

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JACOB FORTES DE CARVALHO FILHO**

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA EM FACE DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**BRASÍLIA,  
JANEIRO 2017**

**JACOB FORTES DE CARVALHO FILHO**

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA EM FACE DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP -, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco

**BRASÍLIA,  
JANEIRO 2017**

**JACOB FORTES DE CARVALHO FILHO**

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA EM FACE DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de Dissertação apresentado ao curso de pós-graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP -, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília-DF, 20 de janeiro de 2017.

---

Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco  
Professor Orientador

---

Professor(a) Membro da Banca Examinadora

---

Professor(a) Membro da Banca Examinadora

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pela perseverança, saúde e tantas outras dádivas concedidas.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional, e a toda a minha família.

Aos Professores Júlia Ximenes e Sérgio Victor, pelas valiosas observações, e ao Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, pela precisa e qualificada orientação.

Aos amigos que conheci durante a jornada acadêmica, especialmente os do grupo de estudos IDP Leituras.

A todos que, de alguma maneira, me incentivaram nessa trajetória.

## RESUMO

A presente pesquisa tem como propósito averiguar a constitucionalidade da execução antecipada da pena, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP, em face dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, em especial o princípio da presunção de inocência. Para isso, os argumentos adotados naquela decisão são classificados, à luz da doutrina de Dworkin, e examinados. O trabalho também aborda relevantes aspectos do princípio da presunção de inocência. Os marcos teóricos adotados são a referida classificação em argumentos de princípio e argumentos de política, a força normativa da constituição e a supremacia da norma constitucional. O trabalho também apresenta a oscilação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1988, sobre a execução antecipada da pena. Alguns fatores contrários ao início do cumprimento da pena sem ter havido o trânsito em julgado também são expostos no trabalho. A pesquisa adota o método qualitativo, e os dados coletados são essencialmente bibliográficos e documentais, especialmente julgados do Supremo Tribunal Federal e legislação pertinente. A conclusão visa a demonstrar se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292/SP, deixou ou não de prestigiar direitos fundamentais individuais, em especial o da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República, na medida em que passou a autorizar o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

**Palavras-chave:** execução antecipada da pena; direitos fundamentais; presunção de inocência; papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal; força normativa da constituição.

## ABSTRACT

The purpose of this research is to investigate the constitutionality of the early execution of the sentence, authorized by the Federal Supreme Court in the judgment of HC 126.292 / SP, in view of the fundamental rights established in the 1988 Constitution, in particular the principle of presumption of innocence. For this, the arguments adopted in that decision are classified, in the light of Dworkin's doctrine, and examined. The paper also addresses relevant aspects of the presumption of innocence principle. The theoretical frameworks adopted are the said classification in arguments of principle and political arguments, the normative force of the constitution and the supremacy of the constitutional norm. The paper also presents the oscillation of the jurisprudence of the Federal Supreme Court, in force of the 1988 Constitution, on the early execution of the sentence. Some factors that contradict the beginning of the fulfillment of the sentence without having been the final and unappealable decision are also exposed in the work. The research adopts the qualitative method, and the collected data are essentially bibliographical and documentary, specially judged of the Federal Supreme Court and pertinent legislation. The conclusion will demonstrate if the decision handed down by the Federal Supreme Court in HC 126.292/SP, no longer favors individual fundamental rights, especially the presumption of innocence, provided for in art. 5, LVII, of the Constitution of the Republic, inasmuch as it began to authorize the commencement of execution of the sentence before the final sentence of the conviction was passed.

**Keywords:** early execution of sentence; fundamental rights; Presumption of innocence; Countermajority role of the Federal Supreme Court; Normative force of the constitution.

## RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo determinar la constitucionalidad de la ejecución anticipada de la sentencia autorizada por el Tribunal Supremo en el juicio de HC 126.292/SP, en la cara de los derechos fundamentales en la Constitución de la República de 1988, en particular el principio de presunción de inocencia. Para ello, los argumentos adoptados en dicha decisión se clasifican a la luz de la doctrina de Dworkin y examinado. El trabajo también se ocupa de los aspectos importantes del principio de presunción de inocencia. Los marcos teóricos que se adoptan en la clasificación de los argumentos fundamentales y los argumentos políticos, la fuerza normativa de la Constitución y la supremacía de la norma constitucional. El trabajo también presenta la oscilación de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la validez de la Constitución de 1988, relativa a la ejecución anticipada de la pena. Algunos factores contrarios al comienzo de la ejecución antes de la condena definitiva también están expuestos en el trabajo. La investigación adopta método cualitativo, y los datos recogidos son esencialmente documental y bibliográfico, especialmente juzgado a la Corte Suprema y la legislación pertinente. La conclusión demostrará si la decisión del Tribunal Supremo en HC 126.292/SP, cumplió o no con los derechos fundamentales de la persona, en particular la presunción de inocencia previsto en el art. 5, LVII, la Constitución, en la medida en que pasó a autorizar el inicio de la ejecución de la pena antes del tránsito en juzgado de la sentencia condenatoria.

**Palabras clave:** la ejecución anticipada de la condena; los derechos fundamentales; presunción de inocencia; papel contramayoritario del Tribunal Supremo; fuerza normativa de la Constitución.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O TEMA .....</b>	<b>11</b>
1.1. O princípio da presunção de inocência .....	11
1.2. Argumentos de princípio e argumentos de política .....	21
1.3. Supremacia da norma constitucional.....	25
1.4. Força normativa da constituição .....	26
<b>2. OSCILAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....</b>	<b>31</b>
2.1. HC 68.726/RJ – possibilidade de execução antecipada da pena.....	32
2.2. HC 84.078/MG – inconstitucionalidade da execução antecipada da pena ..	34
2.3. HC 126.292/SP – execução penal antecipada não ofende o princípio da presunção de inocência .....	50
<b>3. ANÁLISE DO ATUAL ENTENDIMENTO DO STF .....</b>	<b>63</b>
3.1. Ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial .....	63
3.2. Impunidade e comprometimento da efetividade do direito penal .....	71
3.3. Prescrição.....	75
3.4. Constitucionalidade da prisão cautelar .....	77
3.5. Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.....	81
3.6. Direito comparado .....	85
3.7. Estatísticas de absolvição em recursos extraordinário e especial .....	89
<b>4. FATORES CONTRÁRIOS À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA ..</b>	<b>93</b>
4.1. A dignidade da pessoa humana .....	93
4.2. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal .....	95
4.3. O art. 283 do Código de Processo Penal .....	103
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>107</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>110</b>



## INTRODUÇÃO

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, ocorrido em 1945, significativas alterações passam a ser promovidas nos paradigmas de Constituição e de Estado. A doutrina passa a desenvolver, a partir de então, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada constitucionalismo contemporâneo, ou, ainda, segundo alguns autores, neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo.

Nesse novo arranjo, mantida a ideia de limitação do poder estatal presente no constitucionalismo moderno, visa-se, sobretudo, assegurar a eficácia da constituição, atribuindo-lhe força normativa destinada, especialmente, a implementar e concretizar direitos fundamentais. Em outras palavras, o constitucionalismo contemporâneo busca concretizar a prestação de direitos fundamentais previstos no texto constitucional, atuando como verdadeiro instrumento para a efetiva implantação de um Estado Democrático Direito.

No caso brasileiro, as bases do constitucionalismo contemporâneo são firmadas com a promulgação da Constituição da República de 1988, momento de ruptura com o regime anterior, a ditadura militar, e instituição de um Estado Democrático de Direito. A retomada da democracia a partir de um texto constitucional dirigente, repleto de direitos fundamentais, em prestígio à dignidade da pessoa humana, harmoniza-se com a ideia de um Estado garantidor de direitos, inclusive os sociais – *welfarestate*.

O novo texto colocou em prática reprimidos desejos por liberdade e democracia, estabelecendo inúmeros direitos, inclusive os de cidadania. A Constituição de 1988 foi, de fato, um marco na história brasileira, instituindo a chamada República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, mesmo em tempos de constitucionalismo contemporâneo, corolário do Estado Democrático de Direito, e de retomada da democracia, em que direitos e garantias passam a ser implementados, preservados, e até ampliados, o Supremo Tribunal Federal parece demonstrar, em alguns casos, que pretende trilhar caminho oposto, no sentido de cercear ou mitigar direitos fundamentais, deixando de observar, dessa maneira, a força normativa da Constituição de 1988.

Isso porque, a despeito de todo esse cenário de conquistas e evolução da democracia, consagrado com a total ruptura com o regime militar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no Habeas Corpus n. 126.292/SP, julgado em 17-02-2016,

decidiu, por maioria dos votos (7 a 4), que a execução antecipada da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, de acordo com o referido julgado, confirmada a condenação por órgão colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recurso especial e recurso extraordinário, a pena já poderá ser executada.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal passou a autorizar que uma pessoa condenada por decisão colegiada em segunda instância, portanto, sem ainda ter havido o trânsito em julgado da condenação, seja levado à prisão para dar início ao cumprimento de sua pena, de forma antecipada.

Nesse contexto, o presente trabalho surge como resultado da inquietação provocada a partir da mencionada decisão que, adotando argumentos questionáveis, passou a autorizar o início da execução penal de um inocente.

Assim, sendo, o tema da pesquisa consiste em averiguar a constitucionalidade da execução antecipada da pena em face dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988. Para isso, serão examinados os argumentos que foram lançados para embasar a decisão proferida no HC 126.292/SP, em que o Supremo Tribunal Federal autorizou a execução antecipada da pena.

O problema que se apresenta consiste em investigar se o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, pela possibilidade de execução antecipada da pena, prestigiou ou deixou de prestigiar direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. A pergunta central da pesquisa consiste em saber, portanto, se a execução antecipada está de acordo ou em desacordo com os preceitos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais.

Em resposta ao problema, a hipótese oferecida na presente pesquisa, que servirá de guia para a investigação, buscará comprovar se a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292/SP, desprestigiou ou não direitos fundamentais, em especial o da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, uma vez que os argumentos lançados na decisão não são baseados em direitos, mas sim calcados em questões de natureza política, portanto, incapazes de legitimar uma decisão judicial.

Assim, a pesquisa pretende demonstrar se o Supremo Tribunal Federal, em decisão lastreada em argumentos políticos, meramente contingenciais e pragmáticos, deixou ou não de observar o marco limítrofe expressamente estabelecido no texto constitucional, ou seja, o trânsito em julgado da condenação, revelando-se ou não em harmonia com os direitos fundamentais.

Os marcos teóricos utilizados na pesquisa, que servirão de suporte à confirmação da hipótese oferecida, são os seguintes: em primeiro lugar, os argumentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal favoráveis à execução provisória serão classificados e examinados, com base na doutrina de Ronald Dworkin, em argumentos de princípio, que se baseiam em direitos, ou argumentos de política, lastreados em objetivos.

Outros marcos teóricos adotados na pesquisa são a supremacia da norma constitucional e a força normativa da constituição. Com esteio nesses elementos, o trabalho também buscará demonstrar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal deixou de observar direito fundamental expressamente consagrado na Constituição Federal.

A pesquisa adota o método qualitativo, e os dados coletados são essencialmente bibliográficos e documentais, especialmente julgados do Supremo Tribunal Federal e legislação pertinente. Algumas estatísticas apresentadas no trabalho são resultado de coleta de dados realizada pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal.

E aqui, desde logo, convém registrar que a presente pesquisa dará preferência ao termo execução antecipada da pena em vez da expressão execução provisória da pena, uma vez que, a despeito do título executivo penal ainda ser provisório, ante a ausência do trânsito em julgado da condenação, os efeitos da prisão, suportados pelo cidadão inocente, são imediatos e definitivos, tratando-se, assim, de autêntica antecipação do cumprimento da pena.

Mesmo porque, em caso de ulterior declaração de absolvição ou de considerável redução da sanção, a ponto de dispensar a imposição do cárcere, nada será capaz de restituir ao cidadão, nem mesmo eventual indenização pecuniária, a liberdade que lhe foi retirada em decorrência da prisão antecipada.

O trabalho está organizado em 4 (quatro) capítulos. No primeiro, será realizada detida análise do princípio da presunção de inocência e, em seguida, abordagem dos marcos teóricos. No capítulo 2, serão examinados 3 (três) julgados em que o Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1988, manifestou-se sobre a possibilidade de execução antecipada da pena - HC 68.726/RJ, HC 84.078/MG e HC 126.292/SP. Em seguida, no capítulo 3, os argumentos favoráveis ao início do cumprimento da pena logo após a condenação em segundo grau serão classificados, de acordo com a doutrina de Dworkin, e detidamente analisados. No quarto e último capítulo, serão apresentados outros fatores que corroboram o posicionamento pela impossibilidade de se dar início à execução antecipada da pena.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O TEMA

O primeiro capítulo desta pesquisa incia-se com abordagem sobre o princípio da presunção de inocência, destacando-se sua origem, evolução, previsão em diplomas internacionais e, sobretudo, na Constituição Federal de 1988. Após, serão apresentados e examinados os marcos teóricos utilizados na pesquisa.

### 1.1. O princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência representa relevante conquista do cidadão e valioso instrumento na luta contra opressões e abusos estatais. Corolário da dignidade da pessoa humana, trata-se de direito fundamental da mais elevada envergadura, destinado a tutelar a liberdade e, também, assegurar a lisura do processo legal.

Para alguns, a origem da presunção de inocência remonta ao direito romano, tendo em vista que, por influência do cristianismo, vigorava, na apreciação das provas para apuração de um delito, a máxima do *in dubio pro reo*. Outros apontam a Carta Magna de 1215 como o embrião do princípio, uma vez que o art. 39 daquele diploma vedava a perda da liberdade e da propriedade em razão de um prisão injusta,<sup>1</sup> salvo nas hipóteses previstas em lei e após um hígido julgamento do acusado por seus pares.<sup>2</sup>

Na Idade Média, período em que vigorava o modelo inquisitório de processo penal, não se partia da inocência do acusado, mas sim de sua culpabilidade. Nesse sistema, a inocência só era declarada quando o acusado a comprovasse (*purgatio* da acusação), e a existência de um mero indício já era suficiente para a formação de um juízo condenatório. Por essa razão, na transição dos modelos históricos de processo penal, do inquisitório para o acusatório, a presunção de inocência assumiu relevante função, sobretudo quanto à liberdade e à prova.<sup>3</sup>

No Século XIX, na Europa, a partir de severas críticas de pensadores iluministas aos arbítrios do Estado na esfera criminal - tanto na apuração de um delito quanto na cominação

1 Art. 39. Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra. (destacou-se)

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015

de penas -, decorrentes de um modelo inquisitorial de processo penal, a presunção de inocência assumiu papel de destaque, o que culminou com sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.<sup>4</sup> Porém, conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 126.292/SP, a presunção de inocência já havia sido prevista em momento anterior, no ano de 1776, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia.<sup>5</sup>

Em 1948, em reação a atrocidades e graves abusos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), foi promulgada, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos, considerada como um dos principais instrumentos de proteção internacional de direitos humanos já elaborado. Acolhendo o princípio da presunção de inocência, o referido diploma estabelece, em seu art. 11, 1, que “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”.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, promulgada em 1969, em seu artigo 8º, 2, prevê que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Merecem destaque, ainda, outros importantes documentos internacionais de proteção a direitos humanos que também consagram a presunção de inocência, entre eles: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI),<sup>6</sup> Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º),<sup>7</sup> Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º),<sup>8</sup> Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Nairóbi, Artigo 7º, § 1º,

4 Art. 9º. **Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado** e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei. (destacou-se)

5 Art. 10. Em todos os processos pôr crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido pôr um júri imparcial e de sua circunvizinhança, **sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado**. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser pôr um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país. (destacou-se)

6 **Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade**. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas. (grifou-se)

7 **Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada**. (grifou-se)

8 1. **Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa**. 2. É

“b”),<sup>9</sup> Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”)<sup>10</sup> e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 14, 2).<sup>11</sup>

A despeito da previsão em inúmeros diplomas internacionais de proteção a direitos humanos, o princípio da presunção de inocência só veio a ser expressamente consagrado no ordenamento brasileiro com o advento da Constituição de 1988, uma vez que as constituições anteriores apenas limitavam-se a destinar um capítulo específico aos direitos e garantias individuais - cujo rol era meramente exemplificativo -,<sup>12</sup> mencionando que os direitos e garantias ali previstos não excluiria outros decorrentes do regime e dos princípios nelas adotados,<sup>13</sup> como também se observa da redação do art. 5º, § 2º, da atual constituição brasileira.<sup>14</sup>

Nos termos do previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito, tido como autêntica garantia processual penal, destinada a tutelar a liberdade pessoal, legítima conquista histórica da democracia.

Antes de 1988, o País havia percorrido longos 21 (vinte e um) anos sob o comando da ditadura militar (1964 a 1985), período em que direitos e garantias foram arbitrariamente cerceados e violados. Isso sem falar de outro regime de exceção vivenciado no Brasil durante parte do governo de Getúlio Vargas, conhecido como Estado Novo (1937 a 1945).

Nesse cenário pós-ditadura, o País dava início a um processo de redemocratização em que se fazia necessário restabelecer, e até mesmo ampliar, os direitos que haviam sido retirados ou restringidos pelo regime militar. Sendo assim, a Constituição de 1988, considerada a mais completa e extensa constituição da história brasileira, estabeleceu uma série de direitos e garantias fundamentais, entre eles a presunção de inocência. Sobre o tema,

---

garantido a todo arguido o respeito ao direito de defesa. (destacou-se)

9 1.Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: (...) 2. **O direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente;** (grifou-se)

10 **O réu é inocente até que sua culpabilidade seja provada** em um rápido julgamento em que deve ser dado a ele, todas as garantias de defesa. (grifou-se)

11 **Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.** (destacou-se)

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

13 Art. 78 da Constituição de 1891: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Art. 144 da Constituição de 1946: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

14 Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

registre-se o escólio de Carvalho Netto:

Tudo isso se presta a demonstrar que a Constituição de 1988 apresenta-se como momento decisivo de um processo de duro aprendizado institucional, que certamente condiciona a sua interpretação tal como condicionou o processo de sua elaboração. Em contraposição a um período em que pessoas desapareciam nas mãos do aparelho repressivo do Estado sem que nem mesmo lhes fosse explicitado por quais crimes estavam sendo perseguidas; em que o Estado sequer se dignava a reconhecer que tais desaparecidos algum dia estiveram sob sua custódia, a saída adotada pelo constituinte de 1988 foi a de constitucionalizar uma série nunca antes tão numerosa de direitos fundamentais no campo do direito penal e processual penal, na esperança de fornecer àqueles que forem criminalmente processados as garantias básicas que outrora eram negadas.<sup>15</sup> (grifou-se)

E desde logo, porquanto de extrema relevância à comprovação da hipótese proposta no presente trabalho, faz-se necessário ressaltar que, de simples leitura do art. 5º, LVII, da Constituição da República, constata-se que o poder constituinte originário, no âmbito da proteção a direitos humanos e efetivação de direitos fundamentais, foi além do que o prescrito naqueles documentos universais acima mencionados, ao estabelecer, de forma precisa, marco limítrofe entre a culpa e a inocência mais benéfico ao acusado: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A título de comparação, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica -, da qual o Brasil é signatário desde 1992, nos termos do Decreto n. 678, adota o duplo grau de jurisdição como momento de cessação da presunção de inocência, conforme se depreende dos arts. 8º, 2, h, e 25, 1, daquele diploma.<sup>16</sup>

Já o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual o Brasil também aderiu, conforme Decreto n. 592, de 1992, estabelece, do mesmo modo, o duplo grau de jurisdição como o instante em que se encerra a presunção de inocência, nos termos do seu art. 14, 2 e 5.<sup>17</sup>

15 Carvalho Netto, Menelick. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*, p. 12. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-ADC-43-PEN-ART-283-CPP.pdf>

16 Art. 8º. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)

h - direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Art. 25, 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (sublinhou-se)

17 Art. 14 (...)

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Em que pese vigorar no ordenamento jurídico brasileiro mais de um texto normativo referente ao tema – de uma lado, a Constituição, que estabelece o trânsito em julgado como momento de cessação da presunção de inocência; de outro, diplomas internacionais, que determinam ser o duplo grau de jurisdição o instante em que a presunção de inocência não mais subsiste -, não se verifica nenhum conflito normativo sobre a questão.

Isso porque, em que pese a norma originária insculpida no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988 ser anterior à adesão do Brasil aos referidos documentos universais, os os aludidos diplomas não foram aprovados com quórum de emenda constitucional, não sendo, portanto, equiparados a esta.<sup>18</sup> Assim sendo, o texto constitucional, norma hierarquicamente superior, que estabelece marco mais benefício ao réu, ou seja, o trânsito em julgado da condenação, é o que deve prevalecer.

Logo, diferentemente do que se observa nos mencionados diplomas estrangeiros, o texto constitucional assinala, de forma inequívoca, que o marco divisor entre a inocência e a culpabilidade é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A nitidez e a precisão do disposto no comando constitucional afastam qualquer possibilidade de dúvidas ou de interpretações diversas da intenção do constituinte originário. O trânsito em julgado da condenação constitui, portanto, indubitosa fronteira entre a inocência e a culpabilidade.

Nesse mesmo sentido, enfatizando que, no ordenamento jurídico brasileiro, somente após o trânsito em julgado o cidadão poderá ser considerado culpado, Lopes Júnior assevera:

Não adotamos o modelo norte-americano de processo penal, assentado no paradigma de controle social do delito sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática; todo o oposto, nosso sistema estrutura-se sobre o conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência. Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente pode se afirmar que está comprovada legalmente a culpa, como exige o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.<sup>19</sup> (grifou-se)

Disso decorre que, em matéria penal, é inadmissível a adoção de institutos como a

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei. (sublinhou-se).

18 Nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. No direito brasileiro, o primeiro tratado sobre direitos humanos com status de emenda constitucional é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificado pelo Decreto 6.949/2009.

19 LOPES JÚNIOR, Aury. *Fim da Presunção de Inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>



inversão do ônus da prova ou qualquer outro que prestigie a presunção da culpabilidade em detrimento da presunção de inocência. A rigor, a *mens constitutiones* foi a de atribuir ao titular da ação penal o encargo de provar a existência do fato criminoso e sua autoria. À míngua de demonstração probatória desses elementos, a ação penal deve ser julgada improcedente, senão com outro fundamento, com base na insuficiência de provas. Dessa forma, é imperiosa a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de se restabelecer o total arbítrio estatal.<sup>20</sup>

Arbítrio esse verificado, entre outros, na redação do art. 20, n. 5, do Decreto-Lei n. 88, de 1937, que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional. De acordo com o referido dispositivo

“no processo dos crimes de competência do Tribunal serão observadas as seguintes disposições: (...) 5) Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime;”. (destacou-se)

A flagrante violação ao direito fundamental da presunção de inocência, ante a nítida inversão do ônus da prova em desfavor do réu, que, considerado presumidamente culpado, deveria provar ser inocente, foi criticada pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 126.292/SP, consoante fragmentos de seu voto, a seguir reproduzidos:

Lembro-me de que, no passado, sob a égide autoritária do Estado Novo, editou-se o Decreto-lei n. 88/37, que impunha ao acusado o dever de provar, em sede penal, que não era culpado!

Essa regra legal – como salientei no julgamento do HC 83.947/AM, de que fui Relator – consagrou uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente, o Ministério Público, nos processos por delitos contra a segurança nacional, de demonstrar a culpa do réu.

O diploma legislativo em questão, com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação de o réu provar a sua própria inocência!!!

Com efeito, o art. 20, n. 5, do Decreto-lei n. 88, de 20/12/1937, estabeleceu, nos processos por delitos contra a segurança do Estado, uma regra absolutamente incompatível com o modelo democrático, como se vê da parte inicial de seu texto (...) (sublinhou-se).

Assim, extrai-se que, do princípio da presunção de inocência, decorrem duas regras. Pela primeira, regra de tratamento, o acusado não pode, em nenhuma hipótese, ser tratado como condenado até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

<sup>20</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. ARAÚJO, Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173

Assim, o princípio impede, portanto, a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal – por exemplo, a inserção do nome do réu no rol dos culpados, entre outros.<sup>21</sup> Em viés diverso, pela segunda, regra probatória, se a culpa não for devidamente comprovada, o réu deverá ser absolvido, prevalecendo a máxima *in dubio pro reo*.<sup>22</sup>

No tocante à terminologia, mostra-se desnecessário diferenciar as expressões inocência e não-culpabilidade, que devem ser tratadas semanticamente como sinônimas, segundo leciona Carvalho Netto:

Em primeiro lugar, salta aos olhos a absoluta artificialidade da distinção. A menos que o constituinte tivesse expressamente disposto o contrário, não há como se sustentar que, numa dimensão semântica, “inocência” e “não-culpabilidade” não digam respeito, no que se refere àquele contra quem se move o processo penal, ao mesmo estado processual. O vocábulo “culpado” se constitui como oposto semântico (antônimo) do vocábulo “inocente”, de modo que aquele que não pode ser “considerado culpado”, necessariamente deve ser considerado inocente – sendo-lhe assegurado, por via de consequência, a dupla dimensão da presunção como regra do juízo e como dever do tratamento.<sup>23</sup> (grifou-se)

Na esteira do que clara e expressamente determina o comando constitucional - no sentido de fixar como marco divisório entre a inocência e a culpabilidade o trânsito em julgado da condenação -, não há espaço para interpretações que pretendam atribuir graus de culpabilidade ou de inocência ao cidadão. O texto constitucional não deu margens a essas inferências criativas ou engenhosas, não sendo, possível, portanto, afirmar-se, a depender da etapa em que o processo se encontre, que o acusado é mais culpado e menos inocente ou vice-versa. O cidadão deve, portanto, ser considerado, apenas e tão somente, inocente ou culpado.

Nesse mesmo sentido, ressaltando a ausência de amparo constitucional para atribuir graus de culpa ou de inocência, transcreve-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello, proferido no HC 126.292/SP:

Insista-se, pois, na asserção de 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. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente.  
(...)

