

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE  
BACHARELADO EM DIREITO**

**GILVAN SANTOS**

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA**

**ARACAJU**

**2017**

**GILVAN SANTOS**

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA**

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe-FANESE, como pré-requisito para obtenção do grau em Bacharel em Direito.

**Orientador:** Profº. Ermelino Costa Cerqueira

**ARACAJU  
2017**

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau em Bacharel em Direito, à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe-FANESE.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Ermelino Costa Cerqueira

Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe-FANESE

---

Profº Mestre Anderson Clei Santos

Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe-FANESE

---

Profº Mestre Augusto César Leite de Resende

Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe-FANESE

## AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Deus, minha fortaleza e força presente em todos os momentos da minha vida. Aos meus preciosos tesouros, Jorge Santos e Maria São Pedro, por serem os melhores pais do mundo, obrigado por todo amor e incentivo, sempre acreditando no meu potencial. A minha namorada, Doutora Daniele, com seu jeito maravilhoso, meigo e com toda a paciência, tem estado sempre ao meu lado. Amo vocês!!! Ao meu querido irmão Gilton, por todo carinho, sendo a pessoa que deu início a essa jornada maravilhosa, proporcionando bons momentos de risadas e descontração, fazendo parte de todo momento dessa jornada. Ao meu querido e amado Irmão, Jolindo Santos (*in memoriam*), um ser humano de uma simplicidade incomparável, a sua alegria e inteligência, o seu riso leve e solto, sempre estarão guardados eternamente em meu coração. As minhas Irmãs Josélia e Ivanilde, tão graciosas e sua ternura, obrigada pelos momentos de paz e carinho, sempre proporcionando o melhor pra mim. Aos meus amigos que sempre estão ao meu lado, motivando e compartilhando os momentos de paz e alegria Edineide Bastos e o seu marido Evaldo Dias. Ao meu amigo Paulo Tavares sempre me acolhendo com toda paciência que Deus te deu, sendo uma pessoa agraciada por essa dádiva.

Quero agradecer com carinho a todos que fizeram parte e contribuíram na conclusão deste trabalho. Aos meus maravilhosos primos, Junior, Moisés, Aderaldo, Bruno, Elizete, Claudio e Jô por todo apoio, incentivo e compreensão. Vocês foram muito importantes na construção desse sonho. Obrigada pela amizade e carinho. Amo vocês! Ao meu amigo Gilberto pela atenção e humildade em me dar forças, contribuindo de forma enriquecedora na construção desse trabalho. Muito obrigado!! Aos meus colegas do curso Gendel, André, Perivaldo, enfim, a todos que fizeram parte desta trajetória. Obrigado! Ao Profº. Ermelino Costa Cerqueira, meu grandioso orientador pela sua inteligência, incentivo e cuidado em todos os momentos na construção dessa pesquisa! Obrigado pela confiança e por acreditar em mim! Tenho um enorme carinho por você. Aos meus professores da FANESE, pelo empenho e dedicação. Vocês foram fundamentais na minha formação acadêmica. Muito obrigado a todos. Ao meu amigo Marcio Leite pelo carinho, zelo, sempre muito acolhedor. Sou muito grato a Deus por ter sua amizade. A todos os meus familiares e amigos que são muitos, pelo apoio, incentivo, não só na vida acadêmica, mas em todos os momentos, que contribuíram diretamente e indiretamente na conclusão de mais uma etapa da minha vida. Obrigado!

## RESUMO

O ser humano é detentor de valor pelo simples fato de ser e existir. Desta forma, não pode a pessoa humana ser tratada como meio para realização de um fim. Com tal pensamento, não sendo o indivíduo condenado à prisão sem antes transitar em julgado, existindo o seu direito que é fundamental expresso na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, lhe veio outorgar. Assim, no intuito de efetivar os direitos fundamentais, necessário se mostra que haja o devido respeito dos julgadores da Suprema Corte ao princípio da humanidade e da presunção de inocência, o qual por sua vez, acaba por ter suas bases no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Diante disso, esse trabalho tem por objetivo debater o Princípio da Presunção de Inocência, conceito e alcance na legislação pátria, abordando o *Habeas Corpus* em questão que mudou a jurisprudência sobre o Princípio da Presunção de Inocência às repercussões jurídicas do tema proposto e se ocupará de uma breve comparação entre a presunção de inocência versus a ausência de efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinários.

**Palavras-chave:** Presunção de inocência, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos, Inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

The human being is a value holder for the simple fact of being and existing. In this way, the human person can not be treated as a means to an end. With this in mind, not being sentenced to imprisonment without first being able to pass judgment, in the existence of his fundamental right expressed in the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil, he was granted. Thus, in order to realize fundamental rights, it is necessary to show that the judges of the Supreme Court respect the principle of humanity and the presumption of innocence, which in turn has its basis in the constitutional principle of the dignity of human person. The purpose of this paper is to discuss the Principle of Presumption of Innocence, concept and scope in the national legislation, addressing Habeas Corpus in question, which has changed the jurisprudence on the Principle of Presumption of Innocence to the legal repercussions of the proposed theme and will deal with a brief comparison between the presumption of innocence versus the lack of suspensive effect of special and extraordinary resources.

**Key Words:** Presumption of innocence. Fundamental Rights. Human Rights. Unconstitutionality.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIações**

ADFP: Associação Nacional de Delegados da Polícia Federal  
ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
CNJ: Conselho Nacional de Justiça  
CPP: Código de Processo Penal  
CP: Código Penal  
EC: Emenda Constitucional  
HC: Habeas Corpus  
OAB: Ordem dos Advogados do Brasil  
PEC: Proposta de Emenda Constitucional  
PEN: Partido Nacional Ecológico  
PJ: Poder Judiciário  
REsp.: Recurso Especial  
REexp.: Recurso Extraordinário  
RISTF: Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal  
STF: Supremo Tribunal Federal  
STJ: Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I: PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b> .....	11
1.1 A ANÁLISE HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	11
1.2 A FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	14
<b>CAPÍTULO II: HABEAS CORPUS 126.292 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)</b> .....	16
2.1. BREVE HISTÓRICO DA VOTAÇÃO. ....	16
2.2. CONSTITUCIONALIDADE DO CUMPRIMENTO DE PENA ESTANDO À CONDENAÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL E/OU RECURSO EXTRAORDINÁRIA.....	27
2.3. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA SEM TRÂNSITO EM JULGADO.....	30
<b>CAPÍTULO III: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ARTIGO 5º, LVII/CF E ARTIGO 283/ CPP) X AUSÊNCIA DE EFEITO DE SUSPENSIVO DO RESP. E REXT.</b> .....	34
<b>CAPÍTULO IV: REPERCUSSÃO GERAL DA TESE E DECISÃO DIVERGENTE DO STF</b> .....	38
<b>CONCLUSÃO</b> .....	44
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	46

## INTRODUÇÃO

No galgar da história, nem sempre o ser humano obteve sua dignidade respeitada. A pessoa humana se tornara vítima de seus próprios semelhantes, os quais, por ocuparem lugares privilegiados, acabaram por atentar contra aqueles que estavam em situação de submissão governamental. Mesmo, com a incorporação dos direitos humanos, ao sistema constitucional nacional, o que fez nascer desta forma, os direitos fundamentais e a presunção de inocência, está entre os de maior importância a prisão, sendo que esta, afeta uma dos principais, ou até mesmo o principal direito fundamental: a liberdade.

Prisão é um ato de prender, capturar alguém para segregar sua liberdade, ou seja, é uma restrição ao direito de liberdade de um cidadão. Sua função é assegurar a ordem pública, prevenir uma possível fuga do indiciado ou para assegurar o bom andamento processual, haja vista que são os fundamentos mais usados por magistrados para manter ou decretar a segregação do acusado, considerando que o estado-juiz deverá motivar, fundamentar seus atos para que não ocorra arbitrariedade. Assim, cabe ao estado, promover a efetivação dos direitos fundamentais, não podendo o governo, alegar insuficiência de recursos na promoção dos direitos básicos outorgados à nação brasileira pela Carta Magna.

Diante desse contexto, o presente projeto apresenta um debate tendo como foco analisar a inconstitucionalidade da execução da pena antecipada. Para tanto, será utilizada a pesquisa bibliográfica e também se trará a baila alguns julgados para que haja elucidação em relação à problemática proposta.

