antes disto, cabe uma significativa abordagem aos chamados princípios recursais.

A doutrina trata muitos destes princípios como verdadeiras características, a divergência se dá justamente no campo conceitual. Uma vez que a questão principiológica já fora abordada anteriormente no presente trabalho, cabe aqui, agora, apenas um breve conceito de princípio, mais detido à questão da interposição recursal, e claro, como sendo um valor interpretativo das regras que disciplinam os recursos. Assim, princípios são normas que incutem a aplicação das regras que a eles estão adstritas.

O princípio da voluntariedade aborda o recurso como um ato processual advindo da simples manifestação de vontade da parte que almeja ver reformada ou anulada uma decisão proferida<sup>119</sup>. O princípio da taxatividade, por sua vez, preconiza que para o possível manuseio de um recurso, é necessário que este esteja previsto em lei, que exista no ordenamento jurídico e de forma expressa, lembrando que, ainda que o rol não seja exemplificativo, são *numerus clausus*<sup>120</sup>, sendo bom rememorar também que no processo penal não são admitidos recursos de inominados ou improvisados, ou seja, a previsão legal é condição expressa para que seja possível se recorrer de uma decisão e naturalmente, para que o recurso possa existir.

O princípio da unirecorribilidade, ou da singularidade / unicidade, que como o próprio nome já pressupõe, a ideia, aqui, é de unidade. Cada tipo de decisão judicial, via de regra, admite um único recurso, sendo da parte o ônus de escolher qual seja o mais adequado para efeito do reexame<sup>121</sup>. No entanto, em caráter excepcional, a concomitância recursal pode ser possível, quanto a sentença apreciar, simultaneamente, questões distintas<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I - Da sentença que conceder habeas corpus. II - Da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10619139/artigo-574-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em 03 dez. 2018.

<sup>120</sup> Números fechados, cuja lista é taxativa e não exemplificativa. Restrição ao que está no próprio conteúdo, sendo vedada a adição de novos itens ou de novas hipóteses.

<sup>121</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 712.

<sup>122</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 230.

O princípio da fungibilidade recursal, a dispor sobre a permuta ou possibilidade de conversão dos recursos. Desde que não haja má-fé ou erro manifesto durante uma interposição recursal equivocada, é possível a intercessão de um novo recurso, desde que sejam respeitados os prazos limites do recurso que seria devidamente cabível, sem prejuízo algum para a parte. Importante salientar que, ao tomar ciência do equívoco do recurso, o juiz, ainda assim, deve mandar processá-lo em conformidade com o rito do recurso que seria cabível<sup>123</sup>.

O princípio da convação consiste na possibilidade de que um recurso utilizado corretamente seja substituído por outro, caso este último se revele mais útil e mais vantajoso à parte recorrente, ao passo que o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, por sua vez, difunde a proibição de mudança para situação jurídica que seja mais lesiva ao recorrente. Este princípio é também conhecido como “efeito podrômico da sentença”<sup>124</sup>.

Ademais, o princípio da conversão dispõe que se a parte interpuser recurso para órgão jurisdicional incompetente para conhecê-lo, tal órgão deverá remetê-lo para aquele que tenha a devida competência, sem prejuízo da parte e ficando a cargo do tribunal incompetente a devida remessa. O princípio da complementariedade recursal já diz que há a possibilidade de integração de um recurso já interposto, quando a decisão recorrida sofrer modificação superveniente, seja em razão de correção de erro material ou de provimento de um outro recurso, em virtude do exercício de retratação do magistrado<sup>125</sup>.

