

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: POR QUE A  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA FERE A  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL?**

**MICHELLE GOES DA SILVA TAVARES**

**RIO DE JANEIRO**

**2017 / 1º SEMESTRE**

**MICHELLE GOES DA SILVA TAVARES**

**A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: POR QUE A  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA FERE A  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Doutor Rodrigo Machado Gonçalves**.

**RIO DE JANEIRO**

**2017 / 1º SEMESTRE**

T231n Tavares, Michelle Goes da Silva  
A necessidade de aplicação dos princípios e garantias constitucionais ao processo penal brasileiro: porque a execução provisória da sentença penal condenatória fere a Constituição da República Federativa do Brasil? / Michelle Goes da Silva Tavares. -- Rio de Janeiro, 2017.  
76 f.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Processo penal constitucional. 2. Presunção de inocência. 3. Sentença penal condenatória. 4. Execução provisória. 5. Trânsito em julgado. I. Gonçalves, Rodrigo Machado, orient. II. Título.

341.4326

**MICHELLE GOES DA SILVA TAVARES**

**A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: POR QUE A  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA FERE A  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Doutor Rodrigo Machado Gonçalves**.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO**

**2017 / 1º SEMESTRE**

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus pais, que me ensinaram a diferença entre dificuldades e desafios, lembrando a todo momento que encarar os obstáculos como desafios torna a vida mais interessante. Obrigada por me inspirarem a cada dia e por acreditarem na minha força. Todo meu amor e gratidão a vocês.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me guiar ao longo da dessa trajetória e possibilitar o meu crescimento pessoal e profissional.

Aos meus pais, Jaqueline e Artur, grandes incentivadores, serei sempre grata por me lembrarem, muitas vezes, que eu sou mais forte do que penso. Obrigada por me ensinarem a lutar pelos meus ideais e seguir os meus próprios sonhos.

Aos meus avós, a minha imensurável gratidão por poder compartilhar esse momento com vocês. Muito obrigada pela preocupação e pelos pequenos gestos de carinho ao longo da minha vida.

Aos meus amigos, em especial àqueles que me ajudaram nessa conquista, agradeço a cumplicidade e amizade sincera. É importante saber que posso contar com vocês.

Aos meus professores, em especial, o Prof. Rodrigo Machado, agradeço à dedicação em ensinar aos seus alunos que é necessário ter uma visão crítica e revolucionária no universo hostil do Direito.

À Faculdade Nacional de Direito, obrigada por ensinar aos seus alunos a enxergar o direito como instrumento de esperança diante das injustiças. Conviver em um ambiente de luta e resistência foi fundamental para ter uma visão mais humana e justa em relação ao próximo.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa questionar a constitucionalidade e razoabilidade da prisão decorrente de acórdão penal não transitado em julgado à luz dos princípios e garantias constitucionais, considerando, ainda, a função e fundamento dos recursos excepcionais. Dessa forma, serão analisadas de forma crítica as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292/SP e das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e n.º 44, que consolidaram o entendimento jurisprudencial de possível relativização de princípios constitucionais, como, por exemplo, o princípio da presunção de inocência. A partir da ótica dos votos ministeriais da Egrégia Corte, serão consideradas as implicações concretas e consequências desse posicionamento em relação ao modelo constitucional garantista e do processo penal constitucional brasileiro, demonstrando o nítido retrocesso em relação às conquistas democráticas, bem como a adoção de processo penal de emergência, a partir da inobservância de princípios e garantias trazidas pela Constituição de 1988.

Palavras-Chave: Processo penal constitucional; Presunção de inocência; Sentença penal condenatória; Execução provisória; Trânsito em julgado.

## ABSTRACT

The mentioned final work intends to question the constitutionality and the reasonability of prison as a result of criminal decision without verdict transited in rem, according to the principles and constitutional assurances, considering yet the function and based on the exceptional appeals. So, in this case, it will be analyze with criticism the decision rendered by the Supreme Court in the ambit of the Habeas Corpus n° 126.292/SP and the precautionary injunction at the declaratory actions of constitutionality n° 43 and n° 44, which consolidated the jurisprudential understanding about the possibility of the constitutional principles relativity, as, for example, the presumption of innocence principle. From the perspective of the Supreme Court votes, it will be considered the concretes implications and consequences from this position with respect to the constitutional guarantor mode as well as the Brazilian constitutional criminal process, demonstrating the clear kickback in relation to the democratic achievements, as well as the adoption of the emergency criminal process, from non-compliance of the principles and guarantees brought from the “*Constituição de 1988*” (Constitution of 1988).

Key words: Constitutional criminal process; Presumption of innocence; Criminal sentence; Provisional execution; Transited in rem.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1 – A RACIONAL-SISTEMATIZAÇÃO DEMOCRÁTICA .....</b>	<b>3</b>
1.1) A racional-sistematização como binômio estrutural do Estado Democrático de Direito.....	3
1.2) A Constituição de 1988: dos princípios gerais aos direitos fundamentais e garantias constitucionais .....	5
1.3) Processo penal constitucional: o modelo penal e processual penal garantista adotado pela Constituição de 1988 .....	9
<b>CAPÍTULO 2 – OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>16</b>
2.1) O princípio da presunção de inocência .....	16
2.1.1) Origem e conceito .....	17
2.1.2) A presunção de inocência em documentos internacionais.....	18
2.1.3) O princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1988 .....	20
2.2) O princípio do <i>in dubio pro reo</i> .....	26
2.3) O princípio da dignidade da pessoa humana.....	27
2.4) O princípio do devido processo legal: as garantias do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição .....	29
<b>CAPÍTULO 3 – A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: POR QUE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA FERRE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL? .....</b>	<b>32</b>
3.1) Análise crítica da mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do Habeas Corpus nº. 126.292/SP e das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 43 e nº. 44.....	32
3.1.1) Voto do Ministro Relator Teori Zavascki .....	39
3.1.2) Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	44
3.1.3) Voto do Ministro Celso de Mello.....	46
3.1.4) O julgamento das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 43 e nº. 44.....	49
3.2) Análise crítica do direito penal e processo penal de emergência.....	52
3.2.1) A vedação ao efeito suspensivo e a execução provisória da condenação criminal.....	56
3.2.2) A inobservância dos princípios e garantias constitucionais .....	61
3.2.3) O esvaziamento do modelo garantista da Constituição de 1988.....	64
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>70</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso visa realizar uma análise crítica sobre o novo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal em seus recentes julgados, confrontando a realidade jurídico-social com a necessidade de aplicação dos princípios constitucionais e garantias fundamentais, trazidos pela Constituição, à luz do processo penal.

Nesse sentido, o primeiro capítulo versa, primeiramente, sobre a racional sistematização democrática como binômio estrutural da secularização e, como consequência, da legitimidade da democracia material, que cumpre a função de assegurar os direitos fundamentais e garantias constitucionais do indivíduo.

Atenta-se, a partir do reconhecimento do caráter bifronte da racionalidade, para a importância de conhecer os valores estruturais que servem de base ao ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito e possibilitam a aplicação, através de uma ótica garantista, dos princípios e garantias constitucionais ao modelo penal e processual penal constitucional e democrático.

Posteriormente, é exposto brevemente o desenvolvimento, ao longo dos anos, dos princípios gerais aos direitos fundamentais e garantias constitucionais, atentando para a diferença entre princípio constitucional aplicado ao processo penal e princípio processual-constitucional, bem como a distinção entre regras e princípios.

Nesse momento, é feita uma digressão sobre as dimensões didáticas dos direitos fundamentais e, por fim, uma distinção teórica quanto às garantias fundamentais e institucionais abordadas por diversos doutrinadores.

Por fim, são expostas as bases epistemológicas e os axiomas da teoria garantista de Ferrajoli, fundamentais ao desenvolvimento de um sistema baseado no direito penal mínimo e garantias individuais máximas, ou seja, um sistema onde há o máximo de tutela das liberdades dos indivíduos frente ao poder punitivo estatal, configurando um ideal de racionalidade e certeza, conforme adotado pela Constituição de 1988.

No segundo capítulo, são abordados, de maneira extensiva, os princípios e garantias constitucionais aplicadas ao processo penal, a fim de garantir a realização de um sistema processual penal constitucional e democrático. Para fins didáticos do presente trabalho, são expostos os princípios da presunção de inocência, do *in dubio pro reo*, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, considerando as garantias do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Nesse momento, será enfatizado o princípio da presunção de inocência, analisando desde sua origem, bem como sua apresentação em dispositivos infraconstitucionais e em Pactos Internacionais, até as recentes decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Com base em todo o exposto, no terceiro capítulo são expostas e interpretadas de forma crítica a aplicabilidade dos princípios e garantias constitucionais no âmbito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP e das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e n.º 44.

A partir de uma análise crítica do direito e processo penal de emergência, são expostos pontos relevantes como a vedação ao efeito suspensivo e a execução provisória, antes do trânsito em julgado, do acórdão proferido em grau recursal, bem como a análise de sua constitucionalidade e razoabilidade em um Estado Democrático de Direito. Impõe-se, dessa forma, observar a harmonia dessa decisão com os preceitos do processo penal, da execução penal e, principalmente, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Por fim, é analisado o esvaziamento do modelo garantista trazido pela Constituição a partir da inobservância dos seus princípios e garantias influenciados pela visão midiática. A partir de argumentos utilitaristas e, conseqüentemente, uma ideia emergencial sobre o funcionamento do poder punitivo estatal, a busca por respostas a situações momentâneas, apoia-se em uma perigosa ética de resultados imediatos no sistema repressivo, em dissonância aos princípios e garantias constitucionais e justificando a criação de técnicas processuais contrárias às garantias asseguradas pelo Estado Democrático de Direito.

## CAPÍTULO 1 – A RACIONAL-SISTEMATIZAÇÃO DEMOCRÁTICA

### 1.1) A racional-sistematização como binômio estrutural do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, adotado pelo Brasil no artigo 1º da Constituição de 1988 <sup>1</sup>, funda-se em valores eleitos pela sociedade e caracterizados como o conteúdo ético e cultural da mesma, que direciona à formação de um conjunto marcado pela racionalidade e sistematização, devendo ser conhecido e reproduzido para que confira legitimidade e produza efeitos no mundo fático.

Nesse sentido, a relação entre o conhecimento e a detenção do poder é mais sólida a partir do momento em que são conhecidos, também, os valores estruturais que embasam o sistema jurídico e possibilitam a garantia de princípios constitucionais e direitos fundamentais positivados na Constituição.

Numa visão extremada, o sistema jurídico tem como objetivo conferir expectativas de comportamento e, conseqüentemente, diminuir a insegurança social a qual está submetida o ser humano, na medida em que seus valores estruturais são pressupostos de validade para a interpretação das demais normas, vinculando a atuação do poder público e dos particulares.

Segundo Fauzi, a racionalidade possui uma abordagem bifronte: em um primeiro plano, é direcionada ao poder que cria normas enquanto, em um segundo momento, é voltada para o conjunto de normas já criadas.

A racionalidade, no primeiro sentido exposto, tem um caráter instrumental na organização do poder estatal, onde é vista como uma forma de obstáculo ao exercício irrestrito do poder, dando-lhe vetores de comportamento a partir de um conteúdo ético da sociedade e sendo fundamental na legitimação e na legalidade do exercício do poder. Dessa forma, objetiva delimitar o poder do Estado e tem como fonte imediata a Constituição, onde são expressas as normas às quais o sistema jurídico deverá se subordinar nos aspectos procedimental e material, dando coesão e unicidade à engrenagem jurídica.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2017.

No entanto, as ideias nascidas no plano interno e calcadas num plano fixo de soberania, com a internacionalização dos valores fundamentais e enfocadas sob o ponto de vista dos direitos humanos, encontram-se a ponto de serem discutidas e relativizadas. Para Fauzi:

*“A soberania deixa de ser nesse sentido um atributo do Estado individualmente considerado, mas aparece como fruto de uma relação de Estados-soberanos, onde, sem que haja uma centralização de poder, cada um ceda uma fração do que lhe cabe em nome de uma estrutura maior, também calcada na racionalidade no sentido atrás exposto, cuja essência também reside num conteúdo ético existente na condição humana como um todo. Assim, documentos internacionais ratificados e entronizados acabam por fazer também o papel de limitação do poder, atuando de fora para dentro e construindo uma espécie de barreira legislativa”.*<sup>2</sup>

Num segundo momento, a racionalidade se apresenta como mecanismo de controle das normas já criadas, na medida em que nenhuma norma em desacordo com os valores superiormente estabelecidos e positivados na Constituição, poderá existir no contexto jurídico. Antes de conhecer o processo penal, por exemplo, o indivíduo deve conhecer os valores fundamentais do sistema e interpretar código à luz dos valores positivados na Constituição.

É nesse momento que a ideia de sistema articula os antagonismos do meio social e extrai uma regra aceitável por uma maioria estável, representando os valores socialmente dominantes naquele determinado momento histórico. Sendo assim, pode-se dizer, segundo Fauzi, que se atingiu a legitimidade, ou seja, um dos alicerces fundamentais do Estado Democrático de Direito, uma vez que:

*“À dogmática cumpre uma das mais importantes funções que se encomenda à atividade jurídica em geral em um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado, que, não obstante apresente alguns limites, necessita de controle e segurança quanto a estes. (...) Quanto menos desenvolvida esteja a dogmática, mais imprevisíveis serão as decisões dos Tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontroláveis a condenação e a absolvição, sendo que quanto mais se abandonem à casuística a legislação e a ciência, tanto mais insegura será a Administração da Justiça. Apenas o conhecimento sistemático garante um pleno domínio sobre a matéria”.*<sup>3</sup>

Nesse sentido, Fauzi afirma que *“apenas um direito processual penal aplicado com estrito respeito à suas normas e com garantias enraizadas profundamente na consciência dos cidadãos pode impedir que a apuração do caso penal signifique também vulneração da lei”.*<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 62.

Portanto, o Estado Democrático de Direito, só se materializa com um sistema jurídico construído a partir do conjunto de práticas, técnicas, símbolos e valores de uma sociedade libertária. Dessa forma, só é possível sustentar e reproduzir a sua legitimidade, cumprindo a função de assegurar os direitos fundamentais do indivíduo, a partir da formação de um conjunto marcado por uma racional-sistematização democrática.

## **1.2) A Constituição de 1988: dos princípios gerais aos direitos fundamentais e garantias constitucionais**

Como visto anteriormente, os princípios, de forma geral, que são os valores básicos com conteúdo moral de uma sociedade, são imprescindíveis à racional-sistematização democrática e a consequente construção de sistema jurídico legítimo.

Inicialmente, os princípios gerais não estavam positivados, e vieram, num primeiro momento, do direito natural. Posteriormente, esses princípios começaram a ser positivados nos Códigos e, depois, nas Constituições, devido à sua notória importância. Contudo, cumpre ressaltar que o fato de não estarem positivados significa que eles não se esgotam em regras enunciadas no ordenamento jurídico. Grandinetti, em sua obra, afirma que:

*“Os princípios têm a função de assegurar a continuidade e a estabilidade da ordem jurídica e de homogeneizar o sistema jurídico, exprimindo uma espécie de vontade da sociedade de se ligar a si mesma através da sua própria história, da sua herança, do seu patrimônio jurídico e constitucional”.*<sup>5</sup>

Nesse sentido, cumpre expor a diferença entre princípio constitucional aplicado ao processo penal, que é aquele de natureza política inserido na Constituição para, posteriormente, ser estendido ao direito processual, e princípio processual-constitucional, que é aquele elaborado pela ciência processual e, devido à sua importância, ocupa lugar na Constituição.

Segundo o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, os princípios constitucionais aplicados ao processo penal são normas de garantia que objetivam, sobretudo, o interesse público conduzido sob o enfoque do devido processo legal, para, posteriormente, serem consideradas normas postas em benefício das partes. Dessa forma, as violações desses dispositivos constituem um ato nulo, violando o ordenamento constitucional.