O capítulo I ocupar-se-á especificamente do Princípio da Presunção de Inocência, conceito e alcance na legislação pátria. Princípio de suma importância no meio jurídico, vez que se refere diretamente à possibilidade de suprimir a liberdade do indivíduo em um processo criminal. Para isso, será demonstrado onde esse instituto se encontra na legislação, e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico. Também, como partida, veremos um histórico do instituto de presunção de inocência, bem como a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

Por seguinte, o capítulo II abordará o *Habeas Corpus* em questão que mudou a jurisprudência sobre o Princípio da Presunção de Inocência e as

principais argumentações utilizadas nessa recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF).

Não menos importante, o capítulo III se refere às repercussões jurídicas do tema proposto e se ocupará de uma breve comparação entre a presunção de inocência *versus* a ausência de efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinários.

Por fim, o quarto trará uma abordagem geral da tese e decisão divergente do STF.

A importância do presente estudo decorre de sua atualidade, em razão da recente reviravolta jurisprudencial, e da possível repercussão dessa mudança em milhares de processos criminais ainda em curso, eis que, com fulcro na decisão do Supremo Tribunal Federal, os tribunais de todo o país poderão expedir mandados de prisão, como, de fato, já estão fazendo.

## **CAPÍTULO I: PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

### **1.1 A análise histórica do princípio da presunção de inocência**

O aludido princípio da presunção de inocência teve seu surgimento na Idade Média, com o Iluminismo, baseado nos ideais da liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens (MACHADO, 2016). Porém, seu reconhecimento, ocorreu com a publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, onde declarava que todo homem deveria ser presumido inocente até que fosse declarado culpado e, se julgado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário para detê-lo deveria ser severamente reprimido pela lei.

Em paralelo no Brasil, período Brasil-colônia, as ordenações do Reino de Portugal regiam as normas jurídicas brasileiras. Período em que prevalecia o princípio da culpa, ou seja, existindo um crime, contentavam-se os julgadores da época com meros indícios de autoria para dar abertura à persecução penal, não havendo maiores juízos depurativo sobre a veracidade das acusações. Os argumentos dos legisladores seria o de haver sempre um inimigo a ser perseguido e principalmente de dar uma satisfação pública, a fim de manter a ordem na colônia.

Das Ordenações do Reino, foram às Filipinas as que tiveram maior aplicação no Brasil, mas ainda foram aplicadas, em menor período de tempo, as ordenações Afonsinas e Manuelinas. As Ordenações Afonsinas vigoraram entre os anos de 1500 - 1514, enquanto as Manuelinas, entre 1514 -1603. As ordenações Filipinas estenderam-se para além do período colonial, tendo sido aplicadas durante o período imperial e, em parte, pós-independência (1603 - 1916). Porém não havia previsão expressa, tampouco implícita, sobre a presunção de inocência em nenhuma dessas ordenações. A liberdade do acusado era exceção à época, sendo o recolhimento ao cárcere à primeira medida a ser tomada em caso de acusação.

O cenário jurídico no Brasil começou a se modificar com a chegada da família Real ao Brasil. Em um curto espaço de tempo, os órgãos jurídicos de Portugal, foram efetivamente transferidos e colocados em atividade num

território marcado pela deficiência de normas, instituições e, principalmente, de uma carta de princípio básicos a serem observados.

Somente em 1824, através da publicação da Carta Constitucional (BRASIL, 1824), existiu a preocupação com os direitos fundamentais dos cidadãos. Mesmo diante de um dualismo claro, entre o liberalismo e absolutismo, a primeira constituição, foi a maior força normativa na ordem jurídica brasileira. Isso pôde ser visto nas leis voltadas a prisão, onde a Constituição previa a impossibilidade de recolhimento provisório sem a devida culpa formada, bem como a possibilidade de se manter o acusado preso nos casos em que este podia livrar-se solto por meio de fiança, além de disposições acerca da prisão em flagrante.

Durante a passagem da Monarquia para a República, o poder judiciário passa a ser soberano, até antes, era considerado subordinado (NEQUETE; ROSAS, 2000, p.63). Porém, nem na Constituição de 1937 (BRASIL, 1937), nem no recém-editado Código de Processo Penal (CPP) de 1941 (DE AMARAL; CALEFFI, 2017, p.1076), não houve qualquer menção, tampouco a existência de normas influenciadas pela presunção de inocência. O que havia de fato, era a presunção de culpabilidade do acusado devido à clara e direta influência do positivismo italiano. A partir de então, outros diplomas legislativos, até mesmo na ordem internacional, incorporaram a presunção de inocência, como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969 (BRASIL, 1992).

Por fim, em 1988, assegurada em nossa Constituição, no seu artigo 5º, LVII (BRASIL, 1988), com *status* de direito fundamental. Assim, prevê o dispositivo constitucional que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Giamberardino (2008), explica que o tratamento do acusado como efetivamente inocente é um postulado político próprio da reforma humanista penal e processual penal. Trata-se de noção contemporânea à Escola Clássica, que fora objeto de contestação, primeiramente, pela criminologia

positivista, em seus pressupostos científicos, e, em seguida, pelos teóricos ligados a regimes autoritários, em seus fundamentos políticos.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) foi tão louvada como tem sido criticada desde a sua promulgação. Por um lado, o texto constitucional é conhecido como a "constituição do cidadão", que ressalta como as disposições constitucionais garantem as liberdades, a participação política e o acesso ao bem-estar social. Em relação ao modelo híbrido de revisão judicial, os estudos recentes confirmam uma expansão em relação ao controle constitucional acessível a todos os indivíduos, grupos e atores políticos. Os seus críticos, por outro lado, particularmente aqueles no governo, consideram isso um obstáculo para a modernização econômica, a governança política e a preocupação com o maior poder do STF na revisão judicial.

Dada a grande provisão de direitos sociais e econômicos, o texto constitucional brasileiro é uma das constituições escritas mais longas do mundo, de acordo com os dados do Comparativo Projeto de Constituições, se considerarmos o comprimento (em palavras) como critérios, a Constituição (BRASIL, 1988) com 64.488 palavras, está apenas por trás da Constituição da Índia com 146.385 (MARQUES, 2008, p.30), e da Nigéria com 66.263 (LOPES; NASCIMENTO, 2011, p.289). Outro aspecto interessante é que tem constitucionalizado diferentes áreas do Direito, como Direito Privado, Direito Tributário e Direito Penal. Portanto, quase todas as áreas agora passam sob o controle da revisão judicial.

O ponto a destacar nesta parte, é que durante a consolidação da democracia brasileira nos anos 90, houve um grande debate sobre a articulação de poderes no país. Realizaram-se reformas importantes, como a modernização do Executivo - principalmente com a criação e implementação de agências reguladoras - e a reforma judiciária, ainda não houve reforma política.

O modelo brasileiro atual combina uma constituição orientada para a política e um controle de revisão judicial fortemente realizado pelo STF. No entanto, apesar o fato do STF ter tanto poder no Brasil, o controle constitucional não está exclusivamente nas mãos do Tribunal, pois também existem disposições de controle prévio e preventivo exercidas pelos Poderes Legislativos e Executivos.

O controle legislativo funciona por meio de seu comitê obrigatório (Comissões de Constituição e Justiça) que analisa constantemente a constitucionalidade das contas no processo legislativo. No caso do Executivo, o controle ocorre com o poder de veto presidencial. Outro aspecto a considerar sobre o forte controle de revisão no Brasil tem a ver com sua baixa funcionalidade na prática, especialmente se compararmos com o Supremo Tribunal Colombiano que possuem decisões que desafiam sistematicamente o Executivo.

## 1.2 A função do princípio da presunção de inocência

Não há no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da presunção de inocência (BRASIL, 1988; BRASIL, 2015; BRASIL, 2017), mas apenas o da não culpabilidade, sendo esta, a ideia de que a presunção de inocência se trata de um princípio, e uma vez definido o seu conteúdo essencial, sua função se resume como à maneira de compreender, administrar e construir um sistema processual penal para o qual o indivíduo, já no início da persecução penal, é inocente e assim deve ser considerado e tratado, até que o Judiciário tenha a certeza e declare de modo definitivo a sua culpa, com base um conjunto probatório mínimo e lícito (FERRARI, 2012).

Assim, pode-se afirmar que a ideia da presunção de inocência, foi formada pelos princípios da igualdade, respeito à dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito. Que serve para orientar e direcionar toda a conformação legal do sistema jurídico do Estado. Sendo considerado um direito fundamental, devendo ser compreendido em sua dimensão subjetiva, que garante uma posição de vantagem ou ativa em relação ao Estado e impede ou limita as atuações deste, como também objetivo, onde estabelece critérios de atuação estatal para a construção de um arcabouço normativo, organizacional e procedimental destinado à maior efetivação do direito fundamental (MORAES, 2010, p.178).

