



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

**NATHALIA LUTTERBACH PIRES MOREIRA**

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA OSCILAÇÃO  
JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Salvador  
2018

**NATHALIA LUTTERBACH PIRES MOREIRA**

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA OSCILAÇÃO  
JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre André Luiz Batista Neves.

Salvador  
2018

**NATHALIA LUTTERBACH PIRES MOREIRA**

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA OSCILAÇÃO  
JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 14 de dezembro de 2018.

**BANCA EXAMINADORA**

André Luiz Batista Neves - Orientador \_\_\_\_\_

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA

Universidade Federal da Bahia - UFBA

Gabriel Dias Marques da Cruz - Examinador \_\_\_\_\_

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP

Universidade Federal da Bahia - UFBA

Thaize de Carvalho Correia - Examinadora \_\_\_\_\_

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA

Universidade Federal da Bahia - UFBA

Aos meus pais, Cláudia e Alfonso, meus grandes incentivadores.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser meu protetor e guia, além de me dar força e coragem, iluminando sempre os meus passos.

A minha família, especialmente aos meus pais, Cláudia e Alfonso, pelo incentivo, força, apoio, dedicação e confiança depositada em mim. Palavras não são suficientes para demonstrar a gratidão e o amor que sinto por vocês.

Aos meus avós maternos, Selma e José (*in memoriam*) e aos meus avós paternos Maria "Pitusa" (*in memoriam*) e Alfonso (*in memoriam*), por todo o amor compartilhado.

A Tiago, por toda compreensão e amor.

A todos os meus professores pelos ensinamentos ao longo do curso, em especial ao meu orientador, professor André Luiz Batista Neves, por ser sempre atencioso, dedicado, solícito, compreensivo e paciente ao longo da realização deste trabalho acadêmico.

Aos professores, Thaize de Carvalho e Gabriel Marques, que, para minha honra, aceitaram compor a banca que examinou este trabalho. É um prazer eles serem os avaliadores.

Ao Ministério Público do Estado da Bahia (MP/BA), em especial, ao Núcleo do Júri (Tribunal do Júri), órgão do qual fui estagiária e que tornou mais prazerosa essa caminhada, tendo um papel decisivo para este trabalho.

Ao Memorial da Faculdade de Direito da UFBA no qual fui bolsista no Programa Pense, Pesquise e Inove a UFBA (PROUFBA), ao Serviço de Apoio Jurídico da UFBA (SAJU), aos amigos, colegas e todos aqueles que, direta e indiretamente, contribuíram ao longo do meu curso de Direito na Universidade Federal da Bahia.

Quase tão simples como repetir que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos" é a dificuldade de vivenciá-lo. Para vivenciá-lo, torna-se necessária uma atitude cômica: colocar-se de cabeça para baixo, para ver o mundo ao contrário.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

MOREIRA, Nathalia Lutterbach Pires. **O Princípio da Presunção de Inocência e a Execução Provisória da Pena Privativa de Liberdade**: Uma Análise acerca da oscilação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. 109f. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

## RESUMO

Trata a presente monografia sobre o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade, de forma a analisar a oscilação jurisprudencial, ao longo dos anos, do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca dessa temática. O problema de pesquisa gira em torno do seguinte questionamento: a execução provisória da pena privativa de liberdade viola a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional? A execução provisória da pena é um tema muito atual, midiático e instável na jurisprudência brasileira, dividindo a opinião da comunidade jurídica acerca da questão. Objetivou-se, assim realizar uma análise e leitura crítica em relação aos argumentos oscilantes proferidos, ao longo dos anos, por alguns Ministros do STF ao reconhecerem a execução provisória da pena, atualmente, como instituto que pode ser aplicado no ordenamento jurídico processual brasileiro. A pesquisa é qualitativa quanto a abordagem, utilizando-se de um método dedutivo: a partir da doutrina, jurisprudência e legislação serão analisados os entendimentos oscilantes da Suprema Corte, ao longo desses anos, a respeito da execução provisória. Ao final, conclui-se que o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal em considerar constitucional a execução provisória da pena não é legítimo sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, na medida em que mitigou o princípio da presunção de inocência em face da efetividade da jurisdição penal. O presente trabalho, portanto, teve como fim apenas tecer algumas considerações dentre tantas que envolvem a temática da execução provisória da pena, sem, contudo, visar o esgotamento da matéria.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Presunção de inocência. Supremo Tribunal Federal. Trânsito em julgado. Constituição Federal.

MOREIRA, Nathalia Lutterbach Pires. **The Principle of the Presumption of Innocence and the Provisional Execution of the Privative Penalty of Freedom: An Analysis of the jurisprudential oscillation of the Federal Supreme Court.** 109f. 2018. Monograph (Graduation) - Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

### **ABSTRACT**

This monograph deals with the principle of presumption of innocence and the provisional execution of custodial sentence, in order to analyze the jurisprudential oscillation, over the years, of the Federal Supreme Court on this subject. The research problem revolves around the following questioning: does the provisional execution of sentence violate the Federal Constitution of 1988 and the infraconstitutional legislation? The provisional execution of sentence is a very current topic, mediatic and unstable in Brazilian jurisprudence, dividing the opinion of the legal community on the issue. It was aimed then, to perform an analysis and critical reading in relation to the pronounced oscillating arguments, over the years, by the Federal Supreme Court ministers in recognizing the provisional execution of sentence, currently, as an institute that can be applied in the Brazilian procedural legal order. The research is qualitative for an approach, using a deductive method: from the doctrine, jurisprudence and legislation the oscillating understandings from STF over the years concerning provisional execution will be analyzed. In the end, it was concluded that the current understanding of the Federal Supreme Court in considering constitutional the provisional execution of sentence it is not lawful under the perspective of the Democratic State of Law, since it mitigated the principle of innocence presumption in face of the effectiveness of criminal jurisdiction. The present work, therefore, was intended only to make some considerations among many that involve the subject of the provisional execution of sentence, without, however, aim at the exhaustion of matter.

Keywords: Provisional execution of sentence. Innocence presumption. Federal Supreme Court. Transit in judgment. Federal Constitution.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI/ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
AREsp	Agravo em Recurso Especial
ART.	Artigo
BA	Bahia
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CN	Congresso Nacional
CorteIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPP	Código de Processo Penal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ES	Espírito Santo
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
INC.	Inciso
LEP	Lei de Execução Penal
MC	Medida Cautelar
MIN.	Ministro
MG	Minas Gerais
MP	Ministério Público
MT	Mato Grosso
N.	Número
OEA	Organização dos Estados Americanos
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
PL	Projeto de Lei

PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PR	Paraná
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
RE	Recurso Extraordinário
REL.	Relator
REsp	Recurso Especial
RS	Rio Grande do Sul
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
TO	Tocantins
TRF	Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>15</b>
2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL, CLÁUSULA PÉTREA E PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	16
2.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE .....	27
2.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL.....	31
2.4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA LEGISLAÇÃO COMPARADA .....	35
<b>3 AS OSCILAÇÕES DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA .....</b>	<b>40</b>
3.1 HABEAS CORPUS Nº 68.726/DF (1991) .....	40
3.2 HABEAS CORPUS Nº 84.078-7/MG (2009).....	41
3.3 HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP (2016).....	46
3.4 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44.....	51
3.5 RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 964.246 .....	60
3.6 HABEAS CORPUS Nº 152.752/PR (2018) .....	61
3.7 UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E DA (I)LEGALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	65
<b>4 ANÁLISE CRÍTICA DA MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF .....</b>	<b>68</b>
4.1 ARGUMENTOS ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA .....	68
<b>4.1.1 Argumentos contrários à execução provisória da pena .....</b>	<b>68</b>
<b>4.1.2 Argumentos favoráveis à execução provisória da pena .....</b>	<b>71</b>
4.2 MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL .....	73
4.3 RECURSOS E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA .....	76
<b>4.3.1 Interposição (Exacerbada) de Recursos .....</b>	<b>77</b>
<b>4.3.2 Ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial.....</b>	<b>80</b>
<b>4.3.3 Embargos Infringentes.....</b>	<b>82</b>
4.4 LEI DE EXECUÇÃO PENAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	83
4.5 (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO PENAL E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PERSECUÇÃO PENAL .....	85

4.6 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....	89
4.7 A OSCILAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF <i>VERSUS</i> A SEGURANÇA JURÍDICA .....	91
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>94</b>
<b>6 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>96</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade, de forma a analisar a oscilação jurisprudencial, ao longo dos anos, do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca dessa temática.

A execução provisória da pena é um tema muito atual, midiático e instável na jurisprudência brasileira, dividindo a opinião da comunidade jurídica em torno da questão. Gerou-se uma celeuma quanto à relativização ou não do princípio da presunção de inocência em face da efetividade da norma penal, bem como se a execução provisória da pena é constitucional e legal à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Alguns entendem que a execução antecipada da pena é um desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão brasileiro. Outros acreditam que essa medida garante a ordem, a segurança, a efetividade, o combate a impunidade e a morosidade da justiça no Brasil.

O problema de pesquisa, portanto, gira em torno do seguinte questionamento: a execução provisória da pena privativa de liberdade viola a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e a legislação infraconstitucional?

Ao longo da presente pesquisa, também serão respondidas outras perguntas secundárias, tais como:

I - A execução provisória da pena viola os direitos fundamentais do indivíduo?;

II - O sistema carcerário brasileiro tem condições de suportar os custos com o aumento de encarceramentos decorrentes das execuções provisórias das penas?;

III - As decisões do STF violaram dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) e da Lei de Execução Penal (LEP)?;

IV - Quais argumentos que os Ministros do STF utilizaram para votar a favor ou contra a execução provisória da pena?

O tema da pesquisa justifica-se na medida em que a sociedade contemporânea e os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem como um dos seus principais objetivos combater a criminalidade e impunidade que assola o país, mantendo, *pari passu*, as garantias e direitos fundamentais do indivíduo indiciado.

Desse modo, para chegar a conclusão da presente pesquisa se a execução provisória da pena privativa de liberdade é constitucional ou não, analisar-se-ão os acórdãos do STF, bem como os argumentos proferidos por alguns Ministros em seus votos, referidos aos marcos normativos que dizem respeito ao tema, a exemplo da Constituição Federal de 1988, do Pacto de São José da Costa Rica, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. A

presente pesquisa pauta-se também na análise de livros e artigos científicos sobre o tema, além da jurisprudência.

A pesquisa é qualitativa quanto a abordagem: trata-se de um tema que não pode ser quantificado. Utilizou-se de um método dedutivo: a partir da doutrina, jurisprudência e legislação serão analisados os entendimentos oscilantes do STF, ao longo desses anos, a respeito da execução provisória, identificando as consequências jurídico-sociais desses entendimentos e sua compatibilidade com a CRFB/88 e a legislação infraconstitucional.

Assim sendo, tem-se como principal objetivo realizar uma análise e leitura crítica acerca dos argumentos oscilantes proferidos, ao longo dos anos, por alguns Ministros do STF ao reconhecerem a execução provisória da pena, atualmente, como instituto que pode ser aplicado no ordenamento jurídico processual brasileiro.

Tem-se como objetivos específicos: discutir o conflito entre o princípio da presunção de inocência e da efetividade da norma penal; analisar as diferenças entre o princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade; abordar determinadas consequências do atual entendimento do STF para a sociedade e para o ordenamento jurídico brasileiro como um todo ao considerar como constitucional a execução provisória da pena e verificar se os Ministros do STF estão proferindo ou criando o Direito, incidindo em um possível ativismo judicial e mutação (in)constitucional.

O presente trabalho estrutura-se em seis capítulos. O próximo capítulo trata sobre a presunção de inocência como direito fundamental, cláusula pétrea e princípio no ordenamento jurídico brasileiro. É abordado também se há realmente alguma diferença do princípio da presunção de inocência em relação ao princípio da não culpabilidade, bem como é demonstrado, de forma meramente ilustrativa, o princípio na legislação comparada em países como Estados Unidos da América (EUA), Espanha, Portugal, dentre outros, comparando como o princípio situa-se no Brasil.

No terceiro capítulo é trabalhada a evolução ou involução jurisprudencial do STF sobre a execução provisória da pena. Ademais, analisar-se-ão os argumentos proferidos por alguns Ministros em seus votos, além das possíveis incoerências do entendimento da Corte ao longo dos anos.

Em seguida, no quarto capítulo, será analisado de modo crítico a modificação jurisprudencial do STF, a exemplo dos argumentos contrários e favoráveis à execução provisória da pena, bem como a (in)constitucionalidade da execução provisória sob a égide da Lei de Execução Penal (LEP).

Além disso, no mencionado capítulo, será verificado se a Suprema Corte realizou mutação constitucional ou inconstitucional acerca da interpretação do artigo (art). 5º, inciso (inc.) LVII, CRFB/88, bem como se o referido tribunal ocorreu em ativismo judicial. Outros tópicos também serão explanados, a exemplo da interposição exacerbada do recurso extraordinário (RE) e do recurso especial (REsp), a ausência de efeito suspensivo desses recursos, bem como a (in)efetividade do direito penal e a duração razoável da persecução penal.

Serão analisados, igualmente, de maneira sucinta, os dispositivos legais da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica que positivam o princípio da presunção da inocência.

Por último, nas considerações finais, será realizado, de modo breve, um panorama geral acerca da temática, assim como uma solução que poderia ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de combater a impunidade e reacender a efetividade do sistema jurídico penal.

O presente trabalho, portanto, tem como fim apenas tecer algumas considerações dentre tantas que envolvem a temática da execução provisória da pena, sem, contudo, visar o esgotamento da matéria.

## 2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência remonta aos Escritos de Trajano do Direito de Roma.<sup>1</sup> Aquilo que se chama hoje de presunção de inocência valia apenas para patrícios e, mesmo assim, apenas durante o período republicano. O surgimento moderno da presunção de inocência se aproxima mais da Inglaterra Medieval, em um desenvolvimento que consolida-se a partir da Magna Carta.

Pelos idos de 1530, período que iniciou-se a Santa Inquisição, partia-se do princípio da culpabilidade do indiciado, ou seja, na dúvida se o indivíduo era considerado culpado ou inocente, o mesmo era condenado pelo Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício. Naquele tempo, um boato poderia levar um indivíduo ao Tribunal, podendo este ser considerado culpado mesmo com a insuficiência de provas.<sup>2</sup>

Após esse longo período obscuro da história, a presunção de inocência foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 através da Revolução Francesa. Todavia, esse princípio sempre prevaleceu para poucos indivíduos.<sup>3</sup>

Neste capítulo, será analisado o princípio da presunção de inocência como direito fundamental e cláusula pétrea; será abordado, de maneira meramente ilustrativa, como o princípio citado se comporta no Brasil e na legislação comparada e se o princípio da presunção de inocência, assim comumente denominado pela maioria dos doutrinadores, realmente configura-se como um princípio ou uma regra pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo a tratar os efeitos desta consideração.

Todavia, antes de iniciar o presente capítulo, é necessário ressaltar que as expressões "execução antecipada da pena" e "execução provisória da pena" serão utilizadas como sinônimas com o intuito de facilitar o presente estudo, já que o STF as utiliza com o mesmo sentido<sup>4</sup>. Todavia, estas não se confundem.

A execução antecipada consiste em uma autêntica antecipação do cumprimento da pena ainda que ausente o trânsito em julgado da sentença condenatória. Já a execução

---

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 225.

<sup>2</sup> LIMA, Lana Lage da Gama. O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é culpado. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44781999000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44781999000200002)>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>3</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Princípio da presunção de inocência é direito fundamental. **Consultor Jurídico**. 3 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-03/leonardo-yarochewsky-presuncao-inocencia-direito-universal>>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>4</sup> Após diversas análises dos julgamentos referentes aos HCs de ns. 68.726/DF (1991), 84.078-7/MG (2009), 126.292/SP (2016) e 152.752/PR (2018), ADCs 43 e 44, ARE 964.246, percebeu-se que o STF utiliza as expressões "execução provisória da pena" e "execução antecipada da pena" como sinônimas.



provisória da pena aplica-se no momento em que o réu é preso de maneira cautelar, a exemplo da prisão temporária ou preventiva.

## 2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL, CLÁUSULA PÉTREA E PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos fundamentais são os direitos básicos individuais, jurídicos, sociais e políticos previstos no ordenamento interno de determinado país. Diferenciam-se dos direitos humanos, já que estes estão positivados em normas de direito internacional, convenções e tratados.

Os direitos fundamentais são universais (dirigidos a todos os indivíduos de determinado Estado); em regra, são imprescritíveis e irrenunciáveis; fazem parte de um processo histórico; são inalienáveis e possuem aplicabilidade imediata.

Os direitos fundamentais não podem ser restringidos a ponto de serem esvaziados completamente. A essência do direito fundamental deve ser protegida e a atuação do legislador limitada de acordo com o princípio da proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, que encontra-se implícito na CRFB/88. Para o STF, o Poder Constituinte Reformador pode alterar um direito fundamental desde que não afete o seu núcleo essencial. Desse modo, os direitos fundamentais não são intangíveis.<sup>5</sup>

Não há uma regra na jurisprudência ou na doutrina que identifique o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Essa análise é realizada no caso concreto, utilizando-se o princípio da proporcionalidade ou da ponderação. Para parte da doutrina, o princípio da dignidade da pessoa humana configura-se como núcleo essencial dos direitos fundamentais.<sup>6</sup>

O núcleo essencial de um direito fundamental possui duas dimensões. No aspecto objetivo, o núcleo essencial consiste na não restrição deste direito de modo que não o torne sem sentido para os indivíduos. Já no âmbito subjetivo, o núcleo essencial consiste em proteger o direito como uma posição pessoal, pois "a proteção do conteúdo essencial parte do indivíduo".<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> FRÓS, Carla Carrion. Direitos Fundamentais. Restrições. Preservação do Núcleo Essencial. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 76, p. 14-16, jan. 2015 - abr. 2015. Disponível em: <[http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1472579382.pdf](http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472579382.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>7</sup> BONATO, Ariadne Nascimento da Silveira; MELO, Juliana Andrea de Mendes Hey. Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais: Absoluto ou Relativo? **CONPEDI**, Florianópolis, p.6, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/tzfal2an/ml8w0O78FaLj60i6.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Uma lei infraconstitucional, portanto, não pode restringir um direito a ponto de esvaziar a sua essência, sendo que essa deve ser verificada no caso concreto.

Por conta dessa averiguação, convém explicar, de maneira ilustrativa, que a norma jurídica possui a seguinte estrutura, conforme a visão de Virgílio Afonso da Silva: o suporte fático abstrato (hipótese) e o suporte fático concreto (a consequência, ou seja, o evento ocorrido no mundo concreto).<sup>8</sup>

Em se tratando de suporte fático amplo, Silva compreende que é imprescindível determinar o que é protegido *prima facie*. Segundo o autor, os direitos *prima facie* estão protegidos integralmente pela norma de direito fundamental. Todavia, isso não significa que tais direitos são absolutos, podendo ser restringidos.<sup>9</sup>

O princípio da presunção de inocência, por sua vez, juntamente com os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal asseguram a efetividade dos direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico.

O devido processo legal, previsto no art. 5º, inc. LIV, CRFB/88<sup>10</sup>, significa que os direitos dos indivíduos não são assegurados apenas pela mera aplicação da lei, mas por meio da instauração de um processo antes de ser restringido qualquer direito.<sup>11</sup>

O devido processo legal garante ao réu um julgamento em conformidade com a lei, assegurando e servindo de meio para que os direitos, garantias e princípios previstos na CRFB/88 sejam efetivados, a exemplo do princípio da presunção de inocência e do juiz natural.

O princípio do juiz natural consiste "no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal".<sup>12</sup>

A ampla defesa e o contraditório são os pilares do devido processo legal.<sup>13</sup> O primeiro assegura que o réu, no processo, possua condições de exteriorizar os elementos que

---

<sup>8</sup> SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 6, p. 68, jun./dez. 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6136509.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

<sup>9</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 110.

<sup>10</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>11</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. Conceito de devido processo legal anda esquecido nos últimos tempos. **Consultor Jurídico**, 27 set. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-27/lewandowski-conceito-devido-processo-legal-anda-esquecido>>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>12</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

esclareçam os fatos ou até mesmo que permaneça calado. Já o contraditório significa que todo ato produzido pela parte acusatória cabe direito de oposição por parte da defesa.<sup>14</sup>

O devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, bem como o princípio do juiz natural não são o foco da presente pesquisa, apenas relacionam-se com o princípio da presunção de inocência, como se depreende de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu art. 11, n. 1: "Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".<sup>15</sup>

No presente trabalho, não se tentará classificar a presunção de inocência em direito fundamental ou garantia, até mesmo porque isto não é essencial, já que no Brasil dispõem do mesmo regime jurídico.<sup>16</sup>

Impende destacar que, para parte da doutrina, a exemplo do Min. Barroso<sup>17</sup>, a presunção de inocência é considerada princípio. Enquanto que, para outra parte, a exemplo do Min. Fux<sup>18</sup>, é considerada regra. Muitos, ainda, sem perceber, utilizam o rótulo "princípio" não por conta de uma estrutura principiológica, mas em razão da importância da norma para o ordenamento.

Nesta pesquisa, a presunção de inocência é considerada como norma-princípio. Assim sendo, é necessário explicar os conceitos de norma-princípio, norma-regra e mandato de otimização.

---

<sup>13</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

BRASIL., op. cit.

<sup>14</sup> LIMA, Adriano Gouveia; CAMARGO, Talita Mendes. O princípio constitucional da ampla defesa e sua aplicação no processo penal. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, n.1553. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4704/o-principio-constitucional-ampla-defesa-aplicacao-processo-penal>>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>15</sup> NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>16</sup> "No texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito".

BARBOSA, Ruy. **República, teoria e prática**: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópolis-Brasília: Vozes-Câmara dos Deputados, 1978. p. 121-124.

<sup>17</sup> O Min. Barroso afirmou que a presunção de inocência é um princípio no julgamento das ADCs 43 e 44.

<sup>18</sup> O Min. Luiz Fux afirmou que a presunção de inocência é considerada uma norma-regra no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, quando da análise da Lei da Ficha Limpa.

De acordo com Ronald Dworkin, as regras se diferenciam dos princípios, já que aquelas valem ou não, são aplicáveis ou não. Já os princípios não possuem problemas de validade, apenas de peso: aquele princípio que tiver maior peso prevalece sobre aquele de menor peso em determinado caso concreto, todavia, esse continua valendo no ordenamento jurídico.<sup>19</sup>

Alexy parte de um pressuposto semelhante ao de Dworkin em relação a que princípios e regras possuem uma diferença qualitativa e não de grau. Conforme o autor, princípios são normas que estabelecem que "algo deve ser realizado na maior medida possível", de acordo com as hipóteses fáticas e jurídicas do caso concreto, além de expressar deveres e direitos *prima facie*. Assim, são denominados mandamentos ou mandatos de otimização. Já as regras expressam deveres e direitos definitivos, sendo realizado aquilo que foi prescrito. A colisão entre princípios, por sua vez, é resolvida por meio de um sopesamento.<sup>20</sup>

A presunção de inocência é norma-princípio e não norma-regra, já que não prescreve condutas, e, sim, fins, estados e ideias a serem alcançados. A presunção de inocência é um mandamento de otimização ou um princípio *prima facie*: a norma será cumprida na maior eficácia possível, de acordo com as condições jurídicas e fáticas do caso concreto.

Com fins de ilustrar a justificativa da presunção de inocência ser considerada um princípio, segue o seguinte exemplo. No momento, em que ocorre a prisão temporária de determinado indivíduo, quando há indícios de que, sem ela, as diligências policiais serão mal sucedidas, porque o indiciado poderá coagir testemunhas, ocorre o sopesamento entre a presunção de inocência e a elucidação de um crime, prevalecendo esse último. Todavia, o direito à presunção de inocência não é totalmente excluído: no momento em que as investigações forem finalizadas, o indivíduo poderá ser posto em liberdade, exceto se a prisão temporária for convertida em preventiva.

O Ministro Luiz Fux, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4578 com o intuito de analisar a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº35/2010) cometeu um erro crasso ao afirmar que a presunção de inocência é uma norma-regra:

(...) A presunção de inocência consagrada no artigo 5º, LVII da Constituição deve ser reconhecida, segundo lição de Humberto Ávila (...), como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial de proibir a imposição de

---

<sup>19</sup> SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.1, p. 610, jan./jun. 2003. Disponível em: <[https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios\\_e\\_regras.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>20</sup> *Ibidem*. p. 610-611.

penalidade ou de efeitos da condenação penal até que transitada em julgado decisão penal condenatória. *Concessa venia*, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo.<sup>21</sup>

As regras, portanto, são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada: ou a regra é válida ou não, já que instituem obrigações absolutas. "O conflito entre regras é um conflito necessariamente abstrato, e (...) quando duas regras entram em conflito deve-se declarar a invalidade de uma delas ou abrir uma exceção".<sup>22</sup>

Os princípios, por sua vez, instituem obrigações *prima facie*, são mandamentos ou deveres de otimização aplicáveis em variados graus, de acordo com as possibilidades fáticas e normativas; fáticas, pois o conteúdo dos princípios só será determinado perante os fatos e o caso concreto. "Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos".<sup>23</sup>

A partir do momento em que um princípio colide com outro, um recebe prevalência em detrimento daquele, que, não será totalmente excluído. Exigem, portanto, sua realização na maior medida do possível ou na medida necessária. Por isso, são chamados de mandamentos ou deveres de otimização. Além disso, os princípios possuem um grau de generalidade maior em comparação às regras.