Há também o princípio da complementariedade recursal, o qual abre a possibilidade de renovação da iniciativa recursal já manifestada, nos casos em que, da decisão prolatada caiba mais de um recurso. Em verdade, é uma exceção ao já citado princípio da unirecorribilidade. O princípio da variabilidade dos recursos, por

---

<sup>123</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro. Parágrafo único. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10618745/artigo-579-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

<sup>124</sup> No direito processual penal, é a expressão utilizada para designar o princípio do *non reformatio in pejus* direta ou indireta da sentença penal condenatória. É a vedação da sentença em prejuízo do acusado, se dando diretamente quando o órgão para o qual foi dirigido o recurso exclusivo da defesa do réu, não reforme a sentença, majorando a pena; e indiretamente, quando o órgão recursal, em recurso exclusivo do acusado, venha a anular a sentença condenatória, com a consequente determinação de um novo julgamento.

<sup>125</sup> RANGEL, 2001, p. 499 apud TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 1337.

sua vez, sustenta a possibilidade do interessado, dentro do prazo recursal, interpor mais de um recurso contra uma mesma decisão. Não obstante tal princípio seja defendido por uma corrente minoritária, o propósito é de ampliar os limites do primeiro recurso já interposto, contudo, é um princípio polêmico onde a grande maioria dos autores descarta sua aplicação no âmbito do processo penal<sup>126</sup>.

O princípio da dialeticidade dos recursos vem explicar que o recorrente deva bem fundamentar a sua inconformidade diante da sentença prolatada e da qual irá recorrer, utilizando-se do contraditório recursal através das razões e contrarrazões. Contudo, uma vez que o recurso tenha sido interposto de forma leiga pelo recorrente, se faz necessário a intimação do seu competente advogado, para arrazoar o recurso; em casos de conflito entre autodefesa e defesa técnica, ficará a cargo do juiz possibilitar a constituição de um novo patrono pelo réu, assinando prazo, ou ainda constituir defensor dativo se já não houver assistência de defensor público<sup>127</sup>, o que, convém salientar, não é aplicável a qualquer hipótese, uma vez que, ao Ministério Público, por exemplo, não é permitido a desistência de recurso já interposto, em decorrência da regra de obrigatoriedade de atuação<sup>128</sup>.

O princípio da intranscendência dos recursos aborda a exclusiva aplicação do recurso manuseado pela acusação, considerado uma analogia do princípio da intranscendência da ação penal, em que uma demanda promovida contra um determinado réu, não deva transcender a sua pessoa e incidir efeitos num sujeito diverso<sup>129</sup>.

Por fim, tem-se o princípio da colegialidade recursal<sup>130</sup>, através do qual é outorgada ao recorrente a possibilidade do seu recurso, uma vez interposto, ser apreciado por mais de um julgador, o que não ofende o julgamento monocrático por membro de tribunal<sup>131</sup>, qual seja o relator, pois lembre-se que, de decisões monocráticas proferidas por relatores, pode a parte sucumbente interpor um simples

<sup>126</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1338.

<sup>127</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011, p.38.

<sup>128</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10618992/artigo-576-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

<sup>129</sup> TÁVORA; ALENCAR, op. cit. p. 1340.

<sup>130</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>131</sup> Há previsão deste recurso no Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto nº 678/1992, no seu art. 8º, item 2, alínea h.



agravo. Este recurso é conhecido, assim como no Direito Processual Civil, de agravo interno<sup>132</sup>.

## 4.2 PRINCIPAIS RECURSOS Oponíveis À DECRETAÇÃO DE PRISÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA

Antes de tudo, é preciso salientar que o CPP não é sistemático quando trata dos recursos que prevê, caberá ao intérprete, qual seja o operador do direito, ter conhecimento do conteúdo normativo do supradito diploma para que se tenha compreensão das impugnações nele previstas e os seus respectivos cabimentos. Tratar-se-á, pois, aqui, apenas dos recursos pertinentes à interposição frente à prisão advinda da condenação pelos tribunais colegiados de 2ª instância, tema que norteia a presente monografia.

### 4.2.1 Embargos de Declaração

A começar, e de acordo com previsão no CPP<sup>133</sup>, pelos chamados embargos de declaração, justamente oponível contra as decisões dos tribunais. O recurso é tratado de forma literal pelo Código, no seu art. 619, o qual evidencia que poderão ser opostos os embargos em comento, no prazo de dois dias a contar da sua publicação. O que motiva tal interposição são as obscuridades, ambiguidades, contradições ou omissões advindas da prolação do acórdão.