Diante disso, pode-se garantir que a presunção de inocência é um princípio que opera com fundamentos do sistema jurídico, é importante, sobretudo quanto à conclusão acerca da existência ou inexistência, a maior ou

menor observância do princípio da presunção de inocência, assim como a comparação entre seus diversos tratamentos nos diferentes períodos históricos brasileiros.

## **CAPÍTULO II: HABEAS CORPUS 126.292 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)**

Há cerca de um ano e oito meses, em 17 de fevereiro de 2016, o STF julgava o *Habeas Corpus* nº 126.292 (BRASIL, 2016), onde definiu que a execução da pena pode ser iniciada antes do trânsito em julgado do processo, ou seja, antes do acusado poder se valer de todas as instâncias recursais para realizar sua defesa.

Isso sem dúvida caracterizou um retrocesso aos avanços alcançados voltados à presunção de inocência alcançada ao longo da história. Princípio este, que tem seu incontestável aparo na Constituição Federal no art. 5º, inciso LVII (BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

Alinhada à lei máxima do ordenamento jurídico brasileiro, até o julgamento deste *Habeas Corpus*, a jurisprudência da Suprema Corte versava no sentido da impossibilidade da execução da pena se dar sem o trânsito em julgado do processo. Porém, após essa decisão, o STF mostrou haver uma nova jurisprudência, consolidando outra tese; ou seja, um posicionamento muito mais de acordo com as ideias de um direito e processo penal democrático e garantista.

### 2.1. Breve histórico da votação.

O julgamento obteve sete votos, dentre os onze ministros que compõem a Corte, que votaram pela flexibilidade da garantia à presunção de inocência, sendo eles: Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Em resumo, o STF passou a admitir a possibilidade de imediato início do cumprimento provisório da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado após o exaurimento das instâncias ordinárias. Isso baseado na teoria de ser um recurso extraordinário ou especial, sem efeito suspensivo e sem que isso implique violação ao princípio da não culpabilidade. Tal entendimento foi mantido, em comum acordo com o exame das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43 e 44 (BRASIL, 2016), ocorridos em 5 de outubro de 2016.

Dentre os argumentos que foram expostos para justificar seus votos, estão:

A conclusão de um processo criminal muitos anos depois do fato é incapaz de dar à sociedade a satisfação necessária. E acaba o Direito Penal não desempenhando o mínimo que ele deve desempenhar (Ministro Luis Roberto Barroso, STF, 2016).

Se há algo inequívoco hoje e a sociedade não aceita a presunção de inocência e a pessoa condenada que não para de recorrer [...] Quando uma interpretação constitucional não encontra eco no tecido social, quando a sociedade não a aceita, ela [a interpretação] fica disfuncional. É fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência social (Ministro Luiz Fux, STF, 2016).

A suprema corte do STF firmou sua decisão baseado na ideia de que a prisão decorrente de sentença condenatória não transgride a presunção do princípio de inocência. Essa postura, leva ao entendimento que a execução provisória e a antecipação da pena alcançam a pena privativa de liberdade como também a pena restritiva de direito.

A decisão do STF acerca do *Habeas Corpus* nº 126.292 (BRASIL, 2016), influenciou os demais tribunais para decisões voltadas ao princípio de inocência, sob o argumento que o não cumprimento da pena será inconstitucional. Além, de firmar um novo paradigma para estratégia em defesa criminal. O foco da discussão baseada nessa decisão estudada é da não culpabilidade, ou seja, a definição do marco temporal em que o indivíduo poderá começar a cumprir sua pena. Isso foi bem definido por Pedro Lenza (2012):

O Supremo Tribunal Federal, todavia, com base no princípio da presunção de inocência, firmou entendimento de que a pessoa que respondeu ao processo em liberdade não poderá ser presa nem

mesmo quando a condenação for confirmada em 2ª instância, se ainda houver recurso pendente de julgamento nos tribunais superiores. O mandado de prisão só poderá ser expedido após o trânsito em julgado do último recurso (LENZA, 2012, p.45).

Assim, essa decisão fez surgir uma nova jurisprudência no ordenamento jurídico merecendo estudo, já que terá influência direta em decisões futuras em todas as instâncias judiciais. Além de levantar um novo questionamento: quando termina a presunção de inocência e começa a presumir o cumprimento da pena do réu? Ainda dentro dessa questão, cabem as consequências da celeridade judicial, que no Brasil somente ocorre de duas formas: com morosidade, o que acaba por falhar na aplicação dos direitos individuais ou rapidez, fragilizando o princípio da ampla defesa. Nesse estudo de caso apresentado nessa monografia, existiram vários ministros que se referiram a uma necessidade de rapidez na tramitação dos processos criminais, deixando claro que o foco é dar a sociedade uma resposta satisfatória, fazendo com que os réus cumpram rapidamente suas penas.

Porém, na opinião do Ministro Teori Zavascki, existe uma necessidade emergencial de uma melhor efetividade da função jurisdicional através da volta da jurisprudência anterior (STF, HC 126.292, p. 18):

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

Já o Ministro Fachin (STF, HC 126.292, p.24-25), afirmou que admitir por absoluto o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), seria admitir que o réu só cumprisse pena até finalizar todas as possibilidades de recursos imediatos, tendo assim essa decisão a função de determinar o cumprimento da pena.

No entendimento do Ministro Barroso (STF, HC 126.292, p.32), argumenta que essa mudança de entendimento contém respaldo constitucional e se encontra dentro da realidade do Direito, a saber: trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto.

Essa opinião expõe outro questionamento voltado à evolução do Direito de acordo com o desenvolvimento da sociedade. A Constituição em exercício foi criada em 1988 (BRASIL, 1988), e após 29 anos a população avançou, mudando seus conceitos. De fato a jurisprudência não é uma estatística, mas as situações fáticas da sociedade são transmitidas nos tribunais. Isso pode ser confirmado através dos dados onde, o percentual de recursos extraordinários em favor do réu é insignificante, menos de 1,5%, além dos recursos especiais proferidos pelo STF, representam menos que 0,1% (STF, HC 126.292, p. 32). Esses valores representam um bom argumento para a celeridade processual sem deixar de garantir a efetividade dos direitos judiciais.

Nesse caso, ficou evidente que é possível uma mudança na jurisprudência através de novas interpretações. Porém, vale ressaltar, que em nosso ordenamento jurídico, uma das fontes do direito é a doutrina, não podendo de fato a decisão judicial ultrapassar os limites dos princípios do direito. Essa ideia foi defendida no voto da Ministra Rosa Weber (STF, HC 126.292, p. 55), que invocou o critério de julgamento baseado na manutenção da jurisprudência:

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, na medida em que os fatos e a própria realidade evoluem.

Mesmo diante da possibilidade de mudanças na letra da lei, através da hermenêutica, se faz necessário antes uma mudança no Código Penal (BRASIL, 2017). Pois diante dessa decisão do STF, outras interpretações surgirão baseadas no que foi dito pelo Ministro Marco Aurélio (STF, HC 126.292, p. 58), durante o processo:

Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta [...].

Ainda, esse julgador do caso, demonstrou preocupação com tanto com a morosidade da justiça, mas ao mesmo tempo em garantir que as leis constitucionais fossem respeitadas, como pode ser visto em suas palavras (STF, HC 126.292, p. 77):

Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional. Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas 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.

Já o voto do Ministro Celso de Melo, demonstrou preocupação com a inconstitucionalidade e desse modo, não garantir a presunção de inocência do réu, afastando-se os direitos fundamentados na Constituição Federal (BRASIL, 1988). Sua referência se porta diante da preocupação de garantir o direito do princípio de inocência, como pode ser visto no trecho a seguir (STF, HC 126.292, p. 81):

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Diante dos argumentos apresentados até o momento, surge o questionamento: se a população, diante da sua evolução, requer mais respostas da justiça, do outro lado devem-se garantir os direitos já adquiridos ao longo da evolução jurídica.

A garantia do direito já adquirido foi também defendida pelo Ministro Ricardo Levandowski, que baseou seu voto em um caso semelhante e também bastante discutido nas esferas jurídica, registado como o *Habeas Corpus* 84.078/2009 (BRASIL, 2009). Em seu argumento, ele afirma que independente da importância dos argumentos apresentados, nada poderá sobrepor o que foi determinado na constituição, como pode ser visto em suas palavras:

Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade a meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência.