Não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com normas a serem "sempre satisfeitas ou insatisfeitas", numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (*all ou nothing*), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal (...), toda e qualquer investigação (criminal ou administrativa) realizada pelo poder público.

Por outro lado, verifica-se a (constante) interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime.<sup>24</sup>

A presunção de inocência, além de ser considerada como princípio, é concebida como um direito fundamental e garantia no ordenamento jurídico brasileiro. É válido ressaltar que os direitos fundamentais embora sejam inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis, históricos,

---

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 29. ADC 30. ADI 4578**. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 de junho de 2012. DJe. p. 11. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADC\\_29ADC\\_30ADI\\_4578.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>22</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 54.

<sup>23</sup> Ibidem. p. 71.

<sup>24</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: Escola de Administração Judiciária. TJDF, 2015. p.65. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 30 out. 2018.

aplicados de maneira imediata, eles não são absolutos, muito menos ilimitados, conseqüentemente podem ser relativizados e restringidos quando colidem com outros direitos fundamentais em determinado caso concreto, desde que os direitos convivam de maneira harmônica no ordenamento jurídico.

Além de poderem ser restringidos quando colidem com outros direitos fundamentais, os mesmos podem ser restringidos de modo direto, pela própria Constituição, ou de modo indireto, estabelecido por lei através de uma reserva legal simples ou qualificada.

A presunção de inocência, por exemplo, para parte da comunidade jurídica, pode ser mitigada no momento em que um indivíduo é investigado pela autoridade competente em procedimento próprio, é denunciado e figura como réu em ação penal. Todavia, muitos discordam desta compreensão. Vários doutrinadores defendem que a presunção de inocência não se altera, com o decorrer do processo, até que a decisão ou sentença transite em julgado.<sup>25</sup>

A presunção de inocência, de acordo com a legislação infraconstitucional, é relativizada quando ocorre a prisão temporária ou preventiva do indivíduo, bem como da prisão em flagrante.<sup>26</sup> E, nesses casos, o indivíduo não tem sua condição de inocente violada.

---

<sup>25</sup> O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, na ADC 43, defende que o réu não deve ser tratado da mesma maneira no transcurso do processo, pois conforme o processo transcorre, a prova da culpa resta demonstrada. Assim sendo, a lei poderá impor tratamento diferente.

Já o Min. Celso de Mello, em seu voto, no referido ADC, discorda totalmente do Min. Gilmar Mendes. Sustenta que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente à medida que se sucedem os graus de jurisdição. O estado de inocência só deixará de subsistir com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

<sup>26</sup> A prisão temporária tem como finalidade o acautelamento das investigações do inquérito policial, jamais pode ser aplicada quando instaurada a ação penal. O prazo máximo desta prisão é de cinco dias, prorrogável apenas uma única vez, caso haja extrema necessidade. Todavia, se o crime é hediondo ou equiparado, o prazo são 30 dias, prorrogável apenas uma vez. É entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência que deve haver sempre a conjugação do art. 1, inc. III (fumus comissi delicti), da Lei 7.960/1989 com o inc. I ou II, do referido art.

A prisão em flagrante, por sua vez, impede a consumação do delito se a infração está sendo praticada naquele momento, conforme art. 302, I, CPP; quando a infração acabou de ser praticada, de acordo com o inciso II deste art. ou após a prática houve perseguição, segundo inciso III deste art. ou o encontro presumido do autor (art. 302, IV, CPP). É importante dizer que qualquer pessoa do povo pode realizar esse tipo de prisão. Esta pode ser convertida em prisão preventiva ou outra medida cautelar, diversa da prisão (art. 310, II, CPP).

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 553-555/561-562.

Já a prisão preventiva, conceitua-se de acordo com o art. 312, CPP:

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). (Vide ADIN nº 5.526)

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). (Vide ADIN nº 5.526)

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

No presente trabalho, a grande questão é a colisão, que parte da comunidade jurídica afirma existir entre o princípio da presunção de inocência face ao princípio da efetividade do sistema penal.

(...) As pessoas não possuem propriamente o *direito*, mas apenas um *interesse* em ver o réu preso antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A ponderação realizada pelo STF entre presunção de inocência e eficiência do sistema foi (...) equivocada (...).<sup>27</sup>

(...) A eficiência jurisdicional não é um princípio, aproximando-se mais de uma diretriz política. Por fim, mesmo que essa ponderação fosse admissível, o princípio da presunção deveria ter prevalecido em sua plenitude, já que os tribunais devem tomar decisões com base em argumentos de princípio, garantindo o direito do réu independentemente do temor social que isso viesse a causar.<sup>28</sup>

O cidadão tem o direito de ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Relativizar o princípio da presunção de inocência em face da efetividade do sistema penal é uma afronta ao princípio da isonomia, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana consagrados na Constituição Cidadã, bases de um Estado Democrático de Direito, já que os dois princípios seguem em um mesmo sentido, não se contrapõem.

O princípio da eficiência está intrinsecamente interligado com o princípio da razoável duração do processo. Um processo penal eficiente não significa ser um processo célere de modo que as garantias e direitos fundamentais do indivíduo sejam maculados, a exemplo do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Um processo penal eficiente significa um processo em que impera o respeito a razoável duração do processo de modo que os atos processuais não se eternizem.

Os argumentos utilizados para que seja afastada a presunção de inocência face a efetividade do sistema penal é que há um quadro de impunidade no Brasil, assim como um descrédito da sociedade no sistema judiciário por ser moroso e o aumento da criminalidade.

A violação de um direito fundamental previsto na Constituição Cidadã, qual seja a presunção de inocência não pode ceder frente ao inconformismo de alguns em relação à fatores externos, como a falta de racionalização e simplificação do processo que, por sua vez, deve ser mais rápido, mais oralizado e menos sacramental.

---

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.562 apud FERREIRA, Luísa Rodrigues. **Execução Provisória da Pena**: análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin. 2016. 71f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2016. p.58. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016\\_LuisaRodriguesFerreira\\_tcc.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016_LuisaRodriguesFerreira_tcc.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>28</sup> FERREIRA, Luísa Rodrigues. **Execução Provisória da Pena**: análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin. 2016. 71f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2016. p.59. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016\\_LuisaRodriguesFerreira\\_tcc.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016_LuisaRodriguesFerreira_tcc.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Sabe-se que há um déficit de servidores públicos, juízes, promotores de justiça, defensores públicos, além das condições precárias nos presídios. Todavia, a ampliação pura e simples do Judiciário, se não for acompanhada de qualquer outra medida, acaba valendo como um incentivo a litigar.

A solução para esses problemas que afligem o país não é a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado com o intuito de reduzir os quadros de impunidade no país. Mas, sim, uma reforma no sistema penal em que verifique a conveniência dos recursos que são interpostos de maneira desenfreada.

Outra saída seria simplificar o processo, tornando-o menos ritualístico, mais concentrado e mais oralizado, como o Chile fez com o seu sistema processual penal. Repensar a fase inquisitorial, para, ao menos em alguns casos, a exemplo do tráfico de drogas, colher desde logo a prova em contraditório, tornando desnecessária a repetição dos atos instrutórios em juízo, proporcionaria uma maior efetividade ao sistema judiciário, reduzindo a morosidade deste.<sup>29</sup>

Grande parte do processo é oral e não escrito no Chile. As provas são produzidas durante as audiências. Além disso, as funções do processo estão bem divididas entre judiciário, defesa e acusação, característica marcante do sistema acusatório, tornando o processo célere sem que isso repercuta de forma negativa no devido processo legal, na ampla defesa e no contraditório.<sup>30</sup>

O sistema penal chileno é acusatório, enquanto o sistema brasileiro, de acordo com Aury Lopes Jr., é misto: na fase pré-processual predomina o sistema inquisitório e na processual, o acusatório.<sup>31</sup>

Todavia, no Brasil, na prática, a fase processual não é totalmente acusatória. O papel do Judiciário é controverso no país. Muitas vezes, por exemplo, o magistrado realiza o papel de promotor de justiça ao invés de quedar-se inerte na busca por provas.

O sistema inquisitório consiste na acumulação de funções por parte do magistrado, não sendo adotada por este uma postura imparcial, já que ele mesmo busca a prova e julga com base na prova que produziu.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu; RIBEIRO, Bernardo Barrozo; CRUZ, Ivna Mauro. O Princípio do Contraditório no Inquérito Policial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VIII, n. 10, p. 367, junho 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2921/MargaridaMaria.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>30</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. O que temos que aprender com o Chile. **Empório do Direito**. 04 jul. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-que-temos-que-aprender-com-o-chile>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>31</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p.41.



Já no sistema acusatório há uma "clara distinção entre as atividades de acusar e julgar", o juiz é um terceiro imparcial e "passivo no que se refere à coleta da prova". O procedimento é, em regra, oral, de modo a atender a segurança jurídica da coisa julgada.<sup>33</sup>

O sistema multiportas aplicado no processo penal, em determinados casos, a exemplo da difamação, injúria e calúnia, seria também uma opção para tornar mais célere o processo, além de estimular os métodos consensuais, reduzindo a excessiva litigiosidade que encontra-se no âmago social.<sup>34</sup>

O sistema multiportas, trazido ao ordenamento jurídico brasileiro pelo CPC/15, consiste em medidas autocompositivas alternativas de resolução consensual dos conflitos, através da conciliação e mediação, por exemplo, as quais devem ser promovidos pelos operadores do Direito.<sup>35</sup>

A maioria das partes em uma relação jurídica processual enxerga o Poder Judiciário como um órgão capaz de resolver todos os seus problemas sem nem mesmo tentar solucionar entre si mesmas a questão, o que colabora para o congestionamento do Judiciário, que, encontra-se abarrotado de processos, contribuindo, em parte para a sua ineficácia.

Portanto, não pode o STF, órgão do Poder Judiciário e aplicador das leis, violar um direito fundamental previsto na CRFB/88, atuando de forma ativista. Até mesmo o legislador infraconstitucional, não poderia consagrar a execução provisória, já que a presunção de inocência é considerada um direito fundamental e uma cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 5º, inc. LVII, CRFB/88 adveio do Poder Constituinte Originário e este não pode ser modificado pelo Poder Constituinte Reformador de modo que seja mitigado em detrimento da busca a qualquer custo por uma condenação imediata do indiciado.

Como visto, direitos fundamentais podem, sim, sofrer determinados tipos de restrições por lei, se houver (e em conformidade com) a reserva legal, que, consiste na autorização constitucional, explícita ou implícita, para a limitação de um direito fundamental.

---

<sup>32</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p.41-42.

<sup>33</sup> *Ibidem*. p. 43.

<sup>34</sup> Especialista aborda benefícios da adoção de um sistema multiportas na Justiça. **Migalhas**. 31 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI284765,91041-Especialista+aborda+beneficios+da+adocao+de+um+sistema+multiportas+de>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

<sup>35</sup> FERNANDES, Sônia Caetano. O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil - Câmaras de mediação e conciliação. **Migalhas**. 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

No presente caso, percebe-se que o dispositivo constitucional acerca da presunção de inocência admite ser mitigado apenas quando diz respeito aos casos em que devem ser aplicados a prisão preventiva, em flagrante ou temporária.

Isto se deve ao fato de que há previsão legal nos arts. 302 e 312 do CPP, respectivamente, em relação à prisão em flagrante e a prisão preventiva, bem como no art. 1, da Lei 7960/89 em relação à prisão temporária, possibilitando a relativização da presunção de inocência. Entretanto, não há nenhuma previsão por parte do legislador constitucional ou infraconstitucional que admita a mitigação desse princípio face à efetividade do sistema penal.

Percebe-se que há uma reserva legal tácita ou indireta em relação à esses três tipos de prisão citados. É tácita, pois a CRFB/88 não utiliza a expressão "nos termos da lei" ou outra semelhante para condicionar o exercício do direito fundamental à presunção de inocência. Mas, de acordo com o art. 5º, inc. LVII, CRFB/88, verifica-se ser imprescindível que "uma lei intervenha para fixar as condições de exercício do direito e evitar conflitos".<sup>36</sup>

Mesmo com a existência da reserva legal tácita, o legislador infraconstitucional pode aplicar a teoria do "direito constitucional de colisão ou colidente", pois não é possível a existência de um direito fundamental ilimitado.<sup>37</sup>

Tramita, por exemplo, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) nº 4577/2016 de autoria do deputado Wadih Damous (PT/RJ) com o objetivo de assegurar a presunção de inocência, propondo que "os recursos extraordinário e especial suspendam a eficácia da decisão condenatória e impeçam a execução provisória da pena".<sup>38</sup>

Entretanto, há projetos de lei em outro sentido, como o PL nº 166/2018 de autoria do senador Lasier Martins (PSD-RS) para alterar o art. 283 do CPP, determinando que o denunciado poderá cumprir a pena resultante da condenação em segundo grau. Segundo o senador, o atual art. 283 do CPP está em dissonância com o disposto no art. 5º, inc. LVII e LXI, CRFB/88.<sup>39</sup> Conforme justificativa desse PL:

---

<sup>36</sup> MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 154-155.

<sup>37</sup> Ibidem. p. 163-164.

<sup>38</sup> DAMOUS, Wadih. **Projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 4577, de 2016**. Altera o art. 27, §2º da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal e o art. 637 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. (Propõe que os recursos extraordinário e especial suspendam a eficácia de decisão condenatória e impeçam a execução provisória da pena). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078412>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>39</sup> MARTINS, Lasier. **Projeto de lei do Senado Federal nº 166, de 2018**. Altera o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7715635&disposition=inline>>. Acesso em: 01 out. 2018.

Há na situação em análise dois valores constitucionais a serem sopesados: de um lado, a presunção de não culpabilidade do réu; de outro a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade dos brasileiros em geral, que restariam ameaçadas pela permanência em circulação de criminosos já condenados pelas instâncias ordinárias, foros naturais da comprovação da materialidade (existência) dos crimes praticados e de sua autoria pelos condenados.

(...) Ampliar tal presunção ao ponto de vedar a prisão antes do trânsito em julgado seria proibir até mesmo as prisões cautelares, muitas vezes necessárias ao inquérito policial e à instrução criminal, bem como a própria investigação da culpabilidade.<sup>40</sup>

Há, ainda, o PL do Senado n° 402, de 2015 de autoria dos senadores Roberto Requião (MDB/PR), Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP), Álvaro Dias (PSDB/PR), Ricardo Ferraço (MDB/ES) e outros que altera o CPP com o objetivo de:

Viabilizar a decretação da prisão para crimes graves a partir do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeito a recurso, revogar o §4° no art. 600 do Código de Processo Penal, que permite ao Apelante apresentar suas razões de apelação diretamente na instância recursal, reduzir o cabimento dos embargos infringentes e possibilitar a imposição de multa pela interposição de embargos de declaração protelatórios.<sup>41</sup>

Por fim, o PL n° 5.832/2016 do deputado Moses Rodrigues acrescenta o art. 617-A ao CPP com o intuito de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, já que, segundo este "há, no sistema processual penal, um grande número de recursos, o que impede a execução da pena, fazendo com que a sociedade brasileira experimente uma constante sensação de impunidade."<sup>42</sup>

Nas pesquisas realizadas ao longo deste trabalho, verifica-se que há mais PLs que tramitam no Congresso Nacional (CN) para o indivíduo ter a sua liberdade executada de maneira provisória em detrimento de apenas um projeto que assegura a condenação após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Percebe-se que o legislador

<sup>40</sup> MARTINS, Lasier. **Projeto de lei do Senado Federal n° 166, de 2018**. Altera o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7715635&disposition=inline>>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>41</sup> REQUIÃO, Roberto; FERREIRA, Aloysio Nunes. et al. **Projeto de lei do Senado Federal n° 402, de 2015**. Altera dispositivos do Decreto-lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1942 - Código de Processo Penal, relativos aos recursos. (Altera o Código de Processo Penal para viabilizar a decretação da prisão para crimes graves a partir do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeito a recurso, revogar o §4° no art. 600 do Código de Processo Penal, que permite ao Apelante apresentar suas razões de apelação diretamente na instância recursal, reduzir o cabimento dos embargos infringentes e possibilitar a imposição de multa pela interposição de embargos de declaração protelatórios). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121995>>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>42</sup> RODRIGUES, Moses. **Projeto de lei da Câmara dos Deputados n° 5832, de 2016**. Acrescenta o art. 617-A ao Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2091903>>. Acesso em: 01 out. 2018.

infraconstitucional produz leis, visando agradar a sociedade através da produção do sentimento de tranquilidade e paz social.

É válido ressaltar que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória significa que a sentença é definitiva: não pode ser modificada por não caber mais recurso ou porque transcorreu o prazo para interposição de eventuais recursos.

É preciso dizer que o princípio da presunção de inocência não refere-se apenas ao âmbito da sentença penal condenatória. O STF decidiu que também se incluem no âmbito da presunção de inocência os processos cíveis e administrativos.

**EMENTA: POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS (PM/DF). CABO PM. NÃO CONVOCAÇÃO PARA PARTICIPAR DESSE CURSO, PELO FATO DE EXISTIR, CONTRA REFERIDO POLICIAL MILITAR, PROCEDIMENTO PENAL EM FASE DE TRAMITAÇÃO JUDICIAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO. IMPOSSIBILIDADE. TRANSGRESSÃO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.**

- A recusa administrativa de inscrição em Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar, **motivada**, unicamente, **pelo fato** de haver sido instaurado, contra o candidato, procedimento penal, **inexistindo**, contudo, condenação criminal **transitada** em julgado, **transgride**, de modo direto, a **presunção constitucional** de inocência, consagrada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República.

**Precedentes.**

- O **postulado constitucional da presunção de inocência impede** que o Poder Público **trate, como se culpado fosse, aquele** que ainda **não** sofreu condenação penal **irrecorrível**. **Precedentes.**<sup>43</sup> (grifo do autor)

A presunção de inocência, portanto, garante um julgamento justo, com ampla defesa e contraditório, sendo considerado como um direito fundamental, cláusula pétrea e princípio no ordenamento jurídico brasileiro, já que o texto constitucional é objetivo e enfático ao dizer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

O princípio da presunção da inocência, positivado, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5º, inc. LVII, CRFB/88 foi inspirado no art. 27.2 da Constituição Italiana: "O imputado não é considerado culpado senão até a condenação definitiva".<sup>44</sup> O

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 565.519/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Recorrente: DF. Recorrido: Carlos Wilson Alves. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 13 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565519.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

<sup>44</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. p. 32. No original: "*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*".

constituente da CRFB/88 utilizou a expressão "ninguém será culpado" ao invés de "todos serão considerados inocentes". Desse modo, surgiram diversos debates doutrinários e hermenêuticos a respeito da questão.

As expressões "presunção de inocência" e "não culpabilidade" não são adotadas como sinônimas nesta pesquisa. As mesmas também não foram consideradas como sinônimas entre as Escolas Penais italianas do século XIX e XX, as chamadas Escola Clássica, tendo como principais expoentes: Carmignani, Carrara e Beccaria; Escola Positiva, sendo os principais representantes: Garofalo e Ferri; e pela Escola Técnico-Jurídica com os irmãos Arturo Rocco, Alfredo e Vincenzo Manzini, esta ramo da Escola Positivista.

Segundo a Escola Positiva, a presunção de inocência limitava-se ao momento anterior a denúncia, não estava presente na dinâmica do processo penal, diferentemente do que Carrara, expoente da Escola Clássica, considerava. Para este, a presunção de inocência estava presente no am do processo penal.<sup>45</sup>

(...) Com o crescimento do nacional-socialismo na Itália e incremento da população urbana e, como consequência, o aumento da criminalidade, a presunção de inocência passou a ser questionada abertamente pela Escola Técnico-Jurídica, a qual rejeitou essa designação (e os efeitos dela decorrentes) para os acusados de praticarem crimes. Para os partidários dessa corrente positivista (...) a finalidade ou escopo do processo penal era a realização da pretensão punitiva derivada da ocorrência de um crime a ser exercida pelo Estado. Nessa óptica, haveria um interesse público que se sobressaía aos interesses de liberdade do imputado. Afinal, concebia-se que também a liberdade era um direito social não individual, na medida em que tal direito era concedido pelo Estado.

Por conseguinte, (...), buscava-se a prova para condenação e apenas quando esta não era conseguida é que prevalecia o interesse do imputado à liberdade (...), mas, ainda assim, não se declarava sua inocência.

Em suma, iniciada a ação penal, não cabia mais falar em inocência, mas apenas em culpado e não culpado. A pessoa imputada não seria, em qualquer hipótese, inocente, pois afinal perdeu tal *status* ao ser denunciado.<sup>46</sup>

Desse modo, o pensamento da Escola Técnico-Jurídica influenciou o Código de Processo Penal Italiano de 1931 (*Codice Rocco*) que, por conseguinte, influenciou o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.<sup>47</sup> A raiz ideológica do CPP é o sistema inquisitório<sup>48</sup>, já que concentra a gestão das provas nas mãos do julgador. O sistema penal brasileiro,

<sup>45</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. p. 57.

<sup>46</sup> *Ibidem*. p. 57-58.

<sup>47</sup> *Ibidem*. p. 58.

<sup>48</sup> As principais características do sistema inquisitório são: a parcialidade do magistrado, atuando até mesmo sem a provocação das partes; a inexistência do contraditório de maneira plena e a ausência da separação das funções de julgar e acusar. Já o sistema penal acusatório caracteriza-se por uma separação dessas últimas atividades citadas, bem como no tratamento igualitário das partes no processo, a plena publicidade deste e, em regra, é oral. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. Saraiva: São Paulo. 2016. p. 43.

atualmente, em tese, como já dito anteriormente, é misto "(predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual)".<sup>49</sup>

Insta salientar que o STF utiliza como sinônimas as expressões "presunção de inocência"<sup>50</sup> e "presunção de culpabilidade"<sup>51</sup> em diversos julgados.

Todavia, até os dias atuais, parte da doutrina brasileira não adota como expressões sinônimas o princípio da presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade. Para esta parcela, o que poderia ser presumida não é a inocência do indiciado e sim a sua não culpabilidade quando já instaurada uma ação penal.<sup>52</sup>

Outros entendem que a terminologia "não culpabilidade" deveria ser adotada ao invés de "presunção de inocência" devido ao fato de que a CRFB/88, em seu art. 5º, inc. LVII positiva que "ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (**grifo nosso**)<sup>53</sup>

Ou seja, para essa parcela, a CRFB/88 não presume a inocência do indiciado, porém declara que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, garantindo-lhe o direito de provar em juízo não possuir a culpa que lhe foi imputada. O Ministro Celso de Mello, por exemplo, já votou em sentido contrário, em 2010, na Ação Cautelar (AC) 2763/RO<sup>54</sup>:

O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente.

Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.<sup>55</sup>

Contraopondo essa opinião, Badaró afirma que:

<sup>49</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. Saraiva: São Paulo. 2016. p. 41.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC ns. 110235, 105750, 93427, 93315, 89503 e 71289.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC ns. 80.719 e RHC 100.913.

<sup>52</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em face da Constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

<sup>53</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>54</sup> Trata-se de Ação Cautelar em que o ex-deputado federal Natan Donadon (PMDB/RO) pleiteava que o registro da sua candidatura fosse considerado válido, garantindo a sua diplomação com o objetivo de voltar a ocupar o seu cargo na Câmara dos Deputados.

<sup>55</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.4. p.85-91 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar 2.763 Rondônia**. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2010. DJe. p.8. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Liminar\\_AC2763.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Liminar_AC2763.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2018.

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões 'inocente' e 'não culpável' constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apertar ambas as ideias, se é que isso é possível, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.<sup>56</sup>

"Com efeito, a opção pela terminologia da 'não culpabilidade' em detrimento da terminologia da 'inocência' importa em reforçar, de forma eloquente, que a culpa do acusado é que é objeto de prova no processo penal, jamais sua inocência".<sup>57</sup>

Do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, extraem-se duas regras: o acusado não pode ser condenado até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e se não há justa causa (elementos suficientes de autoria e materialidade do crime), o réu deve ser absolvido, prevalecendo o princípio do *in dubio pro reo*. Assim sendo, ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário.

Assim sendo, não existe "meia" culpa: aquele indivíduo não é mais culpado ou menos culpado, ou ele é inocente ou é culpado. "Não há espaço para interpretações que pretendam atribuir graus de culpabilidade ou de inocência ao cidadão. O texto constitucional não deu margens a essas inferências criativas".<sup>58</sup>

O acusado, por sua vez, pode apenas negar os fatos que a ele são imputados, não sendo admitida a inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro. Todavia, se quiser provar o fato, possui esse direito. O réu também possui o direito de permanecer em silêncio no curso das investigações e do processo judicial em que figura, conforme parágrafo único do art. 186 do CPP: "o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa".<sup>59</sup>

É extremamente importante ressaltar que, com a ascensão da mídia e principalmente das redes sociais, em que a grande maioria dos telespectadores realizam juízos de valor a todo momento, o princípio da presunção de inocência não deve ser aplicado apenas no campo

---

<sup>56</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.16.