---

<sup>5</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal* – 6. ed., rev. e amp. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

Os princípios constitucionais, portanto, orientam a produção de normas infraconstitucionais e servem como critério de interpretação e integração do texto da Constituição, dando unidade e coerência ao sistema normativo.

Além disso, é importante compreender a distinção entre princípios e regras. Um grande impulso no debate sobre essa distinção foi dado por Ronald Dworkin, que defende a ideia de que os princípios são normas com um nível de generalidade relativamente superior às regras.

Nesse mesmo sentido, Robert Alexy afirma que os princípios são “*mandamentos de otimização*”<sup>6</sup> e que devem ser aplicados a partir da ponderação, diferentemente das regras, que se aplicam ou não a uma determinada situação fática, sem a possibilidade de qualquer ponderação.

Seguindo essa concepção, Canotilho afirma que os princípios “*são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada*”.<sup>7</sup>

No mesmo sentido, Humberto Ávila afirma que “*a finalidade de um princípio é a realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que as regras estabelecem obrigações, proibições e permissões*”.<sup>8</sup>

Ao longo dos anos e das mudanças sociais ocorridas a partir de movimentos revolucionários em diferentes países do mundo, os princípios foram, pela primeira vez, positivados em declarações, surgindo, dessa forma, os direitos fundamentais, que são os direitos reconhecidos e positivados, a partir de princípios oriundos de valores básicos com conteúdo moral de uma sociedade.

---

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul./set. 1999, p. 67-70,

<sup>7</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Almedina, 1998, p. 1123.

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 20-32.

Os direitos fundamentais apresentam subdivisões didáticas que estão em constante evolução, modificando-se ao longo da história de acordo com as necessidades e interesses do homem, não existindo hierarquia ou sucessão entre os direitos fundamentais, mas retratando apenas a valorização de determinados direitos em momentos históricos distintos.

Nesse sentido, os direitos fundamentais de primeira geração surgiram nos séculos XVII e XVIII e trouxeram direitos civis e políticos inerentes ao ser humano e oponíveis ao Estado, que recebeu a função de mantenedor do *status quo* da sociedade desses direitos considerados anteriores e superiores ao próprio Estado, não havendo a possibilidade de limitá-los.

Com a Primeira Guerra Mundial, as concepções quanto a esses direitos e às necessidades de cada sociedade foram transformadas. A preocupação social e o direito à igualdade tomaram espaço e ao Estado, que antes cabia a função de mantenedor do *status quo* da sociedade desses direitos, passou a caber a função de garantidor dos mesmos, exercendo um papel mais ativo na ordenação social. Foram concebidos, portanto, os direitos sociais, que exigiam uma contraprestação do Estado para possibilitar a igualdade entre os homens.

No século XX, houve o surgimento da terceira geração de direitos fundamentais, caracterizados por sua natureza difusa, ligados à fraternidade e à solidariedade. São considerados direitos coletivos por excelência, pois estão voltados à humanidade como um todo.

Alguns doutrinadores defendem a existência de direitos fundamentais de quarta e quinta gerações, apesar de ainda não haver consenso na doutrina sobre qual o conteúdo dessas espécies de direito. Para Bobbio, os direitos fundamentais de quarta geração estão relacionados à engenharia genética<sup>9</sup>, enquanto para Paulo Bonavides, esses direitos dizem respeito à aspectos introduzidos pela globalização e a paz é o principal vetor dos direitos fundamentais de quinta geração.<sup>10</sup> É possível concluir, portanto, que:

*“As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência*

---

9 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. v. 1, p. 6.

10 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.



*e uniformidade neste campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento”.*<sup>11</sup>

Ainda sobre os direitos fundamentais, cabe a salientar a distinção teórica quanto às garantias fundamentais e institucionais abordadas por diversos doutrinadores. Para Canotilho, as garantias fundamentais são também direitos, embora muitas vezes se saliente nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos.<sup>12</sup> De maneira geral, os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens.

Basicamente, os direitos e garantias fundamentais subdivididos em cinco capítulos dentro do Título II, da Constituição de 1988, se distinguem pelo primeiro configurar a existência legal dos interesses individuais reconhecidos, enquanto o segundo veda as ações do poder público que atentem contra esses direitos consagrados.<sup>13</sup>

Dessa forma, as garantias fundamentais – e constitucionais – protegem a liberdade individual, configurando meio de defesa em face do poder estatal, colocando-se diante de um direito como via assecuratória, mas não se confundindo com o mesmo. Ademais, as garantias fundamentais não admitem interpretação restritiva ou relativização, colocando em risco a soberania constitucional, uma vez que, a partir do artigo 60, §4, da própria Constituição<sup>14</sup>, são consideradas cláusulas pétreas e, portanto, não podem ser objeto de emenda constitucional.

Nesse sentido, os conceitos de direitos fundamentais, garantias constitucionais e garantias institucionais não se confundem, ao menos no plano teórico. Enquanto, para Grandinetti:

*“Os direitos fundamentais são declarações de imprescindibilidade de um rol de situações jurídicas de vantagem que corresponderia a um núcleo mínimo e direito necessários, essenciais e fundamentais para o desenvolvimento do homem, as garantias fundamentais são os mecanismos de proteção de tais direitos, enquanto as garantias institucionais protegem instituições às quais corresponderiam determinadas funções ou tarefas que o Estado se propõe a cumprir”.*<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 53.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 31.

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.47.

<sup>14</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit.

<sup>15</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 45.

Por fim, ainda que seja possível a aplicação da teoria da ponderação de princípios, para a solução de conflitos entre princípios processuais penais de natureza constitucional <sup>16</sup>, é fundamental a adoção de um modelo penal e processual penal garantista, ou seja, um modelo baseado no direito penal mínimo e garantias individuais máximas.

A compreensão da importância dos princípios e garantias constitucionais como direitos fundamentais capazes de proteger o indivíduo contra eventuais abusos do poder estatal é fundamental para o desenvolvimento de um processo penal constitucional e democrático, como será exposto a seguir.

### **1.3) Processo penal constitucional: o modelo penal e processual penal garantista adotado pela Constituição de 1988**

O modelo penal e processual garantista clássico se funda em princípios que são, em grande parte, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. Apesar da heterogeneidade dos pressupostos teóricos e filosóficos, esses princípios formam um sistema coerente e unitário que depende, segundo Ferrajoli:

*“Do fato de que os diversos princípios garantistas, se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”.*<sup>17</sup>

Esse modelo possui dois elementos constitutivos, sendo eles o convencionalismo penal e a legalidade estrita e o cognitivismo processual e a estrita jurisdicionalidade. Quanto ao primeiro elemento, resultante do princípio da legalidade estrita, exige o caráter legal do critério de definição do desvio punível, que deve ser formalmente indicado pela lei, e o caráter fático das hipóteses de desvio legalmente definidas, no qual a definição legal da hipótese do desvio deve ser produzida com referência a fatos empíricos e reais, não podendo qualificar como penalmente relevantes hipóteses sem caráter empírico determinado.

---

<sup>16</sup> Sobre o tema, v. Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005 e *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio A. Da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

Em sua obra, Ferrajoli faz uma diferenciação teórica entre o princípio da mera legalidade, que é dirigido aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas e o princípio da legalidade estrita, que é dirigido ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais.

Nesse sentido, o sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal diz respeito à aplicação de medidas, única e exclusivamente, indicadas de forma taxativa em lei, excluindo qualquer configuração extralegal.

Diante do exposto, Ferrajoli afirma que são extraídos, como efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal, a garantia de uma esfera intangível de liberdade e a igualdade jurídica perante a lei.

Em relação ao segundo elemento constitutivo da epistemologia garantista, que afeta a questão dos pronunciamentos jurisdicionais constituídos pelas razões de fato e de direito acolhidas para a sua justificação, é assegurado pelo princípio da estrita jurisdiccionariedade. Esse princípio exige como condições a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, que consiste na necessidade do juízo penal careça de caráter constitutivo das normas e exclua as valorações, bem como a comprovação empírica, no qual as hipóteses acusatórias sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação.

Dessa forma, é possível afirmar que o principal pressuposto metodológico desse modelo consiste na separação entre direito e moral. No entanto, conforme atenta Ferrajoli, a versão clássica do modelo penal garantista correspondem a um modelo ideal e utópico, na medida em que as decisões judiciais são, inevitavelmente, dotadas de margens amplas de discricionarieidade positiva.

A verificação jurídica dos pressupostos legais da pena e a interpretação da lei não são absolutamente objetivos e recognitivos, pois derivam de uma escolha prática entre hipóteses interpretativas alternativas. Além disso, as inserções fáticas e empíricas exigem decisões argumentadas e ao juiz cabe discernir sobre as conotações que tornam cada fato diverso dos demais.

Nesse sentido, segundo o autor, no plano axiológico, o modelo penal garantista, ao ter a função de delimitar o poder punitivo estatal:

*“Não é em absoluto incompatível com a presença de momentos valorativos, quando estes, em vez de se dirigirem a punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado”*.<sup>18</sup>

Em sua obra, Ferrajoli afirma que isso não impede que o modelo garantista, convenientemente redefinido, possa ser satisfeito em maior ou menor medida segundo as técnicas legislativas e judiciais adotadas:

*“Ainda quando sua perfeita realização corresponda a uma utopia liberal, o modelo aqui delineado, uma vez traçados com precisão seus limites e requisitos, pode ser acolhido como parâmetro e como fundamento de racionalidade de qualquer sistema penal garantista. Ao mesmo tempo, ao haver sido sancionado em grande parte por nossa Constituição, como por todas as constituições evoluídas, o modelo pode ser utilizado, ademais, como critério de valoração do grau de validade ou legitimidade - e, vice-versa, de invalidez ou ilegitimidade constitucional - de nossas instituições penais e processuais, e de seu funcionamento concreto”*.<sup>19</sup>

Uma vez traçados com precisão seus limites e requisitos, é possível acolhe-lo como parâmetro e fundamento de racionalidade em um sistema penal garantista, como o adotado pela Constituição de 1988, devendo ser utilizado como critério de valoração do grau de validade ou legitimidade do funcionamento das instituições penais e processuais penais.

Oposto a esse modelo e a fim meramente expositivo – a sua aplicação não é possível no Brasil pelo princípio da legalidade, previsto no artigo 1º do Código Penal<sup>20</sup> –, a teoria antigarantista traz, como um dos aspectos fundamentais, a concepção substancialista do desvio penalmente relevante. Essa concepção considera como objeto de conhecimento e de tratamento penal não apenas o delito formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal quanto sua imoralidade, antissociabilidade e a pessoa do acusado, sendo suficiente, ainda que não necessários, para justificar a sua punição.

No direito penal e processual penal, decisões justificadas genérica e exclusivamente nas funções de prevenção, de segurança, ou que receba o consenso da sociedade, não são cabíveis.

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>20</sup> BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940. 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: 08 jun. 2017.

Não é possível sacrificar, por exemplo, a liberdade de um homem o qual não tenha sido verificada sua responsabilidade penal baseando-se no interesse e vontade de todos.

Dessa forma, enquanto para o convencionalismo penal é fundamental a separação entre o direito e qualquer outro critério extrajurídico de valoração, além de considerar como premissas a igualdade dos sujeitos, o substancialismo penal está firmado na confusão entre direito e moral. A teoria antigarantista tem como característica, portanto, o decisionismo processual, o qual se manifesta na falta de fundamentos empíricos precisos e, conseqüentemente, no substancialismo penal, ou seja, na subjetividade do juízo penal formado a partir do convencimento pela “*verdade formal*” do processo.

A “*verdade formal*” é caracterizada como uma predeterminação empírica das hipóteses de indagação, resultado do processo realizado pelas partes, carecendo de exata correspondência com os fatos e resultando em juízo de valor e, conseqüentemente, numa concepção autoritária do processo penal.

Por outro lado, a “*verdade substancial*” – também chamada de verdade real ou material – é aquela a que chega o julgador, a partir dos fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que apareçam realizados, determinando que o fato investigado no processo corresponda exatamente ao que está fora dele, sem presunções, pois está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias de defesa, sob pena de que muitas injustiças sejam praticadas.

Nesse sentido, Jacinto Coutinho, ao mencionar a obra “Verdade, dúvida e certeza”, afirma que, segundo Carnelutti:

*“Busca-se a verdade material e obtém-se como resultado a verdade formal, porque a primeira jamais pode ser alcançada pelo homem. A verdade, se assim o é, há de ser, ou melhor, é uma só; e aquela dita formal, por evidente, em sendo um mero reflexo no espelho, não é a verdade”.*<sup>21</sup>

Dessa forma, afirma que Carnelutti propôs, ao questionar a noção da verdade no processo, que este passasse a formar uma certeza através da atuação das partes no processo, uma vez que

---

<sup>21</sup> CARNELUTTI, Francesco apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti*. Internet, Rio de Janeiro, 19 mar. 2015. Seção Colunas e Artigos. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

os julgamentos são lançados sobre aquilo que se sabe não ser verdadeiro. Jacinto Coutinho afirma, ainda, que onde a dúvida se instala, nada se sabe e, no processo penal brasileiro “primeiro se julga e, depois, raciocina-se, e as razões fundadas nas provas são, propriamente, o meio para testar o juízo”<sup>22</sup>, caracterizando uma escolha inquisitorial determinada pela imagem tomada como possível, real e, por conseguinte, como verdade.

A busca pela verdade, portanto, é o cerne do problema, uma vez que, no sistema acusatório, o juiz deve ser destinatário da prova e, conseqüentemente, formar um juízo de certeza que deverá ser considerado sob a plataforma da possibilidade em virtude das limitações reais da produção probatória.

Em relação às garantias penais e processuais penais, Ferrajoli apresenta dez axiomas de um modelo-limite de sistema penal, o qual o autor nomeia de sistema penal SG. Esses axiomas são princípios garantidores de direitos mínimos e servem não apenas como orientação aos respectivos procedimentos, mas para condicionar e legitimar o exercício do poder punitivo. Dessa forma, esses princípios são apresentados como garantias jurídicas para a afirmação da responsabilidade penal e aplicação da pena. Segundo Ferrajoli:

*“Uma vez que esses princípios não se limitam a estabelecer as condições de uso da noção semântica de verdade processual, mas valem também para garantir a imunidade dos cidadãos acerca das intervenções punitivas infundadas ou arbitrárias, este modelo de responsabilidade penal não é apenas um modelo epistemológico de racionalidade do juízo, senão ainda um modelo regulador de justiça formal”.*<sup>23</sup>

Dessa forma, a partir do momento em que esses princípios são incorporados no ordenamento jurídico sob a forma de princípios constitucionais, passam a figurar como modelo normativo de legitimidade jurídica e, portanto, de validade.

Os axiomas propostos por Ferrajoli são: o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; o princípio da legalidade, no sentido lato e estrito senso; o princípio da necessidade ou da economia do direito penal; o princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; o princípio da materialidade ou da exteriorização da ação, o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; o princípio da jurisdiccionariedade, no sentido lato e estrito senso; o princípio acusatório ou da separação entre

---

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 95.

juiz e acusação; o princípio do ônus da prova ou da verificação; o princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

Para fins didáticos do tema do presente trabalho, será feita uma breve abordagem sobre os quatro axiomas com caráter processual penal. Nesse sentido, cumpre destacar, no entanto, que essas garantias são condicionadas à efetividade das garantias penais, ou seja, são inderiváveis entre si, mas encadeados de maneira que cada um dos termos implicados dê condição ao sucessivo.

O princípio da jurisdicionariade, no sentido lato e estrito senso, traz como uma das suas estruturas, a afirmação de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>24</sup>, conforme preceitua o artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988. No caso de subtração desse princípio, o autor apresenta, como modelo punitivo irracional, o “sistema sem juízo”, no qual a justiça é totalmente substancial e material, remetida à vontade dos juízes, esvaziando-se de conteúdo garantista e demonstrando sua arbitrariedade.

O princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação afirma que não há julgamento sem acusação, do qual decorre o princípio da imparcialidade do juiz. Ferrajoli apresenta, nesse caso, o “*sistema sem acusação separada*”, que consiste na subtração do princípio acusatório, configura-se o método inquisitivo, no qual o juiz tem função acusatória ou a acusação tem funções jurisdicionais, comprometendo, dessa forma, a imparcialidade do juiz.

Nessa perspectiva, o nono axioma refere-se ao princípio do ônus da prova ou da verificação refere-se à regra processual de que aquele que determina que devem ser apresentadas provas da veracidade de sua afirmação, conforme previsto no artigo 156 do Código de Processo Penal<sup>25</sup>.

O princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade, por último, trata do contraditório e da ampla defesa, que também encontra guarida no artigo 5º, LV, da Constituição

---

<sup>24</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit.

<sup>25</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 1941. 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: 08 jun. 2017.

de 1988<sup>26</sup> e assegura a possibilidade de refutação da pretensão acusatória, ou seja, afasta a acusação calcada em bases valorativas, não suscetíveis de contestação.

Ferrajoli apresenta, como modelos de processo penal autoritário, o sistema de mera legalidade, que consiste na subtração dos princípios do ônus da prova e o direito de defesa, expressos pelos últimos axiomas. Nesse caso, onde a acusação e defesa são apenas argumentáveis, de modo que a interpretação se baseia em juízo de valor. Segundo o autor, “*a falta de taxatividade das previsões legais e de decidibilidade da verdade processual comporta uma contaminação subjetivista dos pressupostos de fato da pena e, em consequência, um enfraquecimento de todas as demais garantias*”.<sup>27</sup>

O modelo de garantista descrito em SG é característico do Estado Democrático de Direito, onde este está ligado e submetido à lei e seus princípios tanto no plano substancial quanto no plano processual e é caracterizado, pelo autor, como um modelo que:

*“Não admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos”.*<sup>28</sup>

Esse modelo traz a ideia de direito penal mínimo, onde há o máximo de tutela das liberdades dos indivíduos frente ao poder punitivo estatal, configurando um ideal de racionalidade e certeza. Nesse sentido, há uma correlação entre garantismo e racionalismo, na medida em que as intervenções estatais devem ser previsíveis, referenciando, por exemplo, o princípio da presunção de inocência até a sentença transitada em julgado.

Dessa forma, a certeza perseguida pelo sistema penal garantista é garantida pelo princípio do “*in dubio pro reo*” e visa punir apenas os fatos quando comprovada a culpabilidade do autor, ou seja, esse modelo busca que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza do julgador.

---

<sup>26</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 96.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 101.



Nesse sentido, Aury Lopes Jr. traz em sua obra a profunda relação entre direito penal mínimo e o processo penal garantista, no qual, o primeiro, é condicionado e limitado ao máximo grau de tutela dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo diante do poder punitivo estatal, bem como a um ideal de racionalidade e certeza, oriundo de um processo penal garantista.<sup>29</sup>

Além disso, visando ainda expor a compreensão de separação entre direito e moral, Ferrajoli elabora três teses axiológicas fundadas na ideia de utilitarismo penal, sendo elas concebidas no delito, no processo e na pena e considerando-as como pressupostos necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado.

Quanto ao delito, o autor afirma que, ao objetivar a tutela da segurança e impedir que os indivíduos cometam danos uns aos outros, não importa ao Estado impor uma vida moral, devendo haver, portanto, ofensa a bens jurídicos alheios para que essa conduta seja tida como de natureza penal. Em relação ao processo, a axiologia utilitária determina que não se trate da moralidade, ou do caráter, ou da personalidade do indivíduo, mas apenas sobre o fato. E, por fim, quanto à pena e sua execução, não deve haver nem conteúdos, nem finalidades morais, uma vez que entende que a pena, além da prevenção de delitos, também tem por função evitar os castigos excessivos e arbitrários ao réu.

Conclui-se, portanto, que o modelo garantista descrito por um modelo-limite de sistema penal, o qual o autor nomeia de sistema penal SG, apresenta dez condições, limites ou proibições identificadas, por Ferrajoli, como garantias do cidadão frente ao arbítrio do Estado. Nessa perspectiva, é notório que a carência das garantias processuais penais apresentadas anteriormente compromete garantias constitucionais como a presunção de inocência do acusado antes da condenação e o devido processo legal, que serão apresentadas no próximo capítulo.

## **CAPÍTULO 2 – OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

### **2.1) O princípio da presunção de inocência**

---

<sup>29</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 6.

### 2.1.1) Origem e conceito

Na segunda metade do século XVIII, a burguesia francesa liderou um movimento revolucionário que, com o apoio de intelectuais e pensadores iluministas da época, tinha como principal pauta político-social abolir, ou ao menos limitar, o poder arbitrário da monarquia.

No âmbito penal, os representantes Estatais puniam de forma tirânica e opressora os acusados e condenados, visto que na maioria das vezes, a inquirição do acusado já se confundia com a aplicação da pena. Ricardo Alves Bento afirma, sobre esse período, que:

*“Ao contrário dos ditames constitucionais existentes no Estado Democrático de Direito atual, existia a presunção da culpabilidade, onde o infrator da norma penal, tipificada enquanto crime era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célere”.*<sup>30</sup>

Pautando-se nos ideais iluministas, levantou-se a questão da necessidade de realizar uma mudança revolucionária no sistema de governo e, principalmente, no sistema penal. A Revolução Francesa, então, que conquistou o apoio da classe popular com seu discurso humanista, visava ainda, instalar um novo modelo de governo, com extinção da sociedade estamental, reformas institucionais e tutela de direitos individuais.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, redigida em 1789 no auge da Revolução Francesa, foi um grande marco precursor na positivação dos ideias iluministas, visto que reformulou e organizou as regras penais até então vigentes e consagrou, em seu artigo 9º, o princípio da presunção de inocência, ao afirmar 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>31</sup>

Nesse contexto, foram desenvolvidas obras delineadoras de um novo sistema punitivo, que defendia, dentre outros, o princípio da dignidade humana e o princípio da presunção de inocência, que manteria o *status* de não-culpado ao acusado, visando a efetivação de uma persecução penal justa.

---

<sup>30</sup> ALVES BENTO, Ricardo. *Presunção de Inocência no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 31.

<sup>31</sup> DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). França, 26 ago. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 08. jun. 2017.

### 2.1.2) A presunção de inocência em documentos internacionais

A partir do pensamento desenvolvido no século XVIII e posterior expansão global dos ideais humanistas, o princípio da presunção de inocência passou a ser consagrado como garantia processual penal, baseando-se nos princípios do contraditório e da ampla defesa. Dessa forma, inúmeros documentos internacionais foram redigidos a fim de proteger os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos frente ao Estado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, redigida após a Segunda Guerra Mundial em 1948, foi um marco no reconhecimento dos direitos humanos e do princípio presunção de inocência diante da comunidade internacional, uma vez que trouxe maior conscientização internacional sobre a importância da garantia e efetivação dos direitos fundamentais individuais e da limitação ao poder Estatal, conforme se depreende do seu artigo XI, inciso I:

*“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>32</sup>

É indiscutível que o reconhecimento e adoção desse princípio como garantia básica ao devido processo legal e do Estado Democrático de Direito pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, propagou a garantia a diversas declarações posteriores e serviu de base à sua incorporação em Constituições de diversos países no cenário mundial.

Nesse mesmo sentido, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos adotada pela ONU, foi aprovado em 1966 e aberto à adesão dos Estados, consagrando direitos penais e processuais penais e conferindo aplicação imediata na jurisdição dos países signatários. Esse documento, em seu artigo 14, II, consagrou o caráter jurídico do princípio da presunção de inocência ao

---

<sup>32</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 08. jun. 2017.

afirmar que “qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presume a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei”.<sup>33</sup>

Posteriormente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também chamada de *Pacto San Jose da Costa Rica*, positivou, em seu artigo 8º, II, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.<sup>34</sup>

Após ser promulgado através do Decreto n.º 678/1992<sup>35</sup>, esse tratado adentrou o ordenamento jurídico brasileiro, e ganhou força supralegal através da EC n.º 45/2004<sup>36</sup>, que previu que os tratados cujo teor tratasse de questões de direitos humanos passassem a vigorar de imediato e fossem equiparados às normas constitucionais, devendo ser aprovados, portanto, por um quórum de três quintos dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em dois turnos em cada casa.

Cumprе salientar que o *Pacto de San Jose da Costa Rica* foi um importante tratado celebrado pelos integrantes da Organização de Estados Americanos (OEA) em 1969 com o objetivo de estabelecer direitos fundamentais da pessoa humana, proibindo, ainda, a escravidão e a servidão humana. Além disso, um dos principais instrumentos criados através desse documento foi a Corte Interamericana de Direitos Humanos, destinada a avaliar casos de violação dos direitos humanos ocorridos em países que integram essa organização.

---

<sup>33</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de dezembro de 1966. Entrada em vigor: 23 de março de 1976, em conformidade com o artigo 49. Disponível em: <[http://www.refugiados.net/cid\\_virtual\\_bkup/asilo2/2pidcp.html](http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html)>. Acesso em: 08. jun. 2017.

<sup>34</sup> CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). *San Jose*, Costa Rica, 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: 08. jun. 2017.

<sup>35</sup> BRASIL. *Decreto n.º 678, de 06 nov. 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 08. jun. 2017.

<sup>36</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 45, de 30 dez. 2004*. Altera dispositivos dos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 08. jun. 2017.

### 2.1.3) O princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1988

O cenário político do Brasil foi determinante para a elaboração da Constituição como garantidora de direitos fundamentais no campo do direito penal e processual penal. Após anos de ditadura, a Constituição veio como resposta a um aparelho repressivo estatal, no qual pessoas desapareciam sem qualquer garantia fundamental básica, sem aplicação de devido processo legal e com total presunção de culpabilidade.

A Constituição de 1988, ao positivizar o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º, LVII, afirmando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”<sup>37</sup>, elevou o direito processual penal à guardião da liberdade individual, inovando, substancialmente, ao dotar o processo de meios e instrumentos indispensáveis ao direito de defesa.

Além disso, a Constituição, em seu artigo 60, § 4º, reforçou a proteção aos princípios democráticos do Estado de Direito, dando-os *status* de cláusula pétrea ao afirmar que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.<sup>38</sup>

Contudo, esse princípio não impede que o indivíduo seja submetido à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, uma vez que a própria Constituição prevê casos em que é possível o réu sofrer os efeitos da condenação antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como, por exemplo, no caso de flagrante delito.

Nesse sentido, a Constituição restringiu as hipóteses de prisão cautelar, ao afirmar, em seu artigo 5º, LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.<sup>39</sup> Além disso, através da Lei n.º 12.403/2011<sup>40</sup>,

---

<sup>37</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

<sup>38</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

<sup>39</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit.

<sup>40</sup> BRASIL. *Lei n.º 12.403, de 04 mai. 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2017.

o legislador trouxe relevantes modificações ao Código de Processo Penal, dentre elas a redação do artigo 283<sup>41</sup>, que se espelha à do artigo 5º, LVII<sup>42</sup>, da Constituição.

A fundamentação das decisões é uma das imposições do Estado Democrático de Direito, conforme previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição<sup>43</sup>, que determina que todas as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. Nesse sentido, a fundamentação da prisão preventiva em consonância com os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal<sup>44</sup>, é fundamental para que essa prisão seja válida e constitucionalmente possível.

Além disso, o artigo 315, do Código de Processo Penal<sup>45</sup> exige a motivação do juiz para a decretação da prisão preventiva, que, carente de fundamentação, é revestida de nulidade absoluta, ou seja, contrária à ordem constitucional.

Portanto, além da determinação constitucional prevista no artigo 5º, LVII e protegida pelo 60, § 4º, IV<sup>46</sup>, a introdução do princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988, limitou e modelou as possibilidades de prisão processual, sendo necessária a existência de motivos excepcionais que as justifiquem. A modalidade de prisão definitiva, em decorrência de condenação, e de prisão cautelar, que decorre de uma cognição provisória e com a finalidade de resguardar o processo e a pena, são admitidas no sistema processual penal.

Dessa forma, entende-se que, além da prisão definitiva decorrente de sentença condenatória transitada em julgado e das hipóteses de flagrante constitucionalmente admitidas no artigo 5º, LXI da Constituição<sup>47</sup> e previstas nos artigos 301 e 302, do Código de Processo Penal, só é permitida nos casos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal<sup>48</sup>, ou seja, a prisão preventiva e a prisão temporária<sup>49</sup>, ambas com caráter cautelar e fundamentadas, segundo Aury Lopes Jr., no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*.

---

<sup>41</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.

<sup>42</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.

<sup>49</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. Dispõe sobre prisão temporária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 dez.1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2017.

Entende-se por *fumus commissi delicti* a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria. Por ser um requisito cautelar próprio do processo penal, não se confunde com o instituto do processo civil, *fumus boni iuris*, que indica a provável existência de um direito demandado

Nesse sentido, para a decretação das prisões cautelares, o *fumus commissi delicti* deve estar associada ao *periculum libertatis*, ou seja, ao risco que o agente em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal, conforme disposto no artigo 312, do Código de Processo Penal <sup>50</sup>.

É importante esclarecer que essas modalidades de prisão não ofendem o princípio constitucional da presunção de inocência, posto que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória se dá apenas em situações excepcionais e atendidos os requisitos da cautelaridade.

Cumprido salientar que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível ou de pronúncia não se confundem com a prisão cautelar, uma vez que na primeira há uma prisão antecipatória da pena e na segunda não há condenação, pois se trata de uma sentença de natureza processual e, portanto, ambas não atendem aos pressupostos da prisão cautelar.

Diante disso, a Constituição, ao positivizar o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º, LVII <sup>51</sup>, proibiu que o acusado fosse considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando ainda coubesse recurso contra a decisão judicial que reconhecesse a culpa do acusado. Portanto, essas modalidades de prisão supracitadas – decorrente de sentença condenatória recorrível e da sentença de pronúncia –, não são constitucionalmente aceitas, pois não se enquadram nas modalidades de exceções necessárias ao direito natural de liberdade. Conforme destaca Aury Lopes Jr., esse princípio:

*“É 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)”*. <sup>52</sup>

<sup>50</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.

<sup>51</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

<sup>52</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 237-238.

Portanto, é essencial observar a condição de inocente do imputado nas fases pré-processual e processual, pois a presunção de inocência protege o acusado até o trânsito da sentença penal condenatória. Ainda que submetido a eventuais prisões ou medidas cautelares, estas não têm caráter punitivo e, portanto, não se pode presumir a culpabilidade do réu. Segundo Grandinetti:

*“Essa interpretação é lógica e sistemática, pois está plenamente de acordo com outros princípios adotados pela Carta, cujo espírito está claramente preocupado com os direitos e garantias individuais. É, também, uma interpretação histórica, uma vez que a Constituição, em todos os momentos, reafirma o compromisso de romper com as fórmulas deterioradas do período autoritário experienciado no País. E é literal porque decorre de seus exatos termos: ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão”.*<sup>53</sup>

Cumprido salientar, ainda, que não existem graus de inocência e, portanto, o réu não será presumido mais culpado em razão da hediondez do crime pelo qual é acusado ou pela reincidência, o que contraria o princípio da isonomia.

Além disso, a notória obrigação do Estado à prestação de tratamento adequado ao réu inocente, ainda que suspeito de um crime, conforme assevera Aury Lopes Jr. ao citar Adauto Suannes:

*“Nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado”.*<sup>54</sup>

Nesse sentido, o artigo 617, do Código de Processo Penal<sup>55</sup> veda o instituto da *reformatio in pejus*, ou seja, proíbe piorar a situação do réu, em recurso exclusivo deste, não havendo recurso por parte da acusação. A partir disso, a doutrina e a jurisprudência construíram a noção de *reformatio in pejus* indireta, que também consiste na proibição de piorar a situação do réu,

<sup>53</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 190.

<sup>54</sup> SUANNES, Adauto apud LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177.