A interposição se dá através de petição encaminhada ao mesmo órgão que tenha proferido a decisão supostamente ambígua, contraditória, obscura ou omissa, sendo que o prazo para a parte irredimida fazê-lo, como dito acima, é de 02 dias. Através de outra disposição a constar do CPP, desta vez no seu art. 620, caput, é

---

<sup>132</sup> O agravo interno está disciplinado no art. 1021 do Código de Processo Civil de 2015 e também no regimento interno do tribunal perante o qual venha a ser interposto, vindo a ser o recurso interponível contra decisão unipessoal do relator, devendo ser julgado necessariamente pelo órgão colegiado correspondente e competente para tal, podendo ser turma, câmara etc. Sublinhe-se ainda que, o agravo interno não é igual ao chamado agravo regimental, uma vez que regimento de tribunal não cria recurso.

<sup>133</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 614. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10614351/artigo-619-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em 04 dez. 2018.

afirmado que os embargos de declaração serão reduzidos em requerimento, somente nos pontos em que o acórdão encontra-se ambíguo.

É importante notabilizar aqui, que os embargos de declaração não objetivam modificar o julgado, não tendo, portanto, efeito regressivo<sup>134</sup>, contudo possuem efeito devolutivo, por que ocorre a devolução ao mesmo órgão prolator da matéria que está sendo impugnada, mas de forma restrita aos seus fundamentos.

De acordo com Nestor Távora<sup>135</sup>, no que tange ao efeito suspensivo, os embargos de declaração o possuiriam, quando se tratar de sentença condenatória, pois a execução da pena só se daria após o trânsito em julgado daquela, pela força principiológica da presunção da inocência. Pelo entendimento do autor, no tangente ao efeito suspensivo, *in verbis*:

Atualmente, não há motivos para persistir a divergência, prevalecendo a posição que os embargos de declaração e os “embarguinhos” interrompem o prazo para ambas as partes recorrerem de sua decisão. Inclusive no âmbito dos juizados especiais criminais, o texto em vigor do §2º, do art. 83, da Lei nº 9.099/1999, preconiza que os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição do recurso, com redação conferida pelo CPC (Lei nº 13.105/2015)<sup>136</sup>.

Interessante observar, aqui, que esta visão de Távora torna-se utópica e/ou inaplicável, se considerar que a pena passou a ser executada já na segunda instância, lesando gravemente o supracitado princípio.

#### 4.2.2 Embargos Infringentes

Outro recurso cabível contra acórdão condenatório, que agora enseja o encarceramento prisional são os chamados embargos infringentes<sup>137</sup>, modalidade recursal privativa da defesa do réu, que se tornou mais conhecida pelo julgamento do escândalo de corrupção que ficou conhecido como Mensalão<sup>138</sup>. Entretanto,

<sup>134</sup> É o efeito que permite ao próprio juiz prolator da decisão impugnada rever sua decisão. Sempre que for aberto um juízo de retratação ao órgão prolator da decisão. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2204574/o-que-se-entende-pelo-efeito-regressivo-do-recurso-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

<sup>135</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1399.

<sup>136</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>137</sup> Ibid., p. 1403-1405.

<sup>138</sup> Caso de repasses de fundos de empresas, as quais faziam doações ao Partido dos Trabalhadores (PT) para conquistar o apoio de políticos. Tal esquema de corrupção teria supostamente começado em 2002, mas só foi descoberto em 2005, por meio de uma gravação secreta. Nela, Maurício Marinho, na época chefe do departamento de Contratação dos Correios, fora flagrado

essa modalidade recursal só é cabível especificamente em votação de acórdão não unânime em desfavor do réu. Não cabe a interposição dos embargos infringentes, ainda, por decisão de acórdão constituído por maioria no julgamento de recurso ordinário em sede de *habeas corpus*<sup>139</sup>, tampouco quando de decisão proferida em ação penal, cuja competência originária for dos próprios Tribunais<sup>140</sup>.