<sup>57</sup> CARVALHO NETTO, Menelick; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. Parecer. **Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal**. Faculdade de Direito da UnB, 15 de junho de 2016. p. 34. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/6/art20160627-09.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2018.

<sup>58</sup> CARVALHO FILHO, Jacob Fortes de. **A execução antecipada da pena em face do princípio da presunção de inocência**. 2017. 113f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) - Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2017. p.17. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2374>>. Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>59</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Dell3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Dell3689.htm)>. Acesso em: 01 maio 2018.

processual, mas também fora desta esfera, protegendo o acusado de condenações feitas pela população, bem como calúnias, difamações, dentre outros tipos de práticas realizadas no cotidiano.

Aury Lopes Jr., por sua vez, em seu livro "Direito Processual Penal" aponta três vertentes do princípio da presunção de inocência pela ótica do doutrinador Vegas Torres:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual);
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculado à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga de acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.<sup>60</sup>

Em suma, essa divergência doutrinária entre as expressões "presunção de inocência" e "não culpabilidade" permeia, até os dias atuais, na dinâmica processual penal brasileira. Analisar se alguém é considerado inocente é diferente de verificar se este é considerado ou não culpado, já que não ser culpado não significa necessariamente ser considerado inocente.

A fins de exemplificação, muitas vezes, determinado indivíduo não é considerado culpado por falta de provas, desse modo, ele também não pode ser considerado inocente. Logo, se não é certa a culpa, também não o é a inocência.

### 2.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL

A partir da CRFB/88, mais conhecida como Constituição Cidadã, o princípio da presunção de inocência encontra-se expresso no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez.

A CRFB/88 foi confeccionada por uma Assembleia Constituinte. Todavia, antes da Assembleia Constituinte ter seus trabalhos iniciados, o governo federal através do Decreto nº 91450 de 18 de julho de 1985, criou uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais que tinha o intuito de criar um anteprojeto da Constituição. Esse foi apresentado em 24 de novembro de 1986 por cinquenta indivíduos que compunham a referida comissão<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> VEGAS TORRES, Jaime. Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal, p. 35 et seq. apud LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>61</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: Escola de Administração Judiciária. TJDF, 2011.



No anteprojeto denominado de Afonso Arinos, já estava previsto o princípio da presunção de inocência no art. 43, §7º: "presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa".<sup>62</sup> Contudo, o anteprojeto foi arquivado pelo Ministério da Justiça.

Em 01 de fevereiro de 1987, a Assembleia Constituinte iniciou seus trabalhos com oito comissões temáticas e mais uma comissão de sistematização. O Constituinte Darcy Pozza, relator (Rel.) da Subcomissão de "Direitos e Garantias Individuais" que pertencia a Comissão "Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher", inseriu em artigo a ser futuramente numerado no Capítulo de Direitos e Garantias Individuais, o inc. XXXIII, §10º: "considera-se inocente todo cidadão até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".<sup>63</sup>

Em 25 de maio de 1987, o termo "penal" do mencionado texto foi retirado através da Emenda nº 100.315, alterada pelo Constituinte Delio Braz com o objetivo de tornar mais extensiva a aplicação do princípio da presunção de inocência a diversas searas, não somente ao âmbito penal.<sup>64</sup>

José Ignácio Ferreira, por sua vez, sugeriu que o texto fosse alterado da seguinte maneira: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", correspondendo ao atual texto da Constituição Federal de 1988.<sup>65</sup>

De acordo com Barbagalo:

(...) não houve um debate adequado sobre a presunção de inocência constitucional. As emendas foram apresentadas sem qualquer referencial ou prognóstico jurídicos, as justificativas formais e as aprovações lacônicas. Os debates, quando ocorreram, foram igualmente superficiais e descompromissados. Pode-se dizer que o texto do art. 5º, inc. LVII da Constituição reflete tais incoerências. Afinal, qual a exata compreensão daquele: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória?"<sup>66</sup>

---

2015. p.49. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>62</sup> BRASIL. **Anteprojeto Constitucional Afonso Arinos**. Setembro 1986. Diário Oficial. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2018.

<sup>63</sup> BRASIL. AnteProjeto do Relator da SubComissão da Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte Fase A. Documento disponível em <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2018 apud BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: Escola de Administração Judiciária. TJDF, 2015. p.51. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>66</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini., op. cit., p.52.

É com essa pergunta que ao longo da pesquisa, compreender-se-á a dimensão do art. 5º, inc. LVII da CRFB/88, bem como a sua implicação direta com a execução provisória da pena. Mas, antes, continuar-se-á analisando, de forma breve, um pouco mais sobre o princípio da presunção de inocência no país.

Como dito no início deste subtópico, o princípio da presunção de inocência não era aplicado de modo expresso no Brasil, apenas de maneira implícita. A presunção de inocência foi aplicada pela primeira vez no país, implicitamente, em 1948, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada naquele mesmo ano pela Assembleia Geral das Nações Unidas, dispondo em seu art. 11.1:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.<sup>67</sup>

É de extrema importância ressaltar o período sombrio que o país viveu, em 1964, com a Ditadura Militar, no qual foram suspensos direitos e garantias dos indivíduos, somente retornando com o fim do período ditatorial. Assim sendo, a CRFB/88 representou o grande marco para o Estado Democrático de Direito, no país, através de um extenso rol de direitos e garantias previstos em seu art. 5º.

O princípio da presunção de inocência fortaleceu-se ainda mais, no Brasil, através da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica em 06 de setembro de 1992, sendo que a dita Convenção já encontrava-se em vigor no plano internacional desde 18 de julho de 1978.

O Pacto, que possui status supralegal no Brasil<sup>68</sup>, dispõe em seu art. 8.2, primeira parte: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 06 maio 2018.

<sup>68</sup> Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, aprovados antes da EC 45/2004 que acrescentou ao art. 5, o §3º na CRFB/88 possuem status de norma supralegal: estão hierarquicamente acima das leis ordinárias e abaixo da CF. Desse modo, paralisam a aplicação da legislação comum anterior ou posterior que com ela conflite. Já os tratados que versam sobre direitos humanos aprovados após a EC 45/2004 possuem status supralegal ou status constitucional (se aprovados de acordo com o rito do art. 5, §3º, CRFB/88). Essa tese foi elaborada pelo Min. Gilmar Mendes, tendo sido a vencedora.

A tese da supralegalidade foi defendida nos Recursos Extraordinários n. 466.343-SP e 349.703-RS e Habeas Corpus n. 87.638-MT, 87.585-TO e 90.172-SP. Confira trecho do RE 466.343-1/SP:

"Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos

Percebe-se que a CRFB/88 cuidou do princípio da presunção de inocência de forma mais abrangente que o Pacto de São José da Costa Rica, já que esta limitou a presunção de inocência até o momento em que comprovada a culpa do acusado, enquanto aquela dispôs como limite o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Além deste Pacto, o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) através do Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992, que também prevê o estado de inocência, em seu art. 14.2: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".<sup>70</sup>

O país, ainda, promulgou em 25 de setembro de 2002, mediante o Decreto n° 4.388, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) que prevê em seu art. 66:

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.<sup>71</sup>

Por fim, ainda no âmbito da tutela internacional, o Brasil aplicou as disposições constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que, em seu art. 11 prevê: "1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".<sup>72</sup>

normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana."

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. DJe. p.21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>69</sup> 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: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 06 maio 2018.

<sup>70</sup> BRASIL. **Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 12 maio 2018.

<sup>71</sup> BRASIL. **Decreto n° 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 12 maio 2018.

<sup>72</sup> NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 12 maio 2018.

No plano infraconstitucional, a presunção de inocência encontra-se prevista no art. 283 do CPP.<sup>73</sup> Através da leitura deste dispositivo, elimina-se a dúvida quanto à execução provisória da pena: somente pode haver a prisão após o trânsito em julgado no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da presunção de inocência somente deve ser relativizado pelo ordenamento pátrio, ao permitir, as prisões de natureza cautelar que ocorrem antes da decisão definitiva, quais sejam a prisão em flagrante, temporária ou preventiva.

Percebe-se que a CRFB/88 adotou uma posição garantista. "Pela teoria do garantismo penal, o postulado da presunção de inocência constitui-se em verdadeiro *princípio fundamental de civilidade*".<sup>74</sup>

Frise-se que o garantismo adotado não significa apenas legalismo, é também a proteção de um Estado Democrático de Direito, que, após a Ditadura Militar o Brasil conseguiu conquistar. Em suma, constata-se a ampla proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao estado de inocência seja no plano constitucional, infraconstitucional e supralegal.

#### 2.4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

As ideias iniciais referentes ao princípio da presunção de inocência surgiram na Carta Magna de 1215 na Inglaterra. Em relação a execução provisória da pena, no Direito Inglês vigora o princípio, segundo, o qual as sentenças condenatórias aplicam-se de modo imediato. A regra é o indivíduo esperar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, exceto se a lei garantir a liberdade pela fiança.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm)>. Acesso em: 12 maio 2018.

<sup>74</sup> GRANDIS, Rodrigo de. Prisões Processuais: Uma releitura à luz do Garantismo Penal Integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral** - Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. São Paulo: Atlas, 2. tir., 2010, p. 364.

<sup>75</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo., op. cit., p. 423.

"Mesmo no país em que se originaram os direitos do cidadão contra os abusos do Estado, o princípio da presunção de inocência não é interpretado de forma absoluta, respeitando-se, assim as decisões da primeira instância".<sup>76</sup>

Os Estados Unidos da América (EUA) seguem a mesma lógica: aplicam imediatamente a sentença condenatória ao réu ainda que a revisão esteja pendente: uma decisão condenatória é considerada julgamento final, com raríssimas exceções, a exemplo da suspensão da pena durante o processo ou da fiança<sup>77</sup>. A presunção de inocência, por sua vez, encontra-se implícita na Constituição Americana sendo consectário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas.

No Canadá, após a sentença proferida em primeiro grau, a pena é automaticamente e imediatamente executada, exceto se cumprir os requisitos dispostos no *Criminal Code* para a concessão de fiança.<sup>78</sup>

De acordo com a Carta Canadense de Direitos e Liberdades, seção 11, d), toda pessoa acusada de um delito ou crime possui o direito de: "d) ser considerada inocente até que se prove sua culpa de acordo com a lei, em um processo público por um tribunal independente e imparcial".<sup>79</sup>

Todavia, o Código Criminal do mencionado país afirma que, após, o indivíduo, autor do fato, ser considerado culpado, deve cumprir a pena imediatamente. Isso pode ser confirmado no Caso *R. vs. Pearson (1992) 3S, C.R. 665*, "que afirmou que a presunção de inocência não significa a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida".<sup>80</sup>

O princípio da presunção da inocência é extremamente importante na Alemanha devido ao período nazista que esse país viveu:

Não obstante a relevância da presunção de inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (*Strafprozessordnung*) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. Assim, têm efeito suspensivo a apelação (§316StPO) e a revisão (§343 StPO). Todavia não obstam a execução imediata a interposição do pedido de restauração da situação anterior (§47StPO), da reclamação (§307 StPO) e da revisão criminal (§360StPO).

Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que

<sup>76</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral** - Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. São Paulo: Atlas, 2. tir., 2010, p. 423.

<sup>77</sup> EUA. **US Code**, Subsection b, Section 3582, Subchapter D, Chapter 227, Part II, Title 18. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>78</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio., op. cit., p. 425.

<sup>79</sup> CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades**. Disponível em: <[http://brazilians.ca/faq\\_direitos.htm](http://brazilians.ca/faq_direitos.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>80</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio., op. cit., p. 425.

eficácia (*Rechtskarft*) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (*Verfassungsbeschwerde*).<sup>81</sup>

Em Portugal, também vigora a execução imediata da pena. Isso porque, segundo a Corte desse país, tratar o princípio da presunção de inocência de forma absoluta significa impedir a execução de qualquer pena ou medida privativa de liberdade, incluindo as medidas cautelares. Embora, o Código de Processo Penal português (art. 408) estabeleça o efeito suspensivo dos recursos, segundo a jurisprudência essa suspensão dos efeitos não aplica-se ao Tribunal Constitucional.<sup>82</sup>

O princípio da presunção de inocência na Constituição Espanhola de 1978 encontra-se positivado no art. 24, n. 2 do título de direitos e deveres fundamentais:

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a **la presunción de inocencia**. La ley regulará los casos em que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. (**grifo nosso**)<sup>83</sup>

O princípio da presunção de inocência está garantido constitucionalmente na Constituição Espanhola, contudo, o princípio da efetividade das decisões condenatórias prevalece sobre este desde que o indivíduo tenha sido condenado em um processo com contraditório e ampla defesa, além de todas as provas terem sido cotejadas, mesmo que outros recursos ainda estejam sendo analisados.<sup>84</sup>

É importante ressaltar que a Espanha admite a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral** - Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. São Paulo: Atlas, 2. tir., 2010, p. 426.

<sup>82</sup> Ibidem. p. 427.

<sup>83</sup> Da mesma forma, todos têm direito ao juiz natural predeterminado por lei, à defesa e à assistência de um advogado, a ser informado da acusação feita contra eles, a um processo público sem atrasos indevidos e com todas as garantias, para usar os meios de prova pertinentes para sua defesa, não para testemunhar contra si mesmos, não para confessar que são culpados e possuem direito à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por motivo de parentesco ou sigilo profissional, não será obrigada a declarar fatos supostamente criminais. (Tradução livre)

ESPAÑA. **Constituição Espanhola**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>84</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio., op cit., p. 427-428.

<sup>85</sup> Ibidem. p. 428.

## LIBRO VII De la ejecución de las sentencias

Artículo 983. Todo procesado absuelto por la sentencia será puesto em libertad inmediatamente, a menos que el ejercicio de um recurso que produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado.<sup>86</sup>

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, adotada pela Constituição da França de 1958, em seu art. 9º assegura que: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".<sup>87</sup> Contudo, o Código de Processo Penal francês, no seu art. 465 considera que pode ser expedido o mandado de prisão, mesmo que haja outros recursos pendentes.<sup>88</sup>

Partindo-se para análise do Direito da América do Sul, no ordenamento argentino, o princípio da presunção de inocência encontra-se positivado no art. 18 da Constituição do mencionado país.

De acordo com o Código de Processo Penal Federal argentino, em seus arts. 494 e 495, a pena privativa de liberdade deve ser imediatamente cumprida após condenação, exceto se o réu estiver muito enfermo, se a execução por em risco a sua vida ou for mulher grávida ou tenha filho menor de 6 (seis) meses no momento da sentença.<sup>89</sup>

Conforme fora ilustrado, de maneira meramente exemplificativa, o princípio da presunção de inocência, no Brasil, possui contornos totalmente distintos daqueles positivados nos países acima expostos.

Enquanto os ordenamentos jurídicos dos países supracitados restringem a presunção de inocência do acusado, o ordenamento jurídico pátrio brasileiro confere ampla extensão ao princípio, não só pela própria CRFB/88, assim como pela legislação infraconstitucional e em razão do art. 29, alínea b) do Pacto de São José da Costa Rica e do art. 5 do PIDCP que preveem que os direitos humanos não podem ser restringidos.

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

<sup>86</sup> LIVRO VII Da Execução das Sentenças

Art. 983. Todo réu absolvido pela sentença será liberado imediatamente, a menos que o recurso de apelação que produza efeitos suspensivos ou a existência de outros fundamentos jurídicos tornem necessário o adiamento da liberação, que será ordenada por despacho fundamentado. (Tradução livre)

ESPAÑA. **Código de Processo Penal Español.** Disponível em: <[https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=040\\_Codigo\\_de\\_Legislacion\\_Procesal](https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=040_Codigo_de_Legislacion_Procesal)>.

Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>87</sup> **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Disponível em: <[http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos\\_homem\\_cidadao.pdf](http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>88</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio., op. cit., p. 426.

<sup>89</sup> Ibidem. p. 428.

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.<sup>90</sup>

#### ARTIGO 5

1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.
2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.<sup>91</sup>

Todavia, o STF têm restringido a ampla abrangência conferida pela CRFB/88, assunto que será abordado no próximo capítulo.

---

<sup>90</sup> 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: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 12 maio 2018.

<sup>91</sup> BRASIL. **Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 12 maio 2018.



### 3 AS OSCILAÇÕES DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Neste capítulo, será feito um breve esboço em relação aos argumentos e os votos de alguns Ministros do STF a respeito da execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ao final do capítulo, também será realizado um breve resumo sobre as idas e vindas do STF em relação à matéria, e, se o atual posicionamento jurídico da Corte é constitucional ou não, além de possíveis incoerências sobre as oscilações do STF acerca da temática.

É válido ressaltar que foram escolhidos apenas alguns habeas corpus (HCs) com o objetivo de analisar o referido tema.

#### 3.1 HABEAS CORPUS Nº 68.726/DF (1991)

Em 28 de junho de 1991, oito ministros<sup>92</sup> compareceram à votação do referido HC, servindo como Relator o Min. Néri da Silveira. A votação foi unânime pelo entendimento de que o art. 5º, inc. LVII, CRFB/88 permite a execução provisória da pena privativa de liberdade: não há impedimento da prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirma a sentença penal condenatória recorrível.

Essa posição perdurou até o início de 2009, momento em que o STF, no julgamento do HC 84.078/MG, mudou de entendimento, reconhecendo ser a execução antecipada da pena incompatível com o princípio da presunção de inocência.<sup>93</sup>

Segue ementa do julgamento do HC 68.726/DF:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTÓDIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU É DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5º, INCISO

<sup>92</sup> Presentes os Mins. Octavio Galloti, Célio Borja, Paulo Brossard, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Moreira Alves e o Rel. Néri da Silveira. Ausentes os Mins. Marco Aurélio, Celso de Mello e Sydney Sanches.

<sup>93</sup> ALVARENGA E VEIGA, Vinícius. **Princípio da Presunção de Inocência e Execução Antecipada da Pena**: Análise Argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88. 2016. 105f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2016. p. 23. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Vinicius-Alvarenga-D.-Penal.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O § 2º DO ART. 27, DA LEI Nº 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTÃO AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPEÇA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.<sup>94</sup>

O Rel. considerou a prisão decorrente da execução provisória como natureza processual. Desse modo, trata-se de uma prisão preventiva, pois essa ocorre em proveito da higidez do processo.<sup>95</sup>

O Rel. também afirmou que não há conflito entre o art. 5º, LVII, CRFB/88 quando a pena privativa de liberdade for confirmada de modo unânime no julgamento da apelação em face de sentença desfavorável.<sup>96</sup>

Ressaltou, ainda, que o termo adequado é "princípio da não culpabilidade" e não "princípio da presunção de inocência", e, sustentou que o RE e REsp possuem efeitos meramente devolutivos.<sup>97</sup>

### 3.2 HABEAS CORPUS Nº 84.078-7/MG (2009)

Em 05 de fevereiro de 2009, o STF julgou o HC 84.078-7/MG<sup>98</sup>. Tratava-se de um fazendeiro condenado pelo Tribunal do Júri da comarca de Passos (MG) por tentativa de

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 00687261/130**. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta, Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 28 de junho de 1991. D.j. 20 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>95</sup> ALVARENGA E VEIGA, Vinícius. **Princípio da Presunção de Inocência e Execução Antecipada da Pena**: Análise Argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88. 2016. 105f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2016. p. 24. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Vinicius-Alvarenga-D.-Penal.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>96</sup> Ibidem. p. 67.

<sup>97</sup> Ibidem. p. 67.

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

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

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

homicídio qualificado (art. 121, §2º, IV c/c art. 14, III, "c" e "d", ambos do Código Penal - CP). Omar Coelho Vitor, produtor rural, deflagrou cinco disparos, em 1991, contra Dirceu Moreira Brandão, acertando dois tiros na boca e os outros perto da coluna desse. A vítima teria "cantado" a esposa do réu em um evento agropecuário.<sup>99</sup>

Omar foi julgado pelo Tribunal do Júri, tendo a sua pena sido fixada em três anos e seis meses de reclusão, havendo a desclassificação do crime para homicídio privilegiado. O

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

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

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

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque - disse o relator - "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação da pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de fevereiro de 2009.

EROS GRAU - RELATOR

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 84.078-7 Minas Gerais**. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. DJe. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>99</sup> TEIXEIRA, Matheus. Um garçom e um fazendeiro: os réus dos HCs que trataram da 2ª instância. **JOTA - Notícias que fazem diferença**, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/um-garcom-e-um-fazendeiro-os-reus-dos-hcs-que-trataram-da-2a-instancia-03042018>>. Acesso em: 08 out. 2018.

Ministério Público recorreu. Assim, ocorreu um novo júri no ano de 2000 em que aumentou a pena do indivíduo para sete anos e seis meses de detenção.<sup>100</sup>

Em 2001, o referido tribunal determinou que Omar cumprisse a pena em regime fechado, todavia, depois foi convertido o regime para o semiaberto, acolhendo os embargos de declaração. Porém, o MP/MG requereu ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG) a prisão preventiva do réu antes da admissão do recurso, já que Omar era um fazendeiro temido e muito influente na região. Foi alegado que o réu planejava fugir do país com o intuito de evitar a prisão, já que houve a realização de um leilão para liquidar totalmente o seu rebanho holandês, bem como para venda de máquinas agrícolas de leite, dilapidando o seu patrimônio.<sup>101</sup>

O paciente, por sua vez, impetrou HC com pedido de medida cautelar (MC) no STJ para conferir efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário com o intuito de suspender os efeitos do decreto de prisão até a decisão definitiva. O pedido liminar foi concedido e o tema da execução provisória passou a ser discutido no STJ. A Quinta Turma do mencionado Tribunal denegou a ordem de HC por unanimidade, pois os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.<sup>102</sup>

Contra essa decisão do STJ, foi impetrado o HC 84.078/MG no STF. Assim, os autos foram remetidos à Primeira Turma do STF, sendo indeferido o pedido de HC pelo Min. Rel. Eros Grau.<sup>103</sup>

Em 24 de novembro de 2004, o Min. Carlos Britto pediu vistas e percebeu a existência de decisões divergentes entre as turmas do Supremo em relação ao referido tema. Havia um caráter lotérico nos julgamentos dos HCs no STF: enquanto uma turma concedia o referido remédio por entender ser inconstitucional a execução provisória da pena, a outra denegava.

Quando da análise da causa, no entanto, observei que a jurisprudência desta Suprema Corte de Justiça, em sua nova composição, não é uniforme sobre o tema. Há decisões proferidas por esta Colenda Primeira Turma no sentido de que a prisão do réu só é possível após o trânsito em julgado da condenação ou nas estritas hipóteses cautelares taxativamente previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, assim como há julgados provenientes da Colenda Segunda Turma que entendem que os recursos especial e extraordinário nem por se privarem de efeito

---

<sup>100</sup> TEIXEIRA, Matheus. Um garçom e um fazendeiro: os réus dos HCs que trataram da 2ª instância. **JOTA - Notícias que fazem diferença**, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/um-garcom-e-um-fazendeiro-os-reus-dos-hcs-que-trataram-da-2a-instancia-03042018>>. Acesso em: 08 out. 2018.

<sup>101</sup> Ibidem.

<sup>102</sup> FERREIRA, Luísa Rodrigues. **Execução Provisória da Pena**: análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin. 2016. 71f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2016. p.24. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016\\_LuisaRodriguesFerreira\\_tcc.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016_LuisaRodriguesFerreira_tcc.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>103</sup> Ibidem. p. 24.

suspensivo, deixam de viabilizar a imediata prisão do condenado. Ou seja, as duas Turmas dissentem quanto à interpretação do art. 312 do CPP.

Desse modo, Sr. Presidente, tendo em consideração a relevância do tema e a nova composição desta nossa Casa de Justiça, entendo recomendável seja o presente feito encaminhado ao Plenário da Corte para que seja dada solução definitiva à controvérsia.<sup>104</sup>

Por conseguinte, o Min. Carlos Britto sugeriu que fosse remetida a questão ao plenário por conta da nova composição do tribunal e da relevância da matéria. A Turma, desse modo, decidiu, por maioria de votos, afetar o pedido de HC para ser julgado pelo pleno.<sup>105</sup>

O Min. Rel. proferiu o voto vencedor, no qual, prevaleceu a tese de que não é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade:

(...)

4. Refletindo a propósito da matéria, estou inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto.

5. O artigo 637 do Código de Processo Penal - decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1.941 - estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença".

6. A Lei de Execução Penal - Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 - condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 1052), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 1473). Dispõe ainda, em seu artigo 1644, que a certidão da sentença condenatória **com trânsito em julgado** valerá como título executivo judicial.

7. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

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

(...)

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

(...)

23. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 84.078-7 Minas Gerais**. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. DJe. p.1068-1069. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>105</sup> FERREIRA, Luísa Rodrigues. **Execução Provisória da Pena**: análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin. 2016. 71f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2016. p.24-25. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016\\_LuisaRodriguesFerreira\\_tcc.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016_LuisaRodriguesFerreira_tcc.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.<sup>106</sup>

Todavia, é importante também ressaltar o posicionamento, ainda que vencido, do Min. Joaquim Barbosa, alinhando-se a corrente que considera viável a execução provisória da pena, e de modo excepcional, caso tenha ocorrido nulidade insanável ou erro grave no julgamento de primeiro ou segundo grau, demonstrado de plano, que seja suspensa a execução provisória.

Aduziu o Min. que "estamos criando, (...), um sistema penal de faz-de-conta. Sabemos que, se tivermos que aguardar o esgotamento dos recursos especial e extraordinário, o processo jamais chega a seu fim." Ressaltou também que não possui conhecimento de outro país que oferece ao réu tantos tipos de recursos como o Brasil.<sup>107</sup> Segue parte do voto do referido Min.:

Considero que as decisões proferidas pelo juízo de primeiro e/ou segundo graus de jurisdição, **no sentido da condenação do réu**, como é o caso presente, **devem ser respeitadas e levadas a sério**, pois os órgãos judiciários prolores de decisões de mérito são **presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer**.

Isto significa que não se deve fazer **letra morta** das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Do contrário, **melhor seria que todas as ações fossem processadas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal**, já que somente com uma decisão irrecorrível desta Corte se poderá dar credibilidade a uma decisão condenatória.

(...)

Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal **causará verdadeiro estado de impunidade** - considerado a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema corte -, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor **cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos** (e nisto o nosso ordenamento é rico), **de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória**, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas.<sup>108</sup> **(grifo do autor)**

O Min., ainda, defendeu que não há uma garantia a um duplo grau de jurisdição, muito menos a um triplo grau. Para justificar a sua posição, exemplificou os processos que são julgados em única instância pelo STF.<sup>109</sup>

Demonstrou, igualmente, o resultado do levantamento da quantidade de recursos extraordinários no qual ele foi o Relator e que foram providos nos últimos dois anos ao

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 84.078-7 Minas Gerais**. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. DJe. p.1054-1065. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>107</sup> Ibidem. p. 1135.

<sup>108</sup> Ibidem. p. 1142-1143.

<sup>109</sup> Ibidem. p. 1144.

juízo deste referido HC. Concluiu que de 167 RE's julgados, apenas 36 foram providos, sendo que, destes 36, 30 pediam a progressão de regime em crime hediondo.<sup>110</sup>

Portanto, antes do julgamento do HC 84.978-7/MG, o STF entendia que a execução provisória da pena privativa de liberdade era permitida a partir da condenação por um tribunal de apelação, já que os recursos especial e extraordinário possuíam apenas o efeito meramente devolutivo. De acordo, com o art. 27, §2º, da Lei 8.038/90: "os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo".

A partir do julgamento do referido HC, foi adotada a posição, pelo voto da maioria de 7 a 4<sup>111</sup>, de que a presunção de inocência conserva-se até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim, somente a partir do trânsito em julgado, poderia o indivíduo cumprir a pena privativa de liberdade.

Depois deste julgamento, o CN aprovou uma alteração no art. 283 do CPP<sup>112</sup> com o objetivo de deixar explícito que apenas ocorre a prisão do indivíduo após o trânsito em julgado.

### 3.3 HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP (2016)

Trata-se de HC<sup>113</sup> impetrado contra decisão do Min. Francisco Falcão, Presidente do STJ, que indeferiu o pedido liminar no HC 313.021/SP, o qual buscava afastar o mandado de

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078-7 Minas Gerais**. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. DJe. p.1145. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>111</sup> Foram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Foram vencedores os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. O Min. Rel. Eros Grau também teve seu voto considerado vencedor.

<sup>112</sup> 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941**. Código de Processo 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: 10 out. 2018.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRAMDA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

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

prisão expedido pelo TJ/SP de um indivíduo hipossuficiente que cometeu o crime de roubo majorado.<sup>114</sup>

Em 28 de junho de 2003, determinado indivíduo, juntamente com seu comparsa, subtraiu da vítima, sob a mira de um revólver, a quantia de dois mil seiscentos reais. O indivíduo foi condenado, em primeiro grau, pela prática do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (art. 157, §2º, I e II do CP) com uma pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime inicial fechado.<sup>115</sup>

Segundo o Min. Teori Zavascki, Relator do caso, é possível ocorrer a execução provisória da pena privativa de liberdade, já que, em segunda instância, apenas é analisada matéria de direito, não sendo analisados fatos e provas. A decisão mudou entendimento da Corte<sup>116</sup>, que desde 2009, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória, exceto em caso de prisão preventiva, temporária ou em flagrante.

Conforme os Mins. Zavascki e Fachin, os recursos extraordinários só podem ser conhecidos e julgados pelo STF se apresentarem repercussão geral<sup>117</sup> e se for matéria eminentemente constitucional, após a entrada da EC 45/2004.

O Min. Zavascki afirmou que podem ocorrer deslizamentos nas instâncias ordinárias no momento de proferir seus juízos condenatórios. Porém, isso também ocorre nas instâncias extraordinárias. Então, não há justificativa para proibir a execução provisória da pena.<sup>118</sup>

Além disso, nos casos de ocorrer equívocos, há diversos instrumentos para suspender a execução da pena, a exemplo das medidas cautelares com efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário, assim como o habeas corpus. "(...) Portanto, mesmo que exequível

---

## 2. Habeas corpus denegado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 out. 2018.

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe. p. 3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 out. 2018.

<sup>115</sup> Ibidem. p.2.

<sup>116</sup> Foram vencidos os Mins. Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Eles eram a favor da concessão do referido HC ao paciente, além de manter a jurisprudência da Corte no sentido de não ser possível a execução provisória da pena. Foram vencedores os Mins. Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

<sup>117</sup> Assim, é necessário o recorrente demonstrar que no seu julgamento não foi observado determinado preceito constitucional, bem como a transcendência e relevância da tese jurídica.

<sup>118</sup> BRASIL., op.cit., p. 19.



provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos".<sup>119</sup>

O Min. Edson Fachin afirmou em seu voto, que há "(...) um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal"<sup>120</sup>. Reconheceu que "A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma **terceira** ou **quarta** chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto" **(grifo do autor)**.<sup>121</sup>

Ainda, defendeu que os recursos extraordinários e especial serão recebidos no seu efeito meramente devolutivo, sendo considerado constitucional o art. 27, §2º, da Lei nº 8.038/90.<sup>122</sup>

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

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.<sup>123</sup>

Conforme o Min. Barroso, a não execução da pena após sentença condenatória nas instâncias ordinárias gerou três consequências negativas para o sistema de justiça criminal:

9. (...)Em primeiro lugar, funcionou como um **poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios**. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com **considerável gasto de tempo e de recursos escassos**, para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinário providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

10. Em segundo lugar, **reforçou a seletividade do sistema penal**. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. **Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação**. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe. p. 19. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 out.

<sup>120</sup> Ibidem. p. 21.

<sup>121</sup> Ibidem. p.23.

<sup>122</sup> Ibidem. p.24.

<sup>123</sup> Ibidem. p. 24-25.

maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

11. Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para **agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade**. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem **conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva**. Em ambos os casos, **produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda os objetivos da pena, de prevenção especial e geral**. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados. **(grifo nosso)**<sup>124</sup>

O Min. aduziu que trata-se de uma mutação constitucional<sup>125</sup>. Além disso, sustentou que "o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente", já que o princípio da presunção de inocência não proíbe a prisão desde que haja ordem escrita e fundamentada.<sup>126</sup>

Segundo o Min. Barroso, a presunção de inocência é um princípio, e não uma regra, já que é possível a prisão cautelar, por exemplo. "Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança".<sup>127</sup>

Defendeu ainda que "(...) o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade (...) é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça". Na visão do Min., a pena é de extrema importância na sociedade, pois desestimula o cometimento de delitos por parte do indivíduo que já cometera crimes anteriormente, prevenindo que outros indivíduos cometam as mesmas ou similares atitudes.<sup>128</sup>

A Min. Rosa Weber, por sua vez, alegou que é necessário prestigiar o princípio da segurança jurídica, principalmente em questões de ordem constitucional, porém, nada impede que a jurisprudência seja revista. Vale ressaltar que a Min. não se referendou a revisão de jurisprudência proposta.<sup>129</sup>

O Min. Luiz Fux já apresenta uma visão em sentido contrário acima referendada:

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC N° 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe. p. 32-34. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 out. 2018.

<sup>125</sup> A abordagem sobre mutação constitucional encontra-se no tópico 4.2 "Mutações (In)Constitucionais e Ativismo Judicial" da monografia.

<sup>126</sup> Ibidem. p. 35.

<sup>127</sup> Ibidem. p. 41.

<sup>128</sup> Ibidem. p. 41-42.

<sup>129</sup> Ibidem. p. 55-57.

(...) Ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência (...)

(...) Então, se esse agente perpassa por todas as esferas do Judiciário, positivamente, é impossível que ele chegue aqui, ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de presumido inocente.

(...)

Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável (...).<sup>130</sup>

O Min. Celso de Mello reconheceu que a presunção de inocência é uma conquista histórica dos cidadãos contra o abuso do poder e opressão estatal, estando consagrada na CRFB/88, bem como em documentos internacionais, a exemplo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948) e a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950).<sup>131</sup>

O Min. Ricardo Lewandowski, Presidente do STF, à época, votou no mesmo sentido que o mencionado Min. com o seguinte argumento: o sistema penitenciário está falido, encontrando-se num estado de coisas inconstitucional.<sup>132</sup> Assim, com a possibilidade de executar a pena de maneira provisória, ocorre a entrada de maior contingente de pessoas "neste verdadeiro inferno de Dante"<sup>133</sup>. Vale ressaltar que o Brasil, no momento do julgamento do dito HC, possuía a quarta população de presos em termos mundiais, logo após os EUA, China e Rússia.<sup>134</sup>

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe. p. 58-59. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 out. 2018.

<sup>131</sup> Ibidem. p. 69.

<sup>132</sup> De acordo com Dirley da Cunha Jr., o Estado de Coisas Inconstitucional é um instituto adotado pelo STF na ADPF 347/DF que tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana. Tem como fim construir soluções estruturais diante de violações generalizadas, sistemáticas e contínuas de direitos fundamentais violados diante da omissão do poder público.

DA CUNHA JR., Dirley. Estado de Coisas Inconstitucional. **Jusbrasil. Conectando Pessoas à Justiça**. 2015. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 28 out. 2018.

<sup>133</sup> BRASIL., op. cit., p. 98.

<sup>134</sup> Ibidem. p. 101.

Após o julgamento do referido HC, no qual o entendimento vencedor foi a possibilidade de executar de modo provisório a pena após sentença penal condenatória, foram interpostos embargos de declaração, o qual foram rejeitados.<sup>135</sup>

O embargante alegou que o julgado do HC significou alteração significativa e radical na orientação da jurisprudência da Corte. Então, seria necessário modular os efeitos da decisão, além de haver o "dever de estabilidade" dos precedentes judiciais com o objetivo de valorizar o princípio da confiança e da segurança jurídica. Ainda, consoante o embargante, o "STF afastou, sem dizer - e, portanto, sem a devida fundamentação e de forma omissa - a vigência do art. 283 do CPP (...)."<sup>136</sup>

De acordo com o relator, Min. Teori Zavascki, "(...) não há ambiguidade, omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada. O que se pretende é, na verdade, uma nova apreciação da matéria, para o que não prestam os embargos declaratórios."<sup>137</sup>

### 3.4 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44

A maioria do pleno do STF<sup>138</sup>, em 05 de outubro de 2016, data do aniversário de 28 anos da Constituição, indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44<sup>139</sup>, ao entender que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA.

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

2. De acordo com o estatuído no artigo 619 do CPP, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. No caso, não se verifica a existência de quaisquer desses vícios.

3. Embargos de declaração rejeitados.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Habeas corpus nº 126.292 São Paulo**. Embargante: Marcio Rodrigues Dantas, Embargado: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 02 de setembro de 2016. Dje. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2018.

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Habeas corpus nº 126.292 São Paulo**. Embargante: Marcio Rodrigues Dantas, Embargado: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 02 de setembro de 2016. Dje. p. 3-4. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2018.

<sup>137</sup> Ibidem. p.6.

<sup>138</sup> Foram vencidos o Min. Rel. Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Rosa Weber e, em parte, Dias Toffoli. Estiveram presentes os referidos Mins., assim como o Min. Gilmar Mendes, Cármen Lúcia (Presidente), Luiz Fux, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin.

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE

Os autores das ADCs foram o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os quais pediram que fosse declarada a conformidade constitucional do art. 283 do CPP<sup>140</sup> com a CRFB/88, especialmente em relação ao art. 5º, incs. LXI<sup>141</sup> e LVII<sup>142</sup>. No caso, o art. 283 é considerado norma de reprodução constitucional apenas com variação de estilo.

Além disso, requereram a concessão da medida cautelar com o objetivo de suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Afirmaram que o julgamento do HC 126.292/SP gerou grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência: diversos tribunais do país adotaram o posicionamento da Suprema Corte, ignorando o art. 283 do CPP, mesmo a decisão do referido HC não possuindo efeito vinculante.<sup>143</sup>

Sabe-se que o objetivo da ADC é a confirmação da constitucionalidade de uma norma federal, eliminando a insegurança jurídica. Todavia, percebe-se que não foi pedido apenas a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, foi solicitada também a modulação temporal da previsão constitucional sobre a pena privativa de liberdade, requerendo, liminarmente, que não fossem deflagradas novas execuções provisórias da pena privativa de

INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>140</sup> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941**. Código de Processo 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: 18 jun. 2018.

<sup>141</sup> Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>142</sup> Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 8-9. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

liberdade, além de serem suspensas as que já estivessem em curso, libertando os presos provisórios.<sup>144</sup>

Sustentou-se também que, caso não seja votado a favor da constitucionalidade do art. 283 do CPP, o referido art. deveria ser declarado constitucional, enquanto perdurar o estado de coisas inconstitucional ou até apreciação definitiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347.<sup>145</sup>

Desse modo, enquanto perdurasse o estado de coisas inconstitucional<sup>146</sup>, pretendia-se a interpretação conforme à Constituição com o objetivo de substituir a prisão antes do trânsito em julgado pelas medidas alternativas do art. 319 do CPP, já que incrementar mais presos provisórios nas prisões agravaria as violações de direitos humanos já reconhecidas pela Suprema Corte, sujeitando essas pessoas a ingressarem em um sistema bastante comprometido.

Caso não fossem acolhidos os dois pedidos referidos acima, foi requerido que fosse realizada interpretação conforme a Constituição do art. 637 do CPP, restringindo a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ enquanto houvesse a interposição do REsp.<sup>147</sup>

Além disso, postulou-se que, caso fosse reconhecida a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, que fossem alcançadas apenas as decisões condenatórias relativas a fatos posteriores ao exame das ADCs 43 e 44 ou do HC 126.292/SP, bem como que a execução antecipada da pena fosse condicionada à análise do REsp pelo STJ.<sup>148</sup>

As ADCs 43 e 44 possuem causas de pedir semelhantes e mesmo pedido. A ADC 44 também busca que seja declarada a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Por isso, essa ação foi apensada àquela.

Além disso, na ADC 44, requer-se que o art. 283 do CPP continue sendo aplicado pelos tribunais federais e estaduais, porque no HC 126.292/SP não foi declarado expressamente a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.<sup>149</sup>

Então, considera-se nulo esse pronunciamento judicial, o que fere o art. 97 da CRFB/88, mais conhecido como cláusula de reserva de plenário, e, mutila, ao mesmo tempo,

---

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 50. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>145</sup> O STF, na ADPF n°347, consignou o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

<sup>146</sup> Conceito utilizado na ADPF 347, decisão de 27/8/2015.

<sup>147</sup> BRASIL., op. cit., p. 55.

<sup>148</sup> Ibidem. p. 55.

<sup>149</sup> Ibidem. p.10.

o art. 5º, incs. LVII e LXI, CRFB/88, pois o art. 283 do CPP reproduz praticamente os referidos arts. Declarar inconstitucional o art. 283 do CPP implica declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional originária. Postulou-se, portanto, liminarmente, a suspensão da execução provisória da pena de todos os casos.<sup>150</sup>

Os autores fundamentaram as ADCs com base nos seguintes argumentos: a taxa média de concessão de HC no STJ, após julgamento nas instâncias ordinárias, é de 27,86%; o STF, no julgamento do HC 126.292/SP, produziu interpretação mais gravosa da matéria e mudou o seu entendimento anterior já consolidado pela própria Corte, retroagiu, desse modo, o entendimento para prejudicar o réu, desrespeitando o princípio da boa-fé, segurança jurídica e confiança dos jurisdicionados, além de agravar, principalmente, a parcela mais hipossuficiente da população brasileira.<sup>151</sup>

Os autores também defenderam o equívoco de equiparar as funções exercidas pelo STF e pelo STJ nas causas criminais, pois toda sentença criminal condenatória, em regra, interpreta a lei federal e, de modo excepcional, interpreta questão do âmbito constitucional.<sup>152</sup>

Fizeram parte como *amici curiae* no julgamento das referidas ADCs, por exemplo, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e o Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro. Não foi acolhido o pedido de ingresso da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) para resguardar a imparcialidade dos magistrados representados pela Suprema Corte.<sup>153</sup>

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a título de exemplo, realizou uma pesquisa com base em seu acervo de HCs e de recursos junto aos tribunais superiores, constatando, no período de março de 2014 a abril de 2016, uma taxa de êxito de 37,5%, no qual versavam sobre absolvição, atenuação do regime, redução da pena ou substituição por pena restritiva de direitos.<sup>154</sup>

O mencionado órgão do Estado de SP requereu também ingresso nos autos como *amicus curiae*, evidenciando que 64% dos REsp e agravos em REsp interpostos contra decisões do TJ/SP são providos pelo STJ.<sup>155</sup>

---

<sup>150</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 10. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>151</sup> Ibidem. p.53.

<sup>152</sup> Ibidem. p. 54.

<sup>153</sup> Ibidem. p.55.

<sup>154</sup> Ibidem. p.55.

<sup>155</sup> Ibidem. p.57.

O Min. Rel. Marco Aurélio afirmou, em seu voto, que a decisão proferida no HC 126.292/SP não possui efeito vinculante, contudo estava a repercutir no sistema judicial do país. Ainda, afirmou que, "o princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos", já que é uma reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial o Poder Constituinte Derivado não está autorizado a restringir.<sup>156</sup>

Desse modo, o Min. reconheceu a constitucionalidade do art. 283 do CPP, deferindo a liminar da ADC 43. Consequentemente, determinou a suspensão da execução provisória da pena, assim como a libertação dos presos provisórios ante exame de apelação, salvo se preencherem os requisitos do art. 312 do CPP.<sup>157</sup>

O Min. Edson Fachin, por sua vez, indeferiu a liminar pleiteada na ADC 43, além de dar interpretação conforme a Constituição do art. 283 do CPP. Consoante o Min., a execução provisória da pena encontra-se em harmonia com a CRFB/88 quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo se for atribuído efeito suspensivo ao recurso pelas Cortes Superiores.<sup>158</sup>

De acordo com o Min., o Brasil tem sido questionado por organismos internacionais acerca da ineficiência do sistema de proteção penal a direitos humanos básicos.<sup>159</sup> A exemplo da morosidade da justiça em apresentar soluções aos casos que violam direitos humanos, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*.<sup>160</sup>

Afirmou, ainda, que "a interpretação do princípio da presunção de inocência deve ser uniforme a todos os cidadãos, qualquer que tenha sido o crime que cometeram ou estejam sendo acusados de cometer".<sup>161</sup> Segue trecho do voto do Min.:

Quando do julgamento do HC 126.292/SP, ainda estava em vigor o art. 27, §2º, da Lei 8.038/90, segundo o qual 'os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo'. A essa regra somava-se aquela do art. 637 do CPP segundo a

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 17. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>157</sup> Ibidem. p.19.

<sup>158</sup> Ibidem. p. 28.

<sup>159</sup> Ibidem. p.30.

<sup>160</sup> O caso *Ximenes Lopes versus Brasil* foi decidido em 2006, sendo a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violações de direitos humanos, no caso de portadores de sofrimento mental.

PAIXÃO, Cristiano; FRISSE, Giovana Maria; DA SILVA, Janaína Penalva. *Ximenes Lopes versus Brasil. Fundação Getúlio Vargas - Escola de Direito de São Paulo*. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/casoteca/ximenes-lopes-versus-brasil>>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>161</sup> BRASIL., op. cit., p.32.



qual "o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença".

Com a revogação expressa do artigo 27, §2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1029, §5º, ambos do CPC, **permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.**

Não depreendo da regra acima transcrita, a vedação a toda e qualquer prisão exceto aquelas ali expressamente previstas. Tem-se sustentado que, à exceção da prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão restaram revogadas pela norma do referido art. 283 do CPP, tendo em vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, §1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Inicialmente, consigno que não depreendo entre a regra do art. 283 do CPP e a regra que dispõe ser apenas devolutivo o efeito dos recursos excepcionais (art. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, §5º, ambos do CPC) antinomia que desafie solução pelo critério temporal.<sup>162</sup> **(grifo do autor)**

Para o Min., não há antinomia entre o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por Tribunais de Apelação. O art. 283 do CPP, em regra, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, §5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo, aos recursos extraordinário e especial permitem o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação, excepcionando o art. 283 do CPP que prevê a regra geral.<sup>163</sup>

Ainda, afastou a irretroatividade do entendimento jurisprudencial que prejudique o réu, entendendo que esta se aplica à lei penal no tempo e não a jurisprudência, já que não há sucessão de leis. Desse modo, não cabe ultratividade a atos meramente interpretativos.<sup>164</sup>

O Min. também afirmou que não configura contradição entre a declaração na ADPF nº 347 do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário do país com a decisão do STF que permite a execução provisória da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, já que "(...) o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário não pode ser o fundamento da interpretação das regras penais e processuais penais".<sup>165</sup>

<sup>162</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p.35-36. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>163</sup> Ibidem. p.37.

<sup>164</sup> Ibidem. p.44.

<sup>165</sup> Ibidem. p.47.

Dessa forma, o Min. declarou a constitucionalidade do art. 283 do CPP com interpretação conforme à CRFB/88.<sup>166</sup>

O Min. Luís Roberto Barroso indeferiu os pedidos formulados nas ADCs 43 e 44. Defendeu a legitimidade da execução provisória da pena após decisão de segundo grau para garantir a efetividade dos bens jurídicos tutelados pela lei penal, bem como a efetividade desta, já que não há direito a um triplo ou quádruplo grau de jurisdição. Afirmou que a presunção de inocência é princípio, conseqüentemente pode ser ponderada com a efetividade do sistema penal.<sup>167</sup>

Declarou que não cabe a modulação de efeitos temporais do entendimento do HC 126.292/SP, já que versa sobre matéria estritamente processual penal, não sendo norma de natureza mista, além de não criar qualquer prejuízo à segurança jurídica, a confiança dos réus, a boa fé, não surgindo novo crime ou sanção penal.<sup>168</sup>

Admitiu que o sistema penal do país não funciona, pois o indivíduo, ao aguardar o trânsito em julgado do RE e REsp em liberdade, acaba por enfraquecer a confiança da sociedade na justiça, imputando-a um sentimento de ineficácia e morosidade do sistema.<sup>169</sup>

Defendeu que a condenação pelo Tribunal do Júri deveria ser executado imediatamente, já que esse é soberano<sup>170</sup> e colegiado. Todavia, isto, não estava ocorrendo, pois a Lei n° 5.941/1973 mudou esse entendimento. O regime militar aprovou a mencionada lei com um único objetivo: impedir a prisão do delegado Sérgio Paranhos Fleury, condenado por praticar atos de tortura e ser integrante de um grupo de esquadrão da morte.<sup>171</sup>

Concordar com esse posicionamento é arriscado. Para que haja a execução provisória da pena, é necessário o esgotamento da matéria fática e probatória e, o TJ pode anular a decisão do conselho de sentença quando esta for manifestamente contrária a prova dos autos, por exemplo. Então, aquele indivíduo que foi condenado pelo conselho de sentença, pode ser absolvido caso haja um novo júri popular.

---

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 47-48. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>167</sup> Ibidem. p.50.

<sup>168</sup> Ibidem. p. 50-51.

<sup>169</sup> Ibidem. p.88.

<sup>170</sup> Art. 5º, XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: c) a soberania dos veredictos.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018.

<sup>171</sup> BRASIL., op. cit., p. 60.