<sup>55</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.



mas no caso de anulação do processo, por recurso exclusivo deste, não havendo recurso por parte da acusação.

Esse instituto se fundamenta no princípio da ampla defesa, o qual será exposto à frente e que, sinteticamente, afasta qualquer inibição ao direito de recorrer do réu, sem que, nesse caso, o seu recurso possa lhe causar eventual prejuízo.

O princípio do favor rei, que tem como corolários, dentre outros, os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, afirma que o direito à liberdade do acusado deve sempre predominar quando colocado em confronto com o direito de punir do Estado, evitando a arbitrariedade e assegurando a dignidade da pessoa humana.

No Código de Processo Penal, o princípio da presunção de inocência sustenta, por exemplo, a não recepção do revogado artigo 393 e seus incisos, que obrigavam o recolhimento do réu ao cárcere para que pudesse recorrer ou o lançamento do seu nome do rol dos culpados. Além disso, a revogação do artigo 594, que proibia o réu de apelar sem recolher-se à prisão, salvo primário e de bons antecedentes, ou se pudesse prestar fiança ou livrar-se solto, e a nova redação do artigo 413, § 3º, que passou a exigir a devida motivação para a decretação de prisão na sentença de pronúncia, reafirmam esse princípio.<sup>56</sup>

Ferrajoli afirma, ainda, que o princípio da presunção de inocência é decorrente do princípio de submissão à jurisdição, na medida em que a jurisdição exige, como visto anteriormente, que não haja culpa sem juízo, nem juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação e postula a presunção de inocência do acusado até a sentença penal condenatória transitada em julgado.

A jurisdição, portanto, é considerada como a atividade necessária para a obtenção de prova do cometimento de um crime e posterior aplicação da pena, caso essa prova não seja encontrada, nenhum indivíduo pode ser condenado. Segundo o autor, esse princípio representa a opção por um sistema penal garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 506.

Nesse sentido, é importante compreender até que momento processual se estende a presunção de inocência. Segundo o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória de segunda instância ocorre com a inadmissibilidade dos recursos extraordinário e especial, não tendo efeito suspensivo quanto à aplicação desse princípio e a possibilidade de prisão, o agravo interposto contra a decisão que não os admite. Portanto, somente o recebimento dos recursos supracitados – apesar de ambos não gozarem de efeito suspensivo, conforme determinação contida no artigo 27, § 2º, da Lei nº. 8.038/90<sup>58</sup> – teria efeito suspensivo da prisão, mas não o agravo interposto contra decisão que não os admite.

Nesse sentido, no tocante à privação de liberdade em razão da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, nota-se que tal modalidade de prisão não preenche os requisitos da prisão cautelar, caracterizando, dessa forma, uma prisão provisória obrigatória decorrente da interposição de recursos às instâncias superiores, tratando-se, portanto, de uma execução penal antecipada.

Para Grandinetti, a Constituição garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado, ou seja, só é possível a prisão por condenação após a constituição de coisa julgada material, que ocorrerá com o conhecimento e a rejeição dos recursos extraordinário e especial, com a não interposição destes, ou, ainda, com o julgamento e a rejeição do agravo interposto para o recebimento desses recursos.

O Ministro Celso de Mello, em voto proferido nos autos do *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP, conforme será exposto no próximo capítulo, compartilha desse entendimento ao afirmar que a Constituição “*estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> BRASIL. Lei n.º 8.038, de 28 mai. 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 mai. 1980. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2017.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do *Habeas Corpus* nº. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Processo Eletrônico, DJe-100, publicado em 17 mai. 2016. Disponível em:

Nesse sentido, “a adoção do princípio torna inconstitucional qualquer presunção legal da necessidade do encarceramento antes do trânsito em julgado ou antes do momento em que o próprio princípio demarca como o fim da presunção”.<sup>60</sup>

Sem embargo, é inegável a repercussão desse princípio no estatuto, mas também, quanto o ônus da prova e, conseqüentemente, os poderes instrutórios do juiz, uma vez que cabe ao magistrado determinar o ônus da prova inteiramente à acusação, sentenciando pela absolvição em caso de dúvidas, com base no princípio do *in dubio pro reo*, como será exposto a seguir.

## 2.2) O princípio do *in dubio pro reo*

O princípio do *in dubio pro reo*, ao lado do princípio da presunção de inocência, é considerado a base de todo o processo penal do Estado Democrático de Direito e se apresenta como critério para a resolução da dúvida judicial, atribuindo carga probatória à acusação e afirmando que “*não havendo provas suficientes da materialidade e autoria do crime, o juiz deverá absolver o acusado*”. Ao juiz, portanto, cabe a análise todas as hipóteses, aceitando a acusação apenas quando estiver suficientemente provada.

Esse princípio foi recepcionado pela Constituição de 1988 e positivado no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal<sup>61</sup>, exigindo prova de autoria e materialidade para a condenação, funcionando como mecanismo de proteção dos acusados frente ao poder arbitrário do Estado. Ademais, o princípio do *in dubio pro reo* deve nortear as decisões judiciais quando coexistirem duas normas de proposições antagônicas, devendo prevalecer a que beneficia o réu.

Dessa forma, é inegável a importância dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* na persecução penal, a fim de garantir a proteção aos direitos fundamentais do acusado. Como será exposto a seguir, esses princípios garantem a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental constitucionalmente previsto no artigo 1º, III<sup>62</sup> e considerado um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

---

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 29 mai. 2017, p. 88.

<sup>60</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 194.

<sup>61</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.

<sup>62</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

### 2.3) O princípio da dignidade da pessoa humana

Da mesma forma da presunção de inocência, o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou dimensão racional e passou a se tornar presente nos ordenamentos jurídicos a partir dos ideais iluministas e foi reconhecido universalmente a partir da sua inclusão no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.<sup>63</sup>

Por se tratar de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao figurar como princípio fundamental no artigo 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de não figurar no rol do artigo 5º, é visto como direito fundamental, demonstrando sua concretização ao proibir expressamente a tortura no inciso III deste artigo.<sup>64</sup>

Na Constituição, no direito penal e processual penal brasileiro, esse princípio tem grande importância, ao servir como suporte doutrinário para a construção de princípios fundamentais que norteiam o direito penal e, além disso, no direito processual penal, como influência para o desenvolvimento dos sistemas processuais penais.

O sistema inquisitivo, identificado como um modelo antigarantista, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova e, conseqüentemente, ao julgar, não goza da imparcialidade indispensável à sua função. Além disso, são características desse sistema a inexistência de contraditório, uma vez que o acusado é visto como mero objeto do processo, e não como sujeito de direitos, sem lhe ser conferida qualquer garantia, admitindo-se a tortura como meio legal de obtenção de prova e a confissão como prova absoluta do fato.

No sistema acusatório puro, ao contrário do inquisitivo, o magistrado deixa de reunir as funções de acusação e defesa, restando-lhe a função de julgar apenas, quando devidamente provocado, garantindo-se, desse modo, a imparcialidade do julgador. Além da tripartição das funções em três sujeitos processuais distintos, esse sistema se caracteriza pela maior publicidade dos atos processuais, a possibilidade do contraditório e pelo maior grau de isenção do magistrado na condução do procedimento.

---

<sup>63</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, op. cit.

<sup>64</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

O sistema acusatório formal ou misto, por sua vez, apresenta características de ambos os sistemas – inquisitivo e acusatório – em diferentes fases do processo, que consistem, respectivamente, na instrução preliminar guiada pelo juiz e nitidamente inquisitiva, e judicial, sendo a acusação feita por órgão distinto do julgador. No entanto, é insuficiente afirmar que um sistema é misto, uma vez que os sistemas puros são tipo histórico e, a partir desse reconhecimento, faz-se necessário identificar o princípio formador para, posteriormente, classificá-lo a partir do seu núcleo.

Dessa forma, não obstante as divergências acerca da situação do processo penal brasileiro, este deve respeitar a opção constitucional pelo sistema acusatório, devendo ser considerados inconstitucionais os artigos do Código de Processo Penal que atribuam poderes instrutórios ou investigatórios ao juiz.

É sabido que todos os sistemas supracitados sofreram críticas distintas relacionadas à sua efetividade. No entanto, sistema inquisitivo, a partir do século XVIII e dos ideais iluministas, foi fortemente questionado devido à adoção de práticas violentas e desumanas. Nesse contexto, o sentimento de respeito à dignidade humana e, conseqüentemente, da humanização do direito de punir, fundamentou a transição do sistema inquisitivo para o acusatório.

Além disso, a necessidade de dotar o réu de mecanismos processuais capazes de efetivar o exercício da defesa, contribuiu para que o direito processual penal concebesse o processo como relação jurídica em que o réu deixa “*de ser objeto do processo para ser sujeito da relação processual, titular de direitos e faculdades processuais e apto a exercê-los em igualdade de condições em relação ao autor da demanda, além dos deveres e ônus que sempre teve*”.<sup>65</sup>

Sem adentrar na polêmica doutrinária acerca do sistema adotado pelo Brasil, é importante salientar que, conforme afirma Geraldo Prado, apesar da Constituição ter abrigado e consagrado o sistema acusatório, continuam a ser observados dispositivos do Código de Processo Penal – promulgado em 1941 e elaborado em nítida ótica inquisitiva –, que remontam ao modelo inquisitório. Nesse sentido, para o autor, a junção do ideal, previsto na Constituição, com o real, previsto no Código de Processo Penal, evidencia o sistema misto adotado no Brasil.

---

<sup>65</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 59.

Independentemente das divergências doutrinárias, o sistema deve preservar os princípios fundamentais caracterizadores do sistema acusatório e da concepção do processo como relação processual. Em síntese, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil na Constituição, seria inconstitucional a adoção de um sistema processual no qual o réu voltasse a ser considerado como mero espectador da instrução processual e do julgamento.

Conclui-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana, o sistema acusatório e a concepção do processo como relação jurídica estão intimamente ligados para conferir os direitos processuais do acusado. Portanto, está assegurado ao acusado, conforme a Constituição e através do princípio da dignidade da pessoa humana, um direito processual justo e legalmente submetido às garantias fundamentais.

Desta forma, visando a efetivação de um sistema processual que que preserve as características do sistema acusatório, estão constitucionalmente consagrados, também, no princípio da dignidade da pessoa humana, as demais garantias processuais como, por exemplo, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, conforme será exposto a seguir.

#### **2.4) O princípio do devido processo legal: as garantias do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição**

O princípio do devido processo legal, trazido no artigo 5º, LIV da Constituição, afirma que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>66</sup>, assegurando aos indivíduos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e garantias constitucionais.

Além de apresentar-se na Constituição Americana, esse princípio também é observado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seus artigos IX, X e XI<sup>67</sup>, bem como no artigo 8º do *Pacto de San Jose da Costa Rica*<sup>68</sup>, onde figura como garantia judicial.

---

<sup>66</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

<sup>67</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, op. cit.

<sup>68</sup> CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969), op. cit., loc. cit.

O princípio do devido processo legal apresenta-se como substancial, quando considera o direito material e requer uma produção legislativa com razoabilidade, configurando os limites imprescindíveis ao poder estatal, e processual, quando é aplicado diretamente ao processo, assegurando direitos no âmbito processual, como o contraditório e a ampla defesa.

Em suma, o devido processo legal assegura a obediência estrita às normas processuais, trazendo oportunidades iguais às partes no plano processual, bem como às garantias constitucionais. Alexandre de Moraes afirma:

*“O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa”.*<sup>69</sup>

O processo penal, considerado como instrumento a serviço da realização do projeto democrático, visa impedir que uma pena seja aplicada sem o devido processo legal, ou seja, a instrumentalidade do processo penal não permite que a sanção seja aplicada sem o devido processo legal e todas as suas garantias. Dessa forma, insere-se a finalidade constitucional garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, a partir do respeito aos princípios constitucionais.

Nesse sentido, o devido processo legal garante a realização da ampla defesa e do contraditório, que deverão ser assegurados às partes no processo penal, conforme artigo 5º, LV da Constituição.<sup>70</sup>

O contraditório consiste no direito do réu de se manifestar e ser ouvido no decorrer do processo penal quanto à acusação que lhe é imputada, impondo a condição dialética do processo. A ampla defesa, por sua vez, é o direito da parte de se utilizar de todos os meios a seu dispor para a realização da sua defesa, seja através de provas ou dos recursos previstos em lei.

Para o exercício dessas garantias, é indispensável o direito de ser informado de todos os atos processuais para que o acusado possa impugná-los e, conseqüentemente, exercer seus direitos assegurados pelo Estado Democrático de Direito, a partir do princípio da publicidade,

---

<sup>69</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109.

<sup>70</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

descrito no artigo 5º, inciso LX, da Constituição.<sup>71</sup> A informação e a possibilidade de reação permitem um contraditório pleno, pois se exige a observância do contraditório durante todo o processo, e efetivo, na medida em que é imprescindível às partes que sejam proporcionados os meios para impugnar os atos da parte contrária.

Nesse sentido, o princípio do duplo grau de jurisdição assegura maiores controvérsias dentro do processo, garantindo a ampla defesa e o contraditório, na medida em que garante direito a recurso para revisão da decisão por Tribunal Superior.

Apesar de não estar expressamente previsto na Constituição, é necessário considerar o artigo 8º, 2, h, do *Pacto San Jose da Costa Rica*, que dispõe que “*durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h – direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”.<sup>72</sup> Além disso, é possível visualizar essa garantia no artigo 92 da Constituição, ao enumerar os órgãos do Poder Judiciário, e no artigo 93, III da Constituição, que demonstra a existência de órgãos jurisdicionais de 1º e 2º grau.<sup>73</sup>

Esse princípio, é fundamental para a garantia da presunção de inocência, pois a garantia da revisão da decisão do juiz de primeiro grau reforça a certeza e segurança jurídicas, colaborando para uma decisão definitiva mais justa e certa.

Dessa forma, qualquer limitação ao exercício do direito de recorrer é uma limitação ao princípio do contraditório e, conseqüentemente, da ampla defesa. Além disso, esse direito não pode ser inobservado por qualquer norma que obrigue o início da execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado, desrespeitando, dessa forma, o princípio do duplo grau de jurisdição, que é essencial à garantia do princípio da presunção de inocência, exposto anteriormente.

Portanto, é necessário analisar concretamente, à luz da Constituição de 1988, a recente mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do *Habeas*

---

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969), op. cit., loc. cit.

<sup>73</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit.



*Corpus* n.º 126.292/SP <sup>74</sup> e das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e n.º 44, a fim de compreender, como será exposto no próximo capítulo, a necessidade de aplicação dos princípios constitucionais e garantias fundamentais no processo.

### **CAPÍTULO 3 – A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: POR QUE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA FERE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL?**

#### **3.1) Análise crítica da mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP e das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º. 43 e n.º. 44**

A questão da mudança recente de posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, antes do trânsito em julgado, tem sido um assunto amplamente discutido na academia.

O *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP <sup>75</sup> foi impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar nos autos do *Habeas Corpus* n.º. 313.021/SP, contra a ordem de prisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente.

A partir do julgamento do presente *Habeas Corpus* e, posteriormente, das medidas cautelares na Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º. 43 <sup>76</sup> e n.º. 44 <sup>77</sup>, a Egrégia Corte

---

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP, op. cit.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP, op. cit.

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º. 43*. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe-216, publicado em 07 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º. 44*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe-216, publicado em 07 out. 2016. Disponível em: <

modificou seu posicionamento, já há muito tempo consolidado, retornando à jurisprudência vigente até 2009, data em que o Tribunal decidiu que a Constituição da República Federativa do Brasil é literal ao dizer, no inciso LVII do artigo 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>78</sup>

Essa mudança de posicionamento, entretanto, causou diversas reações entre acadêmicos e doutrinadores, bem como entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, que, por se tratar de uma decisão tomada por maioria de sete votos a quatro, não agradou a todos os membros da Egrégia Corte.