21 STF, HC 69.696/SP, Relator Ministro Celso de Mello, e HC 80174/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa

22 Gomes GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Penal – *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

23 Carvalho Netto, Menelick. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*, p. 34. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-ADC-43-PEN-ART-283-CPP.pdf>

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que 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>24</sup> (destacou-se)

Ainda sobre o tema, Canotilho, em recente obra publicada em coautoria com Gilmar Mendes, Ingo Sarlet e Lênio Streck, também repele a ideia de o indivíduo ser considerado semi-inocente ou semi-culpado, consoante se constata do seguinte trecho:

dizer que o sujeito no processo não é culpado, mas imputado, é colocar em dúvida a sua inocência, é desvirtuar o regramento probatório e a proteção da liberdade; é não admitir a presunção de inocência em sua formulação plena; e dizer que o acusado é 'semi-inocente' (posição intermediária entre culpado e inocente). Quando não se é presumivelmente culpado, se é presumivelmente inocente, pois qui *negat de uno dicit de altero*;<sup>25</sup> (grifou-se)

Demais disso, eventuais tentativas de se criar estágios de culpabilidade ou de inocência não previstos na Constituição Federal, não raro, também se relacionam com investidas destinadas a diferenciar o conteúdo das expressões “presunção de inocência” e “presunção de não-culpabilidade”.

Nessa linha, refutando qualquer assertiva no sentido de que a Constituição Federal deixou de recepcionar a presunção de inocência, tendo acolhido somente a presunção de não-culpabilidade, Aury Lopes Júnior assinala que:

Podemos afirmar que a Constituição “não recepcionou a presunção de inocência” e que, portanto, está correta a decisão do STF? Não, é um duplo erro. Em primeiro lugar, afirmar que a Constituição recepcionou apenas a “presunção de não-culpabilidade” é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio “pré-presunção de inocência” não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e tampouco pela base democrática da Constituição. (...)

É a presunção de inocência um dever de tratamento no terreno das prisões cautelares e autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena é exatamente tratar como culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado. Não sem razão, o art. 5º, LVII, da CF, determina (dever de tratamento) que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado.<sup>26</sup> (grifou-se)

24 STF, HC 126292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki.

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

26 Lopes Júnior, Aury. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>

Ademais, os termos presunção de inocência (fórmula positiva) e presunção de não-culpabilidade (fórmula negativa), a despeito da mera diferenciação literal ou idiomática, são, do ponto de vista semântico, material, conforme já mencionado, equivalentes. Eventual pretensão de distinção substancial das expressões significa tentar reduzir o alcance da norma ou, em última análise, afastar a própria presunção de inocência.<sup>27</sup>

Nesse contexto, revelam-se mais adequados os posicionamentos na direção de que a opção do legislador pela formulação negativa do termo – ao contrário da maioria dos diplomas universais de proteção a direitos humanos, que adotam a aceção positiva - não são capazes de ensejar a mitigação de seu conteúdo, muito menos a afeta em sua projeção sobre o ordenamento jurídico.

No entanto, a despeito de serem considerados sinônimos e veicularem o mesmo conteúdo, não se pode desconsiderar, como já destacado, a preferência do constituinte originário pela expressão “ninguém será considerado culpado” ao invés de “todos são considerados inocentes” - o que deve ser levado em consideração em prestígio ao texto constitucional e as relações de sentido inerente a toda e qualquer operação de escolha de palavras.<sup>28</sup>

Assim sendo, segundo Carvalho Netto, a opção pela locução “ninguém será considerado culpado” justifica-se pelo fato de que a culpa é que deve ser provada no processo penal; diferentemente da inocência, que já é presumida. Nessa linha, o constitucionalista e filósofo leciona que:

Essa diferença não se dá, entretanto, no nível da qualidade do acusado (que antes do trânsito em julgado de sentença condenatória deve ser considerado não culpado – e, portanto, inocente), mas no nível do que é efetivamente objeto de prova no processo penal. Com efeito, a opção pela terminologia da “não-culpabilidade” em detrimento da terminologia da “inocência” importa reforçar, de forma eloquente, que a culpa do acusado é que é objeto de prova no processo penal, jamais sua inocência.

Tal opção, por sua vez, se presta a impedir veementemente que a presunção de inocência (ou de não culpabilidade, como queira) seja virada ao avesso – ou seja, só há condenação se, em primeiro lugar, a culpa do acusado for provada para além de qualquer dúvida razoável. A operação hermenêutica do intérprete no processo penal sempre partirá da prova (ou não) da culpa do acusado em direção à sua condenação (ou absolvição), jamais do resultado do processo, concebido aprioristicamente, em direção à análise da prova (ou não) da culpa. (destacou-se)

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

28 Carvalho Netto, Menelick. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*, p. 34. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-ADC-43-PEN-ART-283-CPP.pdf>

Ainda sobre a opção terminológica do constituinte originário, o Ministro Carlos Britto, em voto proferido no HC 84.078/MG, também destacou a opção do constituinte originário pela expressão “ninguém será considerado culpado”, consoante trecho a seguir reproduzido:

Não foi por acaso que a Constituição preferiu presunção de não culpabilidade à presunção de inocência. É que a presunção de inocência é muito carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim coloquialmente: “o homem é inocente até prova em contrário”. A Constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Vai além disso. Para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado. Tudo isso conjugadamente, para vitalizar o encarecido direito à presunção de não culpabilidade. (destacou-se)

Quanto aos destinatários, o princípio da presunção de inocência dirige-se a todos os cidadãos, em todas as suas relações, bem como a todos os agentes públicos, mormente os titulares de atividades restritivas de direitos ou condutores desta – policiais, magistrados, membros do Ministério Público. São destinatários, também, os demais agentes, inclusive o legislador ordinário, no intuito de se evitar que, eventualmente, possa partir da presunção contrária à da inocência, identificando a pessoa como culpada antes de uma sentença penal condenatória definitiva. Ao magistrado, especificamente, é vedado aderir antecipadamente à *opinio delicti*, não podendo proferir juízo condenatório antes do prévio exaurimento probatório da acusação, mediante o devido processo legal e constitucional.<sup>29</sup>

Tanto é assim que, da redação do art. 5º, *caput*, da Constituição da República - que assegura expressamente aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, “sem distinção de qualquer natureza”, o exercício de todos os direitos e garantias fundamentais - extrai-se que, a partir de interpretação extensiva da norma e tendo em vista a estreita conexão dos direitos humanos com os direitos fundamentais,<sup>30</sup> estes, de fato, destinam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil.<sup>31</sup>

O princípio da presunção de inocência traduz, portanto, a máxima de que ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário. No caso brasileiro, conforme já mencionado, essa culpa passa a ser comprovada, afastando-se a incidência da presunção de

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

30 Vide item 4.1. Os direitos fundamentais são, no plano normativo, os direitos humanos positivados na ordem interna de cada Estado.

31 Araújo, Luiz Alberto David; Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

inocência, com a superveniência do trânsito em julgado da condenação, ponto limítrofe entre a inocência e a culpabilidade.

Por fim, faz-se necessário registrar, porquanto pertinente ao tema da presente pesquisa, em que pese tratar-se de instituto já consagrado no direito, que, sob o aspecto formal, considera-se transitada em julgado a decisão judicial não mais passível de modificação pela via recursal. Logo, esgotadas as possibilidades de recurso, ocorrerá o trânsito em julgado da decisão, formando-se, por conseguinte, a chamada coisa julgada.

Nesse viés, a coisa julgada constitui decisão definitiva, decisão judicial que não pode mais ser modificada, contra a qual não mais se admite a interposição de recursos, conforme expressamente consignado no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>32</sup> e no art. 502 da Lei n. 13.105/2015 - Novo Código de Processo Civil.<sup>33</sup>

Do ponto de vista material, a coisa julgada é o objeto sobre o qual versava determinada demanda judicial, o qual, com o fim do processo, torna-se imodificável.

Registre-se, ainda, a proteção constitucional conferida à coisa julgada, tanto formal quanto material, nos termos da redação do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, que diz: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”<sup>34</sup>

## **1.2. Argumentos de princípio e argumentos de política**

Quanto à fundamentação adotada pelos magistrados em suas decisões judiciais, questão indispensável, que se apresenta como um dos marcos teóricos da presente pesquisa, é estabelecer, nos termos da doutrina de Ronald Dworkin, a diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política, bem como determinar, se é legítimo que os juízes fundamentem suas decisões com base em argumentos de caráter político.

De acordo com o referido autor, a prática política adota dois tipos de argumentos que se destinam a embasar as decisões daquela natureza. Os argumentos de princípio (ou de princípio político), que se baseiam em direitos, asseveram que programas particulares devem ser concluídos ou descontinuados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, ainda

---

32 Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (...)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

33 Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

34 Art. 5º (...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

que venham a acarretar algum tipo de prejuízo à sociedade.<sup>35</sup> Em outro viés, os argumentos de política (ou de procedimento político), que são baseados em objetivos, procuram demonstrar que a sociedade, vista como um todo, estaria melhor se um programa particular fosse seguido.

Em outras palavras, os argumentos de princípio procuram “justificar uma decisão política que beneficia alguma pessoa ou algum grupo mostrando que eles têm direito ao benefício”.<sup>36</sup> De outra banda, os argumentos de política tentam “justificar uma decisão mostrando que, apesar do fato de que os beneficiados não têm direito à benesse, sua concessão favorecerá um objetivo coletivo da comunidade política,”<sup>37</sup> ou, dito de outro modo, apesar de os beneficiados serem detentores de determinado direito, o não reconhecimento desse direito favorecerá, de alguma maneira, a coletividade.

Assim, os argumentos de princípio “devem fundamentar uma decisão política evidenciando que ela respeita um direito moral do cidadão; por outro lado, os argumentos de política justificam uma decisão mirando algum benefício coletivo a que ela se volta”.<sup>38</sup>

Disso decorre que, os argumentos de política, adotados em nome da consecução de programas destinados a promover melhorias na vida da coletividade, não podem ser invocados para suplantar direitos e garantias individuais.<sup>39</sup>

Utilizando como cenário a situação vivenciada nos Estados Unidos e na Inglaterra, Dworkin, além de ressaltar que as decisões tomadas pelas Cortes Constitucionais daqueles países, em algum sentido, também são de cunho político, questiona se os juízes deveriam valer-se de argumentos políticos para fundamentar suas decisões. E o próprio autor assinala, de forma categórica, que a resposta é não.

Segundo o jusfilósofo norte-americano, ainda que se trate de caso controvertido (*hard case*),<sup>40</sup> os magistrados devem lastrear suas decisões em argumentos de princípio, ou seja, baseados em direito, e não em argumentos de natureza política, que se lastreiam em objetivos. Em prol de sua assertiva, Dworkin adverte que os magistrados carecem de legitimidade popular, uma vez que, ao contrário do que ocorre com os representantes do Executivo e do

---

35 Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

36 Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 452

37 Idem.

38 Victor, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 130.

39 Carvalho Netto, Menelick. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-ADC-43-PEN-ART-283-CPP.pdf>

40 Ao contrário dos chamados *easy cases*, em que o Legislativo concedeu clara e expressamente um direito à parte, os *hard cases* são aqueles em que o direito não está legislado ou, ainda que esteja, a norma apresenta-se vaga ou ambígua.

Legislativo, não foram escolhidos por meio do voto.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a formulação de políticas públicas é de competência do administrador, no campo da discricionariedade que baliza sua atuação, e do legislador, por meio da elaboração de leis destinadas a esse propósito. Não cabe, portanto, ao magistrado, por mais bem intencionado que seja, ao julgar questões dessa natureza, valer-se de argumentos políticos para decidi-las, devendo, assim, adotar, em suas decisões, somente argumentos de princípio, ou seja, baseados em direitos.

Com base no que denominou de “argumento da democracia”, Dworkin ressalta que as decisões políticas só devem ser tomadas por aqueles que foram legitimamente eleitos pela sociedade, destacando, ainda, que esta, tem o direito de, periodicamente, indicar novos representantes, mantendo aqueles de sua preferência e reelegendo outros que lhe convierem.<sup>41</sup>

Assim, uma vez que juízes não são eleitos – e, no modelo brasileiro, não podem ser substituídos -, suas decisões não se sujeitam ao controle popular, motivo pelo qual não cabe aos julgadores invocar argumentos de política, mas, tão somente argumentos de princípio, baseados em direitos, julgando de acordo com a constituição e com as leis. Do contrário, haverá nítida ofensa à democracia, ao pacto democrático.

Além disso, “os juízes não devem fazer julgamentos políticos, inclusive julgamentos políticos sobre direitos, porque o efeito de serem vistos fazendo julgamentos políticos diminuirá o respeito pela lei”.<sup>42</sup>

Ainda sobre os abalos causados na democracia em decorrência da ilegitimidade das decisões políticas tomadas pelos magistrados, Dworkin assinala que:

A democracia supõe igualdade de poder político, e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregue aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores mas não juízes, é enfraquecido, o que é injusto. (...)

Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas.<sup>43</sup> (sublinhou-se)

Assim, ao contrário das decisões judiciais baseadas em argumentos de política, que ferem a democracia, Dworkin assevera que os julgamentos lastreados em argumentos de princípio - porque baseados em direitos – são legítimos e, portanto, plenamente compatíveis com o regime democrático.

Nessa vertente, também com base no argumento da democracia, o autor assinala que,

---

41 Dworkin, Ronald. Uma questão de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

42 Idem, p. 28.

43 Idem, p. 30.



para o exame de uma reivindicação de direito, os juízes são mais qualificados do que os legisladores e do que a própria população que os elegeu, o que pode ser evidenciado com maior nitidez quando se trata de direitos sensíveis.

Nesse contexto, admitindo que o magistrado pode extrapolar as decisões políticas tomadas pelo Legislativo e ingressar, com base em argumentos de princípio, na criação judicial do Direito, Dworkin ressalta a importância do papel contramajoritário desempenhado pelo Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, sobretudo em favor das minorias, destacando que, não raro, o interesse público é contrário à concessão de determinados direitos.

Adamais, embora reconheça que nenhuma democracia é capaz de proporcionar plena igualdade de poder político a todos os cidadãos, o autor ressalta que, no tocante à implementação de direitos individuais, transferir a competência de algumas decisões do Legislativo para o Judiciário pode acarretar benefícios para uma minoria desprovida de representatividade, consoante se constata do seguinte trecho:

Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais possibilidades de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas.<sup>44</sup> (grifou-se)

Reiterando seu posicionamento favorável ao papel contramajoritário desempenhado pelo Poder Judiciário, bem como da importância daquele Poder na efetivação de direitos individuais, Dworkin destaca que o direito individual deve preponderar em relação aos direitos da coletividade, conforme se observa do trecho a seguir:

O Estado de direito na concepção que defendo enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum de princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão de bem público.<sup>45</sup> (grifou-se)

Assim, delineada a diferença entre argumentos de princípio (baseados em direito) e argumentos de política, bem como evidenciada a impossibilidade de que magistrados adotem razões de cunho político para lastrear suas decisões, ante a ofensa ao pacto democrático, os argumentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal nos julgados referentes à execução

44 Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 31.

45 Idem, p. 31.

antecipada da pena serão classificados, à luz da doutrina de Dworkin, e examinados.

### 1.3. Supremacia da norma constitucional

Em que pese tratar-se de tema já consagrado no direito, a supremacia da norma constitucional merece registro, uma vez que figura como um dos marcos teóricos da presente pesquisa.

Com base em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen estabelece que “nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida”.<sup>46</sup> Para o autor, todo o ordenamento jurídico deve estar em conformidade com a chamada norma fundamental, que condiciona a validade jurídica objetiva de toda e qualquer ordem jurídica positiva. Assim, o jurista assinala que “uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela.”<sup>47</sup>

Disso decorre que as normas jurídicas não se situam no mesmo plano hierárquico, de forma horizontal. Ao contrário, um sistema de normas organiza-se de forma escalonada, com diferentes níveis ou camadas de normas jurídicas.<sup>48</sup> Assim, a norma fundamental, que regula a produção das demais normas, situa-se em plano superior.

E no âmbito da ordem jurídica de um Estado de Direito, a Constituição, em sentido material,<sup>49</sup> situa-se no plano mais elevado do direito positivo, no topo do escalonamento. A Constituição, portanto, representa essa norma fundamental, verdadeira lei suprema de um Estado.

Além disso, justamente por servir de fundamento para a criação de outras normas, a Constituição deve estabelecer processo mais rigoroso, mais rígido, para sua modificação. Assim, “a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma

---

46 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 152. Segundo o autor, a norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coerciva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos.

47 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 155.

48 Idem.

49 Idem, p. 155. Segundo o autor, a Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.

específica forma constitucional”.<sup>50</sup>

Isso visa a evitar, por exemplo, que, em decorrência de um processo legislativo usual, idêntico aos das demais leis, determinados conteúdos da Constituição, em especial relacionados à liberdades e direitos fundamentais, possam ser excluídos ou mitigados. É o que se constata do seguinte trecho do ensinamento do jurista austríaco:

A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não-estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. E eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis - v. g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade - se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis - chefe do Estado, ministros - ou existe a possibilidade de as atacar e anular. Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derrogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que esta lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas, como sejam uma maioria qualificada ou um quorum mais amplo. Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional.<sup>51</sup>

Disso decorre, entre outros, que, dada a superioridade hierárquica da norma constitucional, não pode existir nenhum conflito entre esta e as demais normas, de escalão inferior, “pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior”. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior.”<sup>52</sup>

#### 1.4. Força normativa da Constituição

Convém destacar que, em um passado não tão distante, as normas constitucionais não passavam de meras figuras decorativas, singelas diretrizes que balizavam o poder público, sem impor-lhe, contudo, nenhuma obrigatoriedade. As leis, antes do advento da Constituição

<sup>50</sup> Idem, p. 155.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 155.

<sup>52</sup> Idem, p. 146.

de 1988, eram dotadas de maior força normativa do que um comando constitucional. Os direitos estampados na Constituição quase nunca eram realizados, e, principalmente no caso dos direitos sociais, dependiam da boa vontade dos agentes políticos e, sobretudo, de recursos financeiros.

Ocorre que, em tempos de constitucionalismo contemporâneo, somente a constitucionalidade formal de uma norma já não é suficiente, pois ela também deve revestir-se de constitucionalidade material, carregando em seu conteúdo a liberdade, a igualdade e a solidariedade que dela se espera. Logo, a força normativa da Constituição desmonta a tese de que o texto da Constituição teria caráter apenas político,<sup>53</sup> servindo como mera diretriz, passando a ser dotada de caráter vinculativo e imperativo, tal como ocorre com as leis em sentido estrito.

Assim, o constitucionalismo contemporâneo transpõe algumas barreiras, inclusive a da ideia de Estado Legislativo, uma vez que a Constituição passa a ser o centro do sistema. Nesse novo arranjo, não basta a simples observância do comando constitucional, devendo a lei estar em harmonia com os valores e o caráter axiológico nele presentes. Daí resulta a chamada força normativa da Constituição, caso em que, mantida a superioridade hierárquica, o texto constitucional passa a ser dotado de imperatividade e centralidade. Ou seja, toda a interpretação das normas deve ter como ponto de partida o texto constitucional.

Konrad Hesse, em sua célebre obra intitulada *Força Normativa da Constituição*, produzida a partir de sua aula inaugural ministrada na Universidade de Freiburg, em 1959, leciona que a força normativa da constituição não pode ser dissociada da realidade política e social do estado, destacando, ainda, que “o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco”.<sup>54</sup>

Assim, Hesse assinala, também, que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada

---

53 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

54 Idem, p. 9.

Segundo José Afonso da Silva, para Carl Schmitt, as constituições são concebidas no sentido político, considerando-as como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política. Além disso, o autor distingue constituição, que versa apenas sobre questões políticas fundamentais, como forma de organização do estado e direitos fundamentais; e leis constitucionais, que seriam os demais dispositivos previstos no texto constitucional. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.<sup>55</sup> (sublinhou-se)

Na apresentação da citada obra, o Ministro Gilmar Mendes, tradutor do texto, da língua alemã para a portuguesa, ressalta que Hesse, contrapondo-se às reflexões desenvolvidas por Lassale,<sup>56</sup> procura demonstrar que o desfecho do embate entre os fatores reais de poder e a Constituição não deve ser, necessariamente, contrário a esta. O Ministro assinala, ainda, que:

A Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca. Ressalta Hesse que a Constituição não significa apenas um pedaço de papel, como definido por Lasalle. Existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen), que, mesmo em caso de eventual confronto, permitem assegurar sua força normativa. A conversão das questões jurídicas (Rechtsfragen) em questões de poder (Machtfragen) somente há de ocorrer se esses pressupostos não puderem ser satisfeitos.<sup>57</sup> (grifou-se)

Para Hesse, portanto, toda norma constitucional deve-se revestir de um mínimo de eficácia, para não se tornar mera letra morta em papel. O autor afirma, ainda, que a Constituição não configura apenas o ser, os princípios basilares que determinam a formação do Estado, mas um dever ser, ou seja, a Constituição deve incorporar em seu bojo a realidade jurídica do Estado, estando conexas com a realidade social,<sup>58</sup> conforme se observa do trecho a seguir reproduzido:

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*sein*) e deve ser (*sollen*).<sup>59</sup> (Destacou-se)

Nesse mesmo sentido, afirma Gerivaldo Alves Neiva que “esta compreensão de Hesse importa que a Constituição deverá imprimir ordem e conformação à realidade política e

55 HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

56 Ferdinand Lassale defendia a ideia de que as Constituições deveriam ser concebidas no sentido sociológico. Para ele, a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder nele dominantes: o poder militar (Forças Armadas), o poder social (latifundiários), o poder econômico (indústria e o grande capital) e o poder intelectual. Esses fatores reais de poder formam a chamada Constituição real de um país. Já o documento, a constituição escrita, denominada Constituição jurídica, não passa de uma “folha de papel”.

57 HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 5.

58 HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

59 Idem, p. 7.

social, determinando e ao mesmo tempo sendo determinada, condicionadas mas independentes”, ressaltando, também, que a prática da força normativa da Constituição reflete uma das ideias essenciais do constitucionalismo contemporâneo.<sup>60</sup>

Ainda sobre o tema, Konrad Hesse destaca que, em razão do elemento normativo, a Constituição jurídica “logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social”.<sup>61</sup>

Nessa mesma linha, Ballager, ressaltando a força normativa da Constituição espanhola de 1978, assevera que aquele documento, além de se situar em posição central no ordenamento jurídico, configura fonte de direito, consoante se observa do trecho abaixo transcrito:

La Constitución española de 1978 es una Constitución normativa. Esa naturaleza normativa implica, ante todo, su condición de fuente del Derecho: es el soporte de las normas constitucionales que se incorporan al ordenamiento jurídico. La Constitución de 1978 supone, respecto del sistema de fuentes del Derecho, una transformación esencial en relación con nuestras constituciones históricas: la propia Constitución se configura ahora como Derecho, situándose en el centro mismo del ordenamiento jurídico.<sup>62</sup> (sublinhou-se)

Nesse cenário, o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, porquanto compatível e harmônico com o atual momento histórico, político e social brasileiro, fruto da ruptura com um regime de exceção e inauguração de um autêntico regime democrático, destinado a assegurar direitos fundamentais, franqueando condições de liberdade e igualdade entre os indivíduos, não consiste em mera figura decorativa, letra morta no texto constitucional.

Ao contrário, o dispositivo é dotado de força normativa suficiente para fazer valer a máxima de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” - expressão da vontade do constituinte originário que elegeu o trânsito em julgado como divisor entre a culpabilidade e a inocência. Logo, toda e qualquer tentativa de reduzir o alcance da norma, estabelecendo-se marco divisório distinto daquele, configurará violação à força normativa da constituição.

60 NEIVA, Gerivaldo Alves. *Os fatores reais do poder e força normativa da Constituição. Articulações entre Konrad Hesse, Ferdinand Lassalle e Gramsci*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1889, 2 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11664/os-fatores-reais-do-poder-e-forca-normativa-da-constituicao>

61 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 19.

62 CALLEJÓN, Francisco Balaguer; VILLAR, Gregorio Cámara; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. *Introducción al Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2014. págs. 52-53.

Demonstrando preocupação com a eventual possibilidade de redução da força normativa do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o Ministro Cezar Peluso, em seu voto proferido no HC 84.078/MG, assinalou que:

E, mais: o que me perturba o espírito, com o devido respeito, senhor presidente, é que essa garantia constitucional, que, histórica e dogmaticamente, é uma das mais importantes das ordens jurídico-constitucionais, possa ser reduzida, na sua eficácia normativa, a casos periféricos de medidas de natureza puramente material. Noutras palavras, a garantia do art. 5º, inciso LVII, pode correr o risco de ser reduzida a garantia contra medida de caráter secundário; já não contra aquelas que produzem, em relação à dignidade da pessoa humana, as restrições e os sacrifícios mais graves. (grifou-se)

Nesse contexto, torna-se imperioso adotar um comportamento constitucional destinado, entre outros, a impedir que o direito constitucional seja reduzido a um simples instrumento, passível de ser manipulado livremente pelos juristas. Em outras palavras, um comportamento constitucional respeita a constituição e busca, a todo custo, resguardar sua força normativa e assegurar os direitos fundamentais ali previstos.<sup>63</sup>

---

63 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014.

## **2. OSCILAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Ao se manifestar pela primeira vez a respeito do tema sob a égide da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 68.726/RJ, ocorrido em 1991, entendeu pela constitucionalidade da execução antecipada da pena.

Posteriormente, em fevereiro de 2009, portanto, quase 21 (vinte e um) anos após a promulgação da atual constituição brasileira, ao reapreciar a questão, a Corte Suprema brasileira, no bojo do HC 84.078/MG, modificando seu posicionamento, passou a entender pela inconstitucionalidade de se dar início à execução penal sem ter havido o trânsito em julgado da condenação.

A decisão do Plenário da Corte, considerada verdadeira mutação constitucional destinada a assegurar direitos fundamentais individuais, consignou que a execução penal antecipada não se harmonizava com o texto constitucional, uma vez que violava o princípio da presunção de inocência.

No entanto, o posicionamento que prestigiou o princípio da presunção de inocência não perdurou por muito tempo. Influenciado pela significativa alteração em sua composição e atento aos acontecimentos no cenário criminal brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, alinhado com a opinião pública, em decisão lastreada em argumentos que não se baseiam em direitos, decidiu ressuscitar a antiga jurisprudência que autorizava a execução antecipada da pena.