#### 4.2.3 Recursos Especial e Extraordinário

Os recursos extraordinário e especial, por sua vez, possuem natureza excepcional, ou seja, passam por um exame prévio ou juízo de admissibilidade, uma vez que para serem julgados necessitarão de conter a matéria exigida, atinentes ao recurso<sup>141</sup>.

O recurso especial ou “REsp”, objetiva tutelar as normas federais, coibindo possíveis desrespeitos e sendo submetido a exame de matéria infraconstitucional<sup>142</sup>. A competência para julgamento do recurso especial está disposta no art. 105, inciso II, da Constituição, qual seja do Superior Tribunal de Justiça, sendo que o recurso em comento é endereçado ao Presidente do respectivo Tribunal, cujo prazo para interposição será de 15 dias<sup>143</sup>.

---

recebendo propina na quantia de três mil reais em nome do deputado federal Roberto Jefferson, do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Após a divulgação do vídeo, Marinho, fez uma delação sobre os detalhes do esquema, que envolvia não apenas os Correios e o PTB, mas também o PT e o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). Logo após o flagrante, Jefferson também delatou todo o esquema de corrupção. Ele disse que Delúbio Soares, o então tesoureiro do PT, destinava uma mesada de R\$30.000 para congressistas apoiarem o governo Lula. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/mensalao-o-que-aconteceu/>>. Acesso: 24 de novembro de 2018.

<sup>139</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**: atualizado conforme a Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro eletrônico, não paginado. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=UdRiDwAAQBAJ&pg=PT816&lpg=PT816&dq=AGRRHC+9.333/SP,&source=bl&ots=SsjLZpDMgo&sig=m89Cwg\\_py2p7bxOKvSQe3F2A3ys&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiLuMbMgonfAhXBqlkKHbldDg0Q6AEwAHoECACQAQ#v=onepage&q=AGRRHC%209.333%2FSP%2C&f=false](https://books.google.com.br/books?id=UdRiDwAAQBAJ&pg=PT816&lpg=PT816&dq=AGRRHC+9.333/SP,&source=bl&ots=SsjLZpDMgo&sig=m89Cwg_py2p7bxOKvSQe3F2A3ys&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiLuMbMgonfAhXBqlkKHbldDg0Q6AEwAHoECACQAQ#v=onepage&q=AGRRHC%209.333%2FSP%2C&f=false)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>140</sup> Id. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 812.

<sup>141</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Livro eletrônico, não paginado. Disponível em: <[http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20dos%20Jogos%20-compacto-Alexandre\\_Morais\\_da\\_Rosa.pdf](http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20dos%20Jogos%20-compacto-Alexandre_Morais_da_Rosa.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>142</sup> Normas, regramentos e/ou preceitos que estão abaixo da Constituição Federal, numa escala hierárquica. Uma vez que a Carta Magna seja reputada como a maior Lei de um país, todas as demais normas jurídicas serão consideradas infraconstitucionais, por estarem abaixo daquela.

<sup>143</sup> BRASIL. **Lei nº 8.038/90**, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Art. 26. Os recursos extraordinário e especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos no prazo comum de quinze dias, perante o Presidente do Tribunal recorrido, em

Já o recurso extraordinário ou “RE” tem como função impedir que normas constitucionais sejam lesadas pelos Tribunais nas decisões que versam sobre casos concretos. A competência para julgamento é do Supremo Tribunal Federal como preceitua o artigo 102, inciso III, da Constituição Federal e cujo prazo é o mesmo da interposição do recurso especial. Ressalte-se que, caberá também o recurso extraordinário em matéria de 1ª instância, como bem preceitua a súmula 640 do STF<sup>144</sup>.