No julgamento, o Plenário seguiu o entendimento do Ministro Teori Zavascki, o qual embasou o seu voto no entendimento de que após a confirmação de uma condenação por um Tribunal de segunda instância, a pena já pode ser executada, uma vez que a fase de análise de provas e de materialidade se esgota e, portanto, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal cabe apenas as discussões de direito. Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência permite que o recurso seja imposto já durante o cumprimento da pena.

No entanto, o ministro Marco Aurélio, em seu voto, questionou a decisão, considerando a mudança de entendimento como esvaziamento de um modelo garantista decorrente da Constituição da República Federativa do Brasil, cujo principal objetivo foi tratar de direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado, conforme excerto abaixo:

*“Esses dois pronunciamentos esvaziam o modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Carta – não me canso de dizer – que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio País. Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã”.*<sup>79</sup>

Por ora, a Ministra Rosa Weber, apesar de reconhecer que as questões pragmáticas envolvidas, considerou que “o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por

---

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

<sup>78</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus n.º 126.292/SP*, op. cit., p. 76, sem grifo no original.

esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto”<sup>80</sup> do princípio da presunção de inocência e, fazendo menção à segurança jurídica, votou no sentido de conceder a ordem do *Habeas Corpus* e pela manutenção da jurisprudência consolidada até o momento.

Além disso, é de suma importância expor o trecho do voto do Ministro Lewandowski sobre a taxatividade desse princípio constitucional e o problema da questão carcerária no sistema prisional brasileiro:

*“Eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.*

*(...) Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive - dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior.*

*(...) Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrاندando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétreia. Então isto, com todo o respeito, data venia, me causa a maior estranheza.*

*(...) Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos crescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos”.*<sup>81</sup>

Todavia, o Ministro Fux argumentou que, nesse caso, houve uma “*deformação eloquente da presunção de não culpabilidade*” na Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que esse entendimento consolidado em 2009 não corresponde à expectativa da sociedade, tornando-se disfuncional.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 97-101, sem grifos no original.

Além disso, expõe que a Egrégia Corte se posicionou no sentido de admitir coisa julgada em capítulos e, dessa forma, o trânsito em julgado deve ser visto no momento em que se esgotam os recursos nas instâncias ordinárias, onde se encerra a discussão de matéria fático-probatória, não sendo passível de análise no Tribunal Superior e constituindo, dessa forma, coisa julgada:

*“(...) Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitam em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento.*

*(...) É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional.*

*(...) O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores”.*<sup>82</sup>

Os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Edson Facchin e Carmen Lúcia também acompanharam o voto do Relator, fundamentando seus votos, resumidamente, na concepção de que execução provisória da sentença condenatória após o acórdão confirmatório de segunda instância, não viola o princípio da presunção de inocência, uma vez que é nas instâncias ordinárias que se esgotam os julgamentos sobre matéria fático-probatória, além de considerar a relevância social dessa mudança jurisprudencial.

O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, em 06 de abril de 2016, consolidou sua jurisprudência através do informativo n.º 582<sup>83</sup>, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal e admitindo a execução provisória da sentença penal condenatória após a confirmação em segunda instância.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 58-60, sem grifos no original.

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n.º 582*. Direito Processual Penal. Execução Provisória de Pena. Pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução de pena. Corte Especial. Brasília, DF, 29 de abril a 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270582%27>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

Posteriormente, após a consolidação da mudança de posicionamento em sessão plenária, foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º. 43 <sup>84</sup> e n.º. 44 <sup>85</sup>, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, nas quais se buscou o reconhecimento da legitimidade constitucional da opção do legislador de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nessas ações, foi requerida, como preliminar, a existência de relevante controvérsia judicial decorrente de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP. <sup>86</sup>

Em 05 de outubro 2016, ao julgar as respectivas medidas cautelares, o Supremo Tribunal Federal reafirmou seu novo posicionamento acerca do tema, reconhecendo que o artigo 283 do Código de Processo Penal <sup>87</sup> não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância, indeferindo as liminares pleiteadas nessas ações.

Em novembro de 2016, por maioria de votos no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n.º. 964.246/SP, que foi interposto na mesma ação penal na qual foi impetrado o *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reafirmou a jurisprudência, em regime de repercussão geral “*no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*”. <sup>88</sup>

Dessa forma, a Egrégia Corte afirmou que o princípio da presunção de inocência não impede prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirma sentença penal condenatória, na medida em que, ressalvada a via da revisão criminal, é nas instâncias ordinárias que se esgota

---

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º. 43*, op. cit.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º. 44*, op. cit.

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP, op. cit.

<sup>87</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit., loc. cit.

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Acórdão penal condenatório. Execução provisória. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida. Jurisprudência reafirmada. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º. 964.246/SP*. Reclamante: M.R.D. Reclamado: Ministério público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário Virtual. Brasília, DF, 11 de novembro de 2016. Processo eletrônico, DJe-251, publicado em 24 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4966379>> Acesso em: 29 mai. 2017.

a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado, pois, segundo o relator, os recursos extraordinários não são considerados desdobramentos do duplo grau de jurisdição, uma vez que não analisam matéria fático-probatória.

Com a alteração jurisprudencial, é possível a execução da pena tão somente com a confirmação da condenação em segundo grau. O ajuizamento do recurso especial e extraordinário não tem mais o condão de impedir o encarceramento do acusado. O princípio da presunção de inocência é questionado, pois se permite o cumprimento de pena ainda em discussão. Nesse sentido, entende-se que o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal não se refere ao processo, mas ao próprio direito de punir do Estado.

Contudo, conforme exposto anteriormente, o princípio da presunção de inocência assegura tratamento do Estado. A liberdade, em hipóteses excepcionais e graves, pode ceder lugar à garantia de outros bens jurídicos. A prisão preventiva é um exemplo da necessidade de se relativizar a presunção de inocência.

Nesse sentido, além da prisão definitiva decorrente de sentença condenatória transitada em julgado e das hipóteses de flagrante constitucionalmente admitidas, só é permitida nos casos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal.<sup>89</sup>

Esse princípio, positivado no artigo 5º, LVII da Constituição de 1988<sup>90</sup>, elevou o direito processual penal à guardião da liberdade individual e dotou o processo de meios e instrumentos indispensáveis ao direito de defesa. Portanto, ao permitir a execução provisória da pena, a partir de todo acórdão que mantém decisão condenatória em segundo grau, viola-se garantia fundamental do réu.

Ademais, ao fazer uma análise crítica dessa decisão, vislumbra-se a inobservância do princípio do *in dubio pro reo*, que, conforme exposto no capítulo anterior, afirma que a dúvida favorece o acusado, uma vez que a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado. Sendo assim, não havendo provas suficientes da materialidade e autoria do crime, o réu não pode ser julgado culpado ou, fazendo uma análise extensiva ao caso em tela,

---

<sup>89</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit., loc. cit.

<sup>90</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit., loc. cit.

o réu não pode, portanto, ser recolhido ao sistema carcerário antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, uma vez que ao esgotar os recursos cabíveis, pode vir a provar sua inocência no âmbito do processo criminal.

Nesse mesmo sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, que garante a aplicação do sistema acusatório e a concepção do processo como relação jurídica, assegura ao acusado um direito processual justo e legalmente submetido às garantias fundamentais, como, por exemplo, o devido processo legal, que tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, conforme previsto no artigo 5º, LV da Constituição.<sup>91</sup>

Qualquer limitação ao exercício do direito de recorrer é uma limitação ao princípio do devido processo legal e, conseqüentemente, do contraditório e da ampla defesa. Além disso, iniciar a execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado colide com o princípio do duplo grau de jurisdição.

Todavia, há quem considere correta a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que esta restaurou o equilíbrio entre o direito à liberdade e a eficiência. Um forte argumento utilizado é que esse novo posicionamento traz igualdade jurídica, uma vez que a espera do trânsito em julgado para poder iniciar a execução da pena era ineficiente e injusta, porque réus pobres, nem sequer recorriam ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal e, para eles, a execução da pena era imediata, enquanto para os réus de classe média-alta ou alta, a execução da pena, em sua grande maioria, não ocorria, uma vez que eles se utilizavam de todos os recursos cabíveis a fim de alcançar a prescrição.

O posicionamento da Egrégia Corte vem sofrendo grande contestação no meio jurídico sobre a constitucionalidade das decisões proferidas no *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP<sup>92</sup> e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 43<sup>93</sup> e nº. 44<sup>94</sup>, contradizendo o anterior posicionamento firmado em 2009, onde o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, passou a interpretar, por maioria

---

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP, op. cit.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade* nº. 43, op. cit.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade* nº. 44, op. cit.

de 7 votos a 4, o princípio da presunção de inocência como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme trecho extraído da ementa do julgado, a ampla defesa “*engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária*”, de modo que “*a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa*”.<sup>95</sup>

Dessa forma, é necessário analisar, sobretudo, os votos dos Ministros Teori Zavascki e José Roberto Barroso nos autos *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP<sup>96</sup>, tendo em vista, não apenas a afronta à jurisprudência do Supremo, mas as considerações chamativas contra a ordem constitucional e seus princípios. E, de maneira divergente à maioria, o Ministro Celso de Mello e suas considerações pertinentes quanto à violação do princípio da presunção de inocência.

### 3.1.1) Voto do Ministro Relator Teori Zavascki

Nos autos do *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP, o Ministro Relator, Teori Zavascki, ao iniciar o seu voto, afirmou veementemente que, para a correta análise sobre a execução provisória de sentenças penais condenatórias, é necessário estipular – e relativizar – o alcance do princípio da presunção de inocência, buscando um equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal. Veja-se:

*“O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.*<sup>97</sup>

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. 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. *Habeas Corpus* nº. 84.078/MG. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJE-35, publicado em 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP, op. cit.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 4, sem grifo no original.



No entanto, é fundamental salientar quanto à compatibilidade da busca de equilíbrio entre esse princípio e a efetividade jurisdicional, sobretudo em sistema processual penal garantista, exceto essa “efetividade” seja, conforme demonstrado pelo Relator, aquela almejada pela mídia, que a entende como urgência.

Conforme abordado anteriormente, Aury Lopes Jr., afirma que o tempo dos meios de comunicação e o tempo do direito são diferentes:

*“Há tensionamento entre o ‘tempo do direito’ e o ‘tempo social’, especialmente em uma sociedade regida pela velocidade (dromologia) como a nossa. Há que se respeitar o tempo do direito, pois ele nunca conseguirá (ou mesmo deveria) atuar na dinâmica do imediato e corresponder as nossas ambições de uma justiça imediata e hiperacelerada (e a prisão cautelar tem um efeito sedante e gera essa ilusão). Isso não quer dizer, tampouco, que o processo deva demorar demais ou ser infundável. Há que se encontrar o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais”.*<sup>98</sup>

Além disso, o Relator destacou jurisprudências anteriores ao *Habeas Corpus* nº. 84.078/MG<sup>99</sup>, de 2009, que alterou o entendimento anterior que admitia o cumprimento de prisão condenatória a partir de sentença penal de órgão julgador de 2º grau, indo de encontro ao princípio do duplo grau de jurisdição, exposto no capítulo anterior, e ao princípio da vedação do retrocesso, que impede a desconstrução das conquistas já alcançadas pela sociedade quanto aos direitos fundamentais:

*“Não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, a decisão está em claro confronto com o entendimento deste Supremo Tribunal, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ-e de 26/2/2010), segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença.*

*(...) A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível.*

*(...) Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).*

<sup>98</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Internet, Rio de Janeiro, 4 mar. 2016. Seção Limite Penal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocenciastf-nosso-juridico>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. 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. *Habeas Corpus* nº. 84.078/MG, op. cit.

*E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação. (...) A alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação”.*<sup>100</sup>

Todavia, apesar de considerar a importância do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, o Relator defende que a execução provisória da sentença penal condenatória não confronta o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que “*os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória*”.<sup>101</sup>

Além disso, considera a compatibilidade em “*autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias*”:<sup>102</sup>

*“4. Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.*

*(...) A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (nemo tenetur se detegere), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.*

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP, op. cit.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 11.

(...) *Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal.*

*Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo.*

(...) *Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória.*

(...) *Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.*

(...) *Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.*

(...) *Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias”.*<sup>103</sup>

Mais à frente, o Ministro Teori Zavascki se utilizou do direito comparado para afirmar que nenhum outro país aguarda o trânsito em julgado para execução da sentença penal condenatória. No entanto, conforme exposto pelo ministro Celso de Mello em seu voto, há uma diferença crucial ignorada pelo Relator, que consiste no fato da Constituição de 1988, ao

<sup>103</sup> Ibidem, p. 7-18, sem grifo no original.

contrário dos ordenamentos jurídicos apresentados, prever o princípio da presunção de inocência como direito fundamental:

*“É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência”.*<sup>104</sup>

Além disso, em seu entendimento, existe a possibilidade de equívocos nas sentenças condenatórias, mas o exercício das garantias fundamentais do acusado estaria garantido através de outros mecanismos, conforme abaixo:

*“Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena”.*

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio, em voto proferido no julgamento de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 que proclamou o “estado de coisas inconstitucional”, conforme demonstrado na petição inicial da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 43<sup>105</sup>, com pedido de medida cautelar, questionou como o indivíduo que sofrer execução provisória de forma equivocada será indenizado posteriormente, veja:

*“Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa”.*<sup>106</sup>

Por fim, o Ministro consolidou seu entendimento afirmando que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal não compromete o princípio da presunção de inocência e propôs a restauração do “tradicional entendimento”, denegando a ordem de *Habeas Corpus*:

<sup>104</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 43, op. cit.

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº. 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Processo eletrônico, DJe-31, publicado em 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 29 mai. 2017.

*“Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: 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.*

*Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de habeas corpus, com a consequente revogação da liminar concedida. É o voto”.*

### 3.1.2) Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir o seu voto, também se demonstrou favorável à execução provisória do acórdão penal condenatório, conforme se depreende do trecho transcrito abaixo:

*“2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a 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 irrecurribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;*

*(ii) 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. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144);*

*(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa”.<sup>107</sup>*

Nesse sentido, é importante registrar a nota pública emitida pelo Instituto dos Advogados do Brasil – IAB em 18 de fevereiro de 2016:

*“A Presunção de Inocência, expressa no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República - "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" - além de prevista em diversas Declarações de Direitos do Homem e Convenções Internacionais, é direito fundamental de dimensão constitucional, e não mero tecnicismo jurídico que pode ser afastado via interpretação constitucional. É condicionante da atuação dos agentes estatais, dos diferentes Poderes. Possui natureza de princípio político, que conecta o Processo Penal com as escolhas político-constitucionais do Estado Democrático de Direito. Desta forma, a Presunção de Inocência é princípio essencial do Processo Penal Democrático, configurando-se regra de tratamento processual no qual o sujeito acusado preserva seu Estado de Inocência até que uma sentença condenatória não mais passível de recurso firme a certeza jurídica de sua culpabilidade, não podendo*

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus n.º. 126.292/SP*, op. cit., p. 27-28, sem grifo no original.

uma acusação, em um primeiro momento, ou até mesmo uma condenação em segundo grau, "suspender" provisoriamente sua inocência e nem as garantias que a acompanham. A decisão do Supremo Tribunal Federal se configura em retrocesso inaceitável, sobretudo quando se atenta para o fato de que na seara penal não existe execução de condenação que não seja definitiva. Providos os Recursos Especial ou Extraordinário, quem devolverá ao cidadão acusado o tempo executado provisoriamente? A pena foi cumprida, antecipadamente, e ilegalmente, eis que violou o estado de inocência do Acusado que posteriormente teve seu recurso provido. A Presunção de Inocência é cláusula pétrea da Constituição da República e a vedação ao retrocesso é princípio de natureza político-jurídica que não permite a vulneração de Direitos Fundamentais e suas Garantias. A decisão do Supremo Tribunal Federal lança mais uma ofensa contra o que deveria ser um intransponível limite aos desmesurados poderes punitivos do Estado, corroendo o Processo Penal Democrático, abrindo mais uma brecha, em última análise, contra o próprio Estado Democrático de Direito".<sup>108</sup>

Além disso, o Ministro fez uso de “fundamentos pragmáticos”, demonstrando que, no seu entendimento, a efetividade do poder punitivo, também, está relacionada à urgência. Ao demonstrar – erroneamente – que a solução para efetividade do poder punitivo está na redução da impunidade por meio da execução provisória antes do trânsito em julgado, afirma, em outras palavras, que o desrespeito aos princípios e garantias fundamentais “*permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro e promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal*”<sup>109</sup>, veja:

“3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento”.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> LINS E SILVA, Técio. *Nota do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº. 126.292-SP*. Internet, Jornal do Advogado, 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/mais/iab-na-imprensa/iab-considera-retrocesso-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena>>. Acesso em: 24 mai. 2017, sem grifos no original.