Porém, em recente decisão, em 6 de novembro de 2018, a Primeira Turma do STF, por maioria, entendeu que nas condenações pelo Tribunal do Júri não é necessário aguardar o julgamento de recurso em segundo grau de jurisdição para executar provisoriamente a pena privativa de liberdade, remontando-se ao decidido pela Corte no julgamento do HC 126.292. Isto porque as decisões do júri são soberanas. Assim sendo, o TJ pode anulá-las, mas não substituí-las.<sup>172</sup>

Ainda, o Min. Barroso listou três consequências negativas da não execução provisória da pena para a justiça criminal do país, quais sejam: constitui um incentivo sem fim a interposição de recursos com o intuito protelatório, o que consome certo lapso temporal; reforça a seletividade do sistema penal: diversas possibilidades de recorrer em liberdade aproveita aos réus que possuem melhores condições financeiras para contratar os melhores advogados que impetram diversos recursos, já os réus hipossuficientes não possuem condições para contratar estes profissionais nem a Defensoria Pública possui dinheiro para bancar a procrastinação; por último, agrava o descrédito da sociedade em relação ao sistema penal, pois diversos casos dirigem-se à prescrição da pretensão punitiva.<sup>173</sup>

Por conseguinte, o referido Min. apresentou os fundamentos constitucionais e legais que legitimam a execução provisória da pena, quais sejam:

40. Em *primeiro lugar*, a Constituição brasileira não condiciona a prisão - mas, sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade - ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Para chegar a essa conclusão, basta uma leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988, à luz do princípio da unidade da Constituição. Enquanto o inciso LVII define que *'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória'*, logo abaixo, o inciso LXI prevê que *'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente'*. Assim, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.

41. Em *segundo lugar*, a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes (...)

42. Em *terceiro lugar*, com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, entendida como a eficácia do direito penal necessária para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em segundo grau de jurisdição, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal.<sup>174</sup> **(grifo do autor)**

<sup>172</sup> BRASIL. **Informativo STF**. Habeas corpus nº 140449/RJ. Relator originário: Min. Marco Aurélio. Redação para o ac. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 06 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo922.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

<sup>173</sup> Ibidem.

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno.

Sustentou, ainda, que não cabe a modulação dos efeitos temporais do entendimento do HC 126.292/SP: a norma processual penal aplica-se imediatamente. Isto porque, na ADC 43, foi pedido que o novo entendimento do STF fosse somente aplicado a ilícitos praticados após à decisão de mérito proferida ou, subsidiariamente, somente a ilícitos praticados posteriormente ao HC 126.292/SP.<sup>175</sup>

O Min. Dias Toffoli acompanhou parcialmente o voto do Rel., defendendo que a execução da pena deve ficar suspensa com a pendência do REsp ao STJ ou do agravo em REsp que tenham por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado no HC 126.292/SP, mas não de RE ao STF. Isso se deve ao fato de que o RE possui como requisito a repercussão geral, enquanto o REsp trata de casos mais comuns de conflito de entendimento entre os tribunais. O REsp e Agravo em Recurso Especial (AREsp), segundo o Min., não podem ser defendidos com base nas custas da supressão dos direitos fundamentais.<sup>176</sup>

O Min. Ricardo Lewandowski votou pela constitucionalidade integral do art. 283 do CPP, exemplificando que, no TJ/SP, é possível manter a decisão de primeiro grau sem fundamentação, de acordo com o art. 252<sup>177</sup> do regimento interno do referido tribunal.<sup>178</sup>

Afirmou que a CRFB/88 "não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento", argumentando que não se deve realizar política criminal em face da Carta Magna, principalmente, porque foi essa quem deu ao STF a sua guarda, conforme dispõe o art. 102, CRFB/88.<sup>179</sup>

Declarou, ainda, que os outros países adotam o duplo grau de jurisdição, mas o Brasil não segue essa linha, pois é soberano em suas escolhas jurídicas e políticas.<sup>180</sup>

Por fim, o Min. Celso de Mello asseverou que nem mesmo no sistema jurídico brasileiro uma simples pena de multa imposta em um processo na seara criminal pode ser

Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 68-69. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>175</sup> Ibidem. p. 81.

<sup>176</sup> BRASIL. **Informativo STF**. Habeas corpus nº 140449/RJ. Relator originário: Min. Marco Aurélio. Redação para o ac. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 06 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo922.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

<sup>177</sup> Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 179. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>179</sup> Ibidem. p. 186.

<sup>180</sup> Ibidem. p. 189.

executada antes do trânsito em julgado, conforme art. 50, caput, do CP<sup>181</sup>. Consequentemente, muito menos poderia uma pena privativa de liberdade ser executada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>182</sup>

### 3.5 RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 964.246

O STF reconheceu a repercussão geral no supracitado recurso extraordinário com agravo (ARE)<sup>183</sup>, o qual trata da execução provisória da pena privativa de liberdade em segunda instância. Seis Ministros entenderam existir "reafirmação de jurisprudência". Desse modo, o mérito do ARE foi julgado no plenário virtual, não sendo remetido o recurso ao plenário físico.<sup>184</sup>

O recurso foi interposto em ação penal na qual o réu, ressaltado-se hipossuficiente, foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, pelo crime de roubo majorado. A sentença foi confirmada pelo TJ/SP que negou provimento à apelação por parte da defesa e determinou a execução imediata da pena privativa de liberdade. O caso refere-se ao mesmo réu do qual foi impetrado o HC 126.292/2016 - SP.<sup>185</sup>

---

<sup>181</sup> Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. (Redação dada pela Lei nº7.209, de 11.7.1984)

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 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: 14 out. 2018.

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 228. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber.

Já os Mins. Teori Zavascki, Edson Fachin, Luiz Fux, Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Barroso reafirmaram a jurisprudência.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964246 São Paulo**. Recorrente: M.R.D, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Plenário Virtual. Brasília, DF, 11 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>>. Acesso em: 26 out. 2018.

<sup>184</sup> Ibidem.

<sup>185</sup> BRASIL. **Notícias STF**. STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância. 11 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>>. Acesso em: 26 out. 2018.

O relator do recurso, Min. Teori Zavascki, reconheceu a repercussão geral da matéria em decorrência da relevância social e jurídica da questão, o que transcende o interesse subjetivo das partes.<sup>186</sup>

Assim sendo, este julgamento reafirmou a jurisprudência, sendo decidido em repercussão geral que o entendimento da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória tem efeito vinculante para todas as decisões do Poder Judiciário.

Destaca-se que a Suprema Corte, desde 2010, em seu regimento interno, prevê que o julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos em que há reafirmação de jurisprudência dominante no referido Tribunal, pode ser realizado pelo plenário virtual. Todavia, para isto, o Relator do processo precisa se manifestar pela reafirmação da jurisprudência da Corte, o que foi realizado pelo Min. Teori Zavascki.<sup>187</sup>

### 3.6 HABEAS CORPUS N° 152.752/PR (2018)

Trata-se de HC<sup>188</sup> impetrado contra decisão proferida pela Quinta Turma do STJ. O paciente, Luiz Inácio Lula da Silva, foi condenado, em primeiro grau, pela prática dos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva, provimento confirmado pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região que aplicou a execução provisória da pena, condenando Lula a 12 anos e um mês, em 24 de janeiro de 2017.

Lula foi condenado por ter recebido como propina da construtora OAS um tríplice no Guarujá/SP, além de reformas no imóvel, totalizando dois milhões e quatrocentos mil reais. A

<sup>186</sup> BRASIL. Notícias STF. STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância. 11 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>>. Acesso em: 26 out. 2018.

<sup>187</sup> STF confirma prisão após 2ª instância em processo com repercussão geral. Migalhas. 10 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI248566,61044-STF+confirma+prisao+apos+2+instancia+em+processo+com+repercussao+geral>>. Acesso em: 26 out. 2018.

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n° 152.752 Paraná. Impetrante: Cristiano Zanin Martins (32190/DF, 153599/RJ, 172730/SP) e outros. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, 02 de fevereiro de 2018. DJe. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 29 out. 2018.

origem do dinheiro é de uma conta corrente mantida pela OAS para o Partido dos Trabalhadores (PT), alimentada por dinheiro desviado de contratos da Petrobras investigados pela Operação Lava Jato.<sup>189</sup>

Assim sendo, o paciente pleiteia à 2ª Turma do STF em favor da liberdade até o trânsito em julgado do processo crime nº 5046512-94.2016.4.04.7000 do Paraná (PR), e, de modo subsidiário até o exaurimento da jurisdição do STJ, de acordo com o entendimento firmado nos HCs ns. 146815-MC/MG e 146818-MC/ES.

Todavia, o plenário do STF negou, por maioria de votos, o referido HC, pois não vislumbraram ilegalidade nem abusividade na decisão do STJ que aplicou o atual entendimento do STF em relação a execução provisória da pena. Além disso, não foi concedido o pedido para estender a duração do salvo-conduto concedido a Lula, sendo vencidos, apenas nesse aspecto os Mins. Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.<sup>190</sup>

O Min. Barroso defendeu que o país está assolado pela impunidade do Judiciário, agravando, conseqüentemente, a insegurança da população. Isso porque a maioria dos condenados por corrupção e violência estão em liberdade em decorrência da existência do RE e REsp. Segundo o Min., não é necessário o esgotamento de recursos para executar provisoriamente a pena privativa de liberdade.<sup>191</sup>

Declarou, ainda, que a presunção de inocência é princípio e não regra. Dessa forma, convive com o princípio da efetividade mínima do sistema penal: nenhum princípio é absoluto.<sup>192</sup> O Min. destacou que:

(...) Não é o legado político do impetrante que está em jogo. O que vai se decidir é se se aplica a ele a jurisprudência que o Tribunal firmou por três vezes em período recente.

3. Tal fato serve apenas como mais um teste importante para a democracia brasileira e para o amadurecimento institucional do país: a capacidade de assegurar, republicaneamente, que todos devem ser tratados com respeito, consideração e igualdade. O nosso papel, árduo como possa ser muitas vezes, é assegurar que a razão, a razão pública, a razão da Constituição, prevaleça sobre as paixões políticas.<sup>193</sup>

<sup>189</sup> TRF4 julga recurso de Lula no processo do triplex em Guarujá. **G1**, 23 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/01/triplex-no-guaruja-que-lula-nega-ser-dele-rendeu-condenacao-prisao.html>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>190</sup> BRASIL. **Notícias STF**. STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>191</sup> BRASIL., op. cit., p. 10.

<sup>192</sup> Ibidem. p. 12.

<sup>193</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 152.752 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins (32190/DF, 153599/RJ, 172730/SP) e outros. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, 02 de fevereiro de 2018. DJe. p. 1. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/roteiro-do-voto-barroso.pdf?x48657>>. Acesso em: 29 out. 2018.

Logo, para o Min., não houve ilegalidade nem abuso de poder na decisão do STJ que negou o HC ao ex presidente Lula.<sup>194</sup>

De acordo com o Min. Gilmar Mendes, "(...) aguardar o trânsito em julgado, diante da sistemática da repercussão geral, seria alongar indefinidamente a solução judicial, incentivando o uso desmensurado do recurso extraordinário".<sup>195</sup>

Aduziu, ainda que, há utilização estrategicamente dos recursos com o intuito de adiar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>196</sup>, o que aumenta as chances da prescrição do delito.

Defendeu que a regra é o trânsito em julgado da sentença condenatória, todavia, há exceções, principalmente em hipóteses de crimes graves em que inicia-se o regime fechado. Segundo o Min., "(...) o processo avança e a culpa se acentua".<sup>197</sup>

Por fim, salientou que, diante da formação progressiva da culpa, o início da execução da pena pode ser iniciado a partir do julgamento pelo STJ do REsp e AREsp, fixando-se limite nos primeiros embargos de declaração, " (...) marco de maior segurança jurídica, quando então a reprimenda estaria estabilizada, com nenhuma ou reduzida possibilidade de mutação decorrente de análises fáticas ou de aspectos alusivos à quantidade e qualidade da pena."<sup>198</sup>

O Min. Marco Aurélio votou em sentido contrário em relação aos Mins. já citados. Admitiu que seu dever não é atender parte da população que encontra-se indignada. Frisou que a "incapacidade do Estado em aplicar a lei não pode prejudicar os direitos fundamentais".<sup>199</sup>

O Min. Celso de Mello também votou no mesmo sentido que o supracitado Min.:

---

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 152.752 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins (32190/DF, 153599/RJ, 172730/SP) e outros. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, 02 de fevereiro de 2018. DJe. p. 2. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/roteiro-do-voto-barroso.pdf?x48657>>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>195</sup> Ibidem. p. 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>196</sup> Ibidem. p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>197</sup> Ibidem. p. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>198</sup> Ibidem. p. 22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>199</sup> Marco Aurélio vota a favor do HC de Lula e leva placar a 5x4. **Revista Fórum**. 04 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/marco-aurelio-vota-a-favor-do-hc-de-lula-e-leva-placar-a-5x4/>>. Acesso em: 29 out. 2018.



**Uma Constituição escrita - já o afirmei** nesta Suprema Corte (RTJ 146/707-708, Rel. Min. CELSO DE MELLO) - **não configura** mera peça jurídica, **nem representa** simples estrutura de normatividade, **nem pode caracterizar** um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações.

(...)

**Torna-se essencial proclamar**, por isso mesmo, que a Constituição **não pode submeter-se** à vontade dos poderes constituídos **nem ao império dos fatos e das circunstâncias**. **A supremacia** de que ela se reveste - *enquanto for respeitada* - **constituirá a garantia mais efetiva** de que os direitos e as liberdades *jamais serão ofendidos*. Ao Supremo Tribunal Federal **incumbe a tarefa, magna e eminente**, de velar para que essa realidade não seja desfigurada (...).<sup>200</sup> **(grifo do autor)**

O Min. Celso de Mello ressaltou que o STF não julga em função da qualidade, condição funcional, social, econômica ou política de determinado indivíduo, pois a presunção de inocência refere-se ao exame de um direito fundamental conquistado de maneira histórica.<sup>201</sup>

Disse, ainda, que a inefetividade do sistema punitivo resulta no excesso de recursos, gerando a sensação de impunidade, o que não pode ser imputado ao reconhecimento do direito fundamental da presunção de inocência.<sup>202</sup>

O Min. Ricardo Lewandowski também votou pela concessão do HC ao paciente, já que a presunção de inocência constitui cláusula pétrea<sup>203</sup>, de acordo com o art. 60, §4º, IV, CRFB/88<sup>204</sup>. Conforme voto do Min., o preceito da presunção de inocência foi redigido de maneira taxativa e unívoca pelos membros da Assembleia Nacional Constituinte para proteger a população brasileira dos excessos que ocorreram no regime de exceção, conseqüentemente, não pode ser relativizado sob pena de "retrocesso institucional".<sup>205</sup>

Porém, como já dito, o plenário do STF negou, por maioria de votos, o referido HC, pois não vislumbraram ilegalidade nem abusividade na decisão do STJ que aplicou o atual entendimento do STF em relação a execução provisória da pena.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 152.752 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins (32190/DF, 153599/RJ, 172730/SP) e outros. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, 02 de fevereiro de 2018. DJe. p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>201</sup> Ibidem. p.7.

<sup>202</sup> Ibidem. p.26.

<sup>203</sup> Ibidem. p.2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>204</sup> Art. 60, §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 152.752 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins (32190/DF, 153599/RJ, 172730/SP) e outros. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, 02 de fevereiro de 2018. DJe. p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

### 3.7 UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E DA (I)LEGALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A presunção de inocência é cláusula pétrea, além de ser um direito conquistado pelos cidadãos em sua luta contra a opressão e abuso do poder, característica, ainda, marcante na sociedade brasileira.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é clara ao estabelecer explicitamente em seu art. 5º, inc. LVII que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"<sup>206</sup>.

O Código de Processo Penal, em seu art. 283, também é explícito ao afirmar que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).<sup>207</sup> **(grifo nosso)**

O marco temporal final, como se pode ver, é até o trânsito em julgado e não até a confirmação da sentença em segundo grau, conforme último posicionamento referendado pela Suprema Corte. De acordo com Aury Lopes Jr. e Badaró:

O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. É temerário admitir que o STF possa 'criar' um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Trata-se de conceito assentado, com fonte e história.<sup>208</sup>

Não é a execução provisória da pena privativa de liberdade que resolverá a morosidade e inefetividade do sistema penal brasileiro. "É um efeito sedante apenas", já que a morosidade persistirá, sendo agravada pelo fato de que muitos acusados inocentes estarão com sua liberdade cerceada.<sup>209</sup>

Vale ressaltar também que não há gradação de culpa do indiciado a medida que o processo avança, o indiciado não torna-se culpado após decisão de segundo grau. O acusado

<sup>206</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>207</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941**. Código de Processo 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: 29 out. 2018.

<sup>208</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer**. São Paulo, 20 de maio 2016. p. 17. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>209</sup> Ibidem. p. 37.

goza da mesma situação jurídica que um inocente em um Estado Democrático de Direito até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Salienta-se que, a maioria da comunidade jurídica que é favorável a execução provisória da pena, afirma que os recursos extraordinários e especial analisam apenas questões de direito. Todavia, o que há são questões predominantemente de fato e de direito, não há puramente uma questão de direito.<sup>210</sup>

Por fim, é necessário destacar que a "execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil. É impossível devolver ao imputado o 'tempo' que lhe foi tomado (...)".<sup>211</sup>

Não se pode querer equiparar a execução do processo civil com a do processo penal: aquela diz respeito ao ter, a exemplo da propriedade; esta refere-se ao ser humano, a sua liberdade.

Evidencia-se que muitos juristas que são favoráveis a execução provisória da pena argumentam também que o número de recursos especial e extraordinário que são admitidos ou providos são pequenos.

(...) A legitimação dos recursos extraordinários não é 'quantitativa', e independe do número de recursos providos.

Equivale, *mutatis mutandis*, a dizer: já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não são acolhidos, vamos presumir que são infundados e desnecessários, podendo prender primeiro e decidir depois. Sem falar que as pesquisas quantitativas publicadas mostram que o número é significativo, principalmente se considerarmos as imensas limitações de acesso aos tribunais superiores impostas por uma imensa quantidade de súmulas proibitivas, mais a necessidade de prequestionamento e, finalmente, a necessidade de demonstração de repercussão geral.<sup>212</sup>

É necessário aduzir que o STF deixou de aplicar o art. 283, do CPP sem declarar de modo expresso e prévio a inconstitucionalidade do dispositivo legal. Isto está incorreto: não se pode deixar de aplicar uma norma sem declarar, formalmente, a sua desarmonia com a CRFB/88.

Em relação ao argumento que muitos utilizam que é necessário a execução provisória da pena, pois o sistema penal do país, em regra, não é eficiente, vale lembrar que não se pode sacrificar o direito fundamental de um cidadão por causa da ineficiência do sistema, ineficiência esta que também é complacente, na maioria das vezes, quando o culpado pela demora seja o próprio indivíduo com o manejo de recursos manifestamente descabidos.

---

<sup>210</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer**. São Paulo, 20 de maio 2016. p. 21. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>211</sup> *Ibidem*. p. 17.

<sup>212</sup> *Ibidem*. p. 34.

A grande responsabilidade é do Estado que precisa estruturar de outra maneira o Poder Judiciário para que este não continue com a morosidade sendo uma característica. A exemplo dos recursos manifestamente descabidos, o magistrado deve aplicar multas significativa de acordo com a situação sócio econômica do réu para que este não repita mais esse tipo de atitude.

Portanto, apreende-se que as decisões do STF no HC 68.726/DF (1991), HC 126.292/SP (2016), nas ADCs 43 e 44, ARE 964.246 e HC 152.752/PR (2018) são eivadas de inconstitucionalidade e ilegalidade.

## **4 ANÁLISE CRÍTICA DA MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF**

Neste capítulo, realizar-se-á uma análise crítica acerca da modificação jurisprudencial do STF a partir dos argumentos contrários e favoráveis à execução provisória da pena privativa de liberdade.

Ademais, verificar-se-á se a Suprema Corte realizou mutação constitucional ou inconstitucional acerca da interpretação do art. 5º, inc. LVII, CRFB/88, assim como se o referido tribunal ocorreu em ativismo judicial.

Outros tópicos também serão explanados, a exemplo da interposição exacerbada do RE e REsp e a ausência de efeito suspensivo desses recursos, bem como a (in)efetividade do direito penal e a duração razoável da persecução penal.

Serão examinados, igualmente, de maneira sucinta, os dispositivos legais da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica que positivam o princípio da presunção da inocência e alguns casos em que países do continente americano violaram o referido princípio.

### **4.1 ARGUMENTOS ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

No presente tópico, serão analisados de maneira crítica os argumentos contrários e favoráveis à execução provisória da pena privativa de liberdade.

#### **4.1.1 Argumentos contrários à execução provisória da pena**

Inúmeros são os argumentos contrários à execução provisória da pena. Desse modo, no presente trabalho, serão citados apenas alguns. Primeiramente, é necessário refletir sobre o indivíduo que tem sua liberdade cerceada por um crime que não cometera, é preso provisoriamente, depois é absolvido em grau recursal ou tem sua pena reduzida. Como o Estado irá ressarcir-lo pelo tempo que permaneceu preso?

Provocar-se-á a reflexão do seguinte questionamento a partir de um caso hipotético quando o STJ divergia do STF no que tangia ao princípio da insignificância no crime de descaminho. De acordo com o STJ, quando ocorria um crime de descaminho, para que fosse

aplicado o princípio da insignificância, era considerado o valor de até dez mil reais. Já para o STF, o valor considerado seria de até vinte mil reais.<sup>213</sup>

Vamos imaginar que João sonegasse o valor de quinze mil reais e fosse condenado em primeira instância. Assim, ele apelava e o tribunal mantinha a condenação, cumprindo o réu pena restritiva de direitos ou privativa de liberdade. O réu interpunha recurso ou impetrava HC para o STF. A Suprema Corte reconhecia a insignificância e o absolvía, pois entendia que não havia lesão ao bem jurídico.

Então, como o Estado poderia ressarcir-lo pelo tempo que teve a sua liberdade privada ou cumpriu pena restritiva de direitos? Ainda que houvesse uma indenização pecuniária, o tempo que o indivíduo desperdiçara e a sua dignidade, que fora atingida, não conseguiriam ser quantificadas.

É importante ressaltar que no momento em que o tribunal, no exemplo supracitado, confirmou a condenação em primeira instância, a defesa do réu poderia ter utilizado a medida cautelar ou o HC, porque houve uma execução provisória. Todavia, por causa deste fenômeno, há uma movimentação da máquina judiciária desnecessariamente.

De acordo com o Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto no julgamento das ADCs 43 e 44, a Secretaria-Geral do STJ afirmou que no período entre 01 de janeiro de 2009 até 20 de junho de 2016, "8.493 decisões em REsp ou AREsp foram proferidas em favor do réu, reformando sentenças condenatórias, de um total de 82.519 casos analisados, o que

---

<sup>213</sup> Atualmente, o STJ já ajustou sua jurisprudência à do STF:

RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002.

ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF - R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS).

ADEQUAÇÃO.

1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO - Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.

2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

3. Recurso especial improvido. Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1688878 SP 2017/0201621-1**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF. Terceira Seção, 28 de fevereiro de 2018. DJe. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562923785/recurso-especial-resp-1688878-sp-2017-0201621-1>>.

Acesso em: 14 nov. 2018.

corresponde à 10,29%".<sup>214</sup> Ou seja, se estes dados forem corretos, é provável que mais de 8 mil pessoas foram encarceradas de maneira injusta. Isto porque há outros levantamentos, inclusive do próprio STF, com informações divergentes. Aduz o Min. que:

No âmbito do STF, os dados revelam que, mesmo após o crivo de três instâncias judiciais, 465 recursos extraordinários foram providos a favor de pessoas até então condenadas. Se considerarmos a concessão de habeas corpus, que muitas vezes levam à redução da pena, possibilitando a adoção de regimes menos gravosos com o semiaberto ou até mesmo o aberto, o número de condenados beneficiados sobe para 4.079, correspondente à 7,46% dos casos analisados.

Somando-se os beneficiados por decisões do STJ e do STF, chega-se a um resultado superior a 12 mil cidadãos presos indevidamente, repita-se, pagando com a liberdade pelo que não devem, ou pagando em excesso pelo crime que cometeram. Para abrigar esse montante, seriam necessários 24 novos presídios, ao custo unitário de R\$ 40 milhões de reais, conforme estudo do Conselho Nacional de Justiça. Sem levar em conta que cada preso custa ao Estado três mil reais por mês. Em conta rápida, o gasto mensal com 12 mil presos é da ordem de 36 milhões de reais.<sup>215</sup>

De acordo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado em junho de 2016, 40% dos presos relativos a este período, temporários ou preventivos, não possuíam decisão condenatória transitada em julgado<sup>216</sup>. E, com a execução provisória da pena, esse percentual tende a tornar-se maior em um sistema penitenciário que encontra-se em um estado de coisas inconstitucional, conforme assentado na ADPF 347 e no RE 592.581/RS.

Apenas para exemplificar como encontra-se o catastrófico sistema prisional do país: em junho de 2016, a população prisional ultrapassou a marca de 700 mil pessoas, conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.<sup>217</sup> Neste mesmo período, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.<sup>218</sup> E, sabe-se que o sistema prisional do país encontra-se em situação extremamente precária, bem como em déficit no número de vagas. Percebe-se, portanto, que o principal intuito do Poder Judiciário é dar efetividade, custe o que custar, às suas decisões proferidas. É uma política de encarceramento em massa.