Assim sendo, a despeito da promulgação da Constituição de 1988, cujo texto consagrou inúmeros direitos e garantias, verdadeiros postulados de igualdade e liberdade, o Supremo Tribunal Federal, com lastro em argumentos de natureza política, como se verá adiante, passou ao largo do princípio da presunção de inocência, permitindo a execução antecipada da pena. Assim, de acordo com o referido julgado, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau e ainda que cabíveis recursos extraordinário ou especial, a pena já poderá ser executada.

Nesse cenário, a pesquisa objetiva demonstrar que a decisão proferida no HC 126.292/SP deixou de prestigiar um dos direitos individuais de maior envergadura, o da liberdade, uma vez que, ao estabelecer marco limítrofe diverso do que aquele previsto na Carta Magna, ou seja, o trânsito em julgado da condenação, extrapolou os limites semânticos



do texto constitucional, atingindo, por conseguinte, o princípio da presunção de inocência.

A seguir, serão analisados 3 (três) julgados emblemáticos que retratam as aludidas oscilações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Da abordagem, os principais argumentos favoráveis à execução antecipada serão extraídos e minuciosamente examinados no capítulo 3.

### **2.1. HC 68.726/RJ – possibilidade de execução antecipada da pena**

Na vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em junho de 1991, manifestou-se, pela primeira vez, a respeito da execução provisória da pena. Na oportunidade, ao julgar o HC 68.726/RJ, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, a Corte Suprema brasileira, a despeito do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, entendeu pela possibilidade de expedição de mandado de prisão após a condenação em segundo grau, sob o argumento de que as instâncias ordinárias já haviam sido exauridas.

O caso versava sobre réu que fora condenado à pena de 4 (quatro) anos de detenção pela prática dos delitos previstos no art. 121, §§ 3º e 4º (homicídio culposo), e art. 129, §§ 6º e 7º (lesão corporal culposa), c/c o art. 70, todos do Código Penal. Após ter sido desprovido o recurso de apelação da defesa, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do acusado.

A decisão embasou-se, sobretudo, na ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, assim previsto no então vigente art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990,<sup>64</sup> que foi expressamente revogado pelo Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015.

Ao se manifestar sobre o caso, o Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-geral da República Cláudio Fonteles, além de pretender justificar a impropriedade do termo “presunção de inocência”,<sup>65</sup> também se posicionou pela possibilidade da execução antecipada, ressaltando a ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário, conforme se observa do trecho a seguir:

Quanto a considerar-se que, ante o preceito constitucional enfatizando “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

<sup>64</sup> Art. 27. Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões. (Revogado) (...)

§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. (Revogado)

<sup>65</sup> Conforme já abordado no item 1.1 deste trabalho, presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade devem ser tratados como sinônimos pois veiculam idêntico conteúdo material. Eventual pretensão de distinção substancial das expressões significa tentar reduzir o alcance da norma ou, em última análise, afastar a própria presunção de inocência.

penal condenatória”, impossível não se dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário, então impedindo-se a execução provisória da decisão condenatória, tenha-se sempre presente que o denominado, aliás “inapropriadamente” princípio da presunção de inocência” não está direcionado a colocar o réu em “posição de intangibilidade”, sob pena de não se justificar a prisão provisória do infrator, também constitucionalmente assegurada à sociedade pleitear ante o Poder Judiciário – prisão preventiva – mas há de ser entendido, muito mais adequadamente, “na ótica dos efeitos processuais” para significar corretamente que a circunstância de estar alguém respondendo a processo-crime jamais significará a sua culpabilidade. Eis porque melhor definição terá o princípio como: “princípio da não culpabilidade”.

Se, portanto, já se consolidou juízo condenatório, “inclusive na manifestação colegiada da sede recursal”, perfeita e totalmente compatível com a Constituição Federal o texto do § 2º, do artigo 27, da Lei n. 8.038/90.  
(destacou-se)

Em consonância com o parecer ministerial, o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, denegou a ordem de habeas corpus, destacando, ainda, que a prisão decorrente de condenação em segundo grau teria, tal como a segregação cautelar, natureza processual. A seguir, trechos do voto proferido pelo Ministro relator:

Não considero, de outra parte, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, cuja condenação a pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, em conflito com a norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, quando preceitua: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, qual na espécie sucedeu. (grifou-se)

Votaram pela possibilidade de execução antecipada da pena os Ministros Sidney Sanches, Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Galloti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. O julgado recebeu a seguinte ementa:

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

APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL, NÃO CONFLITA COM O ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2º, DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, **OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO**. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTÃO AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE O ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPEÇA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

Como razões de decidir, conforme se evidencia da ementa do julgado, os Ministros lastrearam-se na ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, no esgotamento das instâncias ordinárias, bem como entenderam que a prisão decorrente de condenação em segundo grau era de natureza processual.

## **2.2. HC 84.078/MG – inconstitucionalidade da execução antecipada da pena**

Passados quase 18 (dezoito) anos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 68.726/RJ, que autorizava a execução antecipada da pena após condenação em segundo grau, a questão voltou à pauta da Corte Constitucional brasileira no HC 84.078/MG.

Tratava-se de paciente que havia sido condenado pelo cometimento do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II (homicídio qualificado tentado), todos do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Provido o recurso de apelação do Ministério Público para que outro Júri fosse realizado, nova sentença condenatória foi proferida; e a pena do paciente recrudescida, tendo sido fixada, desta vez, em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado. Em apelação defensiva, o Tribunal de Minas Gerais modificou o regime para “inicialmente fechado”, em razão do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal HC 82.959/SP.<sup>66</sup>

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais requereu a decretação da prisão preventiva, alegando risco concreto de frustração de aplicação da lei penal, ante o fato de o acusado ter posto à venda boa parte de seu vultoso patrimônio, o que demonstraria inequívoca intenção de fuga. Acolhidas as razões ministeriais, a prisão provisória do réu foi decretada.

Irresignado com a inidoneidade dos motivos ensejadores da custódia cautelar, o réu impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça. Denegada a ordem por aquela

---

<sup>66</sup> No HC 82.959/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a expressão “integralmente fechado”, prevista no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, por violação ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Corte Superior, a defesa impetrou novo habeas corpus, desta vez, no Supremo Tribunal Federal. Manifestou-se o Ministério Público Federal, por meio de parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Haroldo Ferraz da Nóbrega, pela denegação da ordem. Em pedido de reconsideração, a liminar foi concedida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, determinando que o paciente aguardasse em liberdade até o julgamento do mérito do habeas corpus.

Afastados, portanto, os motivos ensejadores da prisão preventiva, o relator do caso, Ministro Eros Grau, entendeu que a segregação processual do paciente passou a adquirir, por conseguinte, nítidos contornos de execução provisória. Com base no então posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a prisão deveria ser mantida, uma vez que, a despeito estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição da República, a execução antecipada não configurava afronta ao princípio da presunção de inocência.

A Primeira Turma da Corte Suprema brasileira, embora o Ministro relator tivesse votado pela possibilidade da execução provisória, propôs afetar a matéria ao Plenário do Tribunal para reexame. Isso porque, em que pese o entendimento consolidado desde 1991, lastreado, sobretudo, na ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, aquele órgão fracionário, dada a ausência de uniformidade das decisões proferidas pelas duas turmas da Corte e considerando a redação dos arts. 105,<sup>67</sup> 147<sup>68</sup> e 164,<sup>69</sup> todos da Lei n. 7.210/1984 – Lei de Execução Penal –, entendeu que a matéria deveria ser reexaminada. A seguir trecho da proposta de remessa ao plenário, formulada pelo Ministro Carlos Ayres Britto:

Colhe-se dos autos que a tese central sob exame consiste na possibilidade ou não de se expedir mandado de prisão contra o acusado nas hipóteses em que a sentença condenatória já apreciada pelo tribunal de segunda instância estiver sendo impugnada por recurso de natureza excepcional. Como se sabe, esses recursos não se revestem de eficácia suspensiva.

Quando da análise da causa, no entanto, observei que a jurisprudência desta Suprema Corte de Justiça, em sua nova composição, não é uniforme sobre o tema. Há decisões proferidas por esta colenda Primeira Turma no sentido de que a prisão do réu só é possível após o trânsito em julgado da condenação ou nas estritas hipóteses cautelares taxativamente previstas no art. 312 do

---

67 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.

68 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.

69 Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

Código de Processo Penal, assim como há julgados provenientes da colenda Segunda Turma que entendem que os recursos especial e extraordinário nem por se privarem de efeito suspensivo, deixam de viabilizar a imediata prisão do condenado. Ou seja, as duas Turmas dissentem quanto à interpretação do art. 312 do CPP.

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

Assim, embora em julgados anteriores alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal já tivessem demonstrado sinais de mudança, a efetiva alteração daquele entendimento veio a se consolidar, de fato, somente no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG.

Ao proferir o voto inaugural, e reformando seu posicionamento, o Ministro Eros Grau entendeu que os aludidos dispositivos da Lei de Execução Penal, embora anteriores a 1988, harmonizavam-se com a Constituição Federal, tendo sido, portanto, por ela recepcionados. Consignou, ainda, que os referidos comandos sobrepujam-se, temporal e materialmente, ao previsto no art. 637 do Código de Processo Penal, que estabelecia que os recursos extraordinário e especial não eram providos de efeito suspensivo.

O Ministro relator também assinalou que, nos exatos termos do art. 147 da LEP, a execução da pena restritiva de direitos só pode ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação. Assim, concluiu que, se tal regra se aplica à pena alternativa, com muito mais razão e coerência, idêntico procedimento deve ser adotado à pena privativa de liberdade, porquanto indubitavelmente mais gravosa. Asseverou, ainda, que a adoção de entendimento diverso implica flagrante afronta ao art. 5º, LVII, da Constituição da República. A seguir, alguns fragmentos da decisão proferida pelo Ministro Eros Grau:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevir título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, além de implicar violação ao tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação ao princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

Aliás, a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em

julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição --- lembrome aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição. (destacou-se)

O Ministro enfatizou, também, que, antes do trânsito em julgado da condenação, a única hipótese cabível de prisão era a de natureza cautelar, cujas espécies previstas no ordenamento jurídico brasileiro são a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. Ademais, asseverou que a decisão legislativa de se suprimir os efeitos suspensivos dos recursos extraordinário e especial, assim estabelecido no então vigente art. 27 da Lei n. 8.038/1990, traduz um viés de política criminal extremamente repressiva e reacionária, mitigadora de direitos fundamentais, típica de movimentos lei e ordem ou eficientismo penal,<sup>70</sup> citando, ainda, como exemplo desse recrudescimento, a própria Lei n. 8.072/1990, consoante se constata do excerto abaixo reproduzido:

(...) A supressão do efeito suspensivo desses recursos é expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei n. 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei n. 8.078/90, a “lei dos crimes hediondos”, alterada em 1994 e em 1998. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". (destacou-se)

O relator acrescentou que, conforme o magistério de Sidnei Agostinho Beneti, a

---

70 ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. Garantismo e Eficientismo Penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f>, p. 6. Segundo Cristina Zackzeski, o eficientismo penal, uma das principais vertentes de política criminal, insere-se em um contexto de discussão bastante influenciado pelo Paradigma Etiológico, que corresponde ao estágio inicial da Criminologia como ciência, no qual a tarefa da Criminologia é auxiliar o direito penal. Assim, o eficientismo penal opera como instância interna ao sistema e preocupa-se em desempenhar a tarefa de conselheira da sanção penal. O eficientismo penal se incumbe da tarefa de promover ajustes internos no funcionamento do sistema visando adaptá-lo a novos problemas ou, simplesmente, dar ao sistema uma nova aparência de funcionamento. O eficientismo penal consiste, portanto, em nova forma do direito penal de emergência que se expressa por meio de políticas criminais repressivas e criminalizam os conflitos sociais com fundamento nos discursos de lei e ordem. Logo, o eficientismo penal, por meio de sua política de resultados, tenta diminuir as garantias jurídicas, fazendo retornar a formas de controle pré-modernas. Como exemplos de ajustes, ou política de resultados, promovidos pelo eficientismo penal, a autora cita a Lei n. 8.072/90, em que delitos são classificados como hediondos a partir da reação repulsiva que provocam na sociedade, e a Lei n. 9.099/95, que adota critério eminentemente positivista para classificar condutas como de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas cuja sanção em abstrato seja inferior a dois anos, assim definido pela própria lei penal.

execução provisória da pena configura clara afronta a direitos fundamentais. Destacou que, de simples leitura do dispositivo constitucional, se constata que o marco temporal expressamente determinado pela Constituição da República é o trânsito em julgado da condenação, sendo certo que a interposição dos recursos de natureza excepcional impede, portanto, a execução antecipada da pena.

Concluiu seu voto tecendo duras críticas aos partidários dos argumentos de que a defesa costuma recorrer implacavelmente em busca da prescrição e de nulidades muitas vezes inexistentes. O Ministro ressaltou que, em nenhuma hipótese, aludidos argumentos, embora ciente de que são plausíveis, podem sobrepor-se ao texto constitucional, consoante se extrai do seguinte, e peculiar, excerto de seu voto:

A prevalecerem essas razões contra o texto da constituição melhor abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebetando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos os porretes... (grifou-se)

Em sentido oposto, votou o Ministro Menezes Direito, optando, segundo afirmou, por “não se afastar da orientação histórica desta Suprema Corte”. Em suas considerações iniciais, o Ministro fez questão de destacar que o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal não poderia ter todo esse alcance que se pretendia conferi-lhe.

Mencionando a clássica, e também questionável, distinção entre matéria de fato e matéria de direito, afirmou que o exame daquela esgota-se nas instâncias ordinárias. Assim, o papel dos recursos excepcionais seria apenas o de reapreciar matéria de direito e, por não serem providos de efeito suspensivo, não seriam hábeis a impedir o início da execução antecipada da pena. Segundo ele, aguardar o trânsito em julgado para se dar início à execução provisória - apesar de expressamente previsto no texto constitucional -, seria o mesmo que atribuir efeito suspensivo aos recursos excepcionais, tornando-os, por conseguinte, ordinários.

Em outra passagem, o Ministro Menezes Direito, tratando prisão provisória e prisão decorrente de pena como se fossem institutos de idêntica natureza jurídica, acrescentou que, se a prisão cautelar, que se embasa em um juízo sumário não exauriente, não configura afronta ao princípio da presunção de inocência, então, com muito mais razão, a prisão antecipada da pena, decorrente de cognição exaustiva nas instâncias ordinárias, também não configuraria. Nesse sentido, citou precedentes do Supremo Tribunal Federal<sup>71</sup> e invocou a

71 HC 72.102/MG, HC 69.964/RJ, HC 72.610/MG, HC 72.366/SP.

doutrina de Dworkin, consoante se observa do fragmento a seguir:

Os princípios, segundo está no magistério de Dworkin, não seguem a ideia do “tudo ou nada”; ora se aplicam, ora não (...). Mas isso não quer dizer que possam ser aplicados de forma discriminatória a situações que envolvam o mesmo conflito. Não é possível dizer que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado ora viola ora não viola o princípio da inocência. (...) Nessa discussão, não vejo diferença entre a prisão em decorrência de uma faculdade processual e a prisão decorrente da aplicação da lei penal. Ambas envolvem a privação da liberdade do acusado e, a se erigir a norma do art. 5º, LVII, em uma absoluta aplicação da presunção de inocência, ambas deixariam de constituir sua violação.

Se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado da sentença, a execução da pena privativa de liberdade também o é. (...) (grifou-se)

Além disso, o Ministro Menezes Direito invocou a legislação internacional. Destacou que o Pacto de San José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não impede, nos termos de seu art. 7, 2,<sup>72</sup> que se ordene a prisão antecipada de um indivíduo, desde que o ato construtivo esteja em conformidade com a legislação interna de cada Estado signatário do tratado.

Assim, desconsiderando que o Brasil, signatário do referido pacto, é regido por sua própria legislação – cujo texto constitucional, ou seja, sua legislação interna, não deixa dúvidas de que a presunção só cessa com o trânsito em julgado da condenação –, ainda mencionou o fato de outros países liberais também admitirem a execução penal antecipada, ainda que na pendência de recurso. Citou, como exemplo, os Estados Unidos (Subseção “b” do § 3.582, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do *US Code*), o Canadá (arts. 679 e 816 do *Criminal Code*) e a França (art. 367 do *Code de Procedure Penale*).

Demonstrou certa preocupação com a possibilidade de a Suprema Corte brasileira se transformar em nova instância regular, não mais excepcional, e destacou, ainda, que a sociedade também tem direito a um proteção estatal eficiente, consignando, por fim, que, a despeito da cristalinidade do comando constitucional, “deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias” estimularia a impunidade e protegeria aqueles que fazem uso da “multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite”.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello, destacando ser possível, apenas em caráter excepcionalíssimo, a imposição de prisão cautelar, advertiu que esta não se confunde com a prisão penal, conforme se extrai da seguinte passagem de seu voto:

Impõe-se advertir (e lembrar) que a prisão cautelar (*carcer ad custodiam*)

<sup>72</sup> Art. 7, n. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.



– que não se confunde com a prisão penal (*carcer ad poenam*) – não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação. Não traduz, a prisão cautelar, em face da estrita finalidade a que se destina, qualquer ideia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal. (grifou-se)

O decano da Corte enfatizou, ainda, a clareza do texto estampado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, opção do constituinte originário, segundo a qual o marco temporal para que o indivíduo deixe de ser considerado inocente e passe a ostentar o status de culpado é o trânsito em julgado da condenação. Assim, consignou que:

O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma verdade provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

Há, portanto, 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 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 autoridades. (grifou-se)

Já o Ministro Cezar Peluso, desde logo, ressaltando que a “coerência, entre outras, é uma qualidade que presta contas ao tempo”, alertou a Corte Suprema no sentido de que fosse mantida a coerência de suas decisões. Em prol de sua assertiva, rememorou que, no ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional lei estadual que, apesar de pendente ação penal para apurar infração funcional, infligia sanção pecuniária a servidor público. Assim, demonstrou apreensividade com a situação, consoante se obtém do seguinte trecho de seu voto:

Pois é. Quero mostrar minha preocupação com a coerência com que a Corte deve tratar temas tão próximos. Não vejo como os destinatários das decisões sejam capazes de entender que a Corte reprima a infligência de uma medida de ordem puramente pecuniária, admita a mais grave de todas as penas na ordem jurídico-constitucional: a restrição, a privação da sua liberdade. Isto é, não admitimos que se possa impor pena de caráter pecuniário, ou medida gravosa de caráter pecuniário, mas admitimos se possa impor uma medida absolutamente irreversível: a privação da liberdade.

Não há nada nem ninguém neste mundo que consiga, após o reconhecimento definitivo da incoerência daquele que foi objeto da restrição ou da perda de liberdade no curso do processo penal, repor-lhe a integridade pessoal ao estado anterior, quando absolvido. Nada. (grifou-se)

Em outro momento, o Ministro Peluso destacou a relevância e a importância histórica do princípio da presunção de inocência, consagrado como uma reação política à maneira desumana que o réu, outrora, era tratado no processo penal. Ressaltou que, dada sua garantia substancial, o princípio não tolera que o réu sofra, no curso do processo, nenhuma medida gravosa sem que haja um juízo definitivo acerca de sua culpabilidade, muito menos a mais gravosa das medidas, que é privação da liberdade.

Advertiu, ainda, que a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial não podem exercer nenhuma força contra o comando constitucional, pois, do contrário, transformaria seu enunciado em mero dispositivo de valor moral, sem nenhum efeito prático ou normativo.

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa declarou que se alinharia à antiga corrente da Corte Suprema, que, alterando o marco temporal expressamente estabelecido no texto constitucional – o trânsito em julgado da condenação –, admitia a possibilidade de execução da pena logo depois de esgotadas as instâncias ordinárias. Sugeriu, ainda, que, se assim não o fosse, todas as ações penais deveriam ser diretamente julgadas e processadas pelo Supremo Tribunal Federal, deixando de observar, com essa sugestão, a estrutura do Poder Judiciário estabelecida na Constituição da República.

Em defesa de suas assertivas, o Ministro Barbosa consignou ser necessário dar efetividade ao processo penal. Pois, segundo ele, impedir a execução provisória da pena seria criar um “sistema penal de faz-de-conta”. Criticou, ainda, a infinidade de recursos previstos na legislação brasileira, destacando o que chamou de “generosa teoria do habeas corpus” - desconsiderando, com essa observação, os áureos tempos da ditadura militar, em que os recursos eram realmente escassos, e os habeas corpus, estes sim, não passavam de um instrumento de “faz-de-conta”.

Aliás, sobre a absoluta ineficácia do habeas corpus durante o regime militar instaurado no Brasil no período compreendido entre 1964 a 1985 - especialmente após o advento do Ato Institucional n. 5 (AI-5) -, que passou a ser utilizado não para obter a liberdade daqueles que se insurgiam contra a ditadura, mas tão somente para localizá-los, convém transcrever passagem de trabalho elaborado por Carvalho Netto:

Após a supressão do Habeas Corpus para crimes políticos e contra a segurança nacional operada pelo malfadado Ato Institucional nº 5, muitos advogados de presos políticos continuaram a impetrar o remédio extremo mesmo sabendo de antemão que a ordem jamais seria conhecida. A ideia era indicar como autoridade coatora todas as autoridades militares da região na

esperança de que, ao prestarem informações ao Judiciário, alguma das carceragens atestasse ter detido o paciente. Quando o preso era localizado, aumentavam-se exponencialmente suas chances de sobrevivência, já que a autoridade responsável teria de responder pela morte do acusado (o que, por sua vez, atentaria contra a legitimidade discursiva do regime), sendo certo que a estratégia foi essencial para salvar a vida de centenas de presos políticos.<sup>73</sup>

Ainda em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa, destacando tratar-se de questão política, sugeriu que o tema deveria ser resolvido, politicamente, pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o réu já poderia iniciar o cumprimento da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias - a despeito do que expressamente estabelece a Constituição Federal.

No entanto, faz-se necessário consignar que, conforme doutrina de Dworkin já apresentada no item 1.2 da presente pesquisa, aos magistrados não é dado adotar argumentos de política para fundamentar suas decisões, por violação ao pacto democrático, e que os argumentos de política devem ser lançados somente pelos Poderes Legislativo e Executivo, cujos integrantes são os legítimos representantes da população.

Ainda de acordo com a teoria de Dworkin, a implementação de um direito – jamais sua exclusão ou mitigação –, no entanto, pode, sim, ser realizada pelo Poder Judiciário - com base em argumentos de princípio, não de política -, no desempenho de seu papel contramajoritário, tendo em vista que as minorias, não raro, carecem de representatividade ante o Parlamento.<sup>74</sup>

Prosseguindo em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa alertou, também, para a maior probabilidade de ocorrência da prescrição e para o estado de impunidade que se instalaria no caso de se obedecer o disposto no texto constitucional, consoante se extrai da seguinte passagem:

Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade – considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, em especial dessa Suprema Corte -, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e inimaginável de recursos (e nisto o nosso ordenamento é rico), de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e também à

---

73 Carvalho Netto, Menelick. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*, p. 12. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-ADC-43-PEN-ART-283-CPP.pdf>

74 O papel contramajoritário do Poder Judiciário será abordado com maior profundidade no item 4.2. deste trabalho.

própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas. (grifou-se)

Para o Ministro Barbosa, esgotadas as instâncias ordinárias, soberanas no exame das matérias de fato, é legítima a imposição da privação de liberdade do réu - em que pese o marco temporal previsto na Constituição Federal ser o trânsito em julgado da condenação. E, assim como já haviam procedido outros magistrados da Corte Suprema, repisou a ausência de efeito suspensivo dos recursos de natureza excepcional.

Acrescentou, ainda, que se nem mesmo o direito ao duplo grau de jurisdição é absoluto, tendo em vista os casos de foro por prerrogativa de função, incabível cogitar-se de um “triplo grau de jurisdição”, como pretendem os que defendem a impossibilidade de execução antecipada da pena.

Destacou, em outra passagem, que a chamada repercussão geral, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, estabelecida com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, corrobora o entendimento de que a execução antecipada da pena harmoniza-se com o princípio da presunção de inocência.

Entretanto, o Ministro Joaquim Barbosa deixou de mencionar que o poder constituinte derivado não suprimiu o direito individual previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, tampouco modificou o momento em que a inocência deixa de subsistir, ou seja, com o trânsito em julgado da condenação – e ainda que o fizesse, a decisão seria, no mínimo, questionável, em razão do previsto no art. 60, § 4º, IV, do texto constitucional.<sup>75</sup>

Ainda em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa apresentou breve estatística do julgamento de recursos extraordinários, apenas os de sua relatoria, nos últimos 2 (dois) anos – contados desde o julgamento do HC 84.078/MG, portanto, em 2008 e 2009. De acordo com os números, dos 167 recursos interpostos, apenas 36 foram providos, dos quais, 30 versavam sobre progressão de regime em crime hediondo. Assim, concluiu que o percentual de provimento girava em torno de apenas 4% dos casos.

Ao final, o Ministro Barbosa, mais uma vez demonstrando sua discordância com o previsto no texto constitucional, afirmou que a “a regra é a pronta execução da sentença condenatória, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias, que constituem o devido processo legal”. Também invocou o direito estrangeiro para destacar que em todas as nações civilizadas - sem esclarecer se o Brasil era ou não civilizado - o procedimento é a execução após a

---

75 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais. (destacou-se)

segunda instância, consoante se constata do excerto a seguir reproduzido:

Por isso com a maior tranquilidade por que tenho consciência de que em todas as nações civilizadas é assim que se procede. Esgotada a instância ordinária, ou seja, julgado o réu por um juiz de primeira instância e examinado o seu recurso por um tribunal de apelação, a regra é o cumprimento imediato da decisão. (grifou-se)

Por sua vez, o Ministro Carlos Britto destacou a relevância do princípio da presunção de inocência, afirmando tratar-se de “bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição”. Asseverou ainda que “a prima-dona dos direitos individuais é a liberdade de locomoção”, o que justifica o fato de o habeas corpus estar previsto, topograficamente, no texto constitucional antes dos demais remédios.