Em suma, as características dos supraditos recursos são extensas, motivo este que ensejou que aquelas que aqui foram numeradas, se ativessem pertinentemente à interposição recursal contra acórdão condenatório, decisão que, por sua vez, agora é autorizativa da custódia do réu. Ao passo que, a leitura e estudo destes recursos, na confecção desta parte específica do trabalho, possibilitaram uma maior compressão do arcabouço jurídico no âmbito recursal criminal.

Ademais, a esfera recursal é de suma importância frente ao monopólio jurídico, dado que no Direito Processual Penal é frequente a irresignação da parte vencida nas decisões incidentais, sentenças terminativas e definitivas e agora, e mais gravemente, diante da execução imediata da pena após condenação no 2º grau. Portanto, os recursos permitem a reapreciação da decisão, ainda que seja interlocutória, em valoração, principalmente, aos princípios do duplo grau de jurisdição e presunção da inocência.

Outrossim, é preciso evocar que os recursos no âmbito criminal, assim como o Direito como um todo, estão em fase de constante construção, com novas normas que criam, aperfeiçoam e até extinguem espécies recursais. Contudo, o que antes

---

petições distintas que conterão. I - exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. Parágrafo único. Quando o recurso se fundar em dissídio entre a interpretação da lei federal adotada pelo julgado recorrido e a que lhe haja dado outro Tribunal, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, ou indicação do número e da página do jornal oficial, ou do repertório autorizado de jurisprudência, que o houver publicado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm)>. Acesso em: 04 dez. 2018.

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 640**. É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2787>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

poderiam agir prol da consagração do duplo grau de jurisdição e de decisões mais justas, agora se transformou na ânsia de punir a qualquer custo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho permitiu uma aprofundação do entendimento a respeito da insegurança jurídica no Brasil, através da possibilidade da prisão do réu após a condenação pelos tribunais colegiados de 2ª instância, o chamado 2º grau de jurisdição, com a conseqüente entrada em vigor da execução antecipada da pena sem esgotadas todas as instâncias recursais e os reflexos advindos dessa mudança de entendimento.

Assim, o esteio do trabalho é justamente a transformação do discurso do Supremo Tribunal Federal sobre o tema no período compreendido entre 2009 (data da decisão em sede de *habeas corpus* que aplica a norma constitucional da presunção de inocência) até sua alteração no ano de 2016, quando, ao julgar outro *habeas corpus*, a Corte volta a determinar que se execute provisoriamente a pena de prisão antes de julgados os recursos, decisão esta que futuramente motivaria a propositura das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44.

Levando-se em conta a dificuldade de alcance às obras literárias que versem a respeito do tema proposto, dado ser um precedente hodierno da Suprema Corte, o principal norte do trabalho, como já dito, foi a análise do histórico da execução antecipada da pena pelo supradito Tribunal, através dos julgamentos dos respectivos *habeas corpus* atinentes ao tema, a começar pelo de nº 84.708, julgado à data de 05 de fevereiro de 2009, e cujo resultado entendeu, ainda, pelo óbice ao encarceramento no 2º grau, até o de nº 126.292, julgado em 17 de fevereiro de 2016, que passou a permiti-lo.

Ao longo dessa análise, foi possível vislumbrar que foram julgamentos muito disputados com decisões apertadas entre os ministros da suprema Corte, com variadas opiniões a respeito do tema, cujas conseqüências foram sentidas imediatamente em outros ramos, principalmente no campo político.

Assim, o trabalho se propôs a tentar elucidar o dilema, ou seja, se o não recebimento do duplo efeito recursal aos tribunais superiores provocaria o esvaziamento do princípio da presunção da inocência, cláusula pétrea constitucional, uma vez que já se encarcerava o réu após condenação na segunda instância.

Esse é o principal motivo da escolha do tema, o caráter relevante, atual, aflitivo e urgente da questão, pela relativização de direitos e garantias fundamentais, pelo fatiamento e negociação do processo penal, dentre outros fatores, mas que fez insurgir o forte braço punitivista estatal, numa pretensa resposta a anseios de justiça e ordem, estabelecidos na sociedade brasileira atual, que parecem querer romper com a soberania e a ordem das instituições democráticas.