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus nº. 126.292/SP*, op. cit., p. 28.

<sup>110</sup> Idem.

O Ministro, ao delinear a controvérsia, admite “a oscilação da jurisprudência do STF na matéria” e faz uso do instituto da mutação constitucional para defender a alteração jurisprudencial acerca da interpretação desse princípio, veja:

*“(...) É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”.<sup>111</sup>*

De acordo com o entendimento do Ministro, baseando-se em dados apresentados na sessão de julgamento, a interposição de “recursos protelatórios” movimentava a máquina do Poder Judiciário, gerando consideráveis gastos de tempo e de recursos financeiros, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus, na medida em que o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório.

Além disso, consolidou seu entendimento ao afirmar que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão, veja:

*“Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória)”.<sup>112</sup>*

Por fim, ao discorrer sobre a razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade, Barroso pontua que o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário e, dessa forma, acompanhou o relator no sentido de denegar a ordem de *Habeas Corpus*.

### **3.1.3) Voto do Ministro Celso de Mello**

---

<sup>111</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 36.

Divergente à maioria, o Ministro Celso de Mello ao iniciar o seu voto, registrou, saudosamente, o princípio da presunção de inocência como “*uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder*”.<sup>113</sup>

Introduziu historicamente esse princípio e citou diversos documentos internacionais que garantem a sua proteção, a partir do reconhecimento deste “*como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana*”<sup>114</sup>, visando afastar a tendência histórica ao princípio da culpabilidade.

O Ministro insinua que esse princípio estaria sendo, novamente na história relativizado e afastado, mas desta vez, em um Estado Democrático de Direito, cujos valores encontram-se garantidos e constitucionalizados:

*“Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional. (...) Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse. (...) Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral”.*<sup>115</sup>

O Ministro, ainda, faz uso de precedentes proferidos por ele, com o viés de proteger o princípio constitucional, afastando o pré-julgamento e o tratamento desumano a quem quer seja, por qualquer crime que possa ter sido acusado. Além disso, provoca seus colegas ao salientar a

<sup>113</sup> Ibidem, p. 80

<sup>114</sup> Idem, p. 80.

<sup>115</sup> Idem, p. 82-83, sem grifos no original.



importância de “possuir a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições”:

*“A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal.*

*(...) Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático”.*<sup>116</sup>

No seu entendimento, quando o Supremo Tribunal Federal afasta a possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória fundamentando sua decisão no princípio da presunção de inocência, é dada a devida ênfase e o amparo a um direito fundamental do indivíduo.

Por fim, Celso de Mello insiste que, além de existirem de graus de culpabilidade, é garantia constitucional do Estado Democrático de Direito que “o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal”, veja:

*“O fato indiscutivelmente relevante, no domínio processual penal, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica a formulação, seja por antecipação ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo, assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado.*

*(...) Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridade.*

*(...) Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República”.*<sup>117</sup>

<sup>116</sup> Idem, p. 87-89.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 92-93.

Por todo o exposto, o Ministro votou por conceder a ordem de *Habeas Corpus*, consolidando sua posição no sentido de que:

“A execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente”.<sup>118</sup>

### **3.1.4) O julgamento das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 43 e nº. 44**

Diante desse cenário de significativa mudança jurisprudencial da Suprema Corte, a qual dividiu opiniões acerca da violação ao princípio da presunção de inocência, o Partido Ecológico Nacional – PEN protocolou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 43<sup>119</sup> e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 44<sup>120</sup>, ambas distribuídas em 19 de maio de 2016 e apensadas para julgamento, por determinação do Ministro Relator Marco Aurélio.

O PEN, conforme petição inicial, requereu que fosse declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal<sup>121</sup> – que condiciona o início do cumprimento de pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória –, cuja redação foi dada Lei nº. 12.403/2011<sup>122</sup>, e, portanto, após a decisão do *Habeas Corpus* nº. 84.078/MG<sup>123</sup>, cabendo aos Ministros a apreciação quanto a constitucionalidade deste artigo.

Além disso, requereu subsidiariamente que a sentença proferida no *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP<sup>124</sup> produzisse apenas efeitos *ex nunc* e a suspensão das prisões decorrentes de execução provisória de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado ocorridas desde a publicação da decisão. Em seu entendimento, esse precedente contraria a decisão do

---

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 43, op. cit.

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 44, op. cit.

<sup>121</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit., loc. cit.

<sup>122</sup> BRASIL, Lei n.º 12.403, de 04 mai. 2011, op. cit.

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. 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. *Habeas Corpus* nº. 84.078/MG, op. cit.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP, op. cit.

Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347<sup>125</sup>, que reconheceu que o sistema prisional brasileiro viola preceitos constitucionais.

O requerente fundamentou seu pedido não apenas na violação do princípio da presunção de inocência, mas também na questão da segurança jurídica, uma vez que, por se tratar de decisão de Corte Suprema, daria precedente para várias decisões baseadas nesse entendimento. No mesmo sentido, o CFOAB requereu também, em sua petição inicial, que fosse declarada a constitucionalidade do dispositivo do Código de Processo Penal supracitado, argumentando que este reforçava o princípio constitucional da presunção de inocência.

Além disso, assim como o PEN, o requerente expôs que esse entendimento aumentaria significativamente o número de prisões, o que seria um problema diante da crise do sistema carcerário brasileiro.

Ao longo do processo, a fim de defender e preservar as garantias fundamentais ao longo do processo persecutório estatal, diversas instituições solicitaram o ingresso como *amicus curiae*, comprovando sua legitimidade para atuar e a relevância da matéria para os atores do sistema prisional.

O Ministro Marco Aurélio, relator de ambas as ações, votou no sentido de determinar a suspensão da execução provisória do acórdão penal condenatório antes do trânsito em julgado e, ainda, pela libertação dos réus que tenham sido presos por causa do desprovimento de apelação e tenham interposto recurso ao Superior Tribunal de Justiça, com exceção aos casos enquadráveis no artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>126</sup>, que trata da prisão preventiva.

Segundo o Ministro, não há dúvida de que o artigo 283 do Código de Processo Penal<sup>127</sup> é compatível ao princípio constitucional presunção de inocência e, portanto, a literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas de que a constatação da culpa só ocorre com o julgamento em última instância.

---

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 347*, op. cit.

<sup>126</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit., loc. cit.

<sup>127</sup> Idem.

Além disso, afirmou que a mudança jurisprudencial proferida nos autos do *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP<sup>128</sup> é contraposta à compreensão da garantia constitucional que embasou a reforma do Código de Processo Penal, a partir da Lei n.º. 12.453/2011<sup>129</sup>, e do próprio artigo. 283.<sup>130</sup>

Por fim, o Ministro observou que, no caso do processo penal, a execução provisória impossibilita, a possibilidade de retorno ao estágio anterior, caso reformada a decisão. E, nesse sentido chamou a atenção para o alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando a necessidade de se esperar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena.

O Ministro Celso de Mello, considerou a decisão como uma gravíssima transgressão ao direito fundamental de qualquer pessoa de ser presumida inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação criminal.

A Defensoria Pública da União, como *amicus curiae*, trouxe números comprovando que os verdadeiros prejudicados por essa decisão são os indivíduos marginalizados e, em sua manifestação, Técio Lins e Silva, Presidente Instituto dos Advogados do Brasil – IAB, afirmou categoricamente que os principais atingidos por esse precedente “*são os pobres e negros que integram a população carcerária que lota o sistema penitenciário do País, e não uma meia-dúzia de ricos presos pela Operação Lava Jato*”.<sup>131</sup>

Todavia, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu a legitimidade da decisão e, em seu entendimento, “*a presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas*”.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP, op. cit.

<sup>129</sup> BRASIL, Lei n.º 12.403, de 04 mai. 2011, op. cit.

<sup>130</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit., loc. cit.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º. 43 e n.º 44, op. cit.

<sup>132</sup> Idem.

Além disso, afirmou que o entendimento anterior não era garantista, “*mas grosseiramente injusto*”, e produziu consequências “*extremamente negativas e constatáveis a olho nu*”<sup>133</sup>, como a seletividade do sistema penal e agravou o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça.

No mesmo sentido, a Ministra Carmen Lúcia votou pelo indeferimento das liminares, salientando a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade ao afirmar que “*a comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo*”.<sup>134</sup>

Por fim, a Suprema Corte, por maioria de votos, indeferiu as liminares pleiteadas, consolidando, a partir de uma visão emergencial do sistema punitivo, o entendimento de que o dispositivo 283, Código de Processo Penal<sup>135</sup> não impede a execução provisória da sentença penal condenatória após o acórdão confirmatório dessa decisão.

### **3.2) Análise crítica do direito penal e processo penal de emergência**

Dessa forma, cumpre aqui analisar a ideia de emergência, cuja a qual, conforme exposto anteriormente, se apresenta nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. Essa ideia está associada à ideia de urgência e, em certo sentido, à ideia de crise, uma vez que remete a algo que surge de forma a desestabilizar o *status quo ante* e, conseqüentemente, a manutenção de padrões normais de comportamento e das suas estruturas.

Nesse sentido, Canotilho aponta que “*o direito de necessidade do Estado só é compatível com um Estado de Direito Democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria lei fundamental se fixarem os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as conseqüências jurídicas da Constituição de exceção*”.<sup>136</sup>

É importante diferenciar a emergência repressiva do conceito de excepcionalidade empregado em sede constitucional, onde os mecanismos de aplicação que implicam em derrogação total ou parcial de direitos fundamentais têm duração definida no tempo e no espaço. Diferentemente do que ocorre no âmbito constitucional, no âmbito processual penal, a

---

<sup>133</sup> Idem.

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit., loc. cit.

<sup>136</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 973.

emergência repressiva e a prática da repressão, por não terem limites temporais e geográficos, infiltram-se na cultura da sociedade, contribuindo diretamente para a involução do ordenamento punitivo.<sup>137</sup>

Com a violação dos direitos fundamentais pelas normas emergenciais, há a quebra do Estado Democrático de Direito, criando um paradoxo que consiste na busca de recomposição do mesmo, através da quebra das garantias fundamentais, que são os pilares que definem esse modelo de Estado.

A emergência penal, caracterizada como situação de fato, gera a busca pela adoção de medidas extraordinárias para a solução de conflitos no campo penal, diante do crescimento da criminalidade e o aumento da sensação de insegurança, constituindo um subsistema de derrogação dos pilares empregados na normalidade. Fauzi Hassan Choukr, em seu livro, afirma:

*“A criminologia contemporânea dá guarida a esse subsistema, colocando-o na escala mais elevada de gravidade criminosa a justificar a adoção de mecanismos excepcionais a combatê-la, embora sempre defenda o modelo de Estado Democrático e de Direito como limite máximo da atividade legiferante nessa seara”.*<sup>138</sup>

Ademais, é necessário considerar que a dicotomia entre liberdade individual e segurança social dificultam a construção de um sistema processual penal sólido e menos suscetível de interferências momentâneas. Essa dicotomia não pode continuar a ser vista como excludente, mas deve ser encarada como complementar, a partir do momento em que o Estado Democrático de Direito é pautado pela tutela de ambos os polos, seja a segurança individual advinda do respeito aos direitos individuais e coletivos por parte do Estado e a consequente segurança social, que interagirá em um processo dialético e contínuo.

Esse mecanismo, no entanto, é confrontado pela necessidade de enfrentar a crise e a desordem. Nesse contexto, buscam-se, no mundo jurídico, soluções contingenciais e imediatas para problemas que são, na verdade, contextuais e históricos.

Nesse sentido, a cultura emergencialista dá uma fisionomia particular à justiça, diferente daquela delineada por um Estado Democrático de Direito, determinando a busca pela legitimação de mecanismos tendentes à supremacia estatal e, por exemplo, de preocupantes

---

<sup>137</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 844 et seq.

<sup>138</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit., p. 5-6.

tentativas de antecipação da pena. Isso deve-se ao fato da cultura emergencial ser substancialmente distinta da normalidade, uma vez que se justifica pela busca de resultados concretos e imediatos, apesar do desrespeito aos princípios constitucionais.

Ao abordar em sua obra a questão das consequências sofridas pela cultura emergencialista no campo da constrição da liberdade, Fauzi aponta que a prisão, de figura excepcional antes da sentença condenatória transitada em julgado, passa a ser encarada como algo natural à relação processual, exteriorizando a ética utilitarista do direito processual penal de emergência. Dessa forma, o princípio da presunção de inocência é relativizado e deixa de projetar seus efeitos de forma ampla.

O sistema emergencial, por sua vez, busca respostas a situações momentâneas, apoiando-se em uma perigosa ética de resultados no sistema repressivo, em dissonância aos princípios fundamentais e justificando a criação de técnicas processuais contrárias aos mesmos.

No momento em que esses problemas são projetados na sociedade de forma a desestabilizar as estruturas, os valores culturais sofrem consequências justificadas, por ora, pela manutenção do poder a qualquer custo, num conflito substancialmente sem regras. Nesse contexto, os reflexos no processo penal são evidentes, uma vez que as regras a serem inicialmente sacrificadas são as de proteção à liberdade individual e de refreamento do poder estatal, contidas na Constituição.

A partir da necessidade de restaurar a ordem, utilizam-se mecanismos emergenciais que tendem a enfraquecer a estrutura cultural, criando-se, de forma errônea, uma relação entre as causas da falência do Estado no campo penal e as normas garantidoras dos direitos fundamentais.

Conforme assevera Fauzi ao realizar uma crítica à lei de combate ao crime organizado e o advento da colaboração premiada, *“essa forma de entender o jogo de poder e sua relação com o processo penal aparecem camufladas pelo perigoso discurso do ‘algo precisa ser feito’, extremamente propenso a transformar o sistema repressivo como um todo em um instrumento político promocional e de efeitos colaterais devastadores”*.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Ibidem, p. 44.

Nesse contexto, a mídia tem papel inegável no emprego promocional e simbólico do sistema repressivo, havendo uma sensível invasão no âmbito dos direitos fundamentais. Sobre esse tema, Silva Franco afirma:

*“A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivenciabilidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança”.*<sup>140</sup>

Além disso, é dada publicidade a determinado fato delituoso escolhido pretensiosamente e a partir dele a vida do acusado é devastada e ele é condenando antecipadamente pela sociedade, ressurgindo a presunção de culpabilidade e ignorando o princípio da presunção de inocência garantido pelo Estado Democrático de Direito, contribuindo para a instalação do caos coletivo.

Criadas como pronta resposta estatal às pressões momentâneas que, uma vez cessadas, as normas de caráter emergencial permanecem na sociedade e o estrago cultural é danoso, sobretudo quanto à jurisprudência e aplicação a casos concretos.

Cria-se uma sociedade hostil, que pede por segurança pública, por punição imediata e pelo afastamento de garantias penais e processuais penais em busca da efetividade do poder punitivo estatal. A sociedade espera que o sistema judiciário saia de sua “função de dirimir conflitos penais, de forma imparcial e dentro das regras do jogo”, para ter que dar resposta ao público sob pena de “perda de credibilidade”. Dessa forma, há uma estigmatização do sujeito passivo, justificando que os princípios fundamentais garantidores devido processo legal e os direitos humanos sejam afastados quando aplicados aos – supostos – transgressores.