Asseverou, também, que o art. 5º, LXI, da Constituição Federal,<sup>76</sup> ao mesmo tempo em que estabelece que a liberdade é a regra, enumera as hipóteses excepcionais de privação de liberdade. Assim, somente nos casos de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada de magistrado competente e de transgressão ou crime militar é que se admite a prisão antes do trânsito em julgado.

O Ministro Britto ressaltou, ainda, que a segunda hipótese, prisão decorrente de decisão judicial fundamentada, é de cunho processual, de natureza cautelar, cuja motivação deve, rigorosamente, amoldar-se às situações delineadas no art. 312 do Código de Processo Penal,<sup>77</sup> alterado pela Lei n. 12.403/2011, conforme se observa da seguinte passagem de seu voto:

Senhor Presidente, desde que a Justiça, com base nesse critério inafastável da necessidade da custódia provisória, fundamente o seu decreto constritivo da liberdade física do indivíduo, e o faça em qualquer das hipóteses do artigo 312, o que se espera do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal

<sup>76</sup> Art. 5º, LVII. 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>77</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Federal é o prestígio de tal decisão. Com o que teremos a conciliação entre valores constitucionais de primeira grandeza: a liberdade individual, de um lado, e o postulado de justiça penal, eficaz, de outro. Mas justiça penal eficaz que não se alcança com o sacrifício do devido processo legal. (grifou-se)

Em seguida, a Ministra Ellen Gracie, destacando a importância dos direitos fundamentais e da liberdade humana, consignou que não emprestaria à presunção de não-culpabilidade a extensão sustentada pelo impetrante. Assim, interpretando restritivamente o dispositivo constitucional, asseverou que o aludido princípio consiste na garantia de os acusados serem considerados inocentes apenas durante a instrução criminal, sendo-lhes assegurado o devido processo legal.

Restringindo ainda mais o alcance daquela norma constitucional, em especial quanto ao marco temporal expressamente estabelecido no texto da Constituição, a Ministra acrescentou que, já após a condenação em primeiro grau, porque lastreada em dilação probatória, “a presunção de inocência é substituída a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão.”

Em que pese o dispositivo constitucional assentar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a Ministra Ellen Gracie reiterou seu posicionamento de que caberia a prisão já após a condenação em primeira instância, invocando, ainda, a título de exemplo, a legislação estrangeira, desconsiderando, desse modo, que o Brasil é regido por sua própria legislação, e não pelo direito estrangeiro. Classificou como generoso o sistema recursal pátrio e afirmou, de certa maneira, ser inconcebível cumprir o estabelecido na Constituição.

Desconsiderando por completo a existência das prisões processuais, chegou a afirmar que, a prevalecer a tese de aguardar o trânsito em julgado para o início da execução penal, não haveria nenhuma prisão no Brasil. Destacou, também, a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial. E lançou mão dos mesmos argumentos de política adotados por outros Ministros, ou seja, de que a violência que assola o Brasil e a sensação de impunidade, ocasionada pela morosidade do Poder Judiciário, recomendam a possibilidade de execução provisória. É o que se obtém do seguinte fragmento de seu voto:

É equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal, para que, só então, se dê sequência à sentença condenatória. (...). Esta é, aliás, a prática internacional. Mesmo em países em que a legislação não é tão generosa em permitir a recorribilidade procrastinatória como acontece no Brasil, mas cuja tradição democrática é reconhecida (como é o caso do Reino Unido), a regra é a de que o réu se recolha à prisão, a partir da sentença condenatória de

primeira instância. Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado é algo inconcebível. A prevalecer essa tese, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, único competente para reexaminar a autoria, a materialidade e a prova dos fatos. Não creio que extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça provoca na sociedade brasileira estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do HC 72.366. (grifou-se)

Já o Ministro Marco Aurélio, de início, tratou de afastar a discussão sobre a inexistência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais. Em defesa de seu argumento, diferenciou as situações vivenciadas na esfera penal, que lida com o direito de liberdade, em relação à esfera cível, que trata de patrimônio.

Nesse passo, ressaltou que, no caso de um cidadão que viesse a ser condenado e, posteriormente, absolvido nas instâncias extraordinárias, ninguém teria meios para devolver-lhe a liberdade perdida decorrente da execução provisória. Considerou, ainda, inconstitucional a Sumula n. 267 do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do seguinte trecho de seu voto:

O que se deve definir é se podemos agasalhar, no campo penal – em jogo a liberdade de ir e vir –, as duas espécies de execução: a execução definitiva e a provisória. O que prevalece – e ninguém tem dúvida quanto a isso – no campo patrimonial? Se o recurso possui o tríplice efeito – o primeiro de obstaculizar a coisa julgada, o segundo, o devolutivo, e o terceiro, o suspensivo –, não cabe qualquer tipo de execução. Se o recurso possui apenas os dois primeiros efeitos, é possível, com as cautelas próprias, a execução dita provisória e, portanto, precária. Mas, os atos de constrição esbarram na garantia do juízo ou na caução a ser prestada pelo exequente sequioso de acionar o título judicial.

Isso ocorre porque é possível o retorno do status quo ante, retornar-se ao estado anterior. Indago: presente a liberdade de ir e vir, perdida a liberdade de ir e vir, vindo o título condenatório a ser alterado mediante recurso, há como se devolver ao condenado a liberdade perdida? Não. Ter-se-á, a meu ver, campo para acionar-se garantia constitucional a revelar caber indenização no caso da prisão à margem da ordem jurídica. (...)

Somo meu voto ao do relator, aos votos do ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso, no sentido de deferir a ordem, tendo o verbete n. 267 do Superior Tribunal de Justiça como conflitante com a Constituição Federal. (sublinhou-se)

Em outra passagem, embora reconhecendo o momento de elevada criminalidade que assola o País, o Ministro ressaltou a necessidade de se manter o apego às franquias constitucionais e legais, conforme se constata do trecho abaixo:

Surge o aspecto alusivo à quadra vivenciada pela sociedade brasileira - quadra que admito de delinquência maior. Mas, nessas horas em que se

busca com afinco a persecução criminal, para não se descambar para o justicamento, há de haver o apego às franquias constitucionais e legais, geralmente acionadas por aqueles que, ante as vicissitudes da vida, cometeram um desvio de conduta. (grifou-se)

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou, de pronto, que, quanto à efetividade no combate ao crime, nada impediria que o juiz ou o próprio tribunal de apelação decretasse a prisão preventiva do réu, desde que presentes as hipóteses autorizadas previstas na lei processual penal.

Destacou que, a despeito da suposta inefetividade do processo penal, o número de presos no Brasil era elevado. De acordo com os dados apresentados, afirmou que o Brasil possuía, no ano de 2008, 440 mil presos, dos quais 195 mil provisórios, o que representava 45% da população carcerária.

Asseverou, ainda, que, mesmo nas instâncias superiores, a discussão jurídica sobre eventual violação ao direito de locomoção, a despeito da possibilidade de interposição de recursos extraordinário e especial em matéria criminal, é realizada por meio de habeas corpus. Ainda de acordo com o Ministro, no ano de 2007, mais de 1/3 (um terço) dos habeas corpus impetrados no Supremo Tribunal Federal foram pela concessão da ordem.

Nesse contexto, entendendo que os números são elevados, destacou ser necessário rever a ideia da prisão preventiva, no sentido de torná-la mais precisa, evitando-se, assim, os abusos praticados pelos magistrados em sua decretação.

Quanto à execução provisória, o Ministro entendeu pela incompatibilidade de qualquer antecipação do cumprimento de pena com o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, ressaltando que, ante a ausência do trânsito em julgado, a única hipótese de prisão cabível é a de natureza cautelar, desde que observadas as situações autorizadas, previstas no Código de Processo Penal, conforme já destacado.

Asseverou que a execução antecipada da pena, tendo em vista a nítida vedação constitucional, configura violação à própria dignidade humana, conforme excerto de seu voto abaixo reproduzido:

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto de ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada. (sublinhou-se)

Assim, advertiu que a prisão antecipada da pena afrontaria não só o princípio da



presunção de inocência, mas também os princípios da dignidade humana e da proporcionalidade, consoante trecho a seguir transcrito:

Feitas essas considerações, parece-me que o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, sem qualquer necessidade de fundamentação, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade. Justamente porque não se trata de uma custódia cautelar, tal como prevista no art. 312, do Código de Processo Penal, que pode efetivar-se a qualquer tempo, desde que presentes os motivos dela ensejadores, o recolhimento à prisão por força legal, tal como se vem aplicando por interpretação da Lei n. 8.038/90, afigura-se-me uma antecipação da pena não autorizada pelo texto constitucional. (grifou-se)

Ao final de seu voto, realçou que um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional eram aqueles relativos à evolução jurisprudencial e à mutação constitucional. Nessa esteira, destacou que as mudanças geralmente ocorrem em defesa dos direitos fundamentais, como se verifica no presente caso, mencionando, ainda, algumas situações vivenciadas no direito norte-americano e no direito alemão.

Votaram pela concessão da ordem, entendendo que a execução antecipada da pena afrontava o princípio da presunção de inocência, os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Em sentido contrário, pela possibilidade da expedição de mandado de prisão após a condenação em segundo grau, ficaram vencidos os Ministros Menezes Direito, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

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

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

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

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

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por

isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

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

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

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

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

A tabela a seguir sintetiza os argumentos adotados pelos Ministros (votos vencidos) que se mostraram favoráveis à execução antecipada da pena.

**Tabela 1** – Argumentos favoráveis à execução antecipada da pena no HC 84.078/MG

<b>Ministro(a)</b>	<b>Argumentos</b>
Menezes Direito	Esgotamento das instâncias ordinárias, ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, possibilidade de prisão provisória, legislação estrangeira e aumento da impunidade (em razão do número excessivo de recursos previstos)
Joaquim Barbosa	Necessidade de se conferir efetividade ao processo penal (em razão do número excessivo de recursos previstos), elevada incidência de prescrição, aumento da impunidade, esgotamento das instâncias ordinárias, estatísticas de provimento de recursos excepcionais e direito comparado
Ellen Gracie	Esgotamento das instâncias ordinárias, direito comparado, aumento da violência e da impunidade (pela morosidade do Judiciário), ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial
Carmen Lúcia	* Não consta do acórdão o voto da Ministra.

### **2.3. HC 126.292/SP – execução penal antecipada não ofende o princípio da presunção de inocência.**

Em que pese o posicionamento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 84.078/MG, verdadeira evolução jurisprudencial e mutação constitucional prestigiadora de direitos fundamentais individuais, sintonizado com o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que estabelece que um indivíduo só poderá ser tratado como culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a questão retornou, mais uma vez, à pauta do Plenário daquela Corte, no HC 126.292/SP.

Tratava-se de paciente condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II (roubo majorado), do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado. Em apelação exclusiva da defesa, o Tribunal de São Paulo, além de negar provimento ao recurso, determinou, ainda, a expedição de mandado de prisão em desfavor do réu. Da decisão, foi impetrado habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. A despeito do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 84.078/MG, o Ministro Presidente daquela Corte Superior indeferiu a liminar.

Daí resultou a impetração de habeas corpus perante o Supremo Tribunal Federal, que, autuado sob o n. 126.292/SP, logo viria a se tornar um daqueles julgados emblemáticos, com lugar de destaque na jurisprudência. Todavia, desta vez, ao invés de assegurar direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal, a Corte Suprema, cuja

composição já se mostrava bastante modificada em relação àquela do ano de 2009,<sup>78</sup> decidiu trilhar caminho diverso e restaurar o entendimento anterior, pela possibilidade de execução da pena logo após a condenação em segundo grau.

Pelo Ministério Público Federal, manifestou-se o Subprocurador Geral da República Edson Oliveira de Almeida. Atento ao entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal, que já perdurava por quase 8 (oito) anos, o representante do *parquet*, entendendo que o caso admitia a superação do óbice previsto na Súmula 691/STF,<sup>79</sup> ressaltou, em seu parecer, além da *reformatio in pejus*, a impossibilidade de decretação da prisão antes do trânsito em julgado da condenação, consoante se obtém do trecho a seguir:

Com efeito, embora a sentença tenha permitido ao réu recorrer em liberdade, o Tribunal de Justiça, ao negar a apelação, decretou a prisão preventiva, afrontando assim a proibição da *reformatio in pejus*. Embora, em tese, seja possível a decretação da prisão preventiva por fatos supervenientes à sentença, esse não é o caso dos autos, donde a ilegalidade da prisão antes do trânsito em julgado da condenação.

Isso posto, opino pela concessão da ordem. (sublinhou-se)

O relator designado para o caso foi o Ministro Teori Zavascki. Preliminarmente, o magistrado reconheceu que a decisão combatida destoava do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual conheceu do habeas corpus, superando, assim, o aludido óbice sumular.

Contudo, sua aquiescência acerca da desarmonia da decisão atacada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal limitou-se tão somente ao conhecimento da impetração. No mérito, o Ministro iniciou seu voto resgatando os mesmos argumentos que haviam sido lançados no Habeas Corpus 68.726/RJ, no sentido de que a imposição da prisão após decisão em segundo grau, ainda que pendentes recursos de natureza excepcional, porque desprovidos de efeito suspensivo, não violava o princípio da presunção de inocência.

Assinalou que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, decidiu nesse mesmo sentido.<sup>80</sup> Relembrou, ainda, a existência das Súmulas 716<sup>81</sup> e 717<sup>82</sup> daquela Corte, que versavam sobre progressão de regime nos casos de execução provisória. Salientou,

---

78 Não mais integravam o Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2016, os Ministros Eros Grau, Carlos Britto, Cezar Peluso, Menezes Direito, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

79 Súmula 691/STF. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

80 HC 71.723/SP, HC 79.814/SP, HC 80.174/SP, RHC 84.846/RS, RHC 85.024/, HC 91.675/PR, HC 70.662/RN.

81 Súmula 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

82 Súmula 717. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

também, embora demonstrando desde logo sua inclinação pela possibilidade de execução antecipada, que o princípio da presunção de inocência passou a ter destaque no cenário nacional com a adesão do Brasil, na vigência da Constituição Federal de 1946, à Declaração Universal de Direitos Humanos, cujo art. 11, 1 estabelecia o aludido princípio.<sup>83</sup>

Em que pese a clareza do texto constitucional, que determina ser o trânsito em julgado o marco divisório entre a culpa e a inocência, o Ministro relator, apoiando-se na ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, asseverou que, na linha do que já havia exarado a Ministro Ellen Gracie no HC 84.078/MG, a presunção de inocência seria afastada, ainda que de modo precário, com a mera prolação de sentença condenatória, vindo a ser definitivamente desconsiderada com a confirmação da condenação por órgão de segundo grau. É o que se observa dos seguintes trechos:

(...) 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 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. (grifou-se)

Nessa linha de raciocínio, mencionou a Lei Complementar n. 135/2010, destacando que o art. 1º, I, da popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa,<sup>84</sup> expressamente, estabelece, como causa de inelegibilidade, a existência de condenação proferida por órgão colegiado em segundo grau.

Passando ao largo, mais uma vez, da literalidade do dispositivo constitucional e ignorando o fato de o Brasil ser regido por suas próprias normas, invocou o direito estrangeiro para afirmar que, nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie, desta vez no HC 85.866/SP, “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

Asseverou ser muito baixo o número de casos de provimento de recursos extraordinários interpostos pela defesa, especialmente em razão de não preencherem o requisito da repercussão geral, instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Concluindo

<sup>83</sup> Art. 11.1. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, **enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.**

<sup>84</sup> Art. 1º. São inelegíveis:

I - para qualquer cargo: (...) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (...) (destacou-se)

seu voto, assinalou que muitos dos recursos manejados afiguram-se manifestamente protelatórios, almejando, sobretudo, a prescrição, o que inibe a efetividade da jurisdição penal.

O segundo a proclamar seu voto foi o Ministro Edson Fachin. O magistrado ressaltou a relevância do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas atribuições foram consideravelmente ampliadas pela Constituição de 1988. Ocorre que, embora tenha expressamente consignado a impossibilidade de o julgador realizar interpretações que extrapolem os limites semânticos do texto normativo, o Ministro asseverou que a interpretação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, seria desvinculada da literalidade do enunciado do referido dispositivo, consoante se constata do seguinte trecho:

(...) Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos.

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu. (sublinhou-se)

Em outra passagem, desconsiderou o previsto nos arts. 147 e 164 da Lei de Execução Penal, dispositivos harmônicos com a Constituição de 1988, haja vista que por ela foram recepcionados, e enalteceu o então vigente art. 27 da Lei 8.038/90, que não atribuía efeito suspensivo aos recursos extraordinários e especial. Mais adiante, em nova investida contra a literalidade do dispositivo constitucional, chegou a insinuar que o constituinte originário colocou em xeque as decisões prolatadas pelas instâncias ordinárias. É o que se depreende dos excertos a seguir transcritos:

No plano infraconstitucional, as regras da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal, *verbi gratia*, os arts. 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei n. 8.038/90.

(...)

Se afirmarmos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de

um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores em segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar a Constituição erigiu presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias. (sublinhou-se)

Em seguida, proferiu seu voto o Ministro Luís Roberto Barroso. O constitucionalista, em certa medida, repisou os mesmos argumentos de política já lançados por outros Ministros, tais como impunidade, efetividade do sistema penal e recursos meramente procrastinatórios.

E assim como já havia procedido o Ministro Gilmar Mendes no HC 84.078/MG, o Ministro Barroso destacou, desde logo, tratar-se de caso de nova mutação constitucional – só que, desta vez, registre-se, em desprestígio a direitos fundamentais individuais -, segundo ele, “mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto”.

Reafirmou a máxima de que, se a Constituição autoriza a prisão de natureza cautelar, desde que fundamentada e decretada por autoridade judiciária competente, também deve-se extrair a possibilidade de imposição da medida constritiva para o início do cumprimento da pena, mesmo ainda não tendo havido o trânsito em julgado da sentença - a despeito de a Constituição Federal estabelecer exatamente o oposto.

Assim, desconsiderando que o princípio não é absoluto - tanto é que admite a prisão cautelar -, asseverou que a presunção de inocência é um princípio, e não uma regra, motivo pelo qual admite ponderação com outros princípios, citando, a título de exemplo, o da efetividade da lei penal. Na esteira da ponderação, em que pese a Constituição determinar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”, o Ministro afirmou que “não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem”.<sup>85</sup>

Afirmou, ainda, que, com lastro no princípio da proporcionalidade, que impõe a vedação de proteção deficiente, impedindo que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais, a ordem pública não apenas autoriza, mas, também, justifica o início da execução provisória, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal<sup>86</sup> - ignorando, com

---

85 Essa questão foi abordada no item 1.4 do presente trabalho no sentido de que a Constituição Federal não deu margens a essas inferências criativas ou engenhosas, não sendo, possível, portanto, afirmar-se, a depender da etapa em que o processo se encontra, que o acusado é mais culpado e menos inocente, ou vice-versa. Dito de outro modo, de simples leitura da norma constitucional, constata-se que o cidadão é inocente ou é culpado.

86 Art. 312. A **prisão preventiva** poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica

esse raciocínio, o fato de o referido comando normativo referir-se, apenas e tão somente, à prisão preventiva.

A despeito da literalidade do dispositivo constitucional que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assinalou que o pragmatismo jurídico, “que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena”.

Nessa esteira, entendendo, ainda, que a observância do texto constitucional produziu efeitos negativos, consignou que a modificação do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal poderia “contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma da impunidade”.

Em outro momento, afirmou que o primeiro e o segundo grau de jurisdição tornaram-se meras instâncias de passagem, uma vez que o padrão é que os recursos cheguem ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, destacando, todavia, que não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição.

Ao fim de seu voto, ao reafirmar que a execução provisória da pena contribuiria para a redução da seletividade penal, o Ministro Barroso adotou como exemplo os crimes que causam lesão ao erário ou à administração pública, bem como os de natureza tributária ou econômica – práticas sabidamente comuns no Brasil, que podem ser constatadas nas emblemáticas Ação Penal 470 (Mensalão) e Operação Lava-Jato.

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber, externando, de logo, sua preocupação com a revisão da jurisprudência pela simples alteração na composição da Corte, assinalou que não se sentia à vontade para ratificar a proposta de mudança do entendimento. Em defesa de seu posicionamento, colacionou trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no HC 69.964/RJ, pela impossibilidade de execução antecipada da pena, como se observa a seguir:

(...) quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena.

(...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que *hurlent de*

---

por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (destacou-se)



*se trouver ensemble*. (...) (destacou-se)

Embora reconhecendo tratar-se de tema sensível, que envolve uma série de questões pragmáticas, a Ministra consignou que “o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto”.

Já o Ministro Luiz Fux, de início, ciente de não ter havido, por parte do constituinte originário, um “silêncio eloquente” a respeito do tema, assinalou a ocorrência de um “deformação eloquente da presunção de não culpabilidade”. Afirmou que o fato de um acusado, condenado em segunda instância, ingressar, pela via recursal, nos Tribunais Superiores, ostentando, ainda, o status de inocente, não corresponde aos anseios da sociedade – deixando de mencionar, contudo, a “clareza eloquente” do texto constitucional, que determina, expressamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Demais disso, a partir de simples interpretação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que preconiza que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada”, o Ministro Fux concluiu não ser necessário aguardar o trânsito em julgado da condenação para o início da execução da pena - em que pese a Constituição de 1988 ter expressamente determinado exatamente o trânsito em julgado da sentença como marco divisório entre a inocência e a culpabilidade.

Em outro momento, evidenciando preocupação com a possibilidade de interposição de infundáveis recursos, cuja consequência lógica seria a prescrição, destacou, mais uma vez, que a sociedade já não tolera mais essa situação, consoante se constata do seguinte fragmento:

(...) 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, como destacou eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição e o início do cumprimento da pena. Assim, após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer *ad infinitum*, correndo a prescrição.

Na sequência, a Ministra Cármen Lúcia, em argumento original, trançando diferenças entre culpado e condenado, inclusive sobre seus efeitos nas esferas não penais, também concluiu que a presunção de inocência não obsta o início da execução da pena.

Assim, para a Ministra, as consequências da culpa só poderão recair sobre o acusado

após o trânsito em julgado da sentença. Entretanto, a condenação, proferida após o segundo grau de jurisdição, por não configurar violação ao princípio da presunção de inocência, não obsta o início da execução penal – ignorando, dessa forma, o fato de que a maior das consequências da culpa é justamente o início da execução da pena -, conforme se observa do fragmento a seguir:

Eu, senhor presidente, fiquei vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido do que é o voto agora do Ministro-relator, ou seja, considere que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais. (destacou-se)

Entre os magistrados que participaram tanto do julgamento do HC 84.078/MG, em 2009, quanto do HC 126.292/SP, em 2016, o único a modificar integralmente seu posicionamento foi o Ministro Gilmar Mendes. Desde logo, o constitucionalista - antes adotando argumentos de princípio e agora de política - revelou preocupação com a possibilidade de interposição de inúmeros recursos, destinados, em sua maioria, a obstar o trânsito em julgado, comprometendo a efetividade das decisões, e alcançar a prescrição. Alertou, também, assim como já o havia feito em 2009, para o elevado número de presos preventivos no Brasil.

Seguindo, ainda, de certa maneira, a mesma linha adotada pelos demais integrantes da Corte que se posicionaram a favor da execução antecipada, o Ministro Gilmar Mendes assinalou que, esgotadas as instâncias ordinárias, soberanas no exame dos fatos e provas, a condenação já é dotada de considerável força, suficiente para determinar o início da execução penal, pois somente cabíveis recursos excepcionais, que não têm efeito suspensivo.

Ainda em defesa de seu novo posicionamento, mencionou o art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/1990,<sup>87</sup> introduzido pela Lei Complementar n. 135/2010, que passou a

---

87 Art. 1º. São inelegíveis:

considerar inelegíveis aqueles que sofreram condenação por órgão colegiado em segundo grau. E ressaltou que o aludido dispositivo da chamada Lei da Ficha Limpa foi declarado constitucional no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Socorreu-se, em caráter subsidiário, ao direito comparado, destacando que em diversas declarações de direitos humanos, a presunção de inocência se encerra no momento em que a culpa é provada – deixando de mencionar, no entanto, que o marco temporal expressamente adotado pela Constituição brasileira de 1988, ou seja, o momento em que a culpa é provada, é justamente o trânsito em julgado da condenação.<sup>88</sup>

Alertou, ainda, que, no sistema processual brasileiro, o acesso às instâncias extraordinárias é relativamente amplo. Os trechos abaixo reproduzidos ilustram os principais argumentos adotados pelo Ministro Gilmar Mendes:

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nosso país tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais e Supremo Tribunal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. (...) (destacou-se)

O Ministro Marco Aurélio, também presente no julgamento do HC 84.078/MG, manteve sua orientação pela impossibilidade de execução antecipada da pena. O magistrado externou sua preocupação com o esvaziamento do modelo garantista, previsto na Carta Cidadã, utilizando o termo criado por Ulysses Guimarães.

Embora reconhecendo o cenário de delinquência, a morosidade da justiça e a época de crise, consignou que “justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.”

I - para qualquer cargo: (...) e os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (...) (destacou-se)

<sup>88</sup> A questão foi abordada no item 1.1 do presente trabalho. Apesar de alguns diplomas internacionais adotarem o duplo grau de jurisdição como o momento da cessação da presunção de inocência, a Constituição Federal de 1988, assim com o fizeram alguns outros países de língua portuguesa (Ex: art. 32º, n. 2, da Constituição de Portugal), elegeu o trânsito em julgado da condenação, portanto, marco mais benéfico ao réu.

Consignou ainda que “o caso não se mostra próximo de sugerir essa mudança substancial”, sobretudo porque a expedição de mandado de prisão do réu foi decretada em apelação exclusiva da defesa. Aduziu, também, que a clareza do texto constitucional não permitia interpretações, sob pena de se reescrever a norma jurídica.

Alertou, conforme já havia procedido no HC 84.078/MG, que o pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estado anterior. Assim, questionou: “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? Aquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa”.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello iniciou sua explanação aduzindo que “o princípio da presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso do poder”.