Contudo, a intenção do trabalho não foi se emaranhar em conflitos políticos e/ou ideológicos e sim propor uma reflexão a respeito da lesividade do encarceramento prisional no decurso processual penal. Para isto foram apresentados alguns dados acerca da ineficiência do sistema prisional, além de um comparativo de algumas espécies de prisões, com o perigo de uma ser aplicada com base nos requisitos da outra.

Ademais, com o deslinde do presente trabalho se tornou possível perceber como a execução antecipada da pena se tornou mitigada pela Suprema Corte brasileira, com as condenações não atingindo a todos, numa espécie de seletividade, onde os magistrados, através de conchavos, atenuam e temporizam importantes decisões que tão bem fariam à segurança jurídica nacional.

Objetivou-se, ainda, nesta monografia, a discussão da principiologia constitucional e penal concernentes ao tema, com ênfase dada aos princípios da presunção de inocência, do *in dubio pro reo* e do duplo grau de jurisdição e ainda uma abordagem acerca do controle constitucional abstrato-concentrado, sem esquecer de determinados e pertinentes elementos como aqueles atrelados à magistratura de 1º grau, que tanto poder ganhou em tempos atuais.

A interpretação do Supremo Tribunal Federal a respeito da Constituição teve considerável atenção do trabalho, não só por ser aquele seu precípua guardião, mas também pelo conturbado cenário atual em que a discussão foi trazida à baila, conturbações estas que se dão através de pressões externas pelas quais vem passando o STF, também o desrespeito às decisões do órgão de cúpula do judiciário, curiosos posicionamentos particulares de Ministros e tão e mais gravemente, as decisões em caráter liminar que vem se tornando definitivas.

De mais a mais, foram abordados também a principiologia recursal atinente à prisão decretada após condenação no segundo grau e quais seriam os recursos específicos que poderiam ser interpostos quando desta decretação.

Tentou-se, através do presente estudo, se estabelecer uma discussão acerca dos problemas em potencial, advindos da autorização da execução provisória da pena após a decisão de 2ª instância, passando pelas questões jurídicas que demonstram possivelmente o equívoco do atual posicionamento adotado pelo STF. Ao passo que, foi adotado um posicionamento crítico a respeito da atual e supositícia ânsia de justiça que vem pressionando os tribunais superiores à tomada de decisões contraditórias à Constituição, com o questionamento se de fato a morosidade do sistema da justiça ou o suposto excesso de recursos interpostos pela defesa de réus em processos criminais teriam verdadeiro sustentáculo para justificar e legitimar que se prendam pessoas antes de encerrada a ação penal.

Em suma, foi um trabalho feito com certo grau de preocupação, motivado justamente pelo teso cenário de insegurança jurídica que permeia o Brasil, ficando o alerta de que a discussão esteja longe de ser encerrada, uma vez que as Ações de Declaração de Constitucionalidade de nºs 43 e 44, não foram julgadas e que visam justamente questionar a jurisprudência da Corte sobre a execução provisória da pena, pela incompatibilidade constitucional. Somente quanto deste julgamento é que se poderá ter, talvez, uma resposta definitiva para a questão.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Fereso, 1993. Disponível em: <<http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.
- AQUINO, Bel; BAYER Diego. Da série Julgamentos Históricos: as mazelas de Héberson Lima, André Biazucc e outros injustiçados. **Justificando**. Mentis inquietas pensam direito, [S.I.], 03 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2014/12/03/da-serie-julgamentos-historicos-mazelas-de-heberson-lima-andre-biazucc-e-outros-injusticados/>>. Acesso em: 04 dez. 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BAÍÁ. Igor Felipe Soares. **Breves considerações sobre o duplo grau de jurisdição no processo penal**: tratamento atual e constatações sobre sua evolução. Jusbrasil. [S.I.] [2016?]. Disponível em: <<https://igorbaia.jusbrasil.com.br/artigos/502286212/breves-consideracoes-sobre-o-duplo-grau-de-jurisdicao-no-processo-penal>>. Acesso em: 04 dez. 2018.
- BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015.
- BARROSO, Roberto Luís. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.
- BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Código de processo civil. In: LEÃO, Ana Patrícia Dantas (Org.). **Novo código de processo civil**. Salvador: ESA, 2015.
- \_\_\_\_\_. Código de processo penal. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). **Código de processo penal e constituição federal**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, força hierárquica constitucional, desde que aprovados na forma prevista do § 3º do art. 5º da Constituição Federal. 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)>. Acesso em: 01 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 20 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 35**, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/lei-organica-da-magistratura-nacional>>. Acesso em 02 dez. 2018