Interessante notar que o Judiciário, ao reduzir o direito fundamental de um cidadão, alarga sua interpretação jurídica como bem entender, até mesmo desrespeitando o art. 5º, inc. LVII, dispositivo originário da CRFB/88. No entanto, para ampliar os direitos individuais, essa mesma atitude torna-se rara.

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 198. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>215</sup> Ibidem. p. 199.

<sup>216</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, DF, 2017. p. 13. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

<sup>217</sup> Ibidem. p. 9

<sup>218</sup> Ibidem. p. 12.

Mesmo que parcela dos que defendem a execução provisória da pena considere pequenos os números de absolvição nos Tribunais Superiores, a execução provisória da pena contraria o Estado Democrático de Direito, constituindo-se em um retrocesso das conquistas advindas da CRFB/88.

A execução provisória da pena afeta principalmente a população hipossuficiente, que não possui condições financeiras para pagar por uma defesa de qualidade. A Defensoria Pública, por exemplo, faz a defesa dessas pessoas, realizando um excelente trabalho, todavia encontra-se abarrotada de uma quantidade elevada de processos e em déficit no quadro de defensores.<sup>219</sup>

Outrossim, as prisões decorrentes da execução provisória elevam os custos do Estado, que tem o dever de pagar indenizações aos réus que foram absolvidos em grau recursal ou cumpriram um tempo maior na cadeia do que deveriam cumprir, onerando, consequentemente, os cofres públicos ao manter uma quantidade maior de presos nos estabelecimentos prisionais.

#### **4.1.2 Argumentos favoráveis à execução provisória da pena**

Os defensores da execução provisória da pena afirmam que esse modelo possibilitará maior celeridade processual, não impedindo que o acusado impetre recursos para modificar a sentença em instâncias superiores.

Da mesma maneira, reduzirá a impunidade que assola o país, pois, segundo os juristas, a interposição exacerbada de recursos, na maioria dos casos, contribui para a prescrição da pena, principalmente para aqueles acusados do alto escalão, que, possuem condições de contratar uma defesa de altíssima qualidade com o intuito de postergar ao máximo o cumprimento da sua pena até que esta encontre-se prescrita.

A execução provisória, portanto, diminui, conforme essa parcela de juristas, a seletividade do sistema penal do país, o número de casos prescritos e o descrédito da sociedade, o que torna o sistema mais igualitário.

De acordo com o Min. Joaquim Barbosa, em seu voto no julgamento do HC nº 84.078-7/MG (2009), se for necessário aguardar o esgotamento do RE e REsp, o processo

---

<sup>219</sup> Em 2015, por exemplo, o déficit de defensores públicos federais chegava a 70%, de acordo com o Estudo da Assistência Jurídica Integral e Gratuita no Brasil: Um Panorama da Atuação da Defensoria Pública da União. Além disso, tanto a DPU quanto a DPE não estão presentes em diversas localidades do país.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União**. 2. ed. Brasília, 2015. p.63. Disponível em: <[https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Mapa\\_dpu\\_2015\\_web.pdf](https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Mapa_dpu_2015_web.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2018.



jamais terá um término. Além disso, afirmou que não há uma garantia a um duplo ou triplo grau de jurisdição, desse modo, é possível ocorrer a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.<sup>220</sup>

Conforme o Min. Zavascki, podem ocorrer deslizes tanto nas instâncias ordinárias quanto nas extraordinárias, assim sendo é plenamente possível executar a pena de maneira provisória.<sup>221</sup>

Segundo o Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto no julgamento das ADCs 43 e 44, a execução provisória da pena "favorece a valorização e a autoridade das instâncias ordinárias, (...), pelo fato de o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça terem passado a funcionar como instâncias de passagem até a apreciação pelos Tribunais Superiores".<sup>222</sup> Ainda, para o referido Min., a CRFB/88 condiciona a culpabilidade e não a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>223</sup>

Além disso, parte da comunidade jurídica que defende a execução provisória da pena fundamenta seu posicionamento com base nas súmulas 716<sup>224</sup> e 717<sup>225</sup> do STF, já que o STF admite a progressão de regime, ainda que o réu esteja em prisão especial até mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Como já dito anteriormente, a presunção de inocência é considerada um direito fundamental e uma garantia, portanto uma cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 5º, inc. LVII, CRFB/88 adveio do Poder Constituinte Originário e, como se sabe, dispositivo originário da CRFB/88 não pode ser modificado pelo Poder Constituinte

<sup>220</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078-7 Minas Gerais**. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. DJe. p. 1135. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>221</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe. p. 3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 out. 2018.

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 70. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>223</sup> Ibidem. p.70.

<sup>224</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>225</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Reformador nem mesmo receber interpretação pelo STF que encontra-se em desarmonia com a CRFB/88.

#### 4.2 MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

Há três tipos de mutação: a judicial, a legislativa e a administrativa. No presente tópico, será objeto de análise a mutação constitucional judicial realizada pelo STF em relação à execução provisória da pena.

Observa-se que, no plano judicial, as mutações não ocorrem apenas no plano constitucional, mas também, no infraconstitucional, bem como não apenas a interpretação constitucional promove mudanças. Práticas estatais, leis e outras fontes também podem estabelecer modificações.<sup>226</sup>

Não pode o STF, órgão do Poder Judiciário e aplicador das leis, violar um direito fundamental previsto originariamente na CRFB/88, atuando de forma ativista, como se legislador fosse. A Suprema Corte incorreu em ativismo judicial, além de realizar uma mutação/mutilação inconstitucional.

Assim, faz-se necessário, primeiramente, conceituar a expressão mutação constitucional, conceito este que é variável na doutrina, consoante observa Carlos Blanco de Moraes.<sup>227</sup>

De acordo com o Min. Barroso, a mutação constitucional "consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente".<sup>228</sup> Já Anna Cândida Cunha Ferraz diferencia o fenômeno da mutação em constitucional e inconstitucional. A constitucional é aquela que altera o alcance, sentido e o significado da Constituição sem contrariar os seus preceitos. As que ultrapassam os limites constitucionais fixados pelas normas são designadas mutações inconstitucionais.<sup>229</sup>

<sup>226</sup> COELHO, Vitor Batista de Souza. **Mutação Constitucional: Uma Análise dos Limites em Face do Habeas Corpus 126.292**. 2018. 66f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2018. p. 23.

<sup>227</sup> MORAIS, Carlos Blanco. Mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco (Org.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 62.

<sup>228</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe. p. 32. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>229</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015. p. 13. Disponível em: <<http://www.unifieo.br/pdfs/e->

A mutação constitucional, portanto, é um processo informal apenas de mudança de interpretação/sentido de determinado dispositivo da CRFB/88, encontrando-se limitado pelo próprio texto que se interpreta, o qual não é modificado. E, por que isto ocorre? As exigências da sociedade são modificadas com o passar do tempo e o Direito deve acompanhá-las com o intuito de que não se torne engessado.

Ainda, consoante o Min. Barroso, a mutação pode ocorrer quando há uma mudança relevante na realidade social, ocorrência de consequências negativas provenientes de determinada interpretação ou modificação na percepção sobre o Direito.<sup>230</sup>

No presente caso, a maioria da sociedade brasileira está ávida para combater os altos índices de violência e criminalidade do país, além da impunidade, principalmente daqueles que cometem crimes de colarinho branco, que, raramente são punidos. A população deseja que a justiça seja realizada, bem como que a segurança pública impere.

Desse modo, o STF atendeu o que a maioria clama: realizou uma mudança de sentido no art. 5º, inc. LVII, CRFB/88 ao permitir a execução provisória da pena. Todavia, este entendimento não condiz com o texto constitucional e o Estado Democrático de Direito. Este tipo de Estado baseia-se na dignidade da pessoa humana, conseqüentemente, aquele que está sendo acusado possui o direito de ter sua liberdade como regra e não como exceção.

A CRFB/88 é clara ao garantir a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Se não houve o trânsito em julgado, o acusado ainda não pode ser considerado culpado, conseqüentemente, não pode ter sua liberdade cerceada. Esta apenas pode ser cerceada se for decretada a sua prisão temporária ou preventiva por ordem escrita e fundamentada.

Se a CRFB/88 trata o réu como inocente até o trânsito em julgado, impor a execução provisória é o mesmo que tratá-lo como culpado, ferindo o texto constitucional.

O STF, portanto, incorreu em uma mutação/mutilação<sup>231</sup> inconstitucional, além de ter incidido em ativismo judicial, atendendo aos anseios sociais. O ativismo judicial consiste na tentativa do Poder Judiciário ter uma participação mais pujante com o propósito de consubstanciar o que está disposto no texto constitucional.

---

Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o\_01-09-2015.pdf>. Acesso: 30 nov. 2018.

<sup>230</sup> BRASIL. **Informativo STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo896.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

<sup>231</sup> A expressão "mutilação inconstitucional" foi criada pelo jurista Lênio Streck.

Veja o que dez constitucionalistas dizem sobre execução provisória da pena. **Consultor Jurídico**. 4 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/veja-dez-constitucionalistas-dizem-prisao-antecipada>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

O magistrado, exatamente por não ter sido eleito pelo voto do povo, em regra, está mais imune a pressões populares em detrimento dos membros dos poderes legislativo e executivo e, por isso, não deve preocupar-se tanto em ir de encontro com a maioria popular quando é preciso obedecer aos direitos e garantias fundamentais.

A Suprema Corte incidiu também em uma verdadeira "Supremocracia". A expressão, cunhada por Oscar Vieira, em um primeiro sentido, refere-se à autoridade do STF em governar jurisdicionalmente às demais instâncias do Poder Judiciário, e, em um segundo sentido alude à ampliação da autoridade do STF diante dos Poderes Legislativo e Executivo.<sup>232</sup>

Sabe-se que o STF é o guardião da Constituição. Contudo, nos últimos tempos, além dessa função, a Corte tem exercido a função de criadora de regras, normatizando o âmbito social, o que ocorreu com o art. 5º, inc. LVII, CRFB/88 ao dar entendimento que não encontra-se em harmonia com o texto constitucional.

É importante ressaltar que nem mesmo o legislador infraconstitucional poderia aplicar tal entendimento, já que o art. 5º, inc. LVII, CRFB/88 trata-se de dispositivo constitucional originário, sendo considerado cláusula pétrea, não podendo, portanto, ser modificado pelo Poder Constituinte Reformador.

Na presente pesquisa, não é negado o fato do fenômeno da mutação constitucional ser necessária para atualização da Constituição, todavia, esta, no presente caso, se deu de forma inconstitucional.

O STF agradou a maioria dos anseios populares, indo de encontro a função contramajoritária da jurisdição constitucional que fundamenta a legitimidade do poder que a executa. Entende-se o princípio contramajoritário como princípio que justifica a atuação do Poder Judiciário contra a vontade da maioria em defesa de uma minoria protegida constitucionalmente.<sup>233</sup>

O Poder Judiciário é o único dos poderes que não possui representantes eleitos pelo povo e, por isso, não representa a vontade da maioria da sociedade. Desse modo, pode atuar

---

<sup>232</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, Jul-Dez 2008, p. 445. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

<sup>233</sup> ROSA, Igor Ramos; MENDES, Renat Nureyev. **O Poder Judiciário e o Princípio Contramajoritário**: uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação aos casais homoafetivos. p. 232-233. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/viewFile/27346/16332>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

de modo contramajoritário aos anseios sociais que prejudicam os direitos de outra parcela da população.<sup>234</sup>

Sabe-se que também é necessário que o Poder Judiciário tenha certa discricionariedade, percebendo qual a vontade da maioria da população para construção de um processo que prima pela democracia, já que a Constituição do país possibilita a interpretação e o diálogo democráticos.<sup>235</sup> Todavia, essa interpretação não pode atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos cidadãos, como ocorreu com o fenômeno da execução provisória da pena.

Portanto, a mutação constitucional, no presente caso, colidiu com a essência da CRFB/88, criando uma verdadeira mutilação inconstitucional, o que enfraqueceu o texto constitucional, além da Suprema Corte ter incorrido em um ativismo judicial e em uma "Supremocracia".

#### 4.3 RECURSOS E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Recurso é "um meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita a modificação, no todo ou em parte, ou a anulação de uma decisão judicial ainda não transitada em julgado, no mesmo processo em que ela foi proferida". De modo excepcional, o recurso pode ser um ato do ofendido também.<sup>236</sup>

Os principais fundamentos que justificam a interposição do recurso são: a falibilidade humana, posto que com uma nova apreciação pode ocorrer a melhora da decisão para o réu e a inconformidade deste com o provimento jurisdicional.<sup>237</sup>

Os recursos podem ser divididos em ordinários e extraordinários. Os primeiros analisam a matéria fática e jurídica do caso concreto já decidido em primeira instância por um órgão superior. Já os extraordinários analisam apenas a matéria de direito da decisão impugnada pelos tribunais superiores. Válido ressaltar que há espécies de recursos com esses mesmos nomes.<sup>238</sup>

---

<sup>234</sup> CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. Uma Análise do Princípio Contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 133, p. 47-62, Março 2014. p. 57. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/220/156>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

<sup>235</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 55.

<sup>236</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 973.

<sup>237</sup> Ibidem. p. 971.

<sup>238</sup> Ibidem. p. 977.

Na presente pesquisa, tratar-se-á apenas do RE, REsp e Embargos Infringentes, tendo em vista que estes encontram-se intrinsecamente relacionados com a execução provisória da pena.

Destaca-se que o presente trabalho entende por trânsito em julgado o esgotamento dos recursos em face de uma decisão, confundindo-se, portanto, com a coisa julgada formal.

#### 4.3.1 Interposição (Exacerbada) de Recursos

O julgamento pelas instâncias ordinárias não esgota o juízo de culpabilidade ou o exame da repercussão jurídica de fatos e provas. Isto porque, os tribunais superiores podem alterar a dosimetria da pena e o regime prisional; substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; decretar a atipicidade dos fatos, modificando ou não sua qualificação jurídica, bem como revelar que as provas são ilícitas.<sup>239</sup>

Destaca-se que a taxa média de REsps que foram acolhidos no STJ em 2015 foi de 29,30%, enquanto no ano de 2008 foi de 49,31%.<sup>240</sup>

Interessante notar que a maioria dos tribunais "(...) negam provimento ao recurso numa apelação criminal e determinam a expedição do mandado de prisão, sem qualquer justificação", a exemplo de 90% das decisões do TJ/SP.<sup>241</sup>

Um documento emitido pela então Secretária-Geral da Presidência do STJ, Senhora Karima Batista Kassab Coelho, dá conta que, no período de 1º de janeiro de 2009 até 20 de junho de 2016, no STJ, 32,13% de HC's foram deferidos; é um número extremamente impressionante. E de REsp's, 17,97% de recursos especiais, em matéria criminal, foram providos. Ou seja, quase 18%; é também um número impressionante (...)

(...) Um documento emitido pelo assessor chefe de então da Presidência do Supremo Tribunal Federal e dirigido ao Secretário Geral que dá conta que, no Supremo Tribunal Federal, no mesmo período, de 1º de janeiro de 2009 até 20/6/2016, em matéria criminal, 9,44% dos RE's foram providos, 11,72% RHC's foram providos e 9,71% de HC's foram deferidos, ou seja, as ordens foram concedidas, quase 10%. São números, a meu ver, que impressionam, são números oficiais, são números que não dependem da credibilidade daqueles que os enunciam porque merecem fé pública (...).<sup>242</sup>

Essas estatísticas são apenas exemplificativas. Salienta-se que o cumprimento de um direito fundamental não pode estar sujeito a estatísticas, números e resultados.

<sup>239</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. p. 54. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

<sup>240</sup> Ibidem. p.54.

<sup>241</sup> Ibidem. p. 98.

<sup>242</sup> BRASIL., op. cit., p. 179-180.

É falacioso o argumento utilizado pelos que defendem a execução provisória da pena que há muitos recursos no país. O problema da impunidade e ineficácia do sistema processual penal, em sua maioria, encontra-se na primeira instância que, por coincidência, é onde o Estado realiza os menores investimentos do Poder Judiciário, possuindo, portanto, a pior estrutura.<sup>243</sup>

Dessa forma, é necessário aprimorar o trâmite processual em primeira instância com o intuito de que ocorra uma diminuição na interposição de recursos, tornando desnecessária a provocação dos tribunais superiores.

Os recursos aos tribunais superiores apenas podem ser interpostos nas hipóteses previstas na CRFB/88. Portanto, se o advogado verifica que naquele caso é possível a interposição do recurso, ele deve fazer uso, se não corre o risco de não cumprir com o seu dever profissional.<sup>244</sup>

Todavia, se em determinado caso judicial, ocorre a interposição exacerbada de recursos, há instrumentos para deter tal abuso, a exemplo da necessidade de estar demonstrada a repercussão geral para o RE, bem como que sejam aplicadas punições, como a multa por litigância de má fé.

Em 2011, foi apresentada a PEC n°15<sup>245</sup> pelo senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES), também conhecida como PEC dos Recursos ou PEC Peluso, após o Min. Peluso fazer declarações sobre a demora nas decisões judiciais e a interposição exacerbada de recursos.

O que se pretendia era garantir a execução provisória da pena a partir da decisão em segunda instância, empreendendo que o RE impetrado no STF e o REsp impetrado no STJ possuíssem a mesma eficácia do julgamento de uma ação rescisória.<sup>246</sup>

---

<sup>243</sup> SOUSA, Ulisses César Martins de; ZAGALLO, José Guilherme Carvalho. A PEC dos Recursos não será a solução para o Judiciário. **Consultor Jurídico**, 22 jun. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-22/pec-recursos-nao-solucao-desafogamento-judiciario>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

<sup>244</sup> MARTINS, Grazielle Mendes; AMÉRICO, Lucas Carvalho. A (In) Constitucionalidade da Decisão do STF sobre a Execução Provisória da Pena, p.218. **XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba**, Florianópolis. p. 207-223. 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/3e57x458/ZqCaJcEIpqMHxwIM.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

<sup>245</sup> FERRAÇO, Ricardo. et al. **PEC n° 15**. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias. Explicação da 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. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>>. Acesso em: 14 out. 2018.

Outrossim, a PEC acabaria com o efeito suspensivo dos recursos citados. Isto se deve ao fato de que quando a PEC foi apresentada, estava em vigor o CPC/73. Desse modo, os recursos especiais e extraordinários criminais não tinham efeito apenas devolutivo, ou seja, tinham também efeito suspensivo, em clara violação ao texto do CPC/73.

Vale ressaltar que, se aprovada a referida PEC, os processos judiciais perpassariam por menos instâncias no país, mas, não necessariamente durariam menos tempo.

Todavia, o Presidente Nacional da OAB, à época, Ophir Cavalcante, entregou ao então Min. da Justiça José Eduardo Cardozo, um ofício com o entendimento contrário à PEC, indicando que se esta fosse aprovada, apenas reduziria o número de processos na justiça brasileira: cerca de 1,7%, com base no estudo Justiça em Números realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). No ofício, o então presidente da OAB, propôs que houvesse um prazo razoável para que os magistrados julgassem os processos, já que o prazo destes é considerado impróprio.<sup>247</sup>

Diminuir o número de recursos não é uma saída constitucional e os processos judiciais não necessariamente durariam menos tempo, apenas perpassariam por menos instâncias. Para resolver o problema da ineficácia do sistema penal e da demora na tramitação processual, são necessárias outros caminhos.

José Miguel Garcia Medina, por exemplo, sugere aumentar o número de ministros no STJ para, no mínimo, 63, totalizando 12 turmas, cada uma com cinco ministros. Atualmente, são seis turmas com essa mesma quantidade de ministros. Preconizou também que os Ministros do STF cumprissem mandatos com prazos certos, como acontece na maioria dos países com o modelo semelhante ao do Brasil.<sup>248</sup>

Todavia, aumentar o número de Ministros só aumentaria o congestionamento do sistema judiciário brasileiro. A melhor saída seria simplificar o processo, tornando-o menos ritualístico, mais concentrado e mais oralizado, como o Chile fez com o seu sistema processual penal, como já dito anteriormente.

Grande parte do processo é oral e não escrito no Chile. As provas são produzidas durante as audiências. Desse modo, cerca de 10% dos casos tornam-se processos, enquanto o

---

<sup>246</sup> BRASIL. **Notícias STF**. "PEC dos Recursos" é apresentada pelo presidente do STF e estará no III Pacto Republicano. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

<sup>247</sup> OAB formaliza contrariedade à PEC dos Recursos. **Migalhas**. 28 jul. 2011. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI138206,21048-OAB+formaliza+contrariedade+a+PEC+dos+Recursos>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

<sup>248</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. A PEC dos Recursos e a reforma de que o STF precisa. **Consultor Jurídico**, 15 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-fev-15/pec-recursos-reforma-supremo>>. Acesso em: 03 nov. 2018.



resto é resolvido por meio de negociação.<sup>249</sup> Além disso, as funções do processo estão bem divididas entre judiciário, defesa e acusação, tornando o processo célere sem que isso repercuta de forma negativa no devido processo legal, ampla defesa e contraditório.<sup>250</sup>

Por isso, o STF, ao perceber, que há uma interposição excessiva de recursos, atualmente, está determinando a baixa dos autos para execução da sentença condenatória, independentemente da publicação do acórdão e da interposição de qualquer recurso. Evidencia-se que o STF e o STJ não são instâncias de revisão nem mesmo um triplo grau de jurisdição.<sup>251</sup> Todavia, essa conduta mutila totalmente o direito fundamental à presunção de inocência. Como dito, é possível se pensar em outras saídas.

Diante das considerações acima realizadas, questiona-se: "haveria impedimento na efetivação da execução provisória do julgado na parte da sentença penal condenatória não recorrida?"<sup>252</sup>

Ainda não há previsão legal nesse sentido. Seguindo o raciocínio lógico adotado pela Suprema Corte, não haveria obstáculo na execução provisória também ao condenado que encontra-se em liberdade, porém foi condenado em segunda instância.<sup>253</sup>

Mas, destaca-se novamente que essa prática ofende a Carta Magna, indo de encontro aos princípios constitucionais e garantias processuais asseguradas.

#### 4.3.2 Ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial

Os recursos extraordinário e especial possuem fundamentação vinculada, posto que se limitam apenas ao aspecto jurídico da decisão impugnada. O primeiro é analisado pelo STF, enquanto o segundo pelo STJ.

<sup>249</sup> BRASIL. Reportagem Especial. **Câmara dos Deputados. Código de Processo Penal: modelo chileno torna processo mais rápido e eficiente** - Bloco 5. 20 mar. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/526869-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-MODELO-CHILENO-TORNA-PROCESSO-MAIS-RAPIDO-E-EFICIENTE-BLOCO-5.html>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

<sup>250</sup> MAGALHÃES, Leonardo Cardoso de. **Breves Comentários sobre o Sistema Penal Chileno e o Papel da Defensoria Pública no Paradigma Democrático**. Disponível em: <[http://www.dpu.def.br/images/esdpu/repositorio/Ed\\_2016\\_82\\_LeonardoMagalhaes\\_ARTIGO.pdf](http://www.dpu.def.br/images/esdpu/repositorio/Ed_2016_82_LeonardoMagalhaes_ARTIGO.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2018.

<sup>251</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. IV. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.

<sup>252</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Brasília: Escola de Administração Judiciária. TJDFT, 2015. p.122. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

<sup>253</sup> Ibidem.

Não são analisadas as questões de fato em ambos os recursos, conforme súmulas 07 do STJ<sup>254</sup> e 279 do STF<sup>255</sup>. Entretanto, o regime legal das provas pode ser analisado, a exemplo da verificação de prova ilícita.<sup>256</sup>

Os casos em que cabem REsp estão previstos no art. 105, III e do RE estão presumidos no art. 102, III, ambos da CRFB/88. Devem ser interpostos no prazo de 15 dias e exigem prequestionamento.

O RE e REsp, para serem interpostos, não basta possuírem uma decisão desfavorável. É preciso que ocorra uma violação à questão constitucional ou federal, respectivamente, para que sejam interpostos, visto que o STF e o STJ não são uma terceira instância.<sup>257</sup>

Ambos os recursos possuem efeito devolutivo: devolvem o conhecimento da matéria para um tribunal *ad quem*, superior àquele que proferiu a decisão e os dois também, em regra, não possuem efeito suspensivo.

No entanto, não é porque não possuem efeito suspensivo que pode ocorrer a execução provisória da pena.<sup>258</sup> O efeito suspensivo pode ser pleiteado nos termos do art. 1029, §5º, Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), sendo excepcionalmente concedido, nos termos da súmula 634 do STF<sup>259</sup>.

Sendo concedido ou não o efeito suspensivo, não deve ocorrer a execução provisória da pena, pois, dentre os inúmeros motivos já citados anteriormente, a presunção de inocência é uma cláusula pétrea e executar provisoriamente a pena viola tal princípio e direito fundamental do indivíduo.