E, nesse contexto, o poder estatal é pressionado a responder de maneira rápida, ainda que ineficaz e contrária aos princípios nos quais se funda. Esquece-se que “*existe um tempo do direito que está completamente desvinculado ao tempo da sociedade*” e é utilizado através do utilitarismo processual com a finalidade de garantir a segurança jurídica e social a curto prazo.

141

---

<sup>140</sup> SILVA FRANCO, Alberto. *Prefácio ao manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 10.

<sup>141</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*, op. cit., p. 28.



O utilitarismo, portanto, se relaciona com a ideia de combate à criminalidade a qualquer custo, ainda que isso signifique um processo penal que diminua as garantias processuais do indivíduo em prol do interesse estatal de apurar e apenar condutas. Ou seja, é sinônimo de um sistema antigarantista, onde a supressão de direitos fundamentais faz-se necessária para alcançar a máxima eficiência.

No entanto, a noção de segurança deve ser reformulada, pois, quando inserida nessa dinâmica emergencial, deixa de lado a segurança da relação jurídica para inserir-se na epistemologia da incerteza. Dessa forma, o processo penal, em respeito aos princípios e garantias constitucionais, deve ser tido como instrumento jurídico para a limitação do poder punitivo estatal e manutenção de um ordenamento jurídico garantidor.

Nesse sentido, um dos argumentos utilitaristas empregados no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP<sup>142</sup> foi a necessidade de atendimento ao clamor popular, ou seja, o perigoso argumento de que é preciso “ouvir a sociedade”, ainda que seja preciso ferir garantias constitucionais e ignorar a questão carcerário no Brasil.

Deve-se observar, todavia, que o Estado Democrático de Direito garante, além da tutela aos interesses da coletividade, o acesso pleno e a liberdade processual do imputado, bem como a sua presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e o respeito à sua dignidade.

Por todo o exposto, como consequência dessa visão emergencial, os direitos e garantias fundamentais são apresentados como obstáculo ao bom funcionamento do sistema jurídico e a utilização de meios emergenciais, chocam-se com o garantismo penal e, conseqüentemente, com os princípios e garantias constitucionais, que serão apresentados extensamente a seguir.

### **3.2.1) A vedação ao efeito suspensivo e a execução provisória da condenação criminal**

---

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP, op. cit.

Antes de adentrar nas considerações sobre a inobservância dos princípios e garantias constitucionais, bem como sobre o esvaziamento do modelo garantista trazido pela Constituição de 1988, é cabível esclarecer sobre os efeitos suspensivo e devolutivo dos recursos no processo penal.

Conforme Aury Lopes Jr.<sup>143</sup> apresenta em sua obra, o efeito devolutivo diz respeito à devolução limitada conforme a extensão da matéria impugnada pelo recorrente. Essa extensão pode ser total, quando se trata de discutir e devolver todas as questões do processo, ou parcial quando é limitada pelo recorrente.

Portanto, o efeito devolutivo é comum a todos os recursos e significa transferir ao Tribunal o conhecimento da matéria controvertida, enquanto o efeito suspensivo significa, por ora, a impossibilidade da execução da sentença impugnada até o julgamento final da lide.

Em relação aos recursos excepcionais, ou seja, especial e extraordinário, são apreciadas e devolvidas questões exclusivamente de direito, restando intactas as questões fáticas. Dessa forma, cabe a esses recursos a análise apenas de questões de direito, não sendo possível a discussão sobre o conteúdo fático.

O recurso especial visa a garantir a harmonia e aplicação da legislação infraconstitucional, cabendo a análise de todo o arcabouço jurídico pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme o artigo 102, III da Constituição. Já o recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, tem por finalidade garantir a supremacia do texto constitucional, cabendo atacar todos os aspectos constitucionais do processo criminal, conforme o artigo 105, III, da Constituição.

144

Além disso, a função dos recursos excepcionais é a tutela do direito federal e, somente de forma mediata, a proteção do direito do recorrente, através da uniformidade da interpretação das leis em consonância com a Constituição e seus princípios, que possibilita, muitas vezes, que o acusado se beneficie diretamente dos julgados das instâncias superiores. Nesse caso, não

---

<sup>143</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 1164-1165.

<sup>144</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit.

existe maneira de restituir o tempo de constrição da liberdade do indivíduo, configurando clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme previsto no artigo 27 da Lei n.º 8.038/90<sup>145</sup> e no artigo 637 do Código de Processo Penal<sup>146</sup>, os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo. Dessa forma, no caso de prisão em decorrência de acórdão não transitado em julgado, a posição majoritária e consolidada na Súmula n.º 267 do Superior Tribunal de Justiça é que a ausência de efeito suspensivo nos recursos excepcionais é suficiente para privar o indivíduo de sua liberdade.<sup>147</sup>

No entanto, embora a ementa do julgamento no *Habeas Corpus* n.º. 84.078/MG<sup>148</sup>, de 2009, tivesse firmando expressamente que os preceitos vinculados pela Lei de Execuções Penais se sobrepõem, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal<sup>149</sup>, além de contrariar o artigo 105 da Lei n.º. 7.210/84, que estabelece que “*transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução*”<sup>150</sup>, esse novo entendimento colide com o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse sentido, cumpre expor um trecho do voto do Ministro Celso de Mello, no *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP:

*“Finalmente, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita está a impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.*

*Daí a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório:*

<sup>145</sup> BRASIL. Lei n.º 8.038, de 28 mai. 1990, op. cit.

<sup>146</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.

<sup>147</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 267. A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Terceira Seção. Brasília, DF, 22 mai. 2002. DJU 29 mai. 2002, p. 135.

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. 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. *Habeas Corpus* n.º. 84.078/MG, op. cit.

<sup>149</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.

<sup>150</sup> BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1984. 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 jun. 2017.

*“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” (grifei)*

*Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos:*

*“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.” (grifei)*

*Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.*<sup>151</sup>

Apesar desses artigos exigirem claramente o trânsito em julgado da sentença condenatória para a expedição do mandado de prisão, é possível, por fundamentação expressa, a segregação justificável dentro dos requisitos da prisão cautelar.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. admite que pode ocorrer a vedação do efeito suspensivo interposto contra sentença penal, no caso de existência fundamentada de prisão preventiva. No entanto, para esse dispositivo se compatibilizar com a ordem constitucional e, conseqüentemente, ser válido, deve se referir apenas às prisões cautelares devidamente fundamentadas, conforme exposto anteriormente.

Ademais, ao considerar o momento da edição da Lei nº 8.038/90<sup>152</sup> como uma década marcada por uma política criminal vigorosamente repressiva, é necessário questionar sobre a compatibilidade do conceito de recurso e o início da execução da pena. Segundo Alexandre Wunderlich, *“se recorrer é um direito e se o recurso é um instrumento de garantias, é o remédio contra a arbitrariedade e o abuso judicial, não há como se privar a liberdade o indivíduo pelo fundamento de que o seu recurso não possui efeito suspensivo”*.<sup>153</sup>

Nos casos de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, a expedição do mandado de prisão fundamentada apenas na ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, não configura uma fundamentação idônea e apta a restringir a liberdade do indivíduo.

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP, op. cit., p. 94-95.

<sup>152</sup> BRASIL. Lei n.º 8.038, de 28 mai. 1990, op. cit.

<sup>153</sup> WUNDERLICH, Alexandre; in CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada*, 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 443.

Dessa forma, acaba-se por inverter a lógica do direito processual penal no Estado Democrático de Direito, uma vez que há a possibilidade de prisão antes da sentença transitada em julgado se sobrepõe ao princípio da presunção de inocência em detrimento da liberdade e dos princípios constitucionais anteriormente elencados.

Portanto, não se mostra compatível que um meio de defesa acarrete, como consequência imediata da sua interposição, a execução da pena antes que se esgotem todos os meios de impugnação e possibilidades de reforma da sentença pelos órgãos do Poder Judiciário.

Nesse sentido, na opinião de Lênio Streck, a decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP<sup>154</sup> foi revestida de ativismo judicial, a qual “*reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental*”<sup>155</sup>, uma vez que não há fundamento jurídico constitucional que a sustente.

Posteriormente, ao expor sua opinião quanto o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º. 43 e n.º. 44<sup>156</sup>, Streck afirma categoricamente que para que o Judiciário não aplique o artigo 283 do Código de Processo Penal<sup>157</sup>, ele deve dizer que ele é inconstitucional, conforme prevê o artigo 24 da Lei n.º. 9.868/99, que trata dos “efeitos cruzados”.<sup>158</sup>

Ao consolidar o novo entendimento, segundo Streck, o Supremo Tribunal Federal agiu como constituinte, uma vez que:

*“Nenhum ministro dos que formaram a maioria disse que o artigo 283 fere a Constituição em algum ponto. Não há uma palavra no sentido de que o artigo 283 era, minimamente, inconstitucional. Ora, isso tem consequência: Se em nenhum*

---

<sup>154</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* n.º. 126.292/SP, op. cit.

<sup>155</sup> STRECK, Lênio. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Internet, Revista Consultor Jurídico, 19 fev. 2016. Seção Opinião. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º. 43 e n.º 44*, op. cit.

<sup>157</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.

<sup>158</sup> BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2017.

*ponto ele fere a CF, então ele é constitucional. Ou o STF deve confessar que agiu como Poder Constituinte. Simples assim”.*<sup>159</sup>

Nesse sentido, Streck afirma em outro artigo publicado, que a decisão foi revestida de ativismo judicial, a qual “*reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental*”, uma vez que não há fundamento jurídico constitucional que a sustente.

Por todo o exposto, ao prevalecer o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, é possível concluir que o judiciário se vestiu de legislador constituinte, violando o princípio republicano da separação de poderes. Ademais, dessa forma, caminha-se, perigosamente, para a diminuição da importância conferida aos recursos excepcionais, uma vez que argumentos utilitaristas e justificativas como a impunidade e a demora no julgamento dos recursos não servem ao processo penal, ao menos enquanto vivermos em um Estado Democrático de Direito, fundado em princípios e garantias constitucionais.

### **3.2.2) A inobservância dos princípios e garantias constitucionais**

Feitas essas considerações acerca dos recursos excepcionais e como já observado exaustivamente ao longo do presente trabalho, o Estado Democrático de Direito traz como um de seus princípios basilares, a presunção de inocência. Segundo esse princípio, ninguém pode ser privado de sua liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo as exceções constitucionalmente previstas e aceitas, que não obstam que o acusado seja recolhido à prisão antes do decreto condenatório transitado em julgado.

No direito processual penal, apesar da impossibilidade de antecipação da condenação do réu, além da prisão por condenação criminal irreversível, existem modalidades de prisões cautelares. A prisão temporária, prevista pela Lei nº. 7.960/89<sup>160</sup> e utilizada durante uma investigação tendo, em regra, o prazo de duração de 5 dias, a prisão preventiva, que pode ser decretada durante as investigações ou no decorrer da ação penal, devendo, em ambos os casos, preencher os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, e, por fim, a prisão em

---

<sup>159</sup> STRECK, Lênio. *Supremo e a Presunção de Inocência: interpretação conforme a quê?* Internet, Revista Consultor Jurídico, 7 out. 2016. Seção Opinião. Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>. Acesso em: 29 mai. 2017.

<sup>160</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989*, op. cit.

flagrante, prevista no artigo 5º, LXI da Constituição <sup>161</sup> e nos artigos 301 e 302, do referido código, são modalidades de prisões cautelares constitucionalmente admitidas e previstas pelo Código de Processo Penal. <sup>162</sup>

Nesse sentido, cumpre tecer algumas considerações acerca da prisão cautelar e o princípio da presunção da inocência. Enquanto na prisão por condenação criminal irrecurável a finalidade é a punição, nas prisões cautelares a finalidade é a garantia da efetividade do processo, devendo serem revestidas de cautelaridade, proporcionalidade e fundamentadas no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*.

Dessa forma, partindo da ideia de que a medida cautelar visa a assegurar a efetividade do processo, a prisão cautelar não pode ser vista como reconhecimento antecipado de culpa, pois o juízo que se faz é o de periculosidade e não o de culpabilidade. <sup>163</sup> Portanto, é necessário fundamentar e comprovar a necessidade de privação da liberdade do acusado antes da sentença condenatória transitada em julgado.

A prisão por sentença condenatória recorrível, portanto, além de não estar definida em lei, não preenche os requisitos da tutela cautelar. Além disso, sendo prisão provisória, deveria, sob pena de constrangimento ilegal, cingir-se, fundamentadamente, à órbita do artigo 312, do Código de Processo Penal. <sup>164</sup>

Dessa forma, é plausível afirmar que se trata de uma prisão preventiva incompatível com a ordem constitucional, uma vez que visa a execução antecipada da pena e manifesta a incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência.

É necessário salientar que o Código de Processo Penal, apesar de pontuais alterações e revogações, data de 1941, período da ditadura de Getúlio Vargas, ou seja, muito antes da promulgação da então vigente Constituição. Por isso, é possível identificar uma série de dispositivos incompatíveis com a nova ordem constitucional e seus princípios e fundamentos.

---

<sup>161</sup> BRASIL. *Constituição (1998)*, op. cit.

<sup>162</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.

<sup>163</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 582.

<sup>164</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, op. cit.

Por ter sido editado em um período de extrema restrição à liberdade individual, observa-se com que o diploma legal restringe a liberdade do cidadão mesmo no curso do processo, bem como não traz oportunidades iguais às partes no plano processual.

Além disso, são evidentes os traços do sistema inquisitivo do Código de Processo Penal e, portanto, faz-se necessária, segundo Alexandre Wunderlich, uma interpretação do direito processual penal, no que ele chama de “*constitucionalização necessária*”, tendo em vista que o atual sistema serviu ao sistema inquisitivo.<sup>165</sup>

Dessa forma, é necessária a releitura dos dispositivos do Código de Processo Penal de acordo com os postulados democráticos e garantistas, tendo em vista a supremacia das normas e dos princípios trazidos no ordenamento jurídico constitucional. Conforme afirma Aury Lopes Jr.:

*“O ataque da urgência é duplo, pois, ao mesmo tempo em que impede a plena juridicidade (e jurisdicionalidade), ela impede a realização de qualquer reforma séria, de modo que, não contente em destruir a ordem jurídica, a urgência impede a sua reconstrução”.*<sup>166</sup>

Diante da decisão de execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, cabe salientar que o princípio da presunção de inocência é uma garantia do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, devendo ser respeitada sob pena de violar a própria natureza da supremacia da Constituição, a qual exige que todas as situações jurídicas se adaptem aos seus princípios. Segundo Geraldo Prado:

*“O devido processo legal é fórmula vazia se a lei resultar em uma liberdade do poder de punir que o torne incontrolável. Todas as sociedades, de uma forma ou de outra, “justificam” o exercício do poder de punir. Não se tem aí apenas uma “questão de força”. Há um discurso racional por trás de decisões que contrariam a Constituição e as leis. O problema reside nisso. As várias experiências autoritárias neste campo fundaram-se em “uma boa razão”, à luz da opinião da maioria, para descolarem-se da legalidade, esvaziarem a legalidade de qualquer conteúdo de garantia. O discurso sempre é de “garantia da sociedade” contra as ações identificadas como perniciosas”*<sup>167</sup>

<sup>165</sup> WUNDERLICH, Alexandre; in CARVALHO, Salo de (org.). op. cit., p. 443.

<sup>166</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*, op. cit., p. 30.

<sup>167</sup> PRADO, Geraldo. *Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis*. Internet, Empório do Direito, 08 out. 2016. Seção Colunas e Artigos. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-ou-direito-processual-penal-das-praticas-sociais-as-praticas-sociais-reguladas-pela-constituicao-por-tratados-e-leis-por-geraldo-prado/>>. Acesso em 29 mai. 2017.