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.403, de 05 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. 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)>. Acesso em 25 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em 11 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm). Acesso em: 23 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em: 04 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Proposta de emenda à constituição nº 15, de 2011**. Altera os artigos 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materia/s/-/materia/99758>>. Acesso em 19 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 434.766**, da 5ª Turma. Criminal. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. Transação. Prisão determinada pelo Tribunal após o julgamento da apelação. Possibilidade. Execução provisória da pena. Legalidade. Relator Min. Félix Fischer. DJU, de 06 mar. 2018. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559880097/habeas-corpus-hc-434766-pr-2018-0018756-1/inteiro-teor-559880107>>. Acesso em: 08 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 43**. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Disponível em: <<http://www.portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 28 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 44**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em 28 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.624**, de 27 de junho de 2018. Cautelar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.624 para dar interpretação conforme a Constituição a dispositivo da Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) que torna dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista no caso de compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382615>>. Acesso em 28 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação originária 1.773**, de 15 de setembro de 2014. Deferimento de tutela antecipada requerida, a fim de que todos os juízes federais brasileiros tenham o direito de receber a parcela de caráter indenizatório prevista no artigo 65, inciso II, da LC nº 35/79, aplicando-se como regra aplicável para a concessão da referida vantagem. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-fux-auxilio-moradia-1773.pdf>. Acesso em 26 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 201297-1**, Rel. Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 201297-1**, Rel. Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 89.501-8**, da 2ª Turma. Criminal. Crime hediondo. Prisão Preventiva. Ausência de fundamentação jurídica idônea. Invocação de clamor público. Inadmissibilidade. Fuga do Réu. Relator Min. Celso de Mello, DJ de 16 mar. 2007, p.530-565. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409786>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 126.292**, do Plenário. Criminal. Tribunal de 2º Grau de Jurisdição. Transação. Sentença Penal Condenatória. Execução Provisória. Possibilidade. Relator Min. Teori Zavascki, DJe de 17 fev. 2016, p. 01-103. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 11 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 84.078**, do Tribunal Pleno. Criminal. Tribunal do Júri. Transação. Inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena. Dignidade da pessoa humana. Relator Min. Eros Grau, DJe, nº 35, de 5 fev. 2009, p. 1048-1050. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Transação. **Habeas Corpus nº 152.752**, da Sessão Plenária. Criminal. Prisão determinada pelo tribunal após julgamento da apelação. Transação. Possibilidade. Execução Provisória da Pena. Relator Min. Edson Fachin, DJe nº 68, de 9 abr. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 640**. É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2787>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Súmula nº 122**. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. Disponível em: <[https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas\\_trf4&seq=194%7C967](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4&seq=194%7C967)>. Acesso em 28 nov. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**: atualizado conforme a Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro eletrônico, não paginado. Disponível