Ainda que a legislação infraconstitucional autorizasse a execução provisória, esta não teria eficácia, tendo em vista que o texto constitucional situa-se em uma posição hierarquicamente superior.<sup>260</sup>

<sup>254</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1205>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

<sup>255</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

<sup>256</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1075.

<sup>257</sup> FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>258</sup> LOPES JR., Aury., op cit., p. 1094.

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 634**. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2023>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

<sup>260</sup> CARVALHO FILHO, Jacob Fortes de. **A execução antecipada da pena em face do princípio da presunção de inocência**. 2017. 113f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em

Não faz sentido o Poder Constituinte Originário, após um período ditatorial que o país viveu, inaugurar um Estado Democrático de Direito, condicionando a eficácia do princípio da presunção de inocência a efeitos dos REs e REsp. Além disso, optou-se pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória e não pelo duplo grau de jurisdição.<sup>261</sup>

Não obstante, se houver algum risco da liberdade do réu ser cerceada ou tenha sido decretada em decorrência da interposição de RE ou REsp, o instrumento a ser utilizado é o HC, impetrado tanto no STF quanto no STJ.<sup>262</sup>

Atualmente, com a incorporação do RE pelo CPC/15, no STF, se não for impetrado o HC, pode ser realizado apenas o pedido de concessão de efeito suspensivo. Já o STJ<sup>263</sup>, entende, reiteradamente, que a ferramenta adequada é a medida cautelar inominada (art. 798, CPC/73).<sup>264</sup>

### 4.3.3 Embargos Infringentes

Os embargos infringentes, previstos no parágrafo único do art. 609, do CPP<sup>265</sup> são interpostos quando o voto vencido tem como objeto uma questão de mérito que pode levar a

Direito, Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), Brasília, 2017. p. 69. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2374>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

<sup>261</sup> Ibidem. p. 70.

<sup>262</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1094.

<sup>263</sup> CALHEIROS, Renan. **Projeto de Lei do Senado nº 513, de 2013**. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TORTURA. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. PRETENSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. VIA IMPRÓPRIA. 1. É assente na jurisprudência desta Corte de Justiça que o habeas corpus não é a via adequada para dar efeito suspensivo a agravo interposto contra decisão que não recebe o recurso especial ou recurso extraordinário, tendo em vista que este pedido normalmente é veiculado por medida cautelar inominada e só é acolhido em casos excepcionais. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CONHECIMENTO DO PRESENTE *WRIT* COMO MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. INOVAÇÃO DE TESE JURÍDICA QUE NÃO FOI DEDUZIDA NA INICIAL DO *WRIT*. IMPOSSIBILIDADE. 1. É inadmissível a apreciação, em sede de agravo regimental, de tese que não foi alegada na inicial do remédio constitucional, pois à parte é vedado inovar pedidos quando da interposição do regimental. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO. PERDA DO INTERESSE RECURSAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Diante da superveniência do julgamento do agravo de instrumento interposto, a que se pretendia a concessão de efeito suspensivo, transitando em julgado a decisão, resta evidente a falta de interesse recursal no agravo regimental aforado. 2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 172.334/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 19/03/2013).

<sup>264</sup> LOPES JR., Aury., op. cit., p. 1094.

<sup>265</sup> Art. 609. Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência. (Incluído pela Lei nº 1.720-B, de 3.11.1952)

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

substituição por outra pena, a absolvição ou redução da pena, por exemplo. A decisão, no caso, é anulada.<sup>266</sup>

É importante esclarecer que os embargos infringentes apenas têm cabimento para "impugnar decisão não unânime proferida por tribunal no julgamento de uma apelação, recurso em sentido estrito ou agravo em execução" e apenas podem ser utilizados pela defesa, "pois exige uma decisão não unânime desfavorável ao réu, ou seja, há um voto divergente a favor da tese defensiva (no todo ou em parte)".<sup>267</sup>

A interposição de embargos infringentes inviabiliza a execução provisória, ocorrendo após o julgamento destes, já que o julgamento desfavorável ao acusado ainda possui chances de ser modificado.<sup>268</sup>

#### 4.4 LEI DE EXECUÇÃO PENAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O art. 147 da LEP<sup>269</sup> veda a execução provisória das penas restritivas de direito. E, o art. 105<sup>270</sup> da mesma lei proíbe a execução provisória da pena privativa de liberdade, ao afirmar "transitado em julgado a sentença que aplicar a pena privativa de liberdade".

O STF ao admitir que é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, que consiste em uma pena mais gravosa que a pena restritiva de direito, conseqüentemente, dá margem para que esse entendimento deva ser aplicado à esse último tipo de pena mais leve.

Todavia, a Terceira Seção do STJ, no julgamento dos embargos de divergência em recurso especial (EREsp) 1.619.087 entendeu que as penas restritivas de direitos não podem ser executadas de maneira provisória, conforme o art. 147 da LEP.<sup>271</sup>

<sup>266</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1056.

<sup>267</sup> Ibidem. p. 1057.

<sup>268</sup> BRASIL. **Notícias STJ**. Cabimento de embargos infringentes inviabiliza execução provisória da pena. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Cabimento-de-embargos-infringentes-inviabiliza-execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-da-pena](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Cabimento-de-embargos-infringentes-inviabiliza-execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-da-pena)>. Acesso em: 05 nov. 2018.

<sup>269</sup> Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

BRASIL. **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: 08 nov. 2018.

<sup>270</sup> Art. 105. Transitado em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

BRASIL. **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: 08 nov. 2018.

<sup>271</sup> BRASIL. **Notícias STJ**. Pena restritiva de direitos não admite execução provisória. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Pena-restritiva-de-direitos-n%C3%A3o-admite-execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Pena-restritiva-de-direitos-n%C3%A3o-admite-execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria)>. Acesso em: 06 nov. 2018.

O PL n° 513/2013<sup>272</sup>, de autoria do senador Renan Calheiros (PMDB/AL), então Presidente do Senado Federal, à época, propõe uma ampla reforma na LEP, sendo uma das principais modificações a execução provisória da pena. O seguinte projeto propõe atualizar os seguintes arts. 65; 105-A, caput; 147, parágrafo único; 164; 171, caput e 197-Q, parágrafo único que irão dispor da seguinte redação:

Art. 65. A execução da pena privativa de liberdade competirá ao Juízo indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença condenatória; a da pena cautelar ou de execução provisória, a pena não privativa de liberdade, a da pena alternativa e a da pena de multa, não cumulativa, competirão ao Juízo da condenação.

Parágrafo único. As organizações judiciárias, federal, dos Estados e do Distrito Federal, poderão instituir juízos especializados para a pena alternativa à prisão, mas a pena de multa, não cumulativa, será sempre da competência do juízo da condenação. (NR)

(...)

Art. 105-A. Confirmada pelas instâncias ordinárias a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, ou quando proferida por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa de função, a secretaria do Juízo, sob pena de responsabilidade, expedirá, no dia seguinte, a guia de execução ao Juízo da Execução determinado pela sentença, recomendando-se, se já preso o condenado, a prisão em que se encontrar, ou, se em liberdade, expedindo-se mandado de prisão.

(...)

Art. 147. Parágrafo único. Confirmada pelas instâncias ordinárias a sentença que aplicou pena restritiva de direitos, ou quando proferida por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa de função, o Juiz determinará a sua execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, podendo requisitar a colaboração de instituições de ensino, entidades públicas ou solicitá-la a particulares". (NR)

(...)

Art. 164. Confirmada pelas instâncias ordinárias a sentença que aplicou pena de multa, principal, cumulativa ou substitutiva, ou quando proferida por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa de função, o condenado será intimado pessoalmente, pelo Juízo da condenação, ao pagamento mediante prestação social alternativa a entidade cujos dados identificativos, inclusive endereço, horário de funcionamento e número de conta bancária, destinada a recolhimento de multas, constarão da intimação.

§1º Decorrido o prazo sem o pagamento da multa, o Juízo poderá determinar o desconto em folha de pagamento e o depósito a entidade comunitária, ou a

---

<sup>272</sup> CALHEIROS, Renan. **Projeto de Lei n° 513, de 2013**. Altera a Lei de Execução Penal. Explicação da Ementa: Altera a Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) dispondo sobre seu objeto e sua aplicação, sobre o condenado e o preso provisório (classificação, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao egresso); dispõe sobre o trabalho interno e externo do condenado, sobre os deveres, direitos e disciplina do detento; dispõe sobre as sanções, recompensas, do procedimento disciplinar, dos órgãos de execução penal (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Juízo da execução, Ministério Público, Conselho Penitenciário, Departamento Penitenciário Nacional e Secretarias de Estado de Execução Penal no sistema de justiça, estabelecimentos Penais, Fundo Penitenciário Estadual, Fundo Rotativo nos Estabelecimentos Penais, Centrais Estaduais e Municipais Alternativas Penais e Patronato, Conselho da Comunidade, Defensoria Pública, Conselho Nacional de Secretários de Estado de Execução Penal no Sistema de Justiça - CONSEJ, OAB); dispõe sobre os estabelecimentos penais (penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa do albergado, recolhimento domiciliar, centro de observação, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, cadeia pública); dispõe sobre a execução das penas em espécie (penas, privativa de liberdade, regimes, autorizações de saída, permissões de saída, saída temporária, remição, detração, livramento condicional, penas restritivas de direito, suspensão condicional, multa); dispõe sobre a execução das medidas de segurança, dos incidentes de execução e do procedimento judicial. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115665>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

conversão da pena de multa em prestação comunitária, pela forma que entender apropriada ao condenado, intimando-se ao cumprimento.

§2º Haverá a extinção da punibilidade quando, independentemente do pagamento da multa, o condenado cumprir a pena privativa de liberdade aplicada cumulativamente e comprovar sua impossibilidade de pagamento.

§3º O disposto no §2º não se aplica quando houver a transmissão de bens ou valores com o fim de obstar o pagamento da multa. (NR)

(...)

Art. 171. Confirmada pelas instâncias ordinárias a sentença que aplica medida de segurança, ou quando proferida por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa de função, será determinada expedição de guia de execução à autoridade de saúde competente, promovendo-se a inserção dos dados no Cadastro Nacional de Saúde. (NR)

(...)

Art. 197-Q. Parágrafo único. A comunicação obrigatoriamente indicará o local de custódia do estrangeiro e, no caso de condenação confirmada pelas instâncias ordinárias ou proferida por órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função, será acompanhado de cópia da decisão penal condenatória e da respectiva guia de execução.<sup>273</sup>

De acordo com o PL, alguns dispositivos da LEP necessitam passar por uma atualização em relação ao posicionamento do STF sobre a execução provisória da pena. O PL defende que "também deve haver previsão, a fortiori, de execução das penas menos graves (restritiva de direitos, multa e a decisão que impõe medida de segurança, doravante a cargo da autoridade de saúde)".<sup>274</sup>

Interessante notar que o PL não vai de encontro com a execução provisória da pena. Contudo, adota uma postura contraditória, ao afirmar que, o sistema penal do país é voltado para a "contenção antecipada de pessoas (sem julgamento definitivo)", criando "um ambiente propício para as revoltas e as rebeliões",<sup>275</sup> além de não cumprir o seu principal objetivo, o qual é ressocializar o preso.

#### 4.5 (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO PENAL E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PERSECUÇÃO PENAL

Como já dito anteriormente, muitos defendem a execução provisória da pena em decorrência da lentidão e ineficácia do Judiciário. No entanto, transgredir a presunção de inocência para reparar a morosidade do mencionado Poder não é a solução.

No sistema jurídico brasileiro, a prescrição e a garantia da razoável duração do processo controlam a limitação temporal do processo. A prescrição ocorre no momento em

<sup>273</sup> BRASIL. Senado Federal. Parecer (SF) nº103, de 2017. Rel. Senador BARBALHO, Jader. p. 41-63. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7206923&disposition=inline>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>274</sup> Ibidem. p. 22.

<sup>275</sup> Ibidem. p. 4.

que "o Estado renuncia o seu direito de punir porque entende que a aplicação de uma punição não teria mais sentido após o decurso de um determinado lapso temporal (...). O critério utilizado pelo Estado é o da necessidade de punição".<sup>276</sup>

Já a garantia da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, inc. LXXVIII, CRFB/88 relaciona-se com a celeridade e economia processual. Segundo o princípio da celeridade, o processo deve ser rápido e eficaz. "A diferença está em que a razoável duração do processo não integra apenas a celeridade, mas constitui também um mecanismo de controle do processo precipitado".<sup>277</sup> Esta garantia deve alcançar tanto a investigação criminal, quanto a ação penal.

Faz-se necessário o seguinte questionamento: qual o momento em que o processo ou a investigação extrapola o limite tolerável da razoabilidade? É vago o conceito de razoabilidade, então, cabe a cada magistrado analisar o caso concreto e verificar se houve ou não excesso na duração do processo.<sup>278</sup>

O Brasil adotou tacitamente a "doutrina do não prazo": o estabelecimento de limites temporais à atuação jurisdicional queda-se sob responsabilidade do magistrado que define o tempo que o processo deve durar.<sup>279</sup>

Não se pretende defender, no presente trabalho, que o poder criativo e interpretativo dos juízes seja limitado. Mas, é imprescindível que os próprios magistrados fixem, já no início do processo, dando ciência as partes, os prazos máximos de duração para um julgamento definitivo, conforme parâmetros que atendam a razoabilidade e proporcionalidade, assim como consolidem critérios mais objetivos com o intuito de que o processo penal não se eternize.<sup>280</sup>

Da mesma forma, deve haver um prazo máximo para cada tipo de ato processual, que apenas deveria ser prorrogado, uma única vez, desde que fundamentado pelo juiz.<sup>281</sup>

A Comissão Europeia, por exemplo, fixou sete critérios, que devem ser utilizados em conjunto, para analisar a duração razoável dos processos em âmbito criminal<sup>282</sup>:

Foi no caso Wemhoff, julgado em 1968, que se criou a chamada "doutrina dos sete critérios". Wemhoff era cidadão alemão acusado de praticar fraudes contra o sistema

---

<sup>276</sup> LACAVA, Thaís Aroca Datcho. **A Garantia da Razoável Duração da Persecução Penal**. 2009. 211f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009. p. 34. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25072013-154032/pt-br.php>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>277</sup> Ibidem. p. 50.

<sup>278</sup> Ibidem. p. 55.

<sup>279</sup> Ibidem. p. 172.

<sup>280</sup> Ibidem. p. 175.

<sup>281</sup> Ibidem. p. 175.

<sup>282</sup> Ibidem. p. 138.

financeiro, que atingiram instituições alemãs e suíças. Detido em 9 de novembro de 1961, apenas foi condenado em primeira instância em 7 de abril de 1965. A denúncia foi proposta contra a Alemanha perante a Comissão, que considerou ter ocorrido a violação ao direito a ser julgado num prazo razoável.<sup>283</sup>

A Comissão especificou, neste caso, sete fatores que precisariam ser levados em conta para se verificar a razoabilidade tanto do tempo de prisão quanto do tempo de duração do próprio processo: 1) a duração da prisão cautelar por si só; 2) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do crime, à pena cominada, e à pena a ser aplicada em caso de condenação; 3) os efeitos pessoais sobre o acusado, tanto de ordem material, como moral, entre outros; 4) a conduta do acusado e quanto ela pôde influenciar para a demora do processo; 5) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e de acusados, dificuldades probatórias, etc.); 6) a maneira como a investigação foi conduzida; 7) a conduta das autoridades judiciais.<sup>284</sup>

Além da atuação por parte do Poder Judiciário, o legislador deve prever sanções mais rígidas na responsabilização do Estado pela morosidade do processo, bem como daqueles indivíduos que interpõem de modo exacerbado recursos com o único intuito protelatório.

O Paraguai, por sua vez, contemplou de modo legal, não deixando a critério dos magistrados o prazo para regular duração do processo. Fixou, por exemplo, "um prazo geral, a ser aplicado para a realização de atos não previstos em lei ou no procedimento padrão", e indenização à vítima quando o processo judicial torna-se moroso.<sup>285</sup>

A garantia da razoável duração do processo ultrapassa a satisfação individual do titular do direito: preserva tanto o direito do cidadão, como da sociedade de obter uma resposta eficaz daquele caso que afligiu, de certo modo, o seio comunitário.

O réu, por exemplo, não é obrigado a facilitar as investigações, pode permanecer em silêncio, exceto na sua qualificação pessoal. Mas, isto não quer dizer que pode atrapalhar a atividade estatal, sob pena de incidir em abuso de direito, obstaculizando a efetividade da tutela jurisdicional.<sup>286</sup>

No presente tópico, vale ressaltar os institutos que contribuem para a efetividade do sistema penal, tais quais a transação penal, a suspensão condicional do processo e o livramento condicional da pena.

<sup>283</sup> LACAVA, Thaís Aroca Datcho. **A Garantia da Razoável Duração da Persecução Penal**. 2009. 211f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009. p. 138. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25072013-154032/pt-br.php>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>284</sup> PASTOR, Daniel R. El plazo razonable em el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad-Hoc, Honrad-Adenauer Stiftung, 2002. p.112. apud LACAVA., op. cit., p. 175.

<sup>285</sup> LACAVA., op. cit., p. 34.

<sup>286</sup> REIS, Rafaela Ferraz da Rocha. **O Alcance do Princípio da Presunção de Inocência ante a Efetividade do Direito Penal: Uma Análise do HC 126.292**. 2016. 82f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Faculdade Baiana de Direito (FBD), Salvador, 2016. p. 47. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Rafaela%20Ferraz%20da%20Rocha%20Reis.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.



Outra medida que auxilia na efetividade do sistema e deveria ser adotada, com mais frequência, é a melhora na condução e gerenciamento dos processos por parte da gestão judicial e cartorária que encontra-se, em diversas partes do país, com uma infraestrutura precária.

Sabe-se que é necessário haver uma separação das funções administrativa e judicial. Em grande parte do Brasil, é o próprio magistrado que também realiza o papel de diretor/administrador da vara. Desse modo, ao invés de realizar apenas a sua atividade jurisdicional de modo a garantir a razoável duração do processo, também realiza uma função a qual não lhe foi delegada ao prestar concurso público, não estando preparados, portanto, para exercer tal função.

Nota-se que, apesar de os Mins. Barroso e Fux justificarem a execução provisória da pena com o argumento da inefetividade do processo penal, eles ignoram o fato de que o processo também tem o dever de proteger o réu.<sup>287</sup>

Os valores consagrados na Constituição não podem ser negligenciados em prol do combate à falta, incompetência e ausência de espírito público de grande parcela dos servidores da máquina pública e de questões administrativas que deságuam no Judiciário, defeitos esses que propiciam a morosidade do sistema.

O processo penal eficaz e com uma razoável duração é uma garantia e não um problema, tendo como base principal a presunção de inocência e dignidade da pessoa humana. Embora a presunção de inocência seja um princípio, esta possui um peso maior face a efetividade da jurisdição e não deve ceder frente à esta.

O legislador infraconstitucional poderia alterar a sistemática dos prazos prescricionais de modo a dar maior eficiência ao processo penal. Alterar não significa engessar a prescrição penal nem mesmo aumentar o prazo prescricional em decorrência do número de casos sem solução, mutilando a conquista histórica alcançada pelos cidadãos.<sup>288</sup>

A lei 12.234/2010 que aboliu a prescrição retroativa entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, por exemplo, deve ser reconhecida como inconstitucional. "A

---

<sup>287</sup> FERREIRA, Luísa Rodrigues. **Execução Provisória da Pena**: análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin. 2016. 71f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2016. p.55. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016\\_LuisaRodriguesFerreira\\_tcc.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016_LuisaRodriguesFerreira_tcc.pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2018.

<sup>288</sup> HOLZ, Gustavo. A prescrição penal vista como direito fundamental e seus reflexos para a legislação infraconstitucional. **Empório do Direito**. 20 dez. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/a-prescricao-penal-vista-como-direito-fundamental-e-seus-reflexos-para-a-legislacao-infraconstitucional>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

afirmação do legislador de que a prescrição é causa de impunidade não passa de texto inócuo (...)"<sup>289</sup>.

Há, como já dito, outras vias que asseguram uma justiça mais efetiva sem ocorrer a supressão de instâncias. Com a execução provisória da pena, o processo permaneceria com os mesmos problemas de cumprimento.

#### 4.6 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O princípio da presunção de inocência encontra-se previsto na DUDH em seu art. 11.1: "Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".<sup>290</sup>

O referido princípio também encontra-se sedimentado no Pacto de São José da Costa Rica no art. 8.2.: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (...)".<sup>291</sup>

A Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica é um tratado celebrado pelos membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, tendo entrado em vigor em 18 de julho de 1978. O Brasil, por sua vez, apenas ratificou o Pacto em 25 de setembro de 1992 através do Decreto 678, passando a valer no ordenamento jurídico interno em 06 de novembro de 1992.<sup>292</sup>

Com a promulgação da EC 45/2004, os tratados de direitos humanos aprovados por um quórum de três quintos dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em dois turnos em cada casa possuem status constitucional. Já os que foram aprovados anteriormente

<sup>289</sup> HOLZ, Gustavo. A prescrição penal vista como direito fundamental e seus reflexos para a legislação infraconstitucional. **Empório do Direito**. 20 dez. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/a-prescricao-penal-vista-como-direito-fundamental-e-seus-reflexos-para-a-legislacao-infraconstitucional>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

<sup>290</sup> NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2018.

<sup>291</sup> 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: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2018.

<sup>292</sup> BRASIL. **Notícias STF**. Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

à referida EC possuem status supralegal: estão acima da lei infraconstitucional e abaixo da CRFB/88, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica.

Não se identificou no referido Pacto dispositivo que condicione o cumprimento da condenação ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, diferentemente da CRFB/88 que condiciona em seu art. 5º, inc. LVII: "ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".<sup>293</sup>

Todavia, como já dito anteriormente, o Pacto possui status supralegal. Desse modo, o que está disposto na CRFB/88, o condicionamento da culpabilidade após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, prevalece no ordenamento jurídico interno do Brasil.

Ademais, o Pacto não impede que o art. 5º, inc. LVII, CRFB/88 seja aplicado no ordenamento interno brasileiro, já que o mencionado dispositivo legal representa norma mais favorável ao indivíduo, conforme preceitua o art. 29.b:

Artigo 29. Normas de interpretação.

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido:

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.

O Direito Internacional dos direitos humanos adota o princípio *pro homine*: no momento em que há normas que asseguram determinado direito, prevalece a que possui interpretação extensiva; quando se trata de restrições ao gozo de um direito, vale a norma com interpretação menos restritiva.<sup>294</sup> Assim sendo, o atual entendimento do STF em que permite a execução provisória da pena viola o referido princípio.

Diante disso, o Procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira, membro do Ministério Público do Estado da Bahia (MP/BA), em 23 de fevereiro de 2016, questionou o atual entendimento do STF no HC 126.292/SP à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ligada à OEA.<sup>295</sup>

O Procurador afirmou que foi violado o princípio da presunção de inocência, além de ser contraditório uma pessoa ainda não condenada de maneira definitiva ter, ao mesmo tempo, sua liberdade cerceada, ainda que não represente risco algum para a sociedade e para o processo

---

<sup>293</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2018.

<sup>294</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa "pro homine" (segunda parte). **Migalhas**. 1 ago. 2007. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42806,41046-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

<sup>295</sup> Formulário de Petição. **Consultor Jurídico**, 23 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/corte-interamericana-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

penal. Declarou, ainda, que o STF agiu desse modo para não desagradar a maioria da sociedade e a imprensa do país.<sup>296</sup>

#### 4.7 A OSCILAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF *VERSUS* A SEGURANÇA JURÍDICA

Segurança jurídica é um direito fundamental previsto tanto no preâmbulo, quanto no art. 5º, incs. XXXVI<sup>297</sup>, XXXIX<sup>298</sup> e XL<sup>299</sup>, todos da CRFB/88. Trata-se de adoção pelo Estado de um comportamento estável, não contraditório e coerente, "contra alterações bruscas numa realidade fático-jurídica".<sup>300</sup> É uma garantia de previsibilidade e estabilidade da jurisprudência e das relações jurídicas.

Destaca-se que, de acordo com o professor Jorge Reis Novais, a segurança jurídica revela-se na ordem objetiva e subjetiva. A objetiva abrange todas as áreas de atuação do Estado: o cidadão é protegido na esfera legislativa por meio do direito adquirido, no âmbito judicial através da coisa julgada e no campo administrativo mediante o caso decidido. Subjetivamente, refere-se à própria proteção da confiança dos indivíduos nos órgãos estatais.<sup>301</sup>

Sabe-se que a segurança jurídica relaciona-se com o princípio da proteção da confiança que impõe ao Estado atuar com boa-fé nas relações com os particulares, visto que esses indivíduos possuem uma confiança em relação a uma certa estabilidade e continuidade na forma com que as relações jurídicas se reproduzem.<sup>302</sup>

<sup>296</sup> LUCHETE, Felipe. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. **Consultor Jurídico**. 26 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

<sup>297</sup> Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2018.

<sup>298</sup> Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2018.

<sup>299</sup> Art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2018.