Seguindo essa linha de raciocínio, quando se trata da celeridade da justiça com garantia jurídica, isso significa ter direito a uma ampla defesa e a possibilidade de interpor recursos. Isso foi interposto no voto da Ministra Cármen Lúcia, que ao citar a Súmula 279 (BRASIL, 2013), deixa bem claro a distinção entre considerar condenado e culpado, devendo considerar que a não culpa durante o trânsito em julgado. Isso pode ser visto no trecho descrito (STF, HC 126.292, p. 62), citado pela ministra: (por isso, Presidente [...] no sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa antes do trânsito, e na condenação [...]).

Por sua vez, analisemos o voto do Ministro Gilmar Mendes, que afirmou haver necessidade de prisão após as vias ordinárias, caso o réu seja culpado. Como pode ser conferido no trecho proferido pelo ministro (STF, HC 126.292, p. 68):

A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, [...] serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

Mesmo diante da comparação entre as penas da ofensa à propriedade, com os crimes de furto e roubo, feitos pelo presidente da Corte, ainda sim deve prevalecer o princípio de inocência, protegido pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), descrita em seu artigo 5º. O mesmo, ainda faz menção à quantidade enorme de presos existentes, onde cerca de 40% são presos provisórios. Esse argumento serviu para o surgimento de um novo debate, que diante de uma nova jurisprudência, o sistema prisional irá piorar, considerando um “estado inconstitucional”, como pode ser conferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF nº 347:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015).

O Ministro Teori Zavascki, relator do processo, para sustentar a constitucionalidade da execução antecipada da pena, traz essencialmente cinco argumentos, todos já levantados e discutidos no âmbito do julgamento do HC 84.078/MG (BRASIL, 2009), e um argumento relativamente inovador, embora implícito em outros votos. Juntamente ao julgado, que foi por equívoco imposto uma obrigação de sentença em segundo grau, tentando uma combinação entre a eficiência e a presunção de inocência, chegando a violar o que está expresso na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e em lei infraconstitucional artigo 283, CPP que expressa:

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 (HUNGRIA, 2017, p.29).

Desta forma, o posicionamento da maior parte dos membros da Suprema Corte foi totalmente em desacordo com a Constituição Federal, devendo seguir em consonância com a mesma e não afrontá-la.

A nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988), é bem transparente, não aceita posicionamentos que foram tomados na Corte, chegando a sobrepor determinação que está expressa no artigo 5º, inciso LVII da carta magna

(BRASIL, 1988), afrontando também o aludido artigo 283 do Código de Processo Penal (HUNGRIA, 2017). Assim, o poder judiciário tem autorização a não aplicar uma lei ou dispositivo de lei quando for inconstitucional, ou seja, quando não estiver em consonância com a Constituição Federal.

Conforme Lopes Jr (2016), o princípio da presunção de inocência tem sua conexão com os direitos fundamentais ao processo penal, sendo dessa maneira, que a doutrina e a jurisprudência não podem ultrapassar tais limites. É notório esclarecer, que o Ministro Celso de Melo em um julgado do *Habeas Corpus* 126.292 reforçou que 25% dos recursos criminais que chegam no Supremo Tribunal Federal, são providos sendo alterada a condenação. Ou melhor, dizendo, caso a Corte mantenha esse entendimento firmado na decisão, as pessoas que aqui estão incluídos de que ainda não foi esclarecida a sua culpa estarão sujeitos a um inadequado cumprimento provisório da pena.

A diante da situação, onde a decisão condenatória determina expedir o mandato de prisão, independente do seu trânsito em julgado, não poderíamos deixar de afirmar que nesse caso, existe um constrangimento ilegal, que pode ser reparado através do *Habeas Corpus*.

Apesar do STF sofrer sob sua imensa carga de trabalho, este começou a desempenhar um papel direto no sistema político. Nos últimos anos, o Tribunal decidiu várias controvérsias políticas em relação às situações de inação legislativa, como o reconhecimento de sindicatos civis sexuais, o direito ao aborto em certos casos (como em gravidez de fetos com anencefalia), a implementação de programas de saúde pública, o reconhecimento de várias ações afirmativas e, mais recentemente, garantir o controle legal da decisão do Senado sobre o processo de impeachment do presidente.

O histórico brasileiro indica muitos motivos para o aumento da participação do STF na arena política. Podemos destacar o redesenho da revisão judicial brasileira pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) e alteração através da Ementa Consituicional 45/04 (BRASIL, 2004), conhecida como "Reforma Judiciária" que aumentou os poderes do Tribunal, através da fixação de novos canais dos quais qualquer cidadão poderia fornecer um pedido direto; a textura aberta das disposições constitucionais, principalmente com a

incorporação dos princípios que facilitam debates políticos no judiciário (BARROSO, 2010, p.4), o processo de redemocratização após a ditadura impostas pelas forças armadas, facilitou a mapeação de certas questões nos tribunais estratégico litígio da oposição política que vê o STF como uma oportunidade para reverter decisões políticas e algumas decisões da Corte que fortaleceram e expandiram seu poder nos últimos anos (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011, p.6).

O STF tem certa dificuldade em intervir em questões políticas importantes, principalmente por causa da prática fraqueza de precedentes vinculantes e do formalismo no sistema do Direito Civil brasileiro, que normalmente incentiva a duração mais longa de análise dos processos. Além disso, existe no país um processo interminável de recursos que reflete a grande carga de trabalho da Corte. Este é profundamente diferente dos tribunais constitucionais clássicos, uma vez que o Tribunal decide casos que vão além do modelo clássico de revisão judicial e dependem da estrutura legal ordinária. Essa estrutura dualista que abre espaço para a variação institucional dos tribunais constitucionais, por exemplo, o STF pode ser classificado como impuro e não autônomo. No entanto, esses resultados ocorreram com frequência e, de maneira incidental no STF, originaram-se de casos de recursos e foram controlados exclusivamente por seus juízes, deixando claro que não existe uma disposição constitucional que estabeleça qualquer tipo de mecanismo institucional para um possível controle do congresso em tais situações concretas de revisão judicial.

Além disso, apesar de participar de importantes disputas de conflitos sociais e políticos, o dossiê do STF no controle abstrato foi tomado por casos relacionados à delimitação de carreiras públicas ou casos sobre a expansão ou restrição das prerrogativas de burocracia estatal. Da mesma forma, diante dos fatos, poderíamos afirmar que o STF desempenha um personagem de estadista, argumentando que a Corte geralmente aceita os interesses dos líderes eleitos em suas decisões.

Quando analisados na prática, as decisões do STF no controle abstrato - novamente, que representam menos de 1% da carga de trabalho do Tribunal -

mostram uma grande deferência do Tribunal para as posições do governo, já que a maioria dos casos está relacionada à burocracia do estado. Isso confirma que, na prática, o Tribunal decide mais sobre os direitos constitucionais negativos em comparação com as decisões sobre deveres constitucionais positivos e direitos coletivos. Além disso, é importante ressaltar que muitas decisões em decisões de controle abstrato geralmente são negadas - até 2015, 77% dos julgamentos do STF na revisão abstrata não foram concedidos, o que ressalta as dificuldades de caracterizar o Tribunal como verdadeiramente ativista.

Historicamente, o Tribunal tem sido muito deferente para o governo e a clara maioria dos casos decididos em revisão judicial abstrata não foram concedidos; ainda é importante ressaltar que isso representa menos 1% da carga de trabalho do Tribunal e que a maioria das decisões de inconstitucionalidade ocorre de maneira incidental como resultado de decisões de casos extraordinários de recurso.

O caso do *Habeas Corpus* nº 126.292 (BRASIL, 2016), indicou interesse, no nível estrutural, com decisões boas e más sucedidas podem coexistir em um quadro legal de revisão judicial. O que este trabalho sugere é a necessidade de um refinamento quanto à situação descritiva e para a compreensão das tensões reais que existem no sistema de revisão judicial no Brasil. Finalmente, será possível questionar os modelos de *design* constitucionais rigorosos e não flexíveis da revisão judicial.

O Brasil é um caso interessante a discutir, porque mesmo que grande parte da produção normativa fosse confirmar a última palavra ao STF, em algumas situações o Congresso Nacional recebeu a última palavra. O legislador brasileiro pode derrubar certas decisões por uma simples maioria ao considerar casos de omissão constitucional ou mesmo decidir diretamente os mesmos casos sem a interferência do STF. Esta não é uma simples verdade que cada legislatura pode tomar decisões sem interferência judicial - derivada do princípio da separação de poderes.