em:<[https://books.google.com.br/books?id=UdRiDwAAQBAJ&pg=PT816&lpg=PT816&dq=AGRRHC+9.333/SP,&source=bl&ots=SsjLZpDMgo&sig=m89Cwg\\_py2p7bxOKvSQe3F2A3ys&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiLuMbMgonfAhXBqlkKHbldDg0Q6AEwAHoECACQAQ#v=onepage&q=AGRRHC%209.333%2FSP%2C&f=false](https://books.google.com.br/books?id=UdRiDwAAQBAJ&pg=PT816&lpg=PT816&dq=AGRRHC+9.333/SP,&source=bl&ots=SsjLZpDMgo&sig=m89Cwg_py2p7bxOKvSQe3F2A3ys&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiLuMbMgonfAhXBqlkKHbldDg0Q6AEwAHoECACQAQ#v=onepage&q=AGRRHC%209.333%2FSP%2C&f=false)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Sérgio Fabris, 2014.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em: 5 out. 2018.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Opinião: para Dallari, Carmem Lúcia erra ao não discutir prisão na 2ª instância. **Portal Vermelho**, 16 março 2018. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/308858-1>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Ministério da Justiça e Segurança Pública. **DEPEN**: Levantamento nacional de informações penitenciárias. Atualização – junho de 2016. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal: prólogo de Norberto Bobbio. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e realidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LARA, Frederico Gomes. **Incompatibilidade da execução provisória da sentença penal**: uma análise do HC 126.292 de acordo com o modelo constitucional de processo. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano21, n.169, fev.2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=20246&revista\\_caderno=22](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20246&revista_caderno=22)>. Acesso em: 30 out. 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Prisão preventiva está para além de gostarmos ou não de Eduardo Cunha. **Revista Consultor Jurídico**, 28 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-28/limite-penal-prisao-preventiva-alem-gostarmos-ou-nao-eduardo-cunha>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

MELLO, Marco Aurélio. **Ciência e consciência: 25 anos de STF**. São Paulo: Migalhas, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MORAES, Mauricio Zanoide de. **Interesse e legitimação de recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

NETZEL, Mateus; KRUGER, Ana; BARBIÉRI, Luiz Felipe. STF se apequena se revisar prisão em 2ª Instância por Lula, diz Cármen Lúcia. **Poder 360**, Brasília, 30 janeiro 2018. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/justica/stf-se-apequena-se-revisar-prisao-em-2a-instancia-por-lula-diz-carmen-lucia/>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 614.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais**: criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

PRESIDENCIÁVEIS defendem prisão após segunda instância: sete de onze pré-candidatos ao Planalto são favoráveis à medida apoiada por Moro: nomes ligados à esquerda são contra. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, ano 139, n. 45.452, edição de 28 mar. 2018. Brasil, p. A4.

ROLLAND, Romain. **Théâtre de la revolucion**. Paris: Cercle du bibliophile, 1972, p. 457. 3. V

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Livro eletrônico, não paginado. Disponível em: <[http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20dos%20Jogos%20-compacto-Alexandre\\_Morais\\_da\\_Rosa.pdf](http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20dos%20Jogos%20-compacto-Alexandre_Morais_da_Rosa.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SANTANA, Fernando. Opinião: caos se instala na justiça com a quebra de paradigma. **BAHIA.BA**, Bahia, 07 março 2018. Disponível em: <http://bahia.ba/justifica/fernando-santana-caos-se-instala-na-justica-com-a-quebra-de-paradigma/>. Acesso em: 17 outubro 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Referência no STF, José Afonso da Silva emite parecer contra prisão em segunda instância. **Portal Justificando** – Mentis Inquietas Pensam Direito, 02 abril 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/04/02/referencia-no-stf-jose-afonso-da-silva-emite-parecer-contra-prisao-em-segunda-instancia/>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS). **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos**: artigo de periódico, dissertação, projeto, relatório técnico e/ou científico, trabalho de conclusão de curso, dissertação e tese. 16. ed. São Leopoldo, 2017. Disponível em: <<http://unisinis.br/biblioteca/images/docs/manual-elaboracao-trabalhos-academicos.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA). **Resolução RE nº 01/2004-CCGD, de 2004**. Regulamenta o trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito. Salvador, BA.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.