Além da Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada pela ONU em 1948, que preceitua a inocência de todos até que sobrevenha definitiva condenação judicial, citou diversos outros diplomas internacionais que estabelecem idêntica prerrogativa.

Destacou a nitidez do texto constitucional ao estabelecer o trânsito em julgado da condenação como marco para cessação da presunção de inocência, consoante se constata da seguinte passagem de seu voto:

A nossa constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagrada da presunção de inocência, tal como se acha definida pela nossa constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (destacou-se)

O Ministro Celso de Mello asseverou, ainda, a possibilidade, se preciso for, de se decretar a prisão cautelar, desde que presentes fundadas razões que a justifiquem, destacando que essa modalidade de segregação, que não constitui prisão-pena, harmoniza-se com a presunção de inocência, conforme se evidencia da seguinte passagem de seu voto:

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 ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os cidadãos em particular. (grifou-se)

No plano infraconstitucional, assinalou que os artigos 105<sup>89</sup> e 147<sup>90</sup> da Lei de Execução Penal impõem, de modo inequívoco, a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da condenação para que seja iniciada a execução penal, ainda que se trate de mera pena de multa.

Por último, votou o Ministro Ricardo Lewandowski. O então Presidente do Supremo Tribunal Federal, que também ratificou seu entendimento exarado no HC 84.078/MG, assinalou, referindo-se ao art. 5º, inciso LVII, ser impossível, dada sua clareza, interpretar o dispositivo ou ultrapassar sua taxatividade, conforme se vê do fragmento abaixo:

(...) não consigo (...) 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. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui, nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data vênia*.(destacou-se)

Destacou, também, a precariedade do sistema carcerário brasileiro, assim decidido na ADPF 347 e no RE 592.581, asseverando que a possibilidade de execução provisória da pena, além de violar o texto constitucional, contribuiria ainda mais para a falência do sistema prisional.

Em outra passagem, destacou que, historicamente, a propriedade sempre teve mais valor que a liberdade.<sup>91</sup> Em prol de sua assertiva, mencionou que, de acordo com o Código Penal brasileiro, os crimes de roubo e de furto são apenados com penas mais rigorosas do que os delitos de lesão corporal ou crimes contra a honra.

Ainda sobre a questão, asseverou que, nos termos do art. 520 do Novo Código de

89 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.

90 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.

91 A assertiva do Ministro Lewandowski também encontra respaldo no próprio Código Penal, uma vez que, no Brasil, o crime que apresenta a maior sanção é o de extorsão mediante sequestro com resultado morte, previsto capítulo II do Título I – Dos crimes contra o patrimônio - cuja pena em abstrato varia de 24 a 30 anos de reclusão.

Processo Civil,<sup>92</sup> o legislador pátrio cercou-se de todos os cuidados para evitar, no caso de reforma da sentença cível pelos Tribunais Superiores, qualquer tipo de prejuízo ao patrimônio do executado, o que, por outro lado, não acontece na esfera penal no tocante à liberdade do acusado.

Apontou que o número de absolvições em recursos de natureza extraordinária é elevado e aproxima-se de 1/4 (um quarto). Por fim, destacou que o Brasil é detentor da quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia, sendo que, dos atuais 600 mil presos no Brasil, 40% são provisórios.<sup>93</sup>

Votaram pela denegação da ordem, entendendo que a execução antecipada da pena não afrontava o princípio da presunção de inocência, os Ministros Teori Zavascki, Carmén Lúcia, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Em sentido contrário, pela impossibilidade de cumprimento da pena logo após a condenação em segundo grau, ficaram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

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

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

A tabela abaixo retrata os argumentos adotados pelos Ministros (vencedores) que se manifestaram pela constitucionalidade da execução antecipada da pena.

---

92 Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: (...)

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

93 De acordo com os dados mais recentes apresentados pelo CNJ ([cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios](http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios)), a população carcerária do Brasil é de 711.463 presos

**Tabela 2** – Argumentos favoráveis à execução antecipada da pena no HC 126.292/SP

<b>Ministro(a)</b>	<b>Argumentos</b>
Teori Zavascki (relator)	Ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, direito comparado, estatísticas de provimento de recursos excepcionais, elevada incidência de prescrição, necessidade de se conferir efetividade à jurisdição penal
Edson Fachin	Ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, aumento de impunidade, necessidade de se conferir efetividade à jurisdição penal e elevada incidência da prescrição (em razão de recursos meramente procrastinatórios)
Luís Roberto Barroso	Aumento da impunidade, necessidade de se conferir efetividade ao processo penal, elevada incidência de prescrição (em razão do número excessivo de recursos previstos, muitas vezes protelatórios), constitucionalidade da prisão cautelar.
Luiz Fux	Direito comparado, elevada incidência da prescrição (em razão do número excessivo de recursos previstos).
Carmen Lúcia	Estabelecendo diferença entre culpa e condenação, destacou que, embora ainda não culpado, o condenado em segundo grau de jurisdição já pode ser submetido à execução provisória da pena.
Gilmar Mendes	Necessidade de se conferir efetividade ao processo penal, elevada incidência de prescrição (em razão do número excessivo de recursos previstos), esgotamento das instâncias ordinárias, ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e direito comparado.
Dias Toffoli	* Não consta do acórdão o voto do Ministro.

### 3. ANÁLISE DO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já destacado no item 1.2 deste trabalho, Dworkin defende uma concepção de Estado de Direito baseada em direitos, o que significa que ao Judiciário é permitido adentrar na criação judicial do direito, desde que suas decisões sejam, exclusivamente, baseadas em direitos.

Disso decorre a distinção proposta pelo autor em argumentos de princípio e argumentos de política. Assim, os argumentos de princípio são aqueles baseados em direitos. Buscam assegurar direitos dos cidadãos considerando-os individualmente, conferindo-lhes respeito e dignidade. Já os argumentos de política são aqueles que visam proporcionar algum benefício coletivo. Ou seja, são argumentos de política pública, que buscam o bem-estar social, destinados a promover melhorias para sociedade como um todo.<sup>94</sup>

Demais disso, enquanto o Legislativo e o Executivo, cujos integrantes são os legítimos representantes do povo, podem adotar tanto argumentos de princípio como argumentos políticos; o Judiciário, por sua vez, só deve lançar mão de argumentos de princípio, ou seja, baseados em direitos, ainda que se trate de uma demanda de natureza política. Logo, não cabe, portanto, ao Judiciário imiscuir-se em argumentos de política.

Assim, reitere-se que, a partir do exame dos Habeas Corpus 63.726/RJ, 84.078/MG e 126.292/SP, realizado no capítulo anterior, extraem-se os seguintes argumentos adotados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram pela constitucionalidade da execução antecipada da pena: **a)** ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial (e esgotamento das instâncias ordinárias); **b)** impunidade e ausência de efetividade do direito penal; **c)** prescrição; **d)** constitucionalidade da prisão cautelar; **e)** Lei da Ficha Limpa; **f)** direito comparado; **g)** estatísticas de provimento dos recursos excepcionais.

Assim sendo, no presente capítulo, os argumentos serão examinados com maior densidade e classificados em argumentos de princípio ou argumentos de política.

#### 3.1. Ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial

A ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial consiste em um dos principais argumentos adotados, senão o principal, pelos adeptos da execução provisória

---

94 VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva; 2015, p. 130.



da pena. Tanto é assim que, nos julgamentos dos Habeas Corpus 63.726/RJ, 84.078/MG e 126.292/SP, quase todos os Ministros que se manifestaram favoráveis à execução antecipada, conforme demonstrado no capítulo 2, o invocaram. Dada a reiteração com que vem sendo utilizado e propalado pelos que se filiam a essa corrente, o argumento da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial vem se tornando, portanto, verdadeiro “clichê jurídico”.

Não se trata de argumento de princípio, porque não se baseia em direitos. Trata-se, apenas, de mera interpretação alargada do previsto no então vigente art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90, que não conferia efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial. Vale registrar, também, que a alegação de ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais vem sempre acompanhada da assertiva de que, esgotadas as instâncias ordinárias, soberanas no exame de fatos e provas, a pena já pode ser iniciada.

Contudo, os argumentos não devem prosperar porque não tem o condão de ultrapassar os limites semânticos da norma constitucional que determina ser o trânsito em julgado da condenação o momento em que se encerra a presunção de inocência. Além disso, o argumento esbarra na supremacia da norma constitucional e na força normativa da constituição, conforme será demonstrado a seguir.

De acordo com Eugênio Pacelli, o efeito será suspensivo quando a decisão ainda não puder produzir nenhum resultado em razão da interposição do recurso. Desse modo, o recurso prolongaria, portanto, os efeitos da decisão.<sup>95</sup>

No entanto, seja qual for o efeito conferido por lei a determinado recurso, a norma constitucional, dada a rigidez e a supremacia da Constituição, apresenta-se em posição hierárquica de superioridade. O comando constitucional não se curva, portanto, a nenhum dispositivo infraconstitucional. Toda e qualquer tentativa de condicionar a força normativa de um dispositivo da Constituição - repita-se, norma hierarquicamente superior -, que consagra um dos mais elevados direitos fundamentais individuais, ao previsto em lei ordinária, seria, grosso modo, o mesmo que promover duplo rebaixamento do texto constitucional, relegando-o nem sequer ao plano legal, mas sim ao infralegal.

Tal maneira de proceder, ou seja, pretender que uma norma de hierarquia inferior prevaleça sobre a norma superior contraria o ensinamento de Kelsen. Assim, consoante já abordado no item 1.3 do presente trabalho, dada a superioridade hierárquica da norma

---

95 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

constitucional, não pode existir nenhum conflito entre esta e as demais normas, de escalão inferior, “pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior”. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior.”<sup>96</sup>

Nesse contexto, a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário não pode sobrepor-se ao estabelecido na Constituição Federal. A presunção de inocência está definida expressamente no texto constitucional, portanto, em norma hierarquicamente superior. Essa foi a opção do povo brasileiro, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República,<sup>97</sup> concretizada por intermédio do poder constituinte originário, ao romper com o estado de exceção e reinaugurar o período democrático.

Seria, aliás, no mínimo, um contrassenso que uma norma de tamanha envergadura, destinada a proteger uma dos mais relevantes direitos fundamentais, o da liberdade, tivesse sua eficácia condicionada a efeitos de recursos, sejam eles quais forem, previstos em lei ordinária, portanto, norma hierarquicamente inferior.

Assim sendo, independentemente dos efeitos conferidos aos recursos extraordinário e especial, afigura-se manifestamente incabível que uma norma de hierarquia inferior possa ter o condão de obstar a efetividade de um direito fundamental previsto em um dispositivo constitucional, atentando, dessa forma, contra sua força normativa e, por conseguinte, tornando-a letra morta, mera figura decorativa ou simples norma de orientação, sem nenhum efeito prático.

Em outras palavras, pretender tratar o réu como inocente até o encerramento do processo, conforme determinado pela norma constitucional, mas, ao mesmo tempo, impor-lhe a prisão antecipada, logo após a condenação em segundo grau - assim proposto pela Ministra Carmen Lúcia no HC 126.292/SP -, é o mesmo que tratá-lo como culpado e, portanto, desconsiderar o texto constitucional, tornando-o, assim, desprovido de eficácia.

Nesse mesmo sentido, pela irrelevância da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, transcreve-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no HC 84.078/MG:

Diante de tudo isso, Senhor Presidente, pergunto-me: e a questão da falta de efeito suspensivo do recurso? Ela, evidentemente, não pode ter nenhuma força contra o princípio constitucional. É de todo em todo inaplicável, não tem eficácia, não incide nesta matéria, sob pena de ofensa à garantia

96 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 155.

97 Art. 1º (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

constitucional.

Outra inteligência, com o devido respeito, esvaziaria essa garantia constitucional ou a rebaixaria a provisão de ordem absolutamente secundária, senão inútil, que bem poderia corresponder a absoluta inconseqüência do ponto de vista prático. Por quê? Porque passaria a ser enunciado de caráter só moral da Constituição, que consideraria o réu no processo como se fora inocente, mas para nenhum efeito! (grifou-se)

Nessa esteira, a execução antecipada da pena deixa de observar o princípio da presunção de inocência, estampado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Isso porque, tendo em vista o marco temporal ali expressamente estabelecido - o trânsito em julgado da sentença penal condenatória -, afigura-se inadmissível impor a um inocente a prisão decorrente de condenação – prisão-pena - no bojo de um processo que ainda está em curso, ou seja, cujo desfecho ainda pode ser questionado e modificado pelas vias recursais excepcionais.

Não se trata, nesse caso, de hipótese de prisão provisória, que, dada sua natureza cautelar, harmoniza-se com o princípio da presunção de inocência, sendo, portanto, admitida, desde que rigorosamente observados os pressupostos legais. Trata-se, pois, de autêntica prisão-pena, imposta em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença, em notória inobservância ao marco estipulado pelo poder constituinte originário.

Nesse cenário, a prisão decorrente de condenação ainda não transitada em julgado, além de afrontar o princípio da presunção de inocência, extrapolando os limites semânticos do texto constitucional, não se subsume às hipóteses de prisão autorizadas pela própria Constituição.

Dito de outro modo, é preciso consignar que a decisão que decreta a prisão deve ser devidamente fundamentada, assim determinado pelo texto constitucional. No caso da prisão provisória, que possui natureza cautelar,<sup>98</sup> a imposição da segregação deverá atender, rigorosamente, a pelo menos um dos pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Já no caso da prisão para o início do cumprimento da pena, a fundamentação ou a justificação, exigida pelo próprio art. 5º, LVII, da CF, decorre da existência de um título executivo judicial, que surge com o encerramento do processo, ante a superveniência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, findo o processo penal, e ante a existência de um título de condenação, deverá, por conseguinte, ser iniciada a execução penal.

Esse, a rigor, constitui o procedimento regular, padrão, ordinário, que obedece à ordem

98 A constitucionalidade da prisão cautelar será abordada com maior profundidade no item 3.4.

natural dos fatos. Ou seja, somente após o encerramento do processo penal condenatório é que se decreta a prisão do réu, porque considerado culpado, para se dar início à execução penal.

No entanto, faz-se necessário questionar qual seria o fundamento de uma prisão-pena, portanto, de natureza não cautelar, decretada antes do trânsito em julgado da condenação, ou seja, imposta antes do encerramento do processo, sem que ainda haja título judicial condenatório a ser executado. A resposta é uma só. Essa prisão não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, dada a taxatividade e a clareza do texto constitucional que, repita-se, elegeu o trânsito em julgado da condenação como divisa entre a culpabilidade e a inocência.

Sendo assim, além de ir de encontro ao próprio princípio da presunção de inocência, a execução antecipada da pena também passa ao largo do disposto no art. 5º, LXI, da Constituição Federal.<sup>99</sup> Isso porque, conforme já destacado, a prisão infligida para a execução antecipada da pena não encontra amparo nas hipóteses autorizadoras da Constituição da República, uma vez que não se trata de prisão em flagrante; tampouco se vislumbra fundamentação legítima, pois, repita-se, não há título executivo judicial condenatório definitivo, o que afasta a hipótese de prisão-pena; e, por fim, também não é hipótese de prisão cautelar.

Nesse mesmo sentido, pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, Eugênio Pacelli destaca que:

Acerca da matéria já tivemos a oportunidade de observar que a posição da Corte Suprema viola frontalmente o princípio constitucional da inocência, dado que autoriza a prisão de quem não pode ser considerado culpado sem qualquer fundamentação da autoridade judiciária competente. Autoriza-se, então, a prisão do inocente sem a demonstração da presença dos requisitos da cautelar. (grifou-se)

Nessa mesma linha, Tourinho Filho assinala que “se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada (...); a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado; não há título a justificar prisão do réu anterior a esse julgamento.”<sup>100</sup>

A título de exemplo, imagine-se a seguinte situação. O art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011, resultado da reforma processual promovida no ano de 2011, estabelece que:

---

<sup>99</sup> LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;  
<sup>100</sup> Tourinho Filho, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, 9º ed. Saraiva, 2005

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>101</sup>

O dispositivo reproduz, *ipsis litteris*, a primeira parte do disposto no art. 5º, LXI,<sup>102</sup> bem como reflete o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 84.078/MG, pela impossibilidade de execução provisória da pena, em observância ao disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que expressamente determina ser o trânsito em julgado da sentença o marco limítrofe entre a culpabilidade e a inocência.

O comando normativo espelha, ainda, o entendimento da Corte Constitucional brasileira pela constitucionalidade da decretação da prisão provisória – preventiva ou temporária – no curso da investigação criminal ou durante o processo penal.

Agora, suponha-se, hipoteticamente, que ao art. 283 do Código Processo Penal fosse acrescentado o parágrafo único, de seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

**Parágrafo único.** Uma vez que os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo, admite-se a execução antecipada da pena, sendo cabível, portanto, a decretação da prisão logo após a condenação em segundo grau de jurisdição, independentemente de ter havido ou não o trânsito em julgado da sentença condenatória. (grifou-se)

Ora, mesmo com menção expressa da hipotética redação do parágrafo único do art. 283 do Código de Processo Penal autorizando a execução provisória da pena, com fundamento na ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, ainda assim, o dispositivo legal não poderia ser aplicado.

Isso porque, conforme já destacado, além de sua força normativa, a norma constitucional situa-se em plano superior. Logo, ainda que, expressamente, a execução provisória fosse autorizada por lei, a medida esbarraria no que estabelece a Constituição Federal, ou seja, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse cenário, em que o constituinte originário estabeleceu clara e expressamente que

<sup>101</sup> O art. 283 do CPP será examinado com mais detalhes no item 3.6

<sup>102</sup> Art. 5º (...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

o cidadão só será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, afigura-se irrelevante, dada a superioridade hierárquica e a força normativa do dispositivo constitucional, averiguar quais são os efeitos desse ou daquele recurso.

Mesmo porque, revela-se pouco crível supor que, ao promulgar a Constituição Cidadã, o poder constituinte originário, rompendo com a ordem constitucional anterior, estabelecida por um regime ditatorial, estivesse interessado nos efeitos que foram, ou seriam, atribuídos aos recursos extraordinário e especial, se suspensivos ou não, ao editar norma constitucional de elevadíssima envergadura, que determina, com tamanha nitidez e taxatividade, ser o trânsito em julgado da condenação o momento em que a presunção de inocência deixa de subsistir.

Em outras palavras, mostra-se desarrazoado imaginar que o poder constituinte originário, inaugurando novo período democrático e restabelecendo direitos fundamentais, tenha pretendido condicionar a eficácia do princípio da presunção de inocência a efeitos de recursos, menos ainda quando tais efeitos são estabelecidos por lei, portanto, em norma hierarquicamente inferior ao texto constitucional.

Nessa mesma linha, Eugênio Pacelli também considera irrelevante invocar a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial dada a positividade e a eficácia da norma constitucional que, expressamente, estabelece que a presunção de inocência subsiste até o trânsito em julgado da sentença condenatória, consoante se obtém do seguinte trecho:

A fundamentação judicial da decisão que autoriza a execução provisória é bastante curiosa: parte-se do entendimento de que os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo e, por isso, autorizariam a execução da sentença provisoriamente (Lei n. 8.038/90).

Aqui, não há muito que se argumentar: se a fundamentação de uma decisão que expressamente rejeita a aplicação de uma norma constitucional (o princípio da inocência) baseia-se em legislação ordinária, é porque estamos diante não de uma questão jurídica, mas de opção clara de política criminal e de política judiciária.

(...)

Argumentar com a previsão expressa de efeito devolutivo para o recurso (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90) não leva a lugar nenhum, porque o que se estará discutindo é a aplicação ou não do princípio da inocência, enquanto norma positiva e eficaz, já que o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, assegura que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.<sup>103</sup> (destacou-se)

Também no mesmo sentido, destacando que a natureza e os efeitos dos recursos, sejam

---

103 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

eles quais forem, não têm o condão de atingir ou modificar o marco estabelecido no texto constitucional, ou seja, o trânsito em julgado da condenação, Lopes Júnior assinala:

E o caráter extraordinário dos recursos especial e extraordinário? Em nada afeta, porque o caráter extraordinário desses recursos não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o tratamento de culpado. (...)

Além de o artigo 27, § 2º, da Lei n. 8.038 não ser aplicável ao processo penal, por desconsiderar suas categorias jurídicas próprias, há que se compreender que o problema (de prender-se antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero efeito recursal. É da liberdade de alguém que estamos tratando e, portanto, da esfera de compreensão dos direitos e liberdades individuais, tutelados – entre outros princípios – pela presunção de inocência. (...)

Enfim, o conceito de trânsito em julgado não tem absolutamente nenhuma relação com o efeito recursal.<sup>104</sup> (sublinhou-se)

Nessa esteira, também sobre a impossibilidade de se iniciar a execução penal de forma antecipada, o Ministro Cezar Peluso, no julgamento do HC 84.078/MG, de forma elucidativa, destacando a força da norma constitucional, sintetizou que:

Ou seja, o ordenamento jurídico constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa se justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de incompatibilidade, ofende a garantia constitucional. (destacou-se)

Assim sendo, independentemente dos efeitos conferidos aos recursos excepcionais, a presunção de inocência constitui regra expressamente prevista no texto constitucional destinada a assegurar, a todo e qualquer cidadão, o direito fundamental de somente deixar de ser considerado inocente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disso decorre que, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da condenação, não há amparo constitucional para se determinar a execução antecipada da pena.

Idêntico raciocínio aplica-se em relação ao exaurimento das instâncias ordinárias. O constituinte originário foi taxativo ao estabelecer o trânsito em julgado como instante em que se encerra a inocência. A nítida opção do legislador foi pelo trânsito em julgado, e não pelo duplo grau de jurisdição. Sendo assim, o esgotamento das vias ordinárias, por si só, não autoriza a execução antecipada da pena, uma vez que o cidadão só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado da condenação. Adotar entendimento diverso significa

---

104 LOPES JÚNIOR, Aury. Fim da Presunção de Inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>.

reduzir o alcance de um direito fundamental expressamente consagrado na Constituição da República.

### **3.2. Impunidade e comprometimento da efetividade do direito penal**

Outro argumento adotado pelos defensores da execução antecipada da pena é o de que aguardar o trânsito em julgado da condenação – marco expressamente previsto no texto constitucional - para se dar início à execução penal aumentaria e estimularia a impunidade, ou, pelo menos, a sensação de impunidade, bem como atentaria contra a efetividade do direito penal, tornando-o ineficaz.

Referido argumento também foi reiteradamente invocado por diversos magistrados do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do HC 84.078/MG, por exemplo, o Ministro Menezes Direito consignou que “deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite”.

No mesmo julgado, o Ministro Joaquim Barbosa chegou a afirmar que aguardar o trânsito em julgado seria o mesmo que criar um sistema penal de “faz de contas”. Já a Ministra Ellen Gracie, asseverou não crer que “a extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça provoca na sociedade brasileira estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do HC 72.366/SP”.

A situação se repetiu no julgamento do HC 126.292/SP. Na oportunidade, o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, asseverou que os recursos de natureza excepcional prejudicavam a efetividade da justiça penal. Para o Ministro, os recursos extraordinário e especial “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”.

O argumento, no entanto, não é capaz de justificar o restabelecimento da antiga jurisprudência do Supremo Tribunal, que atenta contra o disposto no comando constitucional e, por conseguinte, deixa de observar um dos mais sublimes direitos fundamentais.

Desde logo, registre-se que se trata de argumento de política, eis que impunidade e ausência de efetividade do direito penal são temas de política criminal, portanto ilegítimo para



embasar uma decisão judicial. Reitere-se que, segundo Dworkin, argumentos de política devem ser lançados somente pelos legítimos representantes do povo, membros do Legislativo e do Executivo. Aos julgadores, por ausência de representatividade popular, não lhes é permitido imiscuírem-se em argumentos de política, não podendo, portanto, adotar razões políticas para embasar decisões judiciais.

Aliás, em evidente contrariedade com a ideia do pacto democrático proposto por Dworkin, convém destacar trecho do voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84.078/MG, que, mesmo reconhecendo que a impunidade e a ausência de efetividade do direito penal são questões de política, sugere que deveriam ser decididas, politicamente, pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se observa a seguir:

Portanto, se resolvermos, politicamente – porque essa é uma decisão política -, que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o recurso extraordinário julgado por essa Corte, temos que assumir politicamente o ônus dessa decisão (grifou-se)

Não bastasse a ilegitimidade de se invocar um argumento político para embasar uma decisão judicial, ressalte-se que, ao contrário do posicionamento exarado pelo Ministro Menezes Direito, deixar soltos réus condenados pelas instâncias ordinárias significa apenas e tão somente cumprir o que estabelece a Constituição Federal, uma vez que, consoante já assinalado, diferentemente do previsto em alguns diplomas internacionais, o constituinte originário adotou marco limítrofe mais amplo e benéfico ao réu, determinando que a presunção de inocência só se exaure com o trânsito em julgado da condenação.

Ademais, em que pese a alegada impunidade ou sensação de impunidade, convém consignar que, segundo recentes dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, o número atual de presos ultrapassa os 700.000, entre provisórios e definitivos, o que faz do Brasil o país com a terceira maior população carcerária do mundo.<sup>105</sup> Ainda de acordo com o relatório, o número de encarceramentos no País cresceu mais de 400% nos últimos 20 anos,<sup>106</sup> o que, em certa medida, vai de encontro ao argumento do Ministro Joaquim Barbosa de que aguardar o trânsito em julgado seria criar um sistema penal de “faz de contas”.

Por outro lado, não se desconhece, tampouco se ignora, o atual momento de violência e criminalidade que assola o País.<sup>107</sup> Criminalidade também refletida, entre outros, em

105 Disponível em: [cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios](http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios).

106 Dados de 2014 do Ministério da Justiça mostram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300.

107 Ainda de acordo com o CNJ, o relatório divulgado pela Anistia Internacional, em fevereiro de 2015, coloca o

reiteradas e endêmicas práticas de corrupção, que resultaram em imensurável desvio de verbas públicas e ensejaram a deflagração de duas das maiores operações de investigação já ocorridas na história do Brasil: o Mensalão (Ação Penal 470) e a Lava-Jato.

O aumento da criminalidade causa perplexidade e revolta na população. A violência urbana, evidenciada pelo cometimento dos mais variados delitos, de pequenos furtos a homicídios e estupros, gera temor e intranquilidade. As corriqueiras investidas contra o erário provocam a sensação de desolação e impotência.