Além disso, cumpre indagar, diante de tal cenário, se o sistema emergencial é a solução para a regulação dos conflitos sociais, considerando que o direito penal e processual penal não pode se constituir de forma a agredir os direitos humanos e inobservar os princípios e garantias fundamentais positivados na Constituição. Privar o indivíduo de sua liberdade deve ser visto, portanto, como medida excepcional, sendo essencial considerar o direito penal mínimo como *ultima ratio* na solução de conflitos.

Sobre o tema, Geraldo Prado afirma que “o processo observará a “forma devida” quando e somente quando guardar fidelidade com a presunção de inocência”, veja:

*“A prevalência do devido processo legal sobre a presunção de inocência abre as portas ao arbítrio, que em maior ou menor medida estará sempre nas mãos dos agentes públicos encarregados da repressão penal. Por isso o direito processual penal funda-se na prevalência da presunção de inocência sobre o devido processo legal”.*<sup>168</sup>

Ao concluir que um problema, como, por exemplo, a criminalidade, é oriundo de um processo cultural, é aceitar que não será vencido com a simples pena do legislador, bem como “obedecer ao princípios e garantias fundamentais não significa compactuar com o caos propagado. Ao contrário, violá-los fecha a última porta de racionalidade que resta ao sistema”.

169

### **3.2.3) O esvaziamento do modelo garantista da Constituição de 1988**

Por fim, é fundamental reconhecer a afronta dessa decisão ao modelo garantista trazido pela essência constitucional. É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, expressamente, o princípio da presunção da inocência como garantia constitucional, proibindo, dessa forma, que o acusado sofra os efeitos da condenação antes o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dessa forma, é necessário observar os princípios anteriormente elencados ao longo do presente trabalho, ou seja, o princípio do *in dubio pro reo*, o da dignidade da pessoa humana, o do devido processo legal e, por conseguinte, o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao

---

<sup>168</sup> Idem.

<sup>169</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. op., cit., p. 69.

duplo grau de jurisdição, como pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito. Fazendo uso das palavras de Geraldo Prado:

*“Ao escolher este caminho, sacrificando o conjunto de conceitos característicos do processo penal, o Supremo Tribunal Federal deu um enorme passo atrás: submeteu a presunção de inocência ao devido processo legal, com toda a abertura hermenêutica que esse devido processo proporciona, até mesmo pelo encurtamento na prática do direito de defesa que a Constituição preceitua que seja amplo”.*<sup>170</sup>

A execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, portanto, não se mostra razoável à luz do ordenamento constitucional de 1988, que proíbe expressamente, a partir de seus princípios fundamentais, a antecipação do juízo condenatório e exige que todas as situações jurídicas se adaptem aos princípios constitucionais. Pior, o Supremo Tribunal Federal, ao consolidar esse entendimento, acaba por interpretar e relativizar uma cláusula pétreia, ou seja, um dispositivo constitucional que não dá margem à qualquer interpretação ou relativização.

A prisão antecipada, decorrente de acórdão penal condenatório, ainda que interpostos recursos excepcionais, é inconstitucional e atenta, principalmente, os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, eis que o acusado é compelido a cumprir a sanção penal antes de ter esgotado todos os recursos cabíveis no âmbito do devido processo legal.

Dessa forma, é sabido que a legitimidade e efetividade do sistema penal deve ter como premissa o garantismo penal, que firma suas bases nos ideais do Estado Democrático de Direito e considera o sistema penal legítimo quando este assegura garantias constitucionais ao acusado durante o processo penal e máxima proteção após a sentença penal condenatória, associados, ao mesmo tempo, à segurança da população. Conforme afirma Geraldo Prado em seu artigo:

*“O direito processual penal tem, pois, uma faceta prescritiva e não somente descritiva da realidade dos sistemas penais, porque busca expressar o resultado da transição das simples práticas de responsabilização para um modelo em que tais práticas são racionalizadas conforme a orientação de contenção e legitimação do poder punitivo”.*

<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> PRADO, Geraldo. *Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis*, op. cit.

<sup>171</sup> Idem.

Todavia, há posicionamento doutrinário no sentido de que recorrer em liberdade contra uma condenação em segundo grau coloca em risco a própria punibilidade dos delitos, uma vez que é grande a probabilidade de ocorrer a prescrição do crime imputado ao réu, conforme as hipóteses previstas no artigo 112, do Código Penal.<sup>172</sup>

No entanto, o fato do Estado não conseguir agir em tempo hábil para punir o réu de acordo com o devido processo legal e os princípios constitucionais que o sustentam, não justificam a inobservância e desrespeito a esses princípios, pilares do Estado Democrático de Direito.

Ao contrário, a ineficiência estatal não pode servir de justificativa para o ferir garantias e direitos fundamentais do cidadão. Caso o problema seja a demora para punir o réu comprovadamente culpado, que sejam criados meios de, respeitando as regras processuais e os princípios constitucionais, imprimir maior eficácia ao processo penal e, conseqüentemente, acelerar o julgamento.

É evidente que pior do que um processo ineficiente pela sua demora, é um processo ineficiente por desrespeito às garantias constitucionais, ocorrendo maior risco de condenar um inocente ou impor uma pena indevida ao réu. No entendimento de Geraldo Prado:

*“A preocupação dos juízes com disfunções na aplicação das regras do processo penal é legítima. Ilegítimo é assumir o papel do legislador e, especialmente, de legislador constitucional, e regravar o processo penal conforme supõe seja o melhor para transformar os processos judiciais em instrumentos mais eficientes”.*<sup>173</sup>

Dessa forma, é necessário compreender, que para evitar a inaplicabilidade da lei penal e a impunidade, a solução não é o automatismo da prisão no momento em que proferido acórdão penal condenatório. Ao contrário, a decretação da prisão preventiva, fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*, no primeiro grau de jurisdição, deve atender à finalidade de não violar princípios constitucionais, bem como resguardar o processo e a pena. Nesse sentido, é importante frisar um trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

*“O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em*

---

<sup>172</sup> BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, op. cit.

<sup>173</sup> Idem.

*ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular”.*<sup>174</sup>

Conclui-se, portanto, que é fundamental reconhecer que o princípio da presunção de inocência – bem como todos os princípios e garantias constitucionais – não obsta o bom funcionamento do sistema punitivo estatal. Ao contrário esse princípio reforça o estatuto constitucional da liberdade, não objetivando tornar o ordenamento incapaz de lidar com a criminalidade ou combatê-la, mas sim para evitar a prisão desnecessária e desmotivada<sup>175</sup>, tendo em vista não apenas a crise do sistema prisional brasileiro, mas, principalmente as garantias e princípios trazidos e dispostos a todos os cidadãos pela Constituição.

## CONCLUSÃO

A partir da análise dos pontos suscitados no presente trabalho de conclusão de curso, é possível concluir sobre a importância dos princípios e garantias constitucionais para a realização de um processo penal constitucional e democrático, fundamental a um Estado Democrático de Direito.

O reconhecimento desses instrumentos de realização democrática como direitos fundamentais capazes de proteger o indivíduo contra eventuais abusos do poder estatal é fundamental para o desenvolvimento de um modelo penal e processual penal garantista, ou seja, um modelo baseado no direito penal mínimo e garantias individuais máximas.

Desse modo, a uma Constituição democrática, como a promulgada em 1988, deve, necessariamente, corresponder um processo penal democrático e garantista, através da instrumentalidade constitucional, ou seja, de um processo que seja instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas.

Apesar da Constituição e do Código de Processo Penal trazerem hipóteses excepcionais em que há a possibilidade da prisão ocorrer antes da condenação por sentença ou acórdão penal transitado em julgado, a partir de fundamentação idônea e demonstração de necessidade da

---

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus* nº. 126.292/SP, op. cit., p. 89.

<sup>175</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal* – 6. ed., ver. e amp. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 194.

medida, é necessário observar que o princípio da presunção de inocência, bem como o do *in dubio pro reo*, o da dignidade da pessoa humana, o do devido processo legal e, por conseguinte, o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição, são princípios que constituem os pilares no qual se funda o Estado Democrático de Direito.

O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, fundado em princípios e garantias democráticos, protege e, conseqüentemente, proíbe que o acusado seja considerado culpado – sofrendo os efeitos da condenação – antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse sentido, é importante compreender que o sistema processual penal deve ter, simultaneamente, a função persecutória-punitiva, bem como estar limitado por uma esfera de garantias constitucionais. O processo penal deve realizar sua dupla função, ou seja, tornar viável a aplicação da pena e servir como instrumento efetivo de garantia dos direitos fundamentais.

Além disso, deve servir como instrumento de limitação do poder punitivo, estruturando-se de forma a assegurar a plena efetividade dos princípios e garantias constitucionais, como, a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição.

Em um Estado Democrático de Direito, onde o direito penal e processual penal de emergência é implementado por políticas repressivas, visando a reestruturação da ordem imediata a qualquer custo, o processo penal passa a desempenhar uma missão fundamental enquanto instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

A cultura emergencialista, através da busca por soluções momentâneas, opta pela perigosa legitimação de mecanismos tendentes à supremacia estatal e, por exemplo, de preocupantes tentativas de antecipação da pena, ainda que em dissonância aos princípios e garantias constitucionais.

A partir de uma visão utilitarista, o poder estatal é pressionado a responder de maneira rápida, ainda que ineficaz e contrária aos princípios nos quais se funda. Dessa forma, a sociedade, fundando-se em uma falaciosa ideia sobre a efetividade do poder punitivo estatal, pede por segurança pública, por punição imediata e pelo afastamento de garantias penais e processuais penais, ignorando, ainda, a situação do sistema carcerário brasileiro.

Todavia, a aceleração do processo, a fim de realizar uma justiça imediata, não deve ser produzida a partir de uma visão utilitarista, na qual a produção de um resultado atenda à coletividade em detrimento do réu, que tem seus direitos e garantias fundamentais violados.

Considerando o sacrifício dos valores assumidos na normalidade em função do emprego de mecanismos repressivos, justificados pelo discurso da manutenção da segurança e reestabelecimento da ordem, cumpre refletir qual justiça penal desejada pela sociedade ao legislar sob o manto da emergência e até que ponto é possível reestruturar o equilíbrio.

Os custos do direito penal e processual penal devem ser justificados, uma vez que não pesa apenas sobre os culpados, mas também sobre os inocentes que, muitas vezes, por erro judiciário ou inobservância dos princípios penais e processuais penais, são obrigados a suportar um julgamento ou até mesmo o cárcere. Segundo Ferrajoli:

*“O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira”.*<sup>176</sup>

É notório que processo penal brasileiro clama por efetividade, no entanto, transgredir as garantias individuais do cidadão, passando por cima dos princípios constitucionais, como, por exemplo, o da presunção da inocência, para remediar a morosidade do judiciário, não é a solução para o problema. O réu não arcar com esse custo e cumprir antecipadamente a pena para suprir a inércia do poder público em executar a sentença.

A ideia de que a repressão total “a qualquer custo” vai solucionar o problema da impunidade oriunda da morosidade do poder público na punibilidade dos delitos é totalmente falaciosa e mistificadora, uma vez que sacrificar os direitos fundamentais em nome da inércia estatal é algo inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Geraldo Prado afirma, mais uma vez inequivocamente:

---

<sup>176</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 556.

*“Não há espaço para analogias de signo restritivo na seara dos direitos fundamentais, ainda que se trate de processo penal, porque não se consente com o discurso de pânico da “impunidade” e do medo e eles não funcionam como cláusulas de exclusão/suspensão/exceção da normatividade constitucional. O “permanente estado de exceção” não é próprio das democracias, tampouco o Judiciário está autorizado a impor na prática esse estado de suspensão de direitos e garantias”.*<sup>177</sup>

Nesse contexto, o direito processual deve ser instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, a partir da garantia respeito aos princípios constitucionais trazidos pela Constituição ao ordenamento jurídico e, a partir da sua adequação a esse sistema, se manifeste a partir da democratização e do fortalecimento do indivíduo diante do Estado, que deixa de ser visto como mero objeto e passa a figurar como parte, mantenedor de direitos e deveres processuais.

Por todo o exposto, é evidente que a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal não se mostra razoável à luz do ordenamento constitucional de 1988. Apesar de esgotada a matéria fático-probatória, ainda há discussão acerca da quantificação da pena, do seu cumprimento e, até mesmo, se é caso de aplicação de sanção ao acusado, posto que os Tribunais podem modificar a condenação ao analisar os recursos excepcionais e optar pela absolvição.

Desse modo, ao relativizar princípios constitucionais e interpretar uma cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal se sobrepõe à Constituição, atentando violentamente a seus preceitos e ao próprio Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005 e *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio A. Da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>177</sup> PRADO, Geraldo. *Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis*. Internet, Empório do Direito, 08 out. 2016. Seção Colunas e Artigos. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-ou-direito-processual-penal-das-praticas-sociais-as-praticas-sociais-reguladas-pela-constituicao-por-tratados-e-leis-por-geraldo-prado/>>. Acesso em 29 mai. 2017.

ALVES BENTO, Ricardo. *Presunção de Inocência no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

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

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 1941. 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: 08 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 1941. 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: 08 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1998)*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940. 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: 08 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto n.º 678, de 06 nov. 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 08. jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional n.º 45, de 30 dez. 2004*. Altera dispositivos dos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 08. jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1984. 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 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. Dispõe sobre prisão temporária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 dez.1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 8.038, de 28 mai. 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 mai. 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 12.403, de 04 mai. 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n.º 582*. Direito Processual Penal. Execução Provisória de Pena. Pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução de pena. Corte Especial. Brasília, DF, 29 de abril a 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270582%27>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 267*. A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Terceira Seção. Brasília, DF, 22 mai. 2002. DJU 29 mai. 2002, p. 135.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43*. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal

Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe-216, publicado em 07 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. DJe-216, publicado em 07 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. 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. *Habeas Corpus n.º 84.078/MG*. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJe-35, publicado em 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus n.º 126.292/SP*. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do Habeas Corpus n.º 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Processo eletrônico, DJe-100, publicado em 17 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 347*. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Processo eletrônico, DJe-31, publicado em 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Acórdão penal condenatório. Execução provisória. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida. Jurisprudência reafirmada. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 964.246/SP*. Reclamante: M.R.D. Reclamado: Ministério público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário Virtual. Brasília, DF, 11 de novembro de 2016. Processo eletrônico, DJe-251, publicado em 25 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4966379>> Acesso em: 29 mai. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao "Verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti*. Internet, Rio de Janeiro, 19 mar. 2015. Seção Colunas e Artigos. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed., rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). San José, Costa Rica, 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: 08. jun. 2017.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). França, 26 ago. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 08. jun. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LINS E SILVA, Tércio. *Nota do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292-SP*. Internet, Jornal do Advogado, 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/mais/iab-na-imprensa/iab-considera-retrocesso-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Internet, Revista Consultor Jurídico, 4 mar. 2016. Seção Limite Penal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocenciastf-nosso-juridico>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. 29. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 08. jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de dezembro de 1966. Entrada em vigor: 23 de março de 1976, em conformidade com o artigo 49.º. Disponível em: <[http://www.refugiados.net/cid\\_virtual\\_bkup/asilo2/2pidcp.html](http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html)>. Acesso em: 08. jun. 2017.

PRADO, Geraldo. *Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis*. Internet, Empório do Direito, 08 out. 2016. Seção Colunas e Artigos. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-ou-direito-processual-penal-das-praticas-sociais-as-praticas-sociais-reguladas-pela-constituicao-por-tratados-e-leis-por-geraldo-prado/>>. Acesso em 29 mai. 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

SILVA FRANCO, Alberto. *Prefácio ao manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

STRECK, Lênio. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Internet, Revista Consultor Jurídico, 19 fev. 2016. Seção Opinião. Disponível

em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. *Supremo e a Presunção de Inocência: interpretação conforme a quê?* Internet, Revista Consultor Jurídico, 7 out. 2016. Seção Opinião. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>. Acesso em: 29 mai. 2017.

SUANNES, Aduino apud LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177.

WUNDERLICH, Alexandre; in CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal*. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada, 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.