<sup>300</sup> PIMENTA, Luciana. As decisões polêmicas do STF e a (in)segurança jurídica. **Migalhas**. 12 jul. 2016. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242139,101048-As+deciso+es+polemicas+do+STF+e+a+\(in\)+seguranca+juridica](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242139,101048-As+deciso+es+polemicas+do+STF+e+a+(in)+seguranca+juridica)>. Acesso em: 20 nov. 2018.

<sup>301</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Miranda de. **O princípio da proteção da confiança no Direito Brasileiro**. p. 171. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic6.pdf?d=636676094064686945>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

<sup>302</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social**. p. 8. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

A segurança jurídica correlaciona-se também com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito, que determina um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual abrange a proteção da confiança.<sup>303</sup>

De acordo com Leandro Paulsen, o princípio da segurança jurídica é um subprincípio do Estado de Direito, norteando a atuação dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo com o objetivo de dar credibilidade ao ordenamento jurídico.<sup>304</sup>

A imprevisibilidade das decisões judiciais, bem como a oscilação jurisprudencial da Suprema Corte no que tange a execução provisória da pena fortalece a insegurança jurídica, o que abala os pilares do Estado Democrático de Direito e o estado de paz dos interessados na relação processual.

Nenhum direito fundamental é absoluto e o Direito não deve ser engessado. Todavia, o que foi visto, ao longo das diversas decisões do STF acerca da execução provisória da pena, foram decisões bem conflitantes entre si: primeiramente, em 1991, no HC 68.736/DF, houve o reconhecimento da constitucionalidade da execução provisória da pena; em 2009, no HC 84;078-7/MG, reconheceu-se pela inconstitucionalidade e, em 2016, a partir do HC 126.292/SP, o entendimento que voltou a prevalecer foi o do ano de 1991.

Percebe-se que o direito à segurança jurídica foi totalmente violado em um curto espaço de tempo com essas idas e vindas da Suprema Corte no que concerne ao tema supracitado.

De acordo com a Min. Cármen Lúcia, o mencionado direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que os indivíduos almejam de que as suas relações jurídicas não serão alteradas de maneira imprevisível, de modo que os deixem inseguros em relação ao seu futuro.<sup>305</sup>

Que segurança terá uma sociedade, na qual a mais alta Corte do país não respeita nem mesmo uma cláusula pétrea, qual seja a presunção de inocência? Se a real intenção de reconhecer a constitucionalidade da execução provisória da pena antes da sentença transitada em julgada era desobstruir os tribunais superiores, isso, certamente, não ocorrerá, pois serão impetrados um elevado número de HCs para os referidos tribunais.

---

<sup>303</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social. p. 12. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

<sup>304</sup> PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

<sup>305</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord). **Constituição e Segurança Jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 168.

O STF, portanto, ao invés de proteger o princípio constitucional da presunção de inocência, prefere tutelar um novo bem jurídico: o sentimento de impunidade da maioria da população do país, deixando-se ser influenciado pelos anseios sociais, enquanto "rasga" a CRFB/88.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência é considerada uma cláusula pétrea pelo ordenamento jurídico brasileiro, surgindo como uma reação e uma conquista em face à Estados autoritários.

Nesse cenário, o constituinte originário, assim como o legislador infraconstitucional no Código de Processo Penal (art. 283) e na Lei de Execução Penal (arts. 105 e 147) optaram pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória como marco temporal para o fim da presunção do estado de inocência, excetuadas as prisões de natureza cautelar.

No entanto, o atual entendimento da Suprema Corte do país vai de encontro aos preceitos constitucionais e legais, ao agir de modo ativista, considerando constitucional a execução provisória da pena, ao dar uma interpretação reducionista a um direito fundamental do cidadão: ser considerado inocente enquanto não ocorre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É dito "o atual entendimento", porque a posição do STF oscila desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que ocasiona um verdadeiro caos e uma insegurança jurídica tanto para a população como para os operadores do Direito ao não ser mantido um histórico jurisprudencial coeso.

Como visto, inicialmente, o referido tribunal entendia que era permitida a execução provisória. Em 2009, a partir do julgamento do HC n° 84.078, foi sedimentado que não era possível em razão da presunção de inocência, consolidada na CRFB/88. Por fim, em 2016, a partir do julgamento do HC n° 126.292 e das ADCs 43 e 44, o primeiro entendimento retornou.

Não restam dúvidas de que é forçoso concluir que a execução provisória da pena privativa de liberdade é inconstitucional à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Não há sentido em se falar em uma execução quando ainda é possível discutir sobre o tipo de regime em que será cumprida a pena, a sua quantificação e a possibilidade de permuta para uma pena restritiva de direitos, por exemplo. Se até mesmo a pena de multa não pode ser executada sem o título condenatório irrecorrível, quiçá a pena privativa de liberdade.

À vista disso, conclui-se que o atual posicionamento do STF é inconstitucional e eivado de ilegalidade. Em nome da efetividade do sistema judicial, que possui como característica a morosidade, o referido tribunal mutilou o Estado Democrático de Direito, as garantias e direitos fundamentais do cidadão, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

A mitigação do princípio da presunção de inocência julgada pela Suprema Corte em face da eficiência do sistema penal atinge, de maneira muito mais contundente, aqueles indivíduos que não possuem condições financeiras para operar sobre o sistema judiciário.

É notório que o sistema judiciário no âmbito criminal encontra-se sobrecarregado. Os principais argumentos utilizados pelos Ministros do STF em que há uma (de)mora jurisdicional, a interposição exacerbada de recursos e o sentimento de impunidade no seio da sociedade são legítimos e verdadeiros.

Todavia, a solução que a maioria dos Mins. encontrou para combater esses males é ilegal e inconstitucional ao suprimir garantias processuais e um direito fundamental do acusado face a efetividade jurisdicional.

O princípio da presunção de inocência juntamente com o princípio da efetividade do sistema penal seguem em um mesmo sentido. Não faz sentido os dois seguirem por caminhos opostos, conseqüentemente, serem sopesados. Não se pode sacrificar o direito fundamental de um cidadão por causa da ineficiência do sistema, responsabilidade, em grande parte, do Estado.

Demonstram-se a existência de soluções que não prejudiquem um direito fundamental do acusado, qual seja ser considerado inocente antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

A melhor saída seria simplificar o processo, tornando-o menos ritualístico, mais concentrado e mais oralizado, como o Chile fez com o seu sistema processual penal. Repensar a fase inquisitorial, para, ao menos em alguns casos, a exemplo do tráfico de drogas, colher desde logo a prova em contraditório, tornando desnecessária a repetição dos atos instrutórios em juízo, proporcionaria uma maior efetividade ao sistema judiciário, reduzindo a morosidade deste.<sup>306</sup>

Vale ressaltar que os institutos que contribuem para a efetividade do sistema penal devem ser promovidos e utilizados quando possíveis, tais quais a transação penal, a suspensão condicional do processo e o livramento condicional da pena.

Outra medida que auxilia na efetividade do sistema e deveria ser adotada, com mais frequência, é a melhora na condução e gerenciamento dos processos por parte da gestão

---

<sup>306</sup> GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu; RIBEIRO, Bernardo Barrozo; CRUZ, Ivna Mauro. O Princípio do Contraditório no Inquérito Policial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VIII, n. 10, p. 367, junho 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/2921/MargaridaMaria.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 jun. 2018.



judicial e cartorária que encontra-se, em diversas partes do país, com uma infraestrutura precária.

Sabe-se que é necessário haver uma separação das funções administrativa e judicial. Em grande parte do Brasil, é o próprio magistrado que também realiza o papel de diretor/administrador da vara. Desse modo, ao invés de realizar apenas a sua atividade jurisdicional de modo a garantir a razoável duração do processo, também realiza uma função a qual não lhe foi delegada ao prestar concurso público, não estando preparado, portanto, para exercer tal função.

É necessário refletir sobre o indivíduo que tem sua liberdade cerceada por um crime que não cometeu, é preso provisoriamente, depois é absolvido em grau recursal ou tem sua pena reduzida. Como o Estado irá ressarcir-lo pelo tempo que permaneceu preso? Ainda que haja uma indenização pecuniária, o tempo que o indivíduo desperdiçou e a sua dignidade que fora atingida não conseguem ser quantificadas.

Outrossim, as prisões decorrentes da execução provisória elevam os custos do Estado, que, além de ter que pagar indenizações aos réus que foram absolvidos em grau recursal ou cumpriram um tempo maior na cadeia do que deveriam cumprir, oneram os cofres públicos ao manter uma quantidade maior de presos nos estabelecimentos prisionais.

Espera-se que o STF reformule seu atual entendimento, retornando a concepção de que não é possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, já que o princípio da presunção da inocência não pode ser mitigado face à efetividade do sistema penal. Aguarda-se os próximos capítulos dessa saga jurisprudencial.

O presente trabalho, portanto, teve como fim apenas tecer algumas considerações dentre tantas que envolvem a temática da execução provisória da pena, sem, contudo, visar o esgotamento da matéria.

## 6 REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Conheça a ABNT**: normalização um fator para o desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1990.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 5892**: norma para datar: Rio de Janeiro, 1989.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6021**: informação e documentação: publicação periódica científica impressa: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022**: informação e documentação: artigo em publicação periódica científica impressa: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6024**: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6027**: informação e documentação: sumário: apresentação: 2. ed. Rio de Janeiro, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6028**: informação e documentação: resumo: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6029**: informação e documentação: livros e folhetos: apresentação. Rio de Janeiro, 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6033**: ordem alfabética. Rio de Janeiro, 1989.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6034**: informação e documentação: índice: apresentação. Rio de Janeiro, 2004.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. 3. ed. Rio de Janeiro, 2011.

ALVARENGA E VEIGA, Vinícius. **Princípio da Presunção de Inocência e Execução Antecipada da Pena**: Análise Argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88. 2016. 105f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Vinicius-Alvarenga-D.-Penal.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

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

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: Escola de Administração Judiciária. TJDF, 2015. 163p. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BARBOSA, Ruy. **República, teoria e prática**: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópolis-Brasília: Vozes-Câmara dos Deputados, 1978.

BONATO, Ariadne Nascimento da Silveira; MELO, Juliana Andrea de Mendes Hey. Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais: Absoluto ou Relativo? **CONPEDI**, Florianópolis, p.1-20, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/tzfal2an/ml8w0O78FaLj60i6.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. **Anteprojeto Constitucional Afonso Arinos**. Setembro 1986. Diário Oficial. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 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: 14 out. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941**. Código de Processo 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: 01 maio 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União**. 2. ed. Brasília. 2015. 123p. Disponível em: <[https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Mapa\\_dpu\\_2015\\_web.pdf](https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Mapa_dpu_2015_web.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. **Informativo STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo896.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BRASIL. **Informativo STF**. Habeas corpus nº 140449/RJ. Relator originário: Min. Marco Aurélio. Redação para o ac. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 06 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo922.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

BRASIL. **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: 08 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, DF, 2017. 64p. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. **Notícias STF**. Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. **Notícias STF**. "PEC dos Recursos" é apresentada pelo presidente do STF e estará no III Pacto Republicano. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. **Notícias STF**. STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. **Notícias STF**. STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância. 11 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. **Notícias STJ**. Cabimento de embargos infringentes inviabiliza execução provisória da pena. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Cabimento-de-embargos-infringentes-inviabiliza-execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-da-pena](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Cabimento-de-embargos-infringentes-inviabiliza-execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-da-pena)>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. **Notícias STJ**. Pena restritiva de direitos não admite execução provisória. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Pena-restritiva-de-direitos-n%C3%A3o-admite-execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Pena-restritiva-de-direitos-n%C3%A3o-admite-execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria)>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Reportagem Especial. **Câmara dos Deputados. Código de Processo Penal: modelo chileno torna processo mais rápido e eficiente** - Bloco 5. 20 mar. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/526869-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-MODELO-CHILENO-TORNA-PROCESSO-MAIS-RAPIDO-E-EFICIENTE-BLOCO-5.html>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1688878 SP 2017/0201621-1**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF. Terceira Seção, 28 de fevereiro de 2018. DJe. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562923785/recurso-especial-resp-1688878-sp-2017-0201621-1>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar 2.763 Rondônia**. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2010. DJe. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Liminar\\_AC2763.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Liminar_AC2763.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 29. ADC 30. ADI 4578**. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 de junho de 2012. DJe. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADC\\_29ADC\\_30ADI\\_4578.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964246 São Paulo**. Recorrente: M.R.D, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Plenário Virtual. Brasília, DF, 11 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Habeas corpus nº 126.292 São Paulo**. Embargante: Marcio Rodrigues Dantas, Embargado: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 02 de setembro de 2016. DJe. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 00687261/130**. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta, Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 28 de junho de 1991. D.j. 20 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 07 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078-7 Minas Gerais**. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. DJe. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantes, Impetrante: Maria Claudia de Seixas, Coator: Relator do HC N° 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. DJe. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n° 152.752 Paraná**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins (32190/DF, 153599/RJ, 172730/SP) e outros. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, 02 de fevereiro de 2018. DJe. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/roteiro-do-voto-barroso.pdf?x48657>>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. DJe. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 565.519/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Recorrente: DF. Recorrido: Carlos Wilson Alves. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 13 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565519.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1205>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 634**. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2023>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) n°103, de 2017**. Rel. Senador BARBALHO, Jader. p. 41-63. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7206923&disposition=inline>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

CALHEIROS, Renan. **Projeto de Lei n° 513, de 2013**. Altera a Lei de Execução Penal. Explicação da Ementa: Altera a Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) dispendo sobre seu objeto e sua aplicação, sobre o condenado e o preso provisório (classificação, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao egresso); dispõe sobre o trabalho interno e externo do condenado, sobre os deveres, direitos e disciplina do detento; dispõe sobre as sanções, recompensas, do procedimento disciplinar, dos órgãos de execução penal (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Juízo da execução, Ministério Público, Conselho Penitenciário, Departamento Penitenciário Nacional e Secretarias de Estado de Execução Penal no sistema de justiça, estabelecimentos Penais, Fundo Penitenciário Estadual, Fundo Rotativo nos Estabelecimentos Penais, Centrais Estaduais e Municipais Alternativas Penais e Patronato, Conselho da Comunidade, Defensoria Pública, Conselho Nacional de Secretários de Estado de Execução Penal no Sistema de Justiça - CONSEJ, OAB); dispõe sobre os estabelecimentos penais (penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa do albergado, recolhimento domiciliar, centro de observação, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, cadeia pública); dispõe sobre a execução das penas em espécie (penas, privativa de liberdade, regimes, autorizações de saída, permissões de saída, saída temporária, remição, detração, livramento condicional, penas restritivas de direito, suspensão condicional, multa); dispõe sobre a execução das medidas de segurança, dos incidentes de execução e do procedimento judicial. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115665>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Uma Análise do Princípio Contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 133, p. 47-62, Março 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/220/156>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades**. Disponível em: <[http://brazilians.ca/faq\\_direitos.htm](http://brazilians.ca/faq_direitos.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo Penal em face da Constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CARVALHO FILHO, Jacob Fortes de. **A execução antecipada da pena em face do princípio da presunção de inocência**. 2017. 113f. Dissertação (Mestrado em Direito) -

Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) - Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2374>>. Acesso em: 20 out. 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. Parecer. **Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal**. Faculdade de Direito da UnB, 15 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/6/art20160627-09.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2018.

COÊLHO, Vitor Batista de Souza. **Mutação Constitucional: Uma Análise dos Limites em Face do Habeas Corpus 126.292**. 2018. 66f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2018.

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: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 06 maio 2018.

DA CUNHA JR., Dirley. Estado de Coisas Inconstitucional. **Jusbrasil. Conectando Pessoas à Justiça**. 2015. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 28 out. 2018.

DAMOUS, Wadih. **Projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 4577, de 2016**. Altera o art. 27, §2º da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal e o art. 637 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. (Propõe que os recursos extraordinário e especial suspendam a eficácia de decisão condenatória e impeçam a execução provisória da pena). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078412>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

**Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <[http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos\\_homem\\_cidadao.pdf](http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

ESPANHA. **Código de Processo Penal Espanhol**. Disponível em: <[https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=040\\_Codigo\\_de\\_Legislacion\\_Procesal](https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=040_Codigo_de_Legislacion_Procesal)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

ESPANHA. **Constituição Espanhola**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Especialista aborda benefícios da adoção de um sistema multiportas na Justiça. **Migalhas**. 31 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI284765,91041-Especialista+aborda+beneficios+da+adocao+de+um+sistema+multiportas+de>>. Acesso em: 02 nov. 2018.



EUA. **US Code**, Subsection b, Section 3582, Subchapter D, Chapter 227, Part II, Title 18. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

FERNANDES, Sônia Caetano. O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil - Câmaras de mediação e conciliação.

**Migalhas**. 20 abr. 2017. Disponível em:

<[https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade)

[O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade)>. Acesso em: 02 nov. 2018.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição:**

Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015. 269p.

Disponível em: <[http://www.unifieo.br/pdfs/e-](http://www.unifieo.br/pdfs/e-Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o_01-09-2015.pdf)

[Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_01-09-2015.pdf](http://www.unifieo.br/pdfs/e-Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o_01-09-2015.pdf)>. Acesso: 30 nov. 2018.

FERRAÇO, Ricardo. et al. **PEC nº15**. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias. Explicação da 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. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>>. Acesso em: 14 out. 2018.

FERREIRA, Luísa Rodrigues. **Execução Provisória da Pena**: análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin. 2016. 71f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2016.

Disponível em:

<[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016\\_LuisaRodriguesFerreira\\_tcc.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016_LuisaRodriguesFerreira_tcc.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Formulário de Petição. **Consultor Jurídico**, 23 fev. 2016. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/corte-interamericana-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral** - Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. São Paulo: Atlas, 2. tir., 2010. cap. XVIII, p. 411-430.

FRÓS, Carla Carrion. Direitos Fundamentais. Restrições. Preservação do Núcleo Essencial. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 76, p. 11-20, jan. 2015 - abr. 2015. Disponível em: <[http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1472579382.pdf](http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472579382.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa "pro homine" (segunda parte). **Migalhas**. 1 ago. 2007. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42806,41046-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu; RIBEIRO, Bernardo Barrozo; CRUZ, Ivna Mauro. O Princípio do Contraditório no Inquérito Policial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VIII, n. 10, p. 353-371, junho 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2921/MargaridaMaria.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

GRANDIS, Rodrigo de. Prisões Processuais: Uma releitura à luz do Garantismo Penal Integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral - Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2. tir., 2010. cap. XVI, p. 361-378.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HOLZ, Gustavo. A prescrição penal vista como direito fundamental e seus reflexos para a legislação infraconstitucional. **Empório do Direito**. 20 dez. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-prescricao-penal-vista-como-direito-fundamental-e-seus-reflexos-para-a-legislacao-infraconstitucional>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

LACAVA, Thaís Aroca Datcho. **A Garantia da Razoável Duração da Persecução Penal**. 2009. 211f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25072013-154032/pt-br.php>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Conceito de devido processo legal anda esquecido nos últimos tempos. **Consultor Jurídico**, 27 set. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-27/lewandowski-conceito-devido-processo-legal-anda-esquecido>>. Acesso em: 01 out. 2018.

LIMA, Adriano Gouveia; CAMARGO, Talita Mendes. O princípio constitucional da ampla defesa e sua aplicação no processo penal. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, n.1553.

Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4704/o-principio-constitucional-ampla-defesa-aplicacao-processo-penal>>. Acesso em: 01 out. 2018.

LIMA, Lana Lage da Gama. O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é culpado. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44781999000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44781999000200002)>. Acesso em: 02 out. 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer**. São Paulo, 20 de maio 2016. 41p. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

LUCHETE, Felipe. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. **Consultor Jurídico**. 26 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

MAGALHÃES, Leonardo Cardoso de. **Breves Comentários sobre o Sistema Penal Chileno e o Papel da Defensoria Pública no Paradigma Democrático**. p. 1-14. Disponível em: <[http://www.dpu.def.br/images/esdpu/repositorio/Ed\\_2016\\_82\\_LeonardoMagalhaes\\_ARTIGO.pdf](http://www.dpu.def.br/images/esdpu/repositorio/Ed_2016_82_LeonardoMagalhaes_ARTIGO.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Marco Aurélio vota a favor do HC de Lula e leva placar a 5x4. **Revista Fórum**. 04 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/marco-aurelio-vota-a-favor-do-hc-de-lula-e-leva-placar-a-5x4/>>. Acesso em: 29 out. 2018.

MARTINS, Grazielle Mendes; AMÉRICO, Lucas Carvalho. A (In) Constitucionalidade da Decisão do STF sobre a Execução Provisória da Pena, p.218. **XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba**, Florianópolis, p. 207-223, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/3e57x458/ZqCaJcEIpqMHxwIM.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

MARTINS, Lasier. **Projeto de lei do Senado Federal nº 166, de 2018**. Altera o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7715635&disposition=inline>>. Acesso em: 01 out. 2018.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. A PEC dos Recursos e a reforma de que o STF precisa. **Consultor Jurídico**, 15 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-fev-15/pec-recursos-reforma-supremo>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

MORAIS, Carlos Blanco. Mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco (Org.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O que temos que aprender com o Chile. **Empório do Direito**. 04 jul. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-que-temos-que-aprender-com-o-chile>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018.

OAB formaliza contrariedade à PEC dos Recursos. **Migalhas**. 28 jul. 2011. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI138206,21048-OAB+formaliza+contrariedade+a+PEC+dos+Recursos>>. Acesso em: 14 out. 2018.

OLIVEIRA, Ana Carolina Miranda de. **O princípio da proteção da confiança no Direito Brasileiro**. p. 171. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic6.pdf?d=636676094064686945>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 1120p.

PAIXÃO, Cristiano; FRISSE, Giovana Maria; DA SILVA, Janaína Penalva. Ximenes Lopes versus Brasil. **Fundação Getúlio Vargas - Escola de Direito de São Paulo**. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/casoteca/ximenes-lopes-versus-brasil>>. Acesso em: 30 out. 2018.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIMENTA, Luciana. As decisões polêmicas do STF e a (in)segurança jurídica. **Migalhas**. 12 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242139,101048-As+decisoes+polemicas+do+STF+e+a+in+seguranca+juridica>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

REIS, Rafaela Ferraz da Rocha. **O Alcance do Princípio da Presunção de Inocência ante a Efetividade do Direito Penal: Uma Análise do HC 126.292**. 2016. 82f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Faculdade Baiana de Direito (FBD), Salvador, 2016. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Rafaela%20Ferraz%20da%20Rocha%20Reis.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

REQUIÃO, Roberto; FERREIRA, Aloysio Nunes. et al. **Projeto de lei do Senado Federal nº 402, de 2015**. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1942 - Código de Processo Penal, relativos aos recursos. (Altera o Código de Processo Penal para viabilizar a decretação da prisão para crimes graves a partir do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeito a recurso, revogar o §4º no art. 600 do Código de Processo Penal, que permite ao Apelante apresentar suas razões de apelação diretamente na instância recursal, reduzir o cabimento dos embargos infringentes e possibilitar a imposição de multa pela interposição de embargos de declaração protelatórios). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121995>>. Acesso em: 01 out. 2018.

REYES, Pia Macarena Meza. **A presunção de inocência na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Uma análise da sua efetividade no contexto

interamericano. 2016. 75f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46083/59.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-191.

RODRIGUES, Moses. **Projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 5832, de 2016**. Acrescenta o art. 617-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2091903>>. Acesso em: 01 out. 2018.

ROSA, Igor Ramos; MENDES, Renat Nureyev. **O Poder Judiciário e o Princípio Contramajoritário**: uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação aos casais homoafetivos. p. 224-243. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/viewFile/27346/16332>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.1, p. 607-630, jan./jun. 2003. Disponível em: <[https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios\\_e\\_regras.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6136509.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

SOUSA, Ulisses César Martins de; ZAGALLO, José Guilherme Carvalho. A PEC dos Recursos não será a solução para o Judiciário. **Consultor Jurídico**, 22 jun. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-22/pec-recursos-nao-solucao-desafogamento-judiciario>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

STF confirma prisão após 2ª instância em processo com repercussão geral. **Migalhas**. 10 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI248566,61044-STF+confirma+prisao+apos+2+instancia+em+processo+com+repercussao+geral>>. Acesso em: 26 out. 2018.

TEIXEIRA, Matheus. Um garçom e um fazendeiro: os réus dos HCs que trataram da 2ª instância. **JOTA - Notícias que fazem diferença**, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/um-garcom-e-um-fazendeiro-os-reus-dos-hcs-que-trataram-da-2a-instancia-03042018>>. Acesso em: 08 out. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. IV. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.

Veja o que dez constitucionalistas dizem sobre execução provisória da pena. **Consultor Jurídico**. 4 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/veja-dez-constitucionalistas-dizem-prisao-antecipada>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, Jul-Dez 2008. p. 445. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Princípio da presunção de inocência é direito fundamental. **Consultor Jurídico**. 3 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-03/leonardo-yarochewsky-presuncao-inocencia-direito-universal>>. Acesso em: 02 out. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.