No entanto, não se pode tentar combater esse cenário de criminalidade, de violência e de impunidade ao arrepio da constituição e das leis. Em um Estado Democrático de Direito há regras preestabelecidas, que devem, necessariamente, ser cumpridas. Não se enfrenta uma situação de instabilidade adotando-se medidas também geradoras de instabilidade.

Dito de outro moto, em que pese a boa-fé que impulsiona a luta pelo combate à criminalidade e à impunidade, os direitos e garantias fundamentais não podem ser atacados ou ultrajados. Aliás, são nos momentos de turbulência e excepcionalidade que o Estado Democrático de Direito deve ser capaz de fazer valer os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República.<sup>108</sup>

Assim sendo, não se pode tentar reduzir ou combater as aludidas mazelas - sob o argumento simplista de que a execução antecipada da pena contribui para a redução da criminalidade e da impunidade e, ao mesmo tempo, assegura a efetividade do direito penal - à custa de flagrante desrespeito ao texto constitucional, sacrificando um dos mais elevados direitos fundamentais individuais. Esse, reduzir o alcance de um direito fundamental, definitivamente, não é papel do Supremo Tribunal Federal. Essa não é tarefa do Poder Judiciário. Além do que, reiterando a doutrina de Dworkin, argumentos de política não são legítimos para embasar uma decisão judicial, dada a violação ao pacto democrático.

Demais disso, o clamor público, mesmo que provido de assertivas plausíveis, não pode servir de lastro para a tomada de decisões violadoras de direitos fundamentais. A propósito, essa é uma das mais relevantes tarefas conferidas ao Supremo Tribunal Federal, o de assegurar os direitos previstos na Constituição Federal.

Nesse mesmo sentido, Pioerpaolo Bottini assinalou que compete ao Judiciário garantir

---

Brasil como o país mais violento do mundo. O relatório aponta que a sensação de impunidade é fator incentivado da criminalidade, destacando que 85% dos homicídios praticados no Brasil não são solucionados. O relatório aponta, ainda, como fatores da crise, a violência policial, registros de tortura e a falência do sistema prisional. 108 Carvalho Netto, Menelick. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-ADC-43-PEN-ART-283-CPP.pdf>

a vigência, a aplicação e a constitucionalidade das leis, ainda que seu conteúdo seja contrário à opinião da maioria ou o clamor público.<sup>109</sup>

O penalista ainda invocou trecho da sustentação oral de Rui Barbosa perante o Supremo Tribunal Federal, em 1912, a seguir reproduzido:

(...) Sempre válido recordar Rui Barbosa, em sustentação oral na Suprema Corte, em 1912: “não importa ao STF saber se os seus julgados serão ou não respeitados pelo governo, se serão ou não acatados pela força, se terão ou não execução material, ante a anarquia ou as multidões revoltadas. Diante dos vossos olhos, venerandos Ministros, não existe senão a letra da lei, na sua vontade expressa ou na sua vontade implícita, a lei nos seus preceitos, a lei no que ela manda, a lei no que ela exige, no que ela impõe.”<sup>110</sup> (grifou-se)

De fato, não se desconhece que o Poder Judiciário, nos tempos atuais, não mais desempenha o papel coadjuvante de mero “boca-da-lei”, assim estabelecido por Montesquieu em sua célebre obra O Espírito das Leis.<sup>111</sup> Todavia, a despeito da notória hipertrofia atribuída ao Estado-juiz, decorrentes de uma série de novos direitos conquistados a partir da segunda metade do Século XX, o Poder Judiciário ainda não atingiu o estágio de legislador ou de administrador – e realmente se espera que jamais o alcance, pois isso comprometeria a independência e a harmonia entre os poderes, e o alçaria, por exemplo, a um patamar semelhante ao do Poder Moderador, instituído no Brasil pela Constituição monárquica de 1824<sup>112</sup> e extinto com o advento da Constituição republicana de 1891.<sup>113</sup>

Os Poderes estatais continuam, portanto, sendo os mesmos e, no caso brasileiro, a situação não é diferente, conforme se depreende do art. 2º da Constituição da República de 1988.<sup>114</sup> Sendo assim, a tarefa do Poder Judiciário continua sendo a de julgar, de acordo com a Constituição e com as leis. A função legiferante ainda é exercida pelo Poder Legislativo, representado, na esfera federal, pelo Congresso Nacional; e a função administrativa permanece a cargo do Poder Executivo.

109 Bottini, Pierpaolo Cruz. A presunção de inocência e o sucesso da operação “lava-jato”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-28/direito-defesa-presuncao-inocencia-sucesso-operacao-lava-jato>.

110 idem

111 Para Montesquieu, o Poder de Julgar “não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário”. Para o autor, o Poder de Julgar não estava intimamente ligado ao Estado, já que o juiz era apenas o aplicador das normas (boca da lei), e considerava o Judiciário nulo e indivisível, afirmando que a magistratura deveria ser temida, mas não os magistrados.

112 Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

113 Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

114 Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Considerado um dos mais destacados direitos fundamentais individuais, o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado como um trunfo a repelir todo e qualquer argumento utilitarista destinado a maximizar interesses coletivos,<sup>115</sup> consoante se obtém da seguinte lição de Dworkin:

Uma comunidade política não tem poder moral para criar e impor obrigações contra seus membros a menos que os trate com igual consideração e respeito, ou seja, a menos que, em seus programas de ação política, considere todos os seus destinos como igualmente importantes e respeite a responsabilidade individual de cada um deles pela própria vida. Esse princípio de legitimidade é a fonte mais abstrata dos direitos políticos. O governo não tem autoridade moral para coagir ninguém, nem mesmo com a finalidade de aperfeiçoar o bem-estar da comunidade como um todo, a menos que respeite essas duas exigências no que se refere a cada indivíduo. **Os princípios de dignidade, portanto, declaram direitos políticos muito abstratos: ganham, como trunfos, das políticas coletivas do governo.** Formamos a seguinte hipótese: todos os direitos políticos derivam desse direito fundamental. Para determinar e defender direitos particulares, temos de nos perguntar, de modo muito mais detalhado, quais são as exigências de igual respeito e consideração.<sup>116</sup> (sublinhou-se)

Nesse cenário, a despeito do clamor popular, influenciado, em grande parte, pela mídia formadora de opinião, entre eles jornalistas supostamente conhecedores do Direito, compete ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, atuar como autêntico guardião da Constituição Federal, assegurando e viabilizando os direitos fundamentais ali estabelecidos.

### 3.3. Prescrição

Por revelar a ausência de atuação eficiente do Estado, expondo, assim, o descumprimento de um dever do poder público, a prescrição, genuíno instrumento de política pública, especificamente de política criminal, é causa extintiva de punibilidade das mais sensíveis e polêmicas.<sup>117</sup>

Trata-se de mais um argumento de política – portanto, ilegítimo para embasar uma decisão judicial, ante a violação ao pacto democrático - adotado por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal para autorizar a execução antecipada da pena. Sendo assim,

115 Carvalho Netto, Menelick. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-ADC-43-PEN-ART-283-CPP.pdf>.

116. DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, págs. 503-504 APUD Carvalho Netto, Menelick. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*.

117 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

raciocínio idêntico àquele aplicado à impunidade e ao comprometimento da efetividade do direito penal deve também ser empregado à prescrição.

No julgamento do HC 84.078/MG, por exemplo, a Ministra Ellen Gracie destacou que muitos dos recursos manejados afiguram-se manifestamente protelatórios, almejando, sobretudo, a prescrição, o que inibe a efetividade da jurisdição penal.

Já no HC 126.292/SP, o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, adotou posicionamento idêntico. Na mesma vertente, o Ministro Luiz Fux demonstrou preocupação com a possibilidade de interposição de infundáveis recursos, cuja consequência lógica seria a prescrição.

Sucedem que eventuais investidas no sentido de se evitar a prescrição penal devem ser realizadas de acordo com a legislação, respeitando-se os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Conforme já mencionado, em um Estado Democrático de Direito há regras estabelecidas – e essa, aliás, é uma das razões pelas quais o Estado é considerado democrático de direito - que devem, necessariamente, ser cumpridas.

Dito de outro modo, em que pese a boa-fé que estimula a luta para evitar que os processos penais atinjam a prescrição, é preciso ter em mente que direitos e garantias fundamentais não podem ser atacados ou ofendidos. Assim sendo, não se pode tentar reduzir a ocorrência de prescrição em detrimento a direitos fundamentais individuais.

Nesse contexto, os Poderes da República devem, de modo harmônico, desempenhar seus respectivos papéis na tentativa de minimizar a ocorrência dessa causa extintiva de punibilidade. E entre as medidas a serem adotadas, certamente, a violação a um direito fundamental não pode ser uma delas.

O Poder Legislativo, por exemplo, editou a Lei n. 12.234/2010,<sup>118</sup> que, além de extinguir a chamada prescrição retroativa, elasteceu, de 2 (dois) para 3 (três) anos, o menor prazo prescricional previsto no Código Penal. As modificações foram promovidas com o propósito de se atribuir maior efetividade ao direito penal.

Por outro lado, não se pode deixar de cogitar que as mudanças, inclusive na elevação daquele prazo prescricional, também servem, em certa medida, como forma de ocultar a ineficiência estatal, sobretudo no processamento e julgamento de delitos com penas menos elevadas, mais propensos a alcançarem a prescrição.

---

<sup>118</sup> A Lei 12.234/10 alterou o limite mínimo do prazo prescricional, passando-o de 2 para 3 anos, e excluiu a chamada prescrição retroativa. A nova lei alterou a redação dos arts. 109, "caput" e VI, e 110, § 1º, ambos do Código Penal.

Nessa seara, a despeito de se tratar de tema que escapa aos contornos do presente trabalho, convém consignar que as mudanças poderiam ter sido mais concretas e eficazes no combate à criminalidade - promovidas, por exemplo, no aparelhamento da Justiça e na necessária reforma processual, o que de fato acarretaria maior celeridade no processo - e não meramente paliativas, como ampliar o menor prazo prescricional - o que, de certa maneira, além de não impor celeridade na marcha processual, pode ser interpretado, repita-se, como um atestado de lentidão emitido ao Poder Judiciário.

Morosidade esta reconhecida até mesmo por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do HC 84.078/MG, por exemplo, a Ministra Ellen Gracie, dentre os argumentos de política que adotou para justificar a execução provisória da pena, asseverou não acreditar que “a extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça provoca na sociedade brasileira estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do HC 72.366.”

Em síntese, a assertiva de que a execução antecipada contribui para evitar a ocorrência da prescrição, típico instrumento de política criminal, configura argumento de política, que não se baseia em direitos, portanto, inválido para fundamentar uma decisão judicial. Além disso, afrontar o princípio da presunção de inocência não constitui a forma adequada de se impedir que processos penais atinjam a prescrição. Há, certamente, outros meios de se promover a efetividade do direito penal e, por conseguinte, reduzir a ocorrência da prescrição, sem, contudo, afetar direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

### **3.4. Constitucionalidade da prisão cautelar**

Desde logo, faz-se necessário consignar que a prisão de natureza processual, também conhecida como prisão provisória, é a prisão cautelar em sentido amplo, que abrange a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva.<sup>119</sup> Já a prisão penal ou prisão-pena, de cunho repressivo e punitivo, é aquela decretada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme disposição expressa no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em que se impôs ao réu pena privativa de liberdade.<sup>120</sup>

A consagração do princípio da presunção de inocência não afasta, porém, a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente,

---

119 Mirabete, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

120 Idem.

reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de inocência dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante e preventivas.<sup>121</sup>

Nesse contexto, outro argumento adotado por aqueles que defendem a possibilidade de execução provisória da pena é justamente o da constitucionalidade da prisão cautelar. O argumento não pode, portanto, ser considerado de princípio, uma vez que não se baseia em direitos. Em vez disso, o argumento apenas limita-se a inferir que, se uma determinada espécie de prisão é tida por constitucional, a outra, ainda que diversa daquela, também deve ser considerada alinhada com a Constituição, ignorando, assim, a natureza e as particularidades de cada um daqueles institutos prisionais.

Aliás, para alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme demonstrado no capítulo 2, se a prisão cautelar, decretada antes do trânsito em julgado da sentença – na maioria das vezes, decretada antes mesmo da prolação da sentença ou do oferecimento da denúncia - não ofende a Constituição Federal, a prisão imposta após a condenação em segundo grau de jurisdição, porque embasada em juízo condenatório, decorrente de exame e reexame de fatos e provas, também não viola o texto constitucional.

Em defesa desse posicionamento, alguns magistrados da Corte Suprema brasileira chegaram a assinalar que a prisão decorrente de condenação em segundo grau também teria natureza cautelar, tal como as prisões provisórias. É o que se constata, por exemplo, do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira, relator do HC 68.726/1991, conforme se observa do seguinte excerto:

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, qual na espécie sucedeu. (destacou-se)

Seguindo o mesmo entendimento, o Ministro Menezes Direito, no julgamento do HC 84.078/MG, também asseverou inexistir diferença entre a prisão cautelar e a prisão resultante da aplicação da lei penal, a título de execução antecipada, destacando, ainda, que “ambas envolvem a privação da liberdade do acusado e, a se erigir a norma do art. 5º, LVII, em uma absoluta aplicação da presunção de inocência, ambas deixariam de constituir sua violação”.

121 STF, HC 72171-1/SP, Relator Ministro Sydney Sanches.

Perfilhado com o referido posicionamento, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 126.292/SP, destacou que a ordem pública não apenas autoriza, mas, também, justifica o início da execução provisória. Ocorre que a ordem pública, nos exatos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, constitui um dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, e somente desta, portanto, dissociado da prisão-pena, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para sua decretação.

Nesse cenário, o referido posicionamento não deve prevalecer, uma vez que trata como idênticos institutos de natureza jurídica distintas. Assim, pode-se afirmar que o argumento embasa-se em premissa equivocada, uma vez que a prisão provisória, de natureza cautelar, não se confunde com a prisão-pena, de cunho sancionatório, aplicada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 84.078/MG, ressaltando a diferença entre as referidas modalidades de prisão, destacou que ante a ausência do trânsito em julgado, a única hipótese de prisão cabível seria a de natureza cautelar, desde que preenchido ao menos um dos requisitos autorizadores, previstos no Código de Processo Penal.

No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Celso de Mello, por sua vez, ressaltou a possibilidade de decretação da prisão cautelar - que não se confunde com a prisão-pena -, desde que presentes as razões que a justifiquem, assinalando, ainda, que essa modalidade de privação de liberdade, ao contrário da prisão penal antes do trânsito em julgado, harmoniza-se com a presunção de inocência, conforme se evidencia da seguinte passagem de seu voto:

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 ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os cidadãos em particular. (destacou-se)

No mesmo sentido, destacando, categoricamente, que se tratam de institutos que não se confundem, transcreve-se trecho da exposição de motivos da Lei n. 12.403/2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal:

Deve-se ter em mente, sempre, que a prisão cautelar serve ao processo penal, não podendo ser confundida como antecipação de pena, situação evidentemente inconstitucional, por ferimento ao princípio da presunção de inocência. Por isso, consideramos que as novidades introduzidas pela Lei nº



12.403, de 2011, representaram inegável avanço e aprimoramento do sistema de medidas cautelares penais.

Convém, ainda, destacar, que as prisões cautelares decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, espécies de imposição automática por força de lei, não mais subsistem no ordenamento jurídico brasileiro desde a entrada em vigor da Lei n. 11.689/2008, que modificou dispositivos do Código de Processo Penal.

A decretação ou manutenção de prisão preventiva, mesmo após a sentença condenatória, passou a exigir, desde então, inequívoca demonstração da necessidade e da indispensabilidade do encarceramento, haja vista que, com apoio no disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada prisão provisória e não prisão-pena, uma vez que esta decorre de sentença condenatória passada em julgado.

Demais disso, cabe consignar que esse dever de fundamentação, previsto no art. 93, XI, da Constituição Federal, foi expressamente inserido no Código de Processo Penal a partir da Lei n. 12.736/2012.<sup>122</sup> Este comando passou a exigir que o juiz, ao proferir sentença condenatória, decida, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

Vê-se, portanto, que a presunção de inocência, porque não absoluta, não obsta a que o legislador adote determinadas medidas de natureza cautelar, seja em relação à própria liberdade do eventual investigado ou denunciado, seja em relação a seus bens ou pertences.

Aliás, justamente por se tratar da prisão de um inocente, à míngua de sentença condenatória definitiva, é imprescindível que a medida privativa de liberdade apresente-se devidamente fundamentada, e que os fundamentos estejam relacionados com a proteção de determinados valores positivados na ordem constitucional em igualdade de relevância.<sup>123</sup>

Em outras palavras, a decretação da prisão cautelar não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando jungida a pressupostos associados, fundamentalmente, à exitosa persecução criminal.<sup>124</sup>

Nesse contexto, não se pode admitir como compatível com o princípio constitucional

---

122 Art. 387 (...) § 1º. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

123 OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

124 HC 82903, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

da presunção de inocência a execução da pena que não esteja fundada em sentença penal condenatória transitada em julgado.<sup>125</sup>

O encarceramento anterior à sentença condenatória definitiva deve apresentar motivação concreta e somente na medida em que, de fato, proteger o adequado e regular exercício da jurisdição penal. Apenas dessa maneira será possível legitimar a privação da liberdade daquele que, nos termos da art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ainda é considerado inocente.<sup>126</sup>

Sendo assim, o simples fato de a prisão provisória, de cunho estritamente cautelar, sintonizar-se com as diretrizes constitucionais não tem o condão de, por si só, autorizar o início da execução antecipada da pena – prisão de natureza sancionatória, portanto diversa daquela.

Adotar outro entendimento significa classificar como idênticos institutos completamente distintos entre si, desconsiderando, assim, as particularidades e características da cada uma daquelas modalidades de prisão - penal e cautelar - o que, por conseguinte, configura desatendimento ao princípio da presunção de inocência.

### 3.5. Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa

Discussões sobre o alcance do princípio da presunção de inocência não se restringem à esfera penal. Tanto é assim que um dos argumentos adotados pelos adeptos da execução antecipada da pena foi o de que se é possível declarar a inelegibilidade de um cidadão em razão de sua condenação em segundo grau de jurisdição, também é permitido, pelo mesmo motivo, que seja determinado o início da execução antecipada de sua pena.

O argumento não pode, contudo, ser considerado de princípio, uma vez que não se baseia em direitos. Em vez disso, apenas limita-se a inferir que se determinada situação é autorizada, outra, porquanto supostamente semelhante, também será.

Introduzido pela Lei Complementar n. 135/2010, o art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/1990<sup>127</sup>- Lei da Ficha Limpa - passou a considerar inelegíveis aqueles

---

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

126 OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

127 Art. 1º. São inelegíveis:

I - para qualquer cargo: (...) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (...) (destacou-se)

que sofreram condenação, pela prática de determinados crimes, por órgão colegiado em segundo grau.

A despeito do disposto no art. 14, § 9º, da Constituição Federal,<sup>128</sup> a referida hipótese de inelegibilidade foi questionada no Supremo Tribunal Federal, por violação ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista tratar-se de condenação ainda não definitiva.

O tema foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2010, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144. Na oportunidade, a Corte Suprema entendeu que, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, não se poderia impedir o registro da candidatura daquele que ostentava condenação sem trânsito em julgado. Assim, a Corte, também com base no posicionamento adotado no HC 84.078/MG, consagrou a chamada eficácia irradiante da presunção de inocência, estendendo o alcance do princípio ao âmbito eleitoral.

Posteriormente a questão foi novamente submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal. Desta vez, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Na ocasião, o Tribunal, por maioria dos votos, modificando o seu entendimento para limitar o alcance do princípio da presunção de inocência ao âmbito penal, julgou constitucional o referido dispositivo da Lei Complementar n. 135/2010, entendendo que impedir a criação de novas hipóteses de inelegibilidade configuraria frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal, consoante se observa da ementa parcialmente reproduzida a seguir:

**AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO**

<sup>128</sup> Art. 14 (...). § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (destacou-se)

INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. (...)

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. (destacou-se)

Ocorre que, conforme já exposto no item 1.1. do presente trabalho, do princípio da presunção de inocência decorrem duas regras. Pela regra de tratamento, o acusado não pode, em nenhuma hipótese, ser tratado como condenado até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, o princípio impede a outorga de consequências jurídicas sobre o cidadão antes do trânsito em julgado da sentença criminal. Noutra linha, pela regra probatória, se a culpa não for devidamente comprovada, o réu deverá ser absolvido, prevalecendo a máxima *in dubio pro reo*.

Vê-se, portanto, que a regra de tratamento impede que recaia sobre o acusado toda e qualquer consequência jurídica enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da condenação. Assim, o alcance do princípio da presunção de inocência é amplo, extrapolando as fronteiras da seara penal, de modo a obstar a imposição de consequências ao indivíduo, seja ela de que natureza for, até que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação – marco expressamente estabelecido na Constituição da República.

Nesse mesmo sentido, o Ministro César Peluso, no julgamento do HC 84.078/MG, asseverou que o conteúdo jurídico do princípio da presunção de inocência traduz a expressão de uma garantia no sentido substancial, que impede o ordenamento jurídico de impor ao réu “nenhuma medida que atinja sua esfera ou patrimônio jurídico, no sentido largo do termo, enquanto não sobrevenha sentença definitiva condenatória”.

Na mesma oportunidade, o Ministro assinalou ainda que “o ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi

emitido em caráter definitivo.”

Assim, seja na esfera penal, na eleitoral ou em qualquer outra, a aplicação de eventual sanção ou qualquer outra forma de restrição ou cerceamento de direito só se justifica quando fundada em condenação definitiva proferida em processo judicial.

Não se desconsidera, todavia, a diferença das consequências geradas por uma situação e por outra. De fato, não há como se comparar a maior gravidade, em razão de condenação em segundo grau, de alguém ser submetido à prisão, a título de execução antecipada da pena, com a suspensão da capacidade eleitoral passiva, que não atinge o direito de locomoção do indivíduo.

Entretanto, ainda que, no caso da Lei da Ficha Limpa, não se trate de pena, mas tão somente de condição de elegibilidade, esta pressupõe um juízo de culpa, que, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, só se torna legítimo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>129</sup>

A título de registro, convém, ainda, destacar idêntico posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar constitucional a expressão “desde que o acusado não esteja sendo processado”, constante do art. 89 da Lei n. 9.099/95, na parte em que veda a suspensão condicional do processo a réu que responda a outra ação penal.<sup>130</sup> Dessa maneira, a presunção de inocência, mais uma vez, encontra interpretação restritiva pelo Pretório Excelso, especialmente porque ainda não há sequer condenação pendente de recurso, mas apenas processo.<sup>131</sup>

Todavia, reitere-se que a regra de tratamento, extraída do princípio da presunção de inocência, impede a imposição de toda e qualquer consequência ao acusado, seja ela de que natureza for, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da condenação.

Sendo assim, o argumento de que a condenação em segundo grau, por implicar inelegibilidade, também autoriza o início da execução da pena não deve prosperar, pois, ambas as hipóteses deixam de observar que a inocência perdura até que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação, marco expressamente estabelecido pelo constituinte originário.

---

129 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lei da Ficha Limpa fere a presunção de inocência*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-13/direito-defesa-lei-ficha-limpa-fere-principio-presuncao-inocencia> .

130 Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, **desde que o acusado não esteja sendo processado** ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. (grifou-se)

131 RHC 79460/SP, Relator para acórdão Ministro Nelson Jobim.

### 3.6. Direito comparado

Com a devida vênia, toda e qualquer tentativa de querer justificar esse ou aquele posicionamento a partir do direito comparado revela-se improdutiva e, até mesmo, inócua. Isso porque, trata-se de notório argumento de política, sem lastro em direitos e desprovido de amparo no ordenamento jurídico interno, portanto, ilegítimo a embasar uma decisão judicial, por violação ao pacto democrático. Demais disso, quem invoca o direito estrangeiro sempre o faz suscitando as razões ou os parâmetros que lhe convenham. Tais apontamentos comparativos costumam ser realizados de maneira seletiva e casuística, com o propósito de que sejam amoldados à situação que se almeja defender.

É preciso ter em mente que cada Estado soberano possui legislação e sistema jurídico próprios. Assim, cada país tem sua constituição, leis, e demais instrumentos normativos vocacionados a definir, por exemplo, em que instante se encerra a presunção de inocência, o modelo de processo penal, a estrutura do Poder Judiciário, a forma de ingresso dos magistrados, entre outros.

Nessa mesma linha, Horback assevera que, não raro, não há, nas decisões, nenhuma preocupação com a função das regras dos países adotados como referência, mas apenas com seu teor literal.<sup>132</sup> Alertando para a falta de critério na escolha dos modelos e sobre os riscos da adoção do direito comparado, o professor destaca, ainda, a falta de legitimidade do direito estrangeiro, conforme se constata do trecho a seguir:

Ante tal contexto, importante lembrar a advertência de Scarciglia acerca dos riscos de um procedimento de comparação não amparado pela metodologia adequada: “sem um enfoque metodológico sério, o estudioso corre o risco de não levar a cabo nenhuma atividade de comparação real, incorrendo mais na realização de atividades em sua maior parte ornamentais, sem nenhum valor epistemológico”.

Entretanto, mesmo seguindo esses requisitos, há ainda objeções ao uso do direito estrangeiro na jurisdição constitucional, basicamente sob dois fundamentos: a ausência de legitimidade do direito estrangeiro — que não passa pelo crivo dos processos internos de formação normativa — e a discricionariedade dos juízes na identificação dos modelos estrangeiros a serem utilizados em suas decisões, no que Antonin Scalia chama jocosamente de *cherry-picking*.<sup>133</sup>

Nesse cenário, dadas as particularidades de cada Estado soberano, torna-se inviável

<sup>132</sup> Horback, Carlos Bastide. *Referências estrangeiras são constante no STF*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-10/observatorio-constitucional-referencias-estrangeiras-sao-constante-stf>

<sup>133</sup> Horback, Carlos Bastide. *Referências estrangeiras são constante no STF*. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2012-nov-10/observatorio-constitucional-referencias-estrangeiras-sao-constante-stf>.

querer comparar o incomparável. A título de exemplo, os defensores da execução antecipada sempre invocam, na tentativa de justificar sua tese, o direito norte-americano. Ora, é preciso consignar que aquele país apresenta – além de diferenças históricas, culturais, democráticas, etc -, sistema processual penal diverso do brasileiro.