Mesmo que o diálogo e a interação entre juízes e legisladores não tenham sido suficientemente institucionalizados no Brasil, ocorreu uma paralisação legislativa e ainda há necessidade de uma maior regulamentação e proteção para uma melhor interação - como apontou o recente debate sobre o

rascunho para Emenda Constitucional nº 33, de 2011 (BRASIL, 2011) e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 33/11) (BRASIL, 2011), que tentou modificar o sistema de revisão judicial no Brasil, ou mesmo para um melhor controle da revisão judicial como resultado de decisões de recurso extraordinárias.

No Direito Constitucional brasileiro, todas as disposições que definem os direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis, no entanto, em alguns casos, a Assembléia Constituinte estabeleceu a necessidade de um ato legal regulatório, de modo a conferir plena força efetiva à disposição constitucional.

Um bom exemplo dessa situação é o direito de os servidores públicos atacarem. Para exercer plenamente esse direito social, o texto constitucional requer uma regulamentação específica que define a maneira e os limites da greve (artigo 37, VII) (BRASIL, 1988).

Em resumo, no nível estrutural, a Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), estabelece algumas limitações no STF tendo a última palavra sobre a interpretação da Constituição, no entanto, na prática, existe uma função muito baixa. O Legislativo não foi decisivo para resolver os problemas constitucionais finais em casos de omissão, e apenas excepcionalmente o Congresso respondeu às decisões da STF. De fato, o legislativo brasileiro geralmente não funciona em resposta, mas de acordo com seus próprios interesses, mesmo como um ponto de veto para as decisões do STF. Podemos lembrar que, no Brasil, o Legislativo pode facilmente substituir uma decisão judicial, mesmo em um caso de julgamento jurisdicional, passando qualquer estatuto tentando desfazer uma decisão anterior no processo legislativo ordinário, uma tentativa legislativa típica.

A substituição de uma decisão do STF pelo Congresso não deve representar uma afronta à autoridade judicial. Nesse sentido, um exemplo importante foi o da Lei 135/2010 (BRASIL, 2010), conhecida como Lei de Ficha Limpa, que estabeleceu novas condições de inadimplência para os candidatos políticos que foram condenados por um crime de entrar em funções, o que, de alguma forma, tenta controlar e erradicar a corrupção na política brasileira. Este caso, entre outros, e a mecânica constitucional destacada nesta parte mostra

que no Brasil, no nível estrutural, não há supremacia judicial absoluta e rígida e é possível sustentar, em certo grau, o funcionamento de uma fraca justiça.

Dentro de uma visão mais ampla, a ênfase aqui é para a compreensão da importância de manter uma relação dialógica entre o Judiciário e o Legislativo, mesmo por causa da separação de poderes. É possível discutir os motivos do fracasso da avaliação fraca no Brasil a partir das perspectivas dos resultados da reforma do sistema judiciário.

Existem dois resultados principais que representaram a diminuição da prática da possibilidade de transferir a última palavra de questões constitucionais para o Legislativo brasileiro. A primeira consequência, como já foi referida, foi o fortalecimento dos poderes do STF, principalmente por causa do regime geral de repercussão (repercussão geral) para casos de recursos extraordinários e a possibilidade de emitir precedentes com efeitos obrigatórios (súmula vinculante). Este primeiro argumento indica que ambos os mecanismos deram uma função quase legislativa à Corte. Este diagnóstico é bem conhecido na constituição brasileira, após a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e Emenda Constitucional nº45 (BRASIL, 1988), o Judiciário tornou-se a principal forma de resolução de disputas no país, apenas recentemente, o Brasil adotou medidas alternativas de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, no sistema legal. O que foi crucial neste caso foi o aumento de diferentes canais para acessar o tribunal mais alto, confirmando que a revisão judicial começou a ser usada como uma tática de política direta no Brasil.

## 2.2. Constitucionalidade do cumprimento de pena estando à condenação em sede de Recurso Especial e/ou Recurso Extraordinário

Recurso Especial (REsp.) e Recurso Extraordinário (REExt.), ao contrário dos recursos comuns, são aqueles que necessariamente precisam preencher requisitos de admissibilidade evidentemente rígidos. Eles têm por objetivo, permitir o reexame apenas da matéria de direito. Para sua interposição, é necessário que se enquadre nas hipóteses específicas de

admissibilidade, elencadas na Constituição Federal, e são dirigidos aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário (PJ), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) (GONÇALVES, 2009, p. 291).

O REsp., tem por finalidade permitir o controle de legalidade das decisões proferidas por Tribunais Estaduais e da Justiça Federal, bem como visa a uniformidade de interpretação do Direito Federal. Suas hipóteses de cabimento estão elencadas no rol taxativo do artigo 105, III a, b e c, da Constituição Federal (GONÇALVES, 2009, p. 159). Já o RExt., visa levar ao Supremo Tribunal Federal as questões relacionadas à vulneração de dispositivos constitucionais.

O recurso especial foi introduzido no sistema recursal pátrio, com o advento da Constituição de 1988, que procedeu à cisão do recurso extraordinário, previsto nas cartas antecessoras e cuja finalidade consistia não só em manter a integridade da Lei Maior, como também da legislação infraconstitucional. Essa bipartição do extraordinário transportou para o recurso especial o reexame de decisões acerca do direito infraconstitucional. Concomitantemente, deu-se o surgimento do Superior Tribunal Justiça como corte competente para, dentre outros atributos, julgar o especial de forma a resguardar a unidade e a hegemonia do direito federal.

Com a promulgação da Lei nº 11.672/08 (BRASIL, 2008), o legislador procurou solucionar a sobrecarga de serviços, formulando mecanismos que procuram dar maior celeridade para os julgamentos dos recursos especiais. Com o advento da nova Lei que acrescentou o artigo 543-C ao Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), o presidente do tribunal realizará uma nova verificação, selecionando um ou mais recursos que versem sobre a mesma matéria de direito, e os demais ficarão suspensos no tribunal de origem até o pronunciamento definitivo da Corte Suprema a respeito da matéria controvertida, julgando os escolhidos, conseqüentemente, estarão os suspensos decididos também (GONÇALVES, 2009, p. 159,160). As hipóteses de cabimento são:

- a) contrariedade ou negativa de vigência de tratado ou Lei Federal;

b) validade de ato de governo local contestado em face da Lei Federal, pois o recurso especial visa à preservação da Lei Federal, e não dos atos do governo local;

c) interpretação de Lei Federal divergente da atribuída por outro Tribunal, hipótese de cabimento do recurso com fundamento em divergência jurisprudencial. (GONÇALVES, 2009, p. 162,164).

O RExt. é o meio pelo qual as ofensas a Constituição Federal são levadas ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso (GONÇALVES, 2009, p. 166). O recurso extraordinário também não é dotado de efeito suspensivo, ou seja, é possível a execução provisória de sentença sujeita a recurso extraordinário. Primeiramente, há de se observar que os órgãos competentes para apreciação dos recursos excepcionais (STJ e STF), ocupam um âmbito elevado e diferenciado em relação às cortes estaduais e federais, sendo a matéria de suas apreciações efetivamente o direito objetivo polemizado, e apenas este.

A Lei nº 11.418/06 (BRASIL, 2006), acrescentou ao Código de Processo Civil os artigos 543-A e 543-B (BRASIL, 2017), que adicionou como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a demonstração da repercussão geral da matéria, transmitindo a ideia de que o recurso deve apontar a questão constitucional nos interesses que atingem a coletividade e não somente no que diz respeito às partes. Ainda, haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Nos termos do artigo 102, inciso 3, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a não admissão por falta de repercussão geral depende de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal (GONÇALVES, 2009, p. 166). A exigência quanto à regularidade na forma de interposição do extraordinário, tal como no especial, é rigorosa. Qualquer falha ou vício poderá inviabilizar seu processamento. Deverá conter a motivação e a expressa indicação do dispositivo constitucional violado. Além de a petição manter interposição, deve indicar, especificamente, o dispositivo constitucional viabilizador do cabimento do apelo, sob pena de não conhecimento. Trata-se de condição expressa no artigo 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e,

portanto, é imprescindível à valia do apelo, consubstanciando ônus processual. As hipóteses de cabimento estão elencadas no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) são elas:

- a) contrariar dispositivos da Constituição Federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei Federal;
- c) validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal;
- d) julgar válida Lei local contestada em face da Constituição Federal, hipóteses estas taxativas (GONÇALVES, 2009, p. 167).

### 2.3. Impossibilidade de cumprimento da pena sem trânsito em julgado

A execução provisória da sentença penal condenatória é um tema desafiador e controverso, isso ocorre devido à autorização da decretação de prisão antes do trânsito em julgado da pena privativa de liberdade, o que acentua na linha tênue da garantia dos direitos do acusado e da função jurisdicional da pena.

A primeira problemática do tema decorre do espaço temporal entre a data do fato, a data da condenação e a data do efetivo cumprimento de pena. E como consequência, surge a possibilidade dos réus condenados aguardarem em liberdade o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário, enfraquecendo assim, a tutela dos bens jurídicos sociais que devem ser resguardados por tal disciplina. Atualmente, têm-se incontáveis relatos de uma situação muito comum: a recorrente interposição de recursos, mesmo que sem fundamentação legal, às instâncias extraordinárias, que ensejam, devido à lentidão da movimentação processual, a prescrição. Assim, diante do princípio do duplo grau de jurisdição assegurar ao cidadão o direito de ter sua sentença reexaminada e reapreciada por órgão diverso e hierarquicamente superior:

Ainda, diante das palavras do Ministro Celso de Mello, surge uma segunda problemática que está diante do questionamento: A decisão será de competência, ou de justiça? (Os Direitos e garantias individuais não tem caráter

absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, STF, HC 84.078, p.87).

Nesse contexto, a lógica extraída é de que se trata de dois graus – magistrados e tribunais. Com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir uma exigência de ordem pública. O mesmo, não exclui logicamente, a possibilidade da execução antecipada e não exclui a possibilidade do réu recorrer extraordinariamente ao Supremo Tribunal Federal ou especialmente ao Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de corrigir eventual abuso ou erro das decisões pretéritas.

A 1ª Turma do STF vinha admitindo a antecipação do cumprimento da pena privativa de liberdade nessa circunstância. Como exemplo, temos o mesmo recurso aqui discutido nesse capítulo, o HC nº 126.292, onde segundo o acórdão embargado, “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (BRASIL, 1988), nas palavras do Ministro Luiz Fux:

É certo que a previsão constitucional do habeas corpus no artigo 5º, LXVIII, tem como escopo a proteção da liberdade. Contudo, não se há de vislumbrar antinomia na Constituição Federal, que restringiu a competência desta Corte às hipóteses nas quais o ato imputado tenha sido proferido por Tribunal Superior. Entender de outro modo, para alcançar os atos praticados por membros de Tribunais Superiores, seria atribuir à Corte competência que não lhe foi outorgada pela Constituição. Assim, a pretexto de dar efetividade ao que se contém no inciso LXVIII do artigo 5º da mesma Carta, ter-se-ia, ao fim e ao cabo, o descumprimento do que previsto no artigo 102, I, “i”, da Constituição como regra de competência, estabelecendo antinomia entre normas constitucionais. Ademais, com respaldo no disposto no artigo 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, pode o relator negar seguimento a pedido improcedente e incabível, fazendo-o como porta-voz do colegiado. Entretanto, há de ser observado que a competência do Supremo Tribunal Federal apenas exsurge se coator for o Tribunal Superior (CF, artigo 102, inciso I, alínea “i”), e não a autoridade que subscreveu o ato impugnado. Assim, impunha-se a interposição de agravo regimental (HC 114557 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014, grifei).

Entretanto, a 2ª Turma, entendia como inadmissível o cumprimento antecipado da pena por violação ao princípio do estado de inocência, ressaltando também o consagrando no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Segundo posicionamento do relator Ministro Celso de Melo nessa decisão assim menciona:

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL . – A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem . Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade . Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes . (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Como exemplo, podemos citar o julgamento do recurso HC 136.720/PB, onde nessa ocasião a Corte permitiu que o réu aguardasse o julgamento em liberdade, dentre os argumentos apresentados, foi destacada as condições do sistema prisional, considerado “inferno de Dante”, sendo abrandado o princípio da carta magna, a presunção de inocência, que configura verdadeira cláusula pétrea (BRASIL, 2016).

Diante dessa decisão, o STF contraria a função de proteger o texto constitucional de eventuais mazelas e ataques à garantia dos cidadãos. Ao tomar essa decisão, aceitação da execução provisória da pena, o órgão judiciário agiu de forma autoritária, desrespeitando de forma direta os direitos constitucionais e gerando ao mesmo tempo, uma insegurança jurídica na sociedade. Isso, porque a pena oriunda de uma condenação não pode produzir efeitos antes do trânsito em julgado, por ir de encontro ao princípio da

presunção de inocência, além de ser incompatível com a execução provisória da pena decorrente da prática do crime.

O fato dos recursos extraordinário e especial não gozarem de efeito suspensivo, tem servido de base para as decisões do STF. Porém, isso não implica que a execução da pena pode ser antecipada antes de condenação judicial definitiva, e qualquer prisão, antes da sentença condenatória, é inevitavelmente cautelar, prisão definitiva deverá ocorrer somente após o trânsito em julgado.

### **CAPÍTULO III: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ARTIGO 5º, LVII/CF E ARTIGO 283/ CPP) X AUSÊNCIA DE EFEITO DE SUSPENSIVO DO REsp. E RExt.**

Verificamos que as garantias constitucionais e os pressupostos de punição penal, sofrem uma constante flexibilidade, onde temos encontrado entre as decisões proferidas pelo STF um ponto nodal, o princípio político-judiciário (AMARAL; CALEFF, 2017, p. 1074). Dessa forma, busca-se minimizar a incidência de julgamentos precipitados que estão sendo decorrentes no poder judiciário.

Assim como NA Constituição Federal (BRASIL, 1988), onde os objetos tutelados pelas esferas civil e penal são distintos, o mesmo ocorre no que concerne ao artigo 283, do Código de Processo Penal, que estabelece que o recurso extraordinário não possua efeito suspensivo, deixando subentendido que a execução provisória da pena, torna impossível a reversão de seus efeitos e concretizou na esfera penal a garantia presente na CF:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 2017, p.6).

Esse dispositivo deixa claro, que o acusado só poderá ter sua prisão decretada em situações especiais e bem fundamentada, tratando-se das prisões cautelares. Dai o contrassenso da decisão proferida pelo STF, nesse caso apresentado. Ao contrário do que tem se estabelecido nos julgamentos do poder judiciário, o princípio de presunção de inocência, já está garantido e vinculado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja por determinação expressa na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ou no artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017).

Porém, a suprema corte, interpretou a expressão “trânsito em julgado” de forma semântica, que acabou por violar esses dispositivos (AMARAL; CALEFF, 2017, p.1078). Assim, podemos afirmar que o cidadão possui o

direito do duplo grau de jurisdição, ou seja, sua sentença deve ser “reexaminada” e “reapreciada” por órgãos superiores.

A afirmação do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal ao longo dos anos tem sido alvo de muitas especulações, onde para alguns o constituinte permite que parte da doutrina defenda o princípio da não culpabilidade. No STF a utilização da expressão “presunção de inocência” é mais frequente, sendo utilizada às vezes “presunção de não culpabilidade”, não havendo distinção entre as duas expressões. Porém, independente de termos a ser utilizado, o que vale aqui ressaltar é o momento que deverá iniciar a execução da sentença penal condenatória.

Segundo Nucci (2014), a sentença se torna título executivo judicial após trânsito em julgado e o processo de conhecimento se torna em processo de execução. Assim, seu efeito só ocorre após valer a então pretensão punitiva através da execução penal que comina na punição do acusado pelo seu delito.

Durante a aplicação da execução penal, se deve observar o que foi determinado na Constituição Federal (BRASIL, 1988) como assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLVII). Além do inciso III que afirma “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Porém, diante da realidade do sistema carcerário que não tem tido atenção do Estado por longos anos, não garantindo os direitos humanos garantidos na constituição e nas diversas leis posteriores. (NUCCI, 2014, p. 716).

O principal ponto que diverge entre os doutrinários ocorre no início da execução penal. De acordo com a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), isso só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Baseado nos seguintes artigos:

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. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:

I - o nome do condenado;

- II - a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação;
  - III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;
  - IV - a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução;
  - V - a data da terminação da pena;
  - VI - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.
- [...]
- Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

A mesma visão com foco na execução da pena foi imposta pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que editou a Resolução 113 (CNJ, 2010), que dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança que em análise, percebemos que a legislação exige dos magistrados uma declaração da execução da pena de trânsito em julgado da sentença para que possa executada. Entretanto, não exclui a possibilidade da execução provisória:

- Art. 1º A sentença penal condenatória será executada nos termos da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, da lei de organização judiciária local e da presente Resolução, devendo compor o processo de execução, além da guia, no que couber, as seguintes peças e informações:
- I - qualificação completa do executado;
  - II - interrogatório do executado na polícia e em juízo;
  - III - cópias da denúncia;
  - IV - cópia da sentença, voto(s) e acórdão(s) e respectivos termos de publicação, inclusive contendo, se for o caso, a menção expressa ao deferimento de detração que importe determinação do regime de cumprimento de pena mais benéfico do que seria não fosse a detração, pelo próprio juízo do processo de conhecimento, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 12.736/12;
- [...]
- VII - certidões de trânsito em julgado da condenação para a acusação e para a defesa;
- [...]