A título de registro, a Constituição norte-americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição, porém, diferentemente do previsto na Constituição do Brasil, o acesso aos tribunais superiores é extremamente restrito, a ponto de nem sequer ser considerado um direito, mas apenas um possibilidade.<sup>134</sup>

A rigor, as petições dirigidas à Suprema Corte – *petition for certiorari* – são, em sua grande maioria, rejeitadas, caso em que são consideradas, implicitamente, indeferidas, ficando mantida a decisão do tribunal de origem. A Corte elege, portanto, número bastante reduzido de casos para julgamento, sendo que para cada um deles, os admitidos, a Corte emite um *writ of certiorari*.<sup>135</sup>

No mesmo sentido, Lopes Júnior assinala que, além das diferenças recursais e do sistema carcerário, os Estados Unidos adotam, em matéria penal, julgamento colegiado já na primeira instância. Acrescenta ainda que “há uma diferença crucial e não citada: nossa Constituição prevê – ao contrário das invocadas – a presunção de inocência até o trânsito em julgado. Essa é uma especificidade que impede o paralelismo, uma distinção insuperável”.<sup>136</sup>

Por outro lado, alguns adeptos da execução antecipada, a pretexto de que a medida visa a “proteger a sociedade”, aí incluídos magistrados e membros do Ministério Público, ignoram, por exemplo, que, nos Estados Unidos, referidas classes de servidores públicos não têm direito ao dobro do tempo de férias conferidas aos demais trabalhadores, tampouco mencionam que naquele país os magistrados não tem carro oficial, com motorista à disposição, muitas vezes exclusivo.

O mesmo se diga em relação ao auxílio-moradia - benefício de questionável legitimidade, pois concedido por decisão do Conselho Nacional de Justiça e mantido por liminar do Supremo Tribunal Federal e, atualmente, pago a todos os membros do Judiciário e do Ministério Público, mesmo àqueles que trabalham em suas cidades de origem e que possuem residência própria -, como se somente esse grupo de servidores fizesse jus ao direito

---

134Carvalho Netto, Menelick. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*, Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-ADC-43-PEN-ART-283-CPP.pdf>  
135 Idem.

136 Lopes Júnior, Aury. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>

social de morar, previsto no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal.<sup>137</sup>

Os privilégios conferidos somente a algumas carreiras públicas, dentre os quais o questionável auxílio-moradia, foi alvo de críticas do Ministro Gilmar Mendes, em recente artigo de sua autoria. Para o constitucionalista e magistrado do Supremo Tribunal Federal, não se pode admitir salários que ultrapassem indevidamente o teto constitucional, citando, como exemplo, justamente o auxílio-moradia, conforme se constata dos seguintes trechos:

Infelizmente, a Constituição de 1988 não encerrou esse ciclo. Conta-se que Sepúlveda Pertence, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, costumava dizer que o constituinte foi tão generoso com o Ministério Público que o órgão deveria ver o Brasil com os olhos de uma grande nação amiga.

Na prática atual, no entanto, os altos salários, muitas vezes inaceitavelmente acima do teto constitucional, e os excessos corporativistas dos membros do Parquet e do Judiciário nos levam a enxergar a presença de um Estado dentro do Estado, obnubilando, por um lado, a divisão de tarefas entre as instituições, que deveria viabilizar o adequado funcionamento do governo, e escancarando, por outro, o crescente corporativismo que se revela a nova roupa do nosso velho patrimonialismo.

Em contexto de abalo das lideranças políticas e de irresponsabilidade fiscal, esse cenário nos levou a vivenciar fenômenos como liminares judiciais para concessão de aumento de subsídios a juízes -travestido de auxílio-moradia- e também conduziu o Congresso à aprovação de emenda constitucional que estendeu a autonomia financeira à defensoria pública, o que obviamente se fez acompanhar por pressões de diversas outras categorias para obter o mesmo tratamento.

Tais providências trazem grandes prejuízos, tanto por reduzirem drasticamente a capacidade de alocação orçamentária dos Poderes eleitos para tanto como porque sempre são adotadas em detrimento dos que necessitam de políticas públicas corajosas e eficientes.<sup>138</sup> (destacou-se)

Os exemplos acima mencionados, embora não sejam objeto de análise da presente pesquisa, evidenciam, assim como a possibilidade de execução antecipada da pena, situações de duvidosa constitucionalidade. Ademais, também servem para corroborar a assertiva de que pretender justificar algum posicionamento invocando o direito comparado é tarefa contraproducente e, muitas vezes, polêmica. Pois, conforme já destacado, sempre se invoca, seletivamente, do país escolhido como parâmetro, determinada situação que sirva de embasamento para o posicionamento que se deseja defender ou justificar.

A solução da questão sob exame deve ser buscada, portanto, à luz da legislação interna

137 Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifou-se)

138 MENDES, Gilmar Ferreira. *É hora de acabar com vantagens ilegais de juízes e MP e frear o corporativismo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-28/gilmar-mendes-chegou-hora-frear-corporativismo-juizes-mp>. O artigo foi originalmente publicado no Jornal Folha de São Paulo sob o título de A república corporativa.



de cada país. Mesmo porque, conforme já destacado pelo professor Horback, o direito estrangeiro carece de legitimidade, pois não tem o condão de sobrepor-se à legislação nacional. Nesse mesmo sentido, considerando inadequado socorrer-se ao direito comparado, registre-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello, proferido no HC 126.292/SP:

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, cuas 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. (destacou-se)

Retomando a questão da execução antecipada da pena, a Constituição Federal, conforme reiteradamente destacado no presente trabalho, elegeu, de forma clara e expressa, o trânsito em julgado da condenação como momento de cessação da presunção de inocência; e não o duplo grau de jurisdição, como se constata ter sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP.

Se o marco limítrofe determinado pelo constituinte originário é o mais adequado ou não, se agrada a todos ou não, essa é uma outra questão, um outro debate. Pelo mesmo raciocínio, se, no modelo brasileiro, ao contrário do que ocorre no direito norte-americano, o acesso aos tribunais superiores é tarefa das mais simples, a discussão também refoge ao escopo da presente pesquisa. Mas o fato é: conforme nítida e expressamente estabelecido na Constituição da República, somente após a superveniência do trânsito em julgado um cidadão poderá ser considerado culpado.

O que se deve ter em mente, conforme adverte Lênio Streck, é que não cabe ao Judiciário extrapolar os limites semânticos do texto e decidir de modo a desvirtuar o que a Constituição estabelece. Referido autor, também invocando o argumento da democracia, destaca, ainda, o fato de os parlamentares, ao contrário dos membros do Judiciário, terem sido escolhidos pela vontade popular, por meio do voto, consoante trechos a seguir:

A partir da Constituição a partir da Constituição - que fez uma opção que pode não ser a de outros países, *mas, paciência, esta é a nossa Constituição* - o legislador espelhou a tese de que prisão, no sentido processual da palavra, só depois do trânsito em julgado. *E depois que alcançamos esse patamar, o judiciário não pode, só porque não concorda com a semântica constitucional, vir a dizer mais do que a Constituição. E nem menos. O STF não possui uma “coisa” que o constituinte tinha e mesmo o parlamento, ainda que dentro de determinados parâmetros constitucionais, tem: voto.* Por isso - e isso sempre vem bem lembrado pelo ministro Marco Aurélio - a Constituição Federal diz que *são poderes da República o legislativo, o*

*executivo e o judiciário*. E não o contrário.<sup>139</sup> (grifou-se)

Sendo assim, embora se tratem de questões que estejam além do alcance deste trabalho, eventuais medidas destinadas a, entre outros, promover celeridade processual e, por conseguinte, reduzir a sensação de impunidade e prestigiar a efetividade do direito penal, deverão ser implementadas pela via adequada, ou seja, a legislativa, por meio dos instrumentos normativos hábeis a promover uma verdadeira reforma processual.

Tanto é que uma das recomendações sugeridas ao Brasil pela Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Americana contra a Corrupção foi justamente a de “implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção”.<sup>140</sup>

### **3.7. Estatísticas de absolvição em recurso extraordinário e recurso especial**

Questão controvertida, e também temerária, é pretender justificar determinado posicionamento com base em estatísticas. Por esse caminho, se os números se mostram favoráveis, então a decisão será considerada acertada. Do contrário, a decisão consistirá em flagrante equívoco. Trata-se de mais um argumento de política adotado por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, portanto, incapaz de legitimar uma decisão judicial.

No caso da execução antecipada da pena, os defensores da medida costumam apresentar diversos números, sobretudo para demonstrar que o percentual de provimento dos recursos extraordinário e especial é tão baixo, quase ínfimo, que justificam a imposição da pena logo após a condenação em segundo grau, e não após o trânsito em julgado, conforme expressamente previsto na Constituição Federal.

Por outro lado, os que são contrários à execução antecipada da pena também se socorrem as estatísticas no intuito de demonstrar que o percentual de provimento dos recursos excepcionais não é tão irrelevante assim. Ao contrário, os números apresentados evidenciam ser bastante significativo o percentual de sucesso dos recursos defensivos.

No julgamento do HC 84.078/MG, o Ministro Joaquim Barbosa, adepto à execução

---

139 STRECK, Lenio Luiz. *Presunção de inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>.

140 [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_bra\\_por.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_bra_por.pdf), p. 2.

antecipada da pena, apresentou estatística do julgamento de recursos extraordinários, apenas os de sua relatoria, nos últimos 2 (dois) anos – contados desde o julgamento do HC 84.078/MG, portanto, em 2008 e 2009. De acordo com os números, dos 167 recursos interpostos, apenas 36 foram providos, dos quais, 30 versavam sobre progressão de regime em crime hediondo. Assim, concluiu que o percentual de provimento girava em torno de apenas 4% dos casos.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso, no HC 126.292/SP, asseverou que o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é ínfimo, inferior, segundo ele, a 1,5% do total. Destacou, ainda, que, no período compreendido entre 01.01.2009 e 19.04.2016, das 25.707 decisões proferidas em recursos extraordinários e agravos criminais, o percentual de absolvição não chegou a 0,1% dos casos.

Convém consignar, no entanto, que os números apresentados por ambos os magistrados consideram apenas e tão somente recursos extraordinários. Não há menção às estatísticas relativas a recursos especiais, cujo percentual de provimento em prol da defesa, seguramente, é e será muito maior, tendo em vista que o volume de processos que tramita perante o Superior Tribunal de Justiça supera, e muito, aquele verificado no Supremo Tribunal Federal, o que relativiza, sobremaneira, o resultado das amostras aduzidas pelos citados ministros.

De outra banda, porém, os números apresentados pelos magistrados que se opõem à execução antecipada da pena são bem distintos. No julgamento do HC 126.292/SP, por exemplo, o Ministro Ricardo Lewandowski assinalou que o percentual de absolvição em recursos aproxima-se de 25% do total dos casos, consoante se observa do seguinte fragmento:

Quer dizer, em se tratando de liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade de que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo. (destacou-se)

Frise-se, ainda, que, conforme asseverado pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 84.078/MG, mesmo nas instâncias superiores, a discussão jurídica sobre eventual violação ao direito de locomoção, a despeito da possibilidade de interposição de recursos extraordinário e especial em matéria criminal, é realizada, na maioria das vezes, por meio de habeas corpus. Ainda de acordo com o Ministro, no ano de 2007, mais de 1/3 (um terço) dos habeas corpus impetrados no Supremo Tribunal Federal foram pela concessão da

ordem.

Constata-se, portanto, que, independentemente do percentual adotado como parâmetro, se alto ou baixo, inúmeras absolvições, de fato, ocorrem, seja pelo provimento de recursos excepcionais - situação reconhecida até mesmo pelo Ministro Barroso,<sup>141</sup> que asseverou ser insignificante o percentual de provimento dos recursos -, seja por meio de habeas corpus.

Nesse cenário, o Ministro Cezar Peluso destacou que a prisão de um único inocente já seria suficiente para caracterizar flagrante injustiça, o que, de fato, sói acontecer e, conseqüentemente, servir de amparo para impedir a execução provisória da pena, consoante trecho a seguir:

Mas vejam os riscos que implicam para o Tribunal assumir a responsabilidade de deixar sem resposta satisfatória ainda que fosse um único caso da prisão de um inocente ou daquele que afinal vem a ser reconhecido, nas instâncias extraordinárias, como inocente! Um único caso seria suficiente. Lembro-me do que Beccaria dizia – aliás, precisamos retornar a Beccaria: o que ganha a humanidade com a condenação de um inocente? Aliás, o Ministro Ricardo Lewandowski demonstrou que, só no âmbito dos habeas corpus, a ordem é concedida em um terço dos casos! (destacou-se)

Embora não verse sobre violação ao princípio da presunção de inocência ou do encarceramento antecipado daquele que virá a ser absolvido nas instâncias superiores, convém registrar, *mutatis mutandis*, célebre frase de Nelson Rodrigues sobre toda e qualquer injustiça cometida contra um inocente. Para o renomado romancista, jornalista e dramaturgo, “se a salvação da humanidade depender do sangue um inocente, a humanidade deve ser imolada e nunca o inocente”.<sup>142</sup>

Ocorre que, em que pesem as estatísticas apresentadas, favoráveis e desfavoráveis à execução antecipada, a implementação e o cumprimento de um direito fundamental não pode ser guiado por estatísticas. O exercício de um direito fundamental não pode se sujeitar a números, frações, amostras, resultados, etc.

Em outras palavras, não é porque o percentual de provimento de recursos excepcionais da defesa é baixo que a execução antecipada da pena deverá ser autorizada. Por outro lado, o fato de o número de provimentos de recursos da defesa, muitos deles pela absolvição do acusado, ser relevante, deflagrando inúmeros casos de condenações e prisões injustas, que a execução antecipada deverá ser vedada. Não se pode, portanto, relativizar ou até suprimir direitos fundamentais embasando-se em meras estatísticas. Não há amparo jurídico para isso.

---

141 De acordo com dados apresentados pelo Ministro Barroso, foram identificadas **apenas** nove decisões absolutórias, o que representa 0,035% do total de decisões.

142 RODRIGUES, Nelson. Flor de Obsessão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 90.

O princípio da presunção de inocência deve ser respeitado porque está expressamente previsto no texto constitucional, que estabelece ser o trânsito em julgado da sentença condenatória o marco divisor entre a culpabilidade e a inocência. Sendo assim, somente a partir de condenação definitiva é que a pena poderá ser executada.

Em síntese, as estatísticas não estão baseadas em direitos, muito menos os prestigiam, sendo, como já destacado, mero argumento de política, com viés pragmático, inapto, portanto, a embasar uma decisão judicial. Adotar posicionamento diverso significa desconsiderar a força normativa da constituição.

#### 4. FATORES CONTRÁRIOS À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

No capítulo anterior realizou-se classificação e exame dos principais argumentos favoráveis à execução antecipada da pena, bem como foram apresentados os correspondentes contrapontos àqueles argumentos. No presente capítulo, serão expostos alguns fatores que também servem para evidenciar que a imposição da prisão decorrente de condenação sem trânsito em julgado consiste em medida desprestigiadora de direitos fundamentais.

##### 4.1. A dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 constitui notável marco jurídico dos direitos humanos no Brasil. Isso decorre, sobretudo, da ruptura com o período de exceção, que perdurou por mais de 21 anos, e da retomada da democracia, que resgatou e estabeleceu uma série de direitos individuais que haviam sido cerceados. Assim, ao promover a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, a Constituição de 1988 sinalizou que a dignidade humana constitui um dos parâmetros orientadores de toda a conduta estatal.<sup>143</sup>

Convém ressaltar que a atual Constituição Federal foi a primeira das constituições brasileiras a adotar o núcleo da dignidade humana com um dos fundamentos do Estado, assim determinado em seu art. 1º, III,<sup>144</sup> o que evidencia a intenção do constituinte originário em erigir o tema dos direitos humanos como um de seus pontos centrais.

Demais disso, o constituinte originário também revelou sua preocupação com a dignidade humana ao traçar os objetivos do Estado brasileiro, uma vez que todo o rol disposto no art. 3º da Constituição Federal relaciona-se com a dignidade da pessoa humana.<sup>145</sup>

Não bastasse, outra inovação promovida pelo constituinte de 1988 foi a de fixar os direitos humanos como um dos princípios norteadores da atuação do Estado Brasileiro em suas relações internacionais, conforme o disposto no art. 4º, II, da Constituição Federal.<sup>146</sup>

143 BARRETO, Rafael. *Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2012.

144 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III – a dignidade da pessoa humana;

145 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

146 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)

II - prevalência dos direitos humanos;

Nesse cenário de conquistas de direitos, sobretudo na proteção a direitos humanos, a execução antecipada da pena também configura violação à dignidade humana, na medida em que deixa de observar um dos mais relevantes direitos fundamentais.

Imperioso registrar que a violação a direitos humanos não reside pura e simplesmente no fato de a execução penal, a partir do julgamento do HC 126.292/SP, poder ser iniciada logo após o duplo grau de jurisdição, até porque, conforme já destacado no capítulo 1, são inúmeros os diplomas internacionais que adotam o duplo grau de jurisdição como marco interruptivo da presunção de inocência.

A afronta à dignidade humana configura-se no instante em que o direito fundamental previsto no art. 5º, LVII, da Constituição é desconsiderado, uma vez que os direitos fundamentais são, no plano normativo, os direitos humanos positivados na ordem interna de cada Estado.<sup>147</sup>

Em outras palavras, a violação à dignidade humana caracteriza-se a partir do instante em que o trânsito em julgado da condenação – marco limítrofe entre a culpa e a inocência expressamente previsto pela Constituição Federal – é ignorado, permitindo, assim, o início do cumprimento da pena em momento diverso daquele estabelecido no texto constitucional.

Assim, a violação ao princípio da presunção de inocência constitui não apenas inobservância a um direito fundamental, mas também afronta à dignidade humana, na medida em que o marco temporal expressamente previsto pelo constituinte originário – o trânsito em julgado da condenação –, além de desconsiderado, passa a ser substituído, ao arrepio do que estabelece o texto constitucional, pelo duplo grau de jurisdição.

Nessa seara, não haveria violação à dignidade humana se o marco limítrofe entre a inocência e a culpabilidade adotado pela Constituição da República fosse o duplo grau de jurisdição. Mas essa não foi a escolha do constituinte originário, que elegeu, nítida e categoricamente, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim, sendo, a execução antecipada da pena, porque deixa de observar o comando constitucional, também constitui violação à dignidade humana na medida em que retira do indivíduo um direito expressamente previsto na Carta da República, deixando-o à mercê do arbítrio estatal, com a chancela do Supremo Tribunal Federal – o chamado guardião da Constituição.

Nesse cenário, a execução antecipada em matéria penal configura afronta à dignidade

---

147 BARRETO, Rafael. *Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2012.

humana. Logo, se o entendimento de que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada.<sup>148</sup>

Nesse mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 84.078/MG, asseverou que a execução antecipada da pena, tendo em vista a nítida vedação constitucional, configura violação à própria dignidade humana, conforme excerto de seu voto abaixo reproduzido:

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto de ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada. (grifou-se)

Naquele mesmo julgado, o Ministro Gilmar Mendes advertiu, ainda, que a prisão antecipada da pena afrontaria não só o princípio da presunção de inocência, mas também os princípios da dignidade humana e da proporcionalidade, consoante trecho de seu voto a seguir transcrito:

Feitas essas considerações, parece-me que o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, sem qualquer necessidade de fundamentação, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade. Justamente porque não se trata de uma custódia cautelar, tal como prevista no art. 312, do Código de Processo Penal, que pode efetivar-se a qualquer tempo, desde que presentes os motivos dela ensejadores, o recolhimento à prisão por força legal, tal como se vem aplicando por interpretação da Lei n. 8.038/90, afigura-se-me uma antecipação da pena não autorizada pelo texto constitucional. (grifou-se)

Compartilhando o posicionamento de que a execução antecipada da pena viola o princípio da dignidade humana, o Ministro César Peluso, naquele mesmo julgamento, asseverou que “a pessoa humana, que seja réu no processo penal, não perde sua dignidade por sê-lo. O Estado adota o princípio para resguardar essa condição de dignidade do réu no curso do processo, até que lhe sobrevenha sentença penal condenatória em caráter definitivo”.

#### **4.2. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**

É consagrada a ideia de que Constituições dirigentes, garantistas e compromissórias,

---

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



como a do Brasil, têm como propósito não só estabelecer a forma de organização do Estado e definir as regras de elaboração das leis, mas, especialmente, assegurar a efetivação de direitos fundamentais.

Esses direitos e garantias fundamentais encontram-se previstos não apenas no texto constitucional, mas, no caso do princípio da presunção de inocência, também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica e em diversos outros diplomas internacionais, conforme já exposto no Capítulo 1 desta pesquisa.

O termo contramajoritário decorre do fato de que, ao contrário dos Poderes Executivo e Legislativo, cujos representantes são eleitos, regra geral,<sup>149</sup> pela maioria, os magistrados, por não serem eleitos pelo voto popular, como ocorre no Brasil, não representam a sociedade.

Nesse cenário, o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal consiste em atuar de maneira contrária à vontade da maioria. Significa, portanto, agir contra os interesses das maiorias em defesa das minorias, no intuito de assegurar direitos fundamentais.

Ocorre que, o fato de os representantes do povo serem eleitos democraticamente, de acordo com as regras do processo eleitoral, não significa que o princípio democrático possa ser exercido de maneira absoluta. Em outras palavras, a escolha popular, por si só, não traduz legitimidade nas decisões dos representantes da sociedade, uma vez que os atos legislativos devem respeitar o disposto na Constituição, documento este, registre-se, também elaborado pelo Poder Legislativo, investido nas atribuições de Assembleia Nacional Constituinte.

Sendo assim, a Constituição, a despeito de entendimentos em sentido contrário, não apenas harmoniza-se com a democracia, como também exerce papel essencial no regime democrático, atuando como um verdadeiro dique contra os desejos de grupos majoritários, evitando, dessa forma, que a democracia seja abalada pela violação das regras que a própria Constituição estabeleceu.<sup>150</sup> Sobre a necessidade, em um Estado Democrático de Direito, de os poderes da república se submeterem ao disposto na Constituição, Streck assevera que:

O Estado constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois, se a essência do Estado de Direito é a

---

149 No caso brasileiro, as eleições para Presidente da República e Senador adotam o critério majoritário, ao passo que os deputados federais são eleitos pelo sistema proporcional, assim estabelecido pela Constituição Federal.

Art. 77 (...) § 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

CF, art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. (grifou-se)

150 Streck, Lênio. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014.

submissão do poder ao direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo.<sup>151</sup> (sublinhou-se)

No mesmo sentido, consoante já abordado no Capítulo 1, Dworkin ressalta a importância do papel contramajoritário desempenhado pelo Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, sobretudo em favor das minorias, destacando que, não raro, o interesse público é contrário à concessão de determinados direitos.

Nessa esteira, assinalando ser evidente que nenhuma democracia é capaz de proporcionar plena igualdade de poder político a todos os cidadãos, Dworkin aduz, ainda, que, no tocante à implementação de direitos individuais, transferir a competência de algumas decisões do Legislativo para o Judiciário pode acarretar benefícios para uma minoria desprovida de representatividade.

Convém consignar que o conceito de minorias aqui adotado é amplo, considerando-se como tal todo e qualquer grupo, ainda que numericamente majoritário, que, em razão de suas características étnicas, culturais, religiosas, sexuais, etc, sofra ou venha a sofrer qualquer tipo de preconceito, discriminação, violação ou restrição a direitos.

Ainda no desempenho de seu papel contramajoritário, cabe também aos juízes realizar o controle de constitucionalidade das leis, a fim de assegurar a supremacia do texto constitucional contra atos elaborados pelos representantes do povo.

Assim, em detrimento ao Legislativo e ao Executivo, o Judiciário brasileiro, que não tem em sua estrutura indivíduos escolhidos pelos cidadãos, quando realiza seu dever de proteger a Lei Maior, o faz por meio de procedimentos pouco usuais, pois realiza o controle de constitucionalidade contramajoritariamente, uma vez que os outros dois Poderes são os que atuam em nome da maioria.

Nessa seara, o papel da jurisdição constitucional passa a ser também o de efetivar e assegurar direitos fundamentais, em especial o das minorias que simplesmente não tem voz entre os representantes da maioria, estando, portanto, alijados dos procedimentos decisórios e desprovidos de representatividade.

Em outras palavras, os desejos da maioria, destinados a preservar os chamados valores da sociedade, nem sempre estão alinhados com o cumprimento dos direitos assegurados no texto constitucional, sendo certo que, não raro, os ímpetos desse grupo majoritário, que geralmente almeja resposta imediata às suas demandas, podem implicar verdadeira

---

151 Streck, Lênio. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014.

fulminação a direitos fundamentais.<sup>152</sup>

A despeito de argumentos em sentido contrário, de que a efetivação de direitos fundamentais pela via do judiciário enfraquece a cidadania e afronta o princípio democrático, Lênio Streck destaca que “não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque diante das decisões judiciais concessivas de direitos”<sup>153</sup>

É o caso, por exemplo, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e na Ação de Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Acolhendo voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Brito, a Corte decidiu conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil,<sup>154</sup> no sentido de excluir qualquer significado que pudesse impedir o reconhecimento de pessoas do mesmo sexo como unidade familiar.

Na ocasião, o Ministro Ayres Britto ressaltou que o disposto no art. 3º, IV,<sup>155</sup> da Constituição Federal obsta toda e qualquer possibilidade de discriminação em razão de sexo, raça, cor e que, por esse motivo, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em virtude de sua orientação sexual. Ainda de acordo com o Ministro, “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”. A seguir, trechos da ementa do referido julgado:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO.

152Carvalho Netto, Menelick. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*, Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-ADC-43-PEN-ART-283-CPP.pdf> 153 Idem.