Atualmente, têm-se observado o crescente número de interposição de recursos às instâncias extraordinárias, independente de fundamentação legal. A frequência desse fato pode ser atribuída a manobras adotadas por advogados experientes, que fazem uso dessa ferramenta assegurada pela legislação no momento em que seus clientes são presos. Assim, vemos que na prática, o que está instituído na Constituição Federal (BRASIL, 1988) não é uma garantia de justiça. Por outro lado, o duplo grau de jurisdição permite o

cidadão o direito de ter sua sentença reexaminada por órgão diverso e hierarquicamente superior.

Nesse âmbito, o debate não está voltado ao caráter da execução provisória ser justa ou injusta, mas no fato que ela não está autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não podendo o órgão jurisdicional dispor sua vontade ante a previsão constitucional.

## CAPÍTULO IV: REPERCUSSÃO GERAL DA TESE E DECISÃO DIVERGENTE DO STF

A mudança de jurisprudência vem sendo discutida antes do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, com a discussão da Proposta de Emenda Constitucional nº15/2011 (BRASIL, 2011), como objetivo a modificação dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que transformaria os Recursos Extraordinário e Especial em ações rescisórias, permitindo assim, a imediata execução das sentenças condenatórias de segunda instância:

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

Um ponto interessante a ser abordado na decisão dos ministros quanto aos votos do HC 126.292, se refere aos recursos Extraordinários e Especiais, onde em suas explicações, os ministros relatam que não há matéria fática ou apreciação de provas a serem analisados nesses recursos, o que permite certa autorização de decidir pela culpabilidade do indivíduo, resultando assim, em uma prisão imediata. Porém, defendemos aqui que a culpabilidade não deve ser dita antes do trânsito em julgado, mesmo em tribunais superiores e isso foi bem definido nas palavras do Advogado Aury Lopes Jr (CONJUR, 2016):

Os defensores da decisão argumentam que o imputado é considerado “culpado” com a decisão de segundo grau, na medida em que somente cabem recurso especial e extraordinário, que não permitem “reexame de prova”. Duplo erro. Primeiramente há que se compreender o que é ‘culpabilidade normativa’ e ‘culpabilidade fática’. [...], a presunção de inocência é cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil. 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 se pode 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.

Entretanto, a decisão do STF e a possibilidade de prisão em segunda instância em tem sido bastante comemorada entre alguns profissionais da área do Direito, como delegados e magistrados. Isso pode ser visto na declaração feita pela Associação Nacional de Delegados da Polícia Federal (ADFP), em sua *homepage*, onde o presidente Carlos Eduardo Sobral afirmou: “Fortalece a Lava Jato, fortalece todas as operações policiais, fortalece a promoção da justiça e fortalece o fim da sensação de impunidade” (ADFP, 2016).

Outro posicionamento que não poderíamos deixar de mencionar aqui seria o da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que se posicionou contra a decisão do STF no caso *Habeas Corpus* 126.292. Isso foi confirmado através da declaração do presidente nacional Claudio Lamachia: “A advocacia é a voz da cidadania. Quando uma condenação acontece sem derivar do respectivo trânsito em julgado, tira-se a oportunidade do cidadão de defender-se em todas as instâncias que lhe couber por meio da atuação de seu advogado” (OAB, 2016).

Em análise geral dos *Habeas Corpus* nas instâncias superiores, STF e STJ, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2016), referem-se em boa parte a erro na dosimetria da pena base, erro na dosimetria de agravantes e erro na fixação de regime de cumprimento da pena.

Como exemplo do erro de dosimetria da pena, podemos citar como o processo *Habeas Corpus* nº 241.662/DF (BRASIL, 2013):

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. PENA DEFINITIVA REDUZIDA. EXISTÊNCIA DE MERO ERRO MATERIAL NA PARTE DISPOSITIVA DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. O acórdão atacado não incorreu em reformatio in pejus, havendo mero erro material a ser reparado. 2. Ordem concedida para, reconhecendo a existência de erro material na parte

dispositiva do acórdão impugnado, retificá-la e fixar a pena definitiva, nos termos das razões de decidir do julgado, em 07 (sete) anos, 10 (dez) meses e 02 (dois) dias de reclusão e pagamento de 90 (noventa) dias-multa, no piso legal. (STJ - HC: 241662 DF 2012/0092550-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2013)

Já, como exemplo da dosimetria de agravantes tem o processo *Habeas Corpus* n° 23033/MS (BRASIL, 2004):

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE GENÉRICA. QUANTUM DE AUMENTO. JUSTIFICAÇÃO. NECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE ERRO NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA DE CORÉU. ART. 580, CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO. 1. O aumento pela agravante genérica da reincidência não é estabelecido pela lei. Deve o Magistrado sentenciante demonstrar, com circunstâncias específicas, a necessidade de um maior rigor, estabelecendo, de modo justificado, segundo o seu livre convencimento, o quantum necessário à melhor aplicação da lei penal. (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal). 2. Ainda que a Defesa não sustente, em sede de apelação, o desrespeito ao critério trifásico de individualização da pena, cabe ao Tribunal a quo, já que se devolve no apelo o conhecimento pleno da matéria, reformar a reprimenda, sobretudo quando o fez para co-réu. 3. Writ concedido parcialmente para cassar o acórdão e a sentença na parte relativa à dosimetria das penas dos Pacientes, a fim de que, sem prejuízo da condenação, sejam novamente individualizadas, sem o indevido acréscimo na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes, observando-se a devida fundamentação quanto ao agravamento de 1/3 das penas (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), bem como o sistema trifásico de aplicação da pena (art. 68 do Código Penal).(STJ - HC: 23033 MS 2002/0072166-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 09/11/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/12/2004 p. 385)

E por fim, o caso de *Habeas Corpus* n° 88117/SP (BRASIL, 2008), pode ser citado como exemplo de erro na fixação do regime de cumprimento da pena:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS. DIMINUIÇÃO, EM 1/3, COM FULCRO NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. PENA CONCRETIZADA: 2 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INTEGRAL FECHADO. ALEGAÇÃO DE ERRO NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. TEMA NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2o., § 1o. DA LEI 8.072/90. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CPB NA FASE DE DOSIMETRIA DA PENA. ADMISSIBILIDADE, ANTE A INEXISTÊNCIA DE DIPLOMA NORMATIVO PRÓPRIO. REGIME ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS

CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE O PACIENTE CUMPRA A PENA EM REGIME ABERTO. 1. A alegação de erro na fixação do regime prisional ou de inconstitucionalidade do regime integral fechado não foi examinada pelo Tribunal estadual, que se limitou a discutir a possibilidade do Apelo em liberdade, o que inviabiliza a apreciação do tema por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância. 2. O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 82.959-7/SP, decidiu ser inconstitucional o § 1o. art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, o que autoriza o deferimento do writ, de ofício, para afastar a proibição ao benefício com fundamento no referido dispositivo legal. 3. Referida decisão remeteu ao art. 33 do CPB, ainda que sem essa específica intenção, as diretrizes para a fixação do regime prisional para crimes considerados hediondos, por ausência de outro diploma normativo legal. Assim, na hipótese, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal e diminuída de 1/3, por força da aplicação do art. 33, § 4o. da nova lei de tóxicos, o paciente faz jus ao regime aberto para o início do cumprimento da pena. 4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da condenação imposta ao paciente (STJ - HC: 88117 SP 2007/0178595-4, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 07/02/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.03.2008 p. 1)

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal, não repercutiu apenas no âmbito jurídico, mas também na esfera civil. No mesmo ano da votação, o partido político Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, entenderam haver controvérsia entre o resultado da votação e o Princípio de Não Culpabilidade, ajuizando as Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 (BRASIL, 2016) e 44 (BRASIL, 2016), que pediam a suspensão da prisão com base na decisão do *Habeas Corpus* 126.262, através de Medida Cautelar. Essas ADCs se basearam na constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal que foi alterado em 2011 (BRASIL, 2011), que descreve à necessidade do trânsito em julgado para o cumprimento da pena, além de afirmar que o mesmo, deveria ter declarado inconstitucionalidade no julgamento.

Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta pela OAB, teve como foco a revitalização do Princípio da Presunção de Inocência. Afirmou que essa decisão afeta o direito de ir e vir, ao permitir a prisão em segunda instância. Além disso, ponderaram que essa decisão não tem efeito vinculante e que os demais tribunais poderão seguir a jurisprudência, criando conflito com

artigo 283 do Código de Processo Penal que foi alterado em 2011 (BRASIL, 2011). Ainda nessa mesma ação, a OAB pediu a suspensão de todas as execuções antecipadas de pena baseadas na decisão do HC 126.292 nos tribunais de segunda instância.

O Supremo Tribunal Federal em sua defesa a respeito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44, destacou a alteração do dispositivo Código de Processo Penal foi modificado justamente para se adequar a Constituição Federal (OAB, 2016):

A decisão do legislador ao alterar o CPP para incluir a norma espelhando o dispositivo constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, inciso LVII) foi o de assegurar a impossibilidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em 05 de outubro de 2016, foram julgadas as ADCs de nº43 e nº44. Por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal, reflete o disposto que tratam justamente dos direitos e garantias individuais baseado na teoria de que o dispositivo nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo, portanto que esta não impede o cumprimento da pena sentenciada em segunda instância.

Vale ressaltar que o próprio ministro Teori Zavascki foi contrario a decisão e deixa isso de forma explícita na Reclamação nº 2.645 (BRASIL, 2009), onde afirma ser uma ofensa a Constituição Federal em se negar preceito normativo sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade:

No que diz respeito especificamente aos órgãos jurisdicionais, não se admite, porque então sim haverá ofensa à Constituição, seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade.

Por fim, 11 de novembro de 2016, o STF no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE- nº 964264), decidiu pela maioria dos votos, pela confirmação de que é constitucional a prisão após sentença em segunda instância. Sendo que

a partir de então, a matéria da prisão em segunda instância passa a ter repercussão geral, com a decisão (BRASIL, 2016):

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

Portanto, de acordo com a confirmação do STF, nas ADCs 43 e 44, fica claro que a prisão em segunda instância, poderá ser iniciada antes de finalizar os trânsitos em julgado.

## CONCLUSÃO

Não há que se negar que a Constituição Federal adotou o princípio da presunção de inocência no texto do artigo 5º, inciso LVII. A crítica que se faz é em relação ao peso e ao alcance desse princípio. Parte da jurisprudência defende que a presunção é um princípio, logo, não é regra. Os princípios devem ser tidos como vetores que sinalizam e apontam para determinado comportamento, não devendo, entretanto, serem tidos como absolutos, podendo ser aplicado com maior ou menor grau de intensidade. Nesse sentido, a presunção de inocência deverá ser ponderada, como um sistema de pesos e valores, à medida que, a cada condenação, sua presunção será diminuída.

A garantia de que só se pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença é uma conquista constitucional, que vai muito além da mera confirmação de materialidade e autoria delitiva. O fato de alguém, independentemente de sua situação social, política ou econômica, estar na condição jurídica de pessoa submetida à persecução penal, não lhe restringe a posição de sujeito de direitos e de titular de garantias indisponíveis. A presunção de inocência não é a circunstância que provoca o sentimento de justiça ou situa a crise de funcionalidade do judiciário. A solução deve ser encontrada em uma reforma do sistema processual que confira maior conveniência ao sistema recursal.

A violação aos Direitos Humanos e à própria Constituição Federal na mitigação da presunção de inocência, quebra da segurança jurídica e afronta à dignidade não pode ser tida como balizadora do inconformismo social ou justificativa para as mazelas estruturais da administração pública. A segurança jurídica por si só, integra um dos núcleos do Estado Democrático de Direito e, assim, não se pode suprimi-lo a fim de justificar ou analisar fatores externos à proteção legal.

Dessa forma, a análise do tema, a seu modo, passa a configurar um movimento de resistência pela salvaguarda dos direitos do acusado, ambicionando minimizar a incidência de julgamentos precipitados cada vez mais frequentes no Poder Judiciário. Pretende-se, em suma, demonstrar que o clamor social pela punição de eventuais suspeitos não pode ser maior do que a

preocupação de não submeter um inocente a uma injusta condenação. Razão pela qual, se denota a fragilidade do argumento de que a presunção de inocência “não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário, os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL. Notícia.

Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia\\_portal.wsp?tmp.edt.materia\\_codigo=8408&tit=Decisao-sobre-prisao-em-segunda-inst%E2ncia-e-elogiada-por-juizes,-#.WCSq\\_vorK00](http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=8408&tit=Decisao-sobre-prisao-em-segunda-inst%E2ncia-e-elogiada-por-juizes,-#.WCSq_vorK00)>. Acesso em 10 nov. 2016.

AMARAL, Augusto Jobim; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 3-41, 2010.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em 24 out. 2006

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174> Acessado em: 21 agosto de 2017.

BRASIL. **Decreto nº 79.099, de 06 de Janeiro de 1977**. Aprova o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 30 de outubro de 2017

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm) Acesso em: 29 de outubro de 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de NOVEMBRO de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 29 de outubro de 2017

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n.º 33**, de 11 de dezembro de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc33.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc33.htm) . Acesso em: 30 de outubro 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Proposta de Emenda constitucional n.º 30**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc33.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc33.htm). Acesso em: 30 de outubro 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Proposta de Emenda constitucional n.º 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm) Acesso em: 30 de outubro 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.418/06**, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm). Acesso em: 29 de outubro de 2017

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Lei nº 11.672/08**, de 08 de maio de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm) Acesso em: 29 de outubro de 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 136.720**, Brasília/DF, 02 de dezembro de 2016, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

Acessado em; 25/10/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 241.662**, Brasília/DF, 11 de outubro de 2013, Relator Min. Laurita Vaz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24270702/habeas-corpus-hc-241662-df-2012-0092550-0-stj/inteiro-teor-24270703>. Acessado em: 25/10/2017

BRASIL. **Lei nº 11.672/08**, de 04 de junho de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm). Acesso em: 29 de outubro de 2017

BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

Acesso em: 29 de outubro de 2017

BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em 16 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF nº 347**, Brasília/DF, 09 de Setembro de 2015, Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> 29/10/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 126.292**, Brasília/DF, 17 de fevereiro de 2016, Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acessado em; 25/10/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade 44**, Brasília/DF, 05 de Outubro de 2016, Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545> Acessado em; 25/10/2017

BRASIL. **Código de Processo Penal**. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 187 p, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010.** Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2596>>. Acesso em 8 novembro de 2017.

**CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS** (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm). Acesso em: 30 de outubro de 2017

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.** Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao>. Acesso em: 30 de outubro de 2017

FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV**, n. 101, 2012.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar. **Dissertação (Mestrado em Direito) – PPGD/UFPR**, Curitiba, p. 54, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 5ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. **Comentários ao Código Penal: Volume 1**. GZ Editora, 2017.

LENZA, Pedro; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. **Revista Consultor Jurídico, 2016**.

LOPES, Paula Duarte; NASCIMENTO, Daniela. República Federal da Nigéria. In: **Política externa: as relações internacionais em mudança**. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. p. 289.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Presunção de inocência: do iluminismo europeu ao autoritarismo brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 279, p. 07-08, 2016.

MARQUES, Luiz Guilherme. A Justiça e o Direito da Índia. **Jus Navigandi**, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 173.

NEQUETE, Lenine; ROSAS, Roberto. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência**. Supremo Tribunal Federal, 2000.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas**. Novos Estudos, São Paulo, n. 91, p. 5-20, 2011.

**PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS**. Organização das Nações Unidas, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 30 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 2.645/SP de 18 de novembro de 2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8634143/reclamacao-rcl-2645-sp-2007-0254916-5-stj>. Acesso em 28 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. Proposta de Emenda Constitucional nº15/2011. Senado Federal. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>. Acesso em 08 novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.404 de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm). Acesso em 8 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. Disponível em: Acesso em: 27 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. In: Conjur Revista Eletrônica. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nossojuridico>. Acesso em: 10 novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Ordem dos Advogados do Brasil. Notícias. Disponível em:  
<<http://www.oab.org.br/noticia/52191/oab-defende-principio-da-presuncao-de-inocencia-emjulgamento-no-stf?argumentoPesquisa=presunc%C3%A3o>>.

Acesso em: 02 novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. In: Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016. Disponível em:  
<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html>.

Acesso em: 02 novembro de 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.