154 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (grifou-se)

155 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). (...) 6. **INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.** (destacou-se)

O reconhecimento da união estável homoafetiva por meio de ação direta de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental configura notável exemplo de implementação de direitos fundamentais pela via do Judiciário, autêntica atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no seu mister de jurisdição constitucional, de guardião da Constituição Federal.

Ainda com relação ao papel contramajoritário das Cortes Constitucionais, registre-se que, em 17.5.1954, no caso *Brown v. Board of Education*, um dos julgamentos mais importantes e emblemáticos de todo o Século XX, a Corte Suprema norte-americana, também assegurando direitos fundamentais, especialmente o direito de igualdade, por unanimidade (9 votos a 0), declarou inconstitucional a segregação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas dos Estados Unidos.

O caso versava sobre uma estudante negra, Linda Brown, que teve a matrícula negada em uma escola pública para brancos. Irresignado, o pai da jovem ajuizou ação, pleiteando o ingresso da filha na instituição de ensino. A justificativa da escola para a negativa de matrícula da menor baseava-se no caso *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1892, em que a Corte Suprema - validando a segregação racial em locais públicos dos Estados Unidos,

especialmente no sul do país - negou o direito de um negro que pleiteava assento em um trem no mesmo vagão destinado a brancos.<sup>156</sup> Uma frase proferida pela Corte na sentença perdurou por muitos anos: “separados, mas iguais”.<sup>157</sup>

No caso *Brown*, a Corte, presidida pelo então *Chief Justice* Warren, revendo seu posicionamento, decidiu que a aludida expressão, “separados, mas iguais”, violava a XIV Emenda Constitucional.<sup>158</sup> Assim, o Tribunal passou a entender que a segregação constituía discriminação contra as crianças negras, fazendo com que estas se sentissem inferiorizadas em relação às brancas, determinando, portanto, a imediata admissão de Linda Brown na instituição de ensino.

Para Robert Dahl, o caso *Brown*, além de diversas outras decisões que versavam sobre direitos civis proferidas pela Corte à época, caracterizou-se como uma exceção à sua tese.<sup>159</sup> Decisão, portanto, de cunho contramajoritário, em defesa de minorias.<sup>160</sup>

Em contraste com a visão de Dahl no episódio, outros teóricos da linha majoritária entenderam que *Brown* era consistente com as suas teorias. Apesar da visão mais convencional de que *Brown* foi o exemplo mais paradigmático de uma decisão contramajoritária, justificando a *judicial review*, esses teóricos trazem *Brown* para a causa majoritária ao afirmar que “uma maioria nacional favoreceu o resultado em *Brown*, como

---

156 O caso foi julgado pela Suprema Corte em 1896. Na oportunidade, apenas um juiz, Jonh Harlan, posicionou-se de maneira contrária à segregação. O magistrado, além de ter afirmado que a Constituição é cega quanto a cor dos indivíduos (“color-blind”), profetizou em seu voto: “Na minha opinião, o julgamento que hoje se concluiu se mostrará, com o tempo, tão pernicioso quanto a decisão tomada neste tribunal no Caso Dred Scott. A presente decisão não apenas estimulará a discriminação e a agressão contra os negros como também permitirá que, por meio de normas estatais, sejam neutralizadas as benéficas conquistas aprovadas com as recentes mudanças constitucionais”.

157 No original em inglês, *separate but equal*.

158 XIV Emenda, Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

159 DAHL, Robert. *Tomada de Decisões na democracia: a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão na democracia*.

O cientista político Robert Dahl, em obra produzida em 1957, portanto alguns anos antes Bickel, concluiu que a Suprema Corte não tinha funcionado historicamente como uma instituição contramajoritária e, por razões estruturais, era improvável que viesse a fazê-lo. Dahl argumentou que “a política de visões dominantes sobre o Tribunal nunca fica por muito tempo fora de sintonia com os pontos de vista políticos dominantes entre as maiorias legislativas dos Estados Unidos.”

160 Idem. Para Robert Dahl, o caso *Brown* ilustrava que o Tribunal poderia agir com sucesso e ainda poderia lograr êxito na elaboração de políticas nacionais quando a coalizão nacional do governo no Congresso e na Casa Branca estivesse “instável com relação a certas políticas”, como de fato vislumbrou quanto aos direitos civis naquele período. Assim, Dahl enxergou *Brown* e outras decisões sobre direitos civis proferidas pela Corte como uma exceção à sua tese. Essas exceções eram possíveis, em seu ponto de vista, sempre que não existisse uma coalizão sólida o suficiente entre o Legislativo e o Executivo para derrubar o Tribunal, tal como de fato não havia em relação a *Brown*. Nesses contextos, Dahl argumentou que o Tribunal teve ampla liberdade de ação.

fizeram as elites da política externa”. Ou seja, nesse sentido, *Brown* foi considerada majoritária em razão dos apelos da opinião pública nacional na época.<sup>161</sup>

De qualquer forma, ainda que alguns classifiquem a decisão como majoritária, uma vez que tomada no mesmo sentido do que clamava a opinião pública à época, o fato é que a decisão assegurou direitos fundamentais, promovendo verdadeira mutação constitucional e evolução jurisprudencial em prol de direitos individuais – papel que se espera de uma Corte Constitucional –, tendo entrado para história como um dos julgados mais memoráveis de que se tem notícia.

Retomando a questão de que, para alguns, o contramajoritarismo enfraquece a democracia, Dworkin, além de adotar posicionamento em sentido contrário, ressalta, ainda, conforme já destacado no item 1.2 deste trabalho, que a democracia é afetada quando o Judiciário adota argumentos de política para embasar suas decisões. Os argumentos de política devem ser utilizados pelo Legislativo e pelo Executivo, representantes eleitos pela sociedade. Sendo assim, dada sua ilegitimidade popular, os magistrados não estão autorizados a decidir com base em argumentos políticos, mas tão somente com base em direitos – argumentos de princípio.

E como já demonstrado no Capítulo 2 e examinado no Capítulo 3 desta pesquisa, o Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292/SP, que passou a autorizar a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, adotou argumentos de política para lastrear a decisão, ou seja, argumentos que competem exclusivamente aos representantes eleitos pela sociedade, e não aos magistrados.

Observa-se, portanto, nítido contraste da decisão proferida no HC 126.292/SP em relação ao caso *Brown v. Board of Education* e, também, ao julgado que reconheceu a legitimidade da união estável homoafetiva, na medida em que, na primeira, os direitos individuais foram desprestigiados pela Corte Constitucional, ao passo que, nas outras duas, os direitos fundamentais foram observados e efetivados.

Dito de outro modo, os direitos individuais foram desprestigiados tendo em vista a inobservância do marco demarcatório entre a culpa e a inocência estabelecido pelo texto

---

161 PILDES, Richard H. *Is the Supreme Court a Majoritarian Institution?* Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1733169](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1733169). Na referida obra, Pildes destaca que, de acordo com autores majoritários, a “opinião pública” é a principal restrição que obriga a Corte a refletir sobre suas visões majoritárias. O mecanismo funciona porque os juízes não são menos vaidosos do que ninguém, e é da natureza humana gostar de ser aplaudido ou admirado. De qualquer forma, testar essa questão é bastante difícil, não só porque pesquisas de opinião pública são notoriamente sensíveis à sutilidade das palavras e enquadramento das diferenças, mas porque os dados estão disponíveis apenas para um número relativamente pequeno de questões que historicamente têm vindo à Corte.

constitucional. Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal fixou o duplo grau de jurisdição como momento de cessação da inocência, em detrimento ao trânsito em julgado, ponto limítrofe clara e expressamente definido pelo constituinte originário.

Demais disso, com base na teoria de Dworkin, a própria democracia sofreu abalos, uma vez que os magistrados devem decidir com base apenas em argumentos de princípios, não sendo, portanto, autorizados, ante a ausência de legitimidade popular, a adotar argumentos de política.

É preciso enfatizar que o papel da jurisdição constitucional é o de assegurar direitos fundamentais, garantir direitos individuais, não importa qual seja a natureza da matéria posta a julgamento. A impressão que se tem é que, em se tratando de tema penal, a tendência da Corte, atenta aos anseios da sociedade que se insurge contra os elevados índices de criminalidade e a sensação de impunidade, é de se posicionar no sentido de mitigar direitos individuais.

Como já destacado, a opinião pública e o clamor social não podem influenciar o posicionamento da Corte Constitucional. Impunidade e criminalidade são questões de natureza política - política pública, política criminal, etc - e, portanto, não constituem razões legítimas a embasar decisões judiciais, por flagrante afronta ao pacto democrático.

Sendo assim, questiona-se, hipoteticamente, se em caso de clamor público e forte apelo da mídia pela possibilidade de se aplicar a pena de morte, por exemplo, a autores de delitos gravíssimos (homicídios qualificados, estupros bárbaros, etc), o Supremo Tribunal Federal também mitigaria o direito individual clara e expressamente previsto no art. 5º, LXVII, da Constituição da República.<sup>162</sup>

Idêntica indagação se estende à possibilidade de redução da menoridade penal - seja para todos os atos infracionais, seja apenas para os mais graves - com base em apelo popular nesse sentido, ante o direito fundamental expressamente previsto no art. 228 da Constituição Federal,<sup>163</sup> que determina serem inimputáveis os menores de 18 anos.

Os direitos devem ser levados a sério. Do contrário, instaurar-se-á, novamente, um regime de exceção, uma ditadura. O pacto democrático exige respeito e observância ao disposto na Constituição Federal. A jurisdição constitucional deve desempenhar seu papel de assegurar direitos fundamentais. A opinião pública, em nenhuma hipótese, pode exercer

---

162. Art. 5º, XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

163 Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

influência nas decisões judiciais. A justiça, antes de tudo, é uma questão de direito individual, e não uma questão de bem público.

### 4.3. O art. 283 do Código de Processo Penal

O art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011, resultado da reforma processual promovida no ano de 2011, estabelece que:

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

Conforme já assinalado, o dispositivo reproduz, *ipsis litteris*, a primeira parte do previsto no art. 5º, LXI,<sup>164</sup> bem como reflete o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 84.078/MG, pela impossibilidade de execução antecipada da pena, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, estampado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que expressamente determina ser o trânsito em julgado da sentença o marco limítrofe entre a culpabilidade e a inocência.

O comando normativo espelha, ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da decretação da prisão provisória – preventiva ou temporária – no curso da investigação criminal ou durante o processo penal.

Convém consignar que, embora a alteração legislativa tenha sido realizada em 2011, o anteprojeto que originou a nova redação do aludido dispositivo foi elaborado muito antes, em 2001, por comissão composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Sacarance Fernandes, Petrônio Calmon Filho, Miguel Reale Jr., Luíz Flávio Gomes, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti.

Da exposição de motivos do projeto de lei, convém transcrever o seguinte trecho:

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

<sup>164</sup> Art. 5º (...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;



haver prisão que não seja de natureza cautelar”. (destacou-se).

Evidencia-se, assim, a preocupação da comissão em alinhar preceitos do código de processo penal, que já se mostravam anacrônicos em diversos pontos, entre eles as prisões, com as diretrizes estabelecidas pelo constituinte originário, especialmente no tocante à presunção de inocência, que deve perdurar enquanto não sobrevier o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Reitere-se que, em que pese o dispositivo legal espelhar literalmente o previsto na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, modificando o posicionamento adotado no HC 84.078/MG, entendeu que a execução antecipada da pena não ofende o princípio da presunção de inocência.

Contra a decisão, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram ação declaratória de constitucionalidade, com pedido liminar, requerendo a suspensão da execução antecipada da pena de todos os arestos proferidos em segundo grau. Em síntese, alegaram que a possibilidade de execução antecipada da pena vinha causando controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país passaram a seguir o entendimento, o que acarretou a prolação de inúmeras decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP.

Por um placar equilibrado, 6 (seis) votos a 5 (cinco), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, confirmando o entendimento firmado no HC 126.292/SP, entendeu que o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal não tem o condão de impedir a execução antecipada da pena. Acompanhando parcialmente o voto do Ministro Marco Aurélio Melo, relator das ações, o Ministro Dias Toffoli consignou que “a Constituição Federal exige que haja a certeza da culpa para fim de aplicação da pena, e não só sua probabilidade, e qualquer abuso do poder de recorrer pode ser coibido pelos tribunais superiores”.<sup>165</sup>

A despeito do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de execução antecipada, exarado no HC 126.292/SP e ratificado nas ADCs 43 e 44, faz-se necessário ressaltar que o Poder Legislativo, de um modo ou de outro, manifestou-se, por 3 (três) vezes, em sentido contrário.

A primeira, ainda sob a égide da Constituição anterior – ou seja, ainda sem previsão expressa do princípio da presunção de inocência no texto constitucional - ao promulgar a Lei

---

<sup>165</sup> Até o dia 19 de janeiro de 2017, data de conclusão do presente trabalho, o acórdão do julgamento das ADCs 43 e 44 ainda não havia sido publicado.

n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal - cujos arts. 105 e 147 determinavam, de forma expressa, a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da condenação para se dar início à execução penal.<sup>166</sup> O previsto nos referidos dispositivos foi ressaltado pelo Ministro Eros Grau, no julgamento do HC 84.078/MG. Na oportunidade, o magistrado assinalou que, se tal regra, prevista no art. 147 da LEP, se aplicava à pena alternativa, com muito mais razão e coerência, idêntico procedimento deveria ser adotado à pena privativa de liberdade, porquanto indubitavelmente mais gravosa.

Na segunda oportunidade, investido nas funções de Assembleia Nacional Constituinte, fixou, de forma clara e expressa, que a inocência de um acusado deve perdurar até que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação. O constituinte originário foi, portanto, taxativo. Antes do trânsito em julgado ninguém será considerado culpado, não podendo, por conseguinte, ser tratado como tal – regra de tratamento e regra probatória.

A terceira manifestação veio justamente no ano de 2011, por meio de reforma promovida no Código de Processo Penal. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, o Congresso Nacional foi categórico ao determinar no art. 283 do CPP que a prisão-pena só poderia ser decretada após o trânsito em julgado da condenação.

Tamanha a importância do tema, por envolver um dos mais relevantes direitos fundamentais, e sabendo-se que toda e qualquer tentativa de modificar o instante em que cessa a presunção de inocência deveria ser realizada pela via do Poder Legislativo, foi apresentada ao Congresso Nacional Proposta de Emenda Constitucional destinada a, entre outros, antecipar o trânsito em julgado, que passaria a ocorrer após a decisão de segundo grau.

Assim, a PEC n. 15/2011 - também conhecida como PEC dos recursos ou, simplesmente, PEC Peluso, por ter sido idealizada pelo então Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, veementemente contrário à execução antecipada da pena - visava, com a introdução de dois dispositivos no texto constitucional, reduzir a profusão de recursos existentes no modelo processual brasileiro. Assim, a proposta passaria a permitir a imediata execução das decisões proferidas em segunda instância, antecipando, dessa forma, o início da execução penal, que deixaria de ser provisório, uma vez que os recursos excepcionais passariam a ser considerados, na prática, verdadeiras ações

---

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

Art. 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.

rescisórias.<sup>167</sup>

A PEC, todavia, embora ainda em trâmite no Senado, sofreu inúmeras modificações em sua redação original, vindo a ser completamente descaracterizada. Apesar disso – e sem querer entrar nas razões que a desfiguraram ou, ainda, no mérito do projeto original, se constitucional ou não -, o que deve ser ressaltado é que a tentativa de mudança, que buscava antecipar o trânsito em julgado para o segundo grau de jurisdição, independentemente da interposição de recurso extraordinário ou recurso especial, ocorreu na via adequada, ou seja, a legislativa.

Nesse cenário, merece registro o fato de que, mesmo após três manifestações do Poder Legislativo – todas elas no sentido de se aguardar o trânsito em julgado da condenação para se dar início à execução penal -, o Supremo Tribunal Federal continuou a imiscuir-se no tema para decidir de maneira contrária ao que foi expressamente determinado pelo legislador. Não bastasse, demonstrou-se nos capítulos anteriores que nenhum dos argumentos adotados pelos magistrados da Corte Suprema brasileira são baseados em direitos.

Sendo assim, tanto a decisão proferida no HC 126.292/SP, quanto aquela prolatada nas ADCs 43 e 44, porque deixam de observar que o trânsito em julgado da condenação é o momento em que se encerra a inocência do indivíduo, afiguram-se desprestigiadoras de direitos fundamentais.

---

167 Pela PEC n. 15/2011, os seguintes artigos seriam incluídos no texto constitucional:

Art. 105-A A admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial não obsta o trânsito em julgado da decisão que os comporte.

Parágrafo único. A nenhum título será concedido efeito suspensivo aos recursos, podendo o Relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento.

Art. 105-B Cabe recurso ordinário, com efeito devolutivo e suspensivo, no prazo de quinze (15) dias, da decisão que, com ou sem julgamento de mérito, extinga processo de competência originária:

I – de Tribunal local, para o Tribunal Superior competente;  
II - de Tribunal Superior, para o Supremo Tribunal Federal.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho expôs e discutiu aspectos relevantes da execução antecipada da pena, sobretudo quanto à sua desconformidade com os direitos fundamentais individuais previstos na Constituição Federal de 1988, em especial o da presunção de inocência. O problema apresentado na pesquisa foi o de averiguar se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292/SP, que passou a autorizar a imposição da pena logo após a condenação em segundo grau de jurisdição, mesmo sem ter havido o trânsito em julgado da condenação, prestigiou ou deixou de prestigiar direitos fundamentais.

No intuito de comprovar a hipótese oferecida na pesquisa, de que a execução antecipada da pena configura desprestígio à presunção de inocência, os argumentos lançados no referido julgado foram classificados, com base na doutrina de Dworkin, em argumentos de princípio e argumentos de política e, após, examinados à luz, entre outros, dos limites semânticos do texto constitucional, da supremacia da norma constitucional e da força normativa da constituição.

O trabalho desenvolveu-se da seguinte maneira. No primeiro capítulo, o princípio da presunção de inocência foi exaustivamente analisado. Questões como surgimento, evolução histórica, previsão em diplomas internacionais e, ainda, previsão no ordenamento jurídico nacional, em especial na Constituição de 1988, foram abordadas. A pertinência dessa detida análise justifica-se pelo fato de ser o princípio da presunção de inocência o parâmetro adotado para o exame da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP, que passou a autorizar a execução antecipada da pena.

Ainda no capítulo 1, os marcos teóricos que serviram de suporte à comprovação da hipótese oferecida foram debatidos. Assim, a classificação de Dworkin em argumentos de princípio e argumentos de política, a supremacia da norma constitucional e a força normativa da constituição foram abordados. A profundidade com que os referidos marcos teóricos foram discutidos revelou-se suficiente para demonstrar que a decisão proferida no HC 126.292/SP desprestigiou o princípio da presunção de inocência, uma vez que lastreada apenas em argumentos que não se baseiam em direitos, e sim em argumentos de política, e, também, por atentar contra a literalidade e a força normativa da norma constitucional, bem como por ignorar a superioridade hierárquica do comando constitucional.

O capítulo 2 demonstrou a oscilação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

no tocante à execução antecipada da pena. Para isso, foram analisados 3 (três) julgados da Corte, extraíndo-se, dali, os principais argumentos lançados pelos magistrados. No primeiro, HC 68.726/RJ, julgado em 1991, portanto, pouco tempo após a promulgação da Constituição de 1988, cujo art. 5º, LVII, determina expressamente ser o trânsito em julgado da condenação o instante em que o indivíduo passa a ser considerado culpado, os Ministros, em votação unânime, entenderam ser possível a execução antecipada da pena. No segundo julgado, HC 84.078/MG, ocorrido em 2009, o Supremo Tribunal Federal modificou sua jurisprudência entendendo que a execução antecipada da pena violava o princípio da presunção de inocência. O terceiro, HC 126.292/SP, julgado em 2016, a Corte suprema brasileira decidiu restaurar seu antigo posicionamento, no sentido de autorizar a imposição da prisão logo após a condenação proferida em segundo grau, ainda que não tenha havido o trânsito em julgado.

Realizada a análise dos julgados e colhidas suas razões de decidir, o capítulo 3 apresentou minudente exame dos argumentos adotados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para justificar a execução antecipada da pena. A pesquisa também demonstrou, conforme tabelas 1 e 2 do capítulo anterior, que os argumentos adotados nos votos vencedores do HC 126.292/SP foram praticamente os mesmos do que já haviam sido lançados nos votos vencidos do HC 84.078/MG.

Assim, a pesquisa constatou que os argumentos foram os seguintes: a) ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário e do recurso especial; b) impunidade e ausência de efetividade do direito penal; c) elevada incidência da prescrição; d) constitucionalidade da prisão cautelar; e) constitucionalidade da chamada Lei da Ficha Limpa; e) direito comparado; e f) estatísticas de absolvição em recursos extraordinário e especial.

De minucioso exame dos aludidos argumentos, a pesquisa demonstrou que se tratam de argumentos que não se baseiam em direitos fundamentais individuais, mas sim em argumentos de política, meramente pragmáticos e contingenciais, destinados a promover o bem coletivo, ainda que em detrimento de legítimos direitos conferidos, individualmente, ao cidadão. Assim, com base na doutrina de Ronald Dworkin, evidenciou-se que os argumentos adotados, porque não se baseiam em direitos, são ilegítimos para embasar uma decisão judicial, uma vez que aos magistrados é vedado a adoção de argumentos políticos.

Assim, além de não adotar argumentos baseados em direitos, mas apenas em argumentos políticos, o que só cabe aos membros do Legislativo e Executivo, em razão do chamado pacto democrático, a pesquisa também demonstrou que a decisão proferida no HC

126.292/SP desprestigiou a força normativa da constituição e a supremacia da norma constitucional. O desprestígio à força normativa e, também, à literalidade do texto constitucional caracterizou-se pena inobservância ao art. 5º, LVII, que determina ser o trânsito em julgado o momento em que o indivíduo deixa de ser inocente e passa a ser considerado culpado. Sendo assim, demonstrou-se que submeter o indivíduo à prisão decorrente de condenação não transitada em julgado, portanto, inocente, configura desprestígio à literalidade e à força normativa do texto constitucional.

O trabalho também evidenciou que pretender justificar a execução antecipada da pena com base no argumento de ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais significa atentar contra superioridade hierárquica da norma constitucional, uma vez que, sejam quais forem os efeitos dos recurso, a Constituição situa-se em plano hierárquico superior, portanto, prevalece sobre toda e qualquer norma situada em patamar inferior.

No capítulo 4, foram apresentados outros fatores capazes de corroborar o entendimento de que a execução antecipada da pena configura medida desprestigiadora de direitos fundamentais. Constatou-se que a dignidade humana, um dos fundamentos da República, também sofre abalos quando se deixa de observar direito fundamental expressamente previsto no texto constitucional. Evidenciou-se também que o Supremo Tribunal Federal deixou de cumprir seu papel contramajoritário, que consiste justamente em assegurar direitos fundamentais. Demonstrou-se, ainda, violação ao art. 283 do Código de Processo Penal, cuja redação espelha exatamente o previsto na Constituição Federal.

Pelo exposto, a dissertação demonstrou que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292/SP, deixou de prestigiar direitos fundamentais individuais, em especial, o da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República, na medida em que passou a autorizar a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de "O espírito das leis"* in Revista dos Tribunais, vol 868, 2008, p. 53-68.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. ARAÚJO, Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal Esquematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*
- AZEVEDO, David Teixeira. *STF quer fazer da Praça dos Três Poderes uma praça só*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-20/david-azevedo-stf-praca-tres-poderes>
- BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf)
- BARRETO, Rafael. *Direitos Humanos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional - Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A presunção de inocência e o sucesso da operação "lava-jato"*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-28/direito-defesa-presuncao-inocencia-sucesso-operacao-lava-jato>.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lei da Ficha Limpa fere a presunção de inocência*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-13/direito-defesa-lei-ficha-limpa-fere-principio-presuncao-inocencia>
- CARMO, Júlio Bernardo do. *Considerações sobre a PEC Peluso*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI146404,51045-Consideracoes+sobre+a+PEC+Peluso>
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcos Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-ADC-43-PEN-ART-283-CPP.pdf>
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer; VILLAR, Gregorio Cámara; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. 3. ed. *Introducción al Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2014.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer; VILLAR, Gregorio Cámara; AGUILAR, Juan Fernando López; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. *Manual de Derecho Constitucional*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2014.
- CURY, Rogério; CURY, Daniela Marinho Scabbia. *A alteração na contagem do prazo prescricional e a exclusão da prescrição retroativa – Lei 12.234/10*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136563,101048-+alteracao+na+contagem+do+prazo+prescricional+e+a+exclusao+da>
- DAHL, Robert. *Tomada de Decisões na democracia: a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão na democracia*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7954/6820>
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy – Studies and rationality and social changes*. Cambridge University Press.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- HORBACK, Carlos Bastide. *Referências estrangeiras são constante no STF*. Disponível em:



<http://www.conjur.com.br/2012-nov-10/observatorio-constitucional-referencias-estrangeiras-sao-constante-stf>

- JÚNIOR PUCCINELLI, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Fim da Presunção de Inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>
- LUCHETE, Felipe. *Desvirtuada, PEC Peluso vai a plenário do Senado*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-10/desvirtuada-pec-peluso-plenario-ideias-ex-ministro>
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *É hora de acabar com vantagens ilegais de juízes e MP e frear o corporativismo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-28/gilmar-mendes-chegou-hora-frear-corporativismo-juizes-mp>.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015
- PILDES, Richard H. *Is the Supreme Court a Majoritarian Institution?* Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1733169](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1733169)
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2. ed. Salvador: Juspodivum, 2010.

- RODRIGUES, Nelson. *Flor de Obsessão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Até que ponto o Estado de Direito poderá assim ser chamado?*  
Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-16/direitos-fundamentais-ponto-estado-direito-ainda-assim-chamado>
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito*. Forense, 2004
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Fim da presunção de inocência, flagrantes online... e a Constituição?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-08/senso-incomum-fim-presuncao-inocencia-flagrantes-on-line-constituicao>
- STRECK, Lenio Luiz. *O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção de inocência*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=twitter](http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter)
- STRECK, Lenio Luiz. *O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>
- STRECK, Lenio Luiz. *Presunção de inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva; 2015.
- ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. *Garantismo e Eficientismo Penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f>