



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

DIEGO HENRIQUE BEZERRA DE MENESES

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

**CAMPINA GRANDE
2019**

DIEGO HENRIQUE BEZERRA DE MENESES

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

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Proreitoria de Pós-Graduação e pesquisa da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Prática Judicante.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Me. Hugo Gomes Zaher

**CAMPINA GRANDE
2019**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

M543p Meneses, Diego Henrique Bezerra de.
O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade [manuscrito] : uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Diego Henrique Bezerra de Meneses. - 2019.
46 p.
Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa , 2019.
"Orientação : Prof. Me. Hugo Gomes Zaher , Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa ."
1. Presunção de inocência. 2. Execução provisória da pena. 3. Jurisprudência. I. Título

21. ed. CDD 342.02

FOLHA DE APROVAÇÃO

DIEGO HENRIQUE BEZERRA DE MENESES

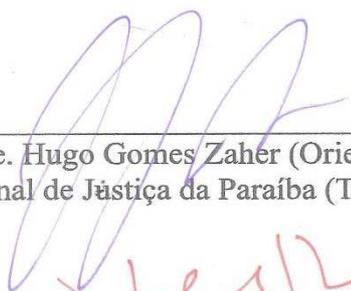
O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Pró-reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Prática Judicante.

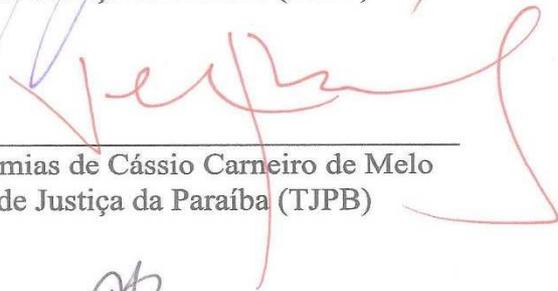
Área de concentração: Direito Constitucional

Aprovado em: 3 / 5 / 19

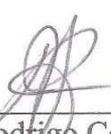
BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Hugo Gomes Zaher (Orientador)
Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB)



Prof. Me. Jeremias de Cássio Carneiro de Melo
Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB)



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu sobrinho Benício,
DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, o centro e o fundamento de tudo em minha vida, por renovar a cada momento, minha força e disposição, e pelo discernimento concedido ao longo dessa jornada.

Aos meus pais, que sempre acreditaram em mim e nunca mediram esforços para que eu fosse à busca dos meus sonhos. Assim como, às minhas irmãs, pelos momentos inesquecíveis que vivemos juntos.

Aos professores do Curso de Preparação para Magistratura - CPM, em especial, Alex Muniz, Euler Jansen, Thana Carneiro, Higyna Josita, Rosimeire Ventura e Rodrigo Costa Ferreira e, de forma bastante carinhosa, ao professor Hugo Gomes Zaher pela paciência e auxílio para o desenvolvimento desta pesquisa, o meu eterno agradecimento.

Ao Juiz Jeremias de Cássio Carneiro de Melo, pela forma como fui recebido, durante o período de preceptoria e a todos os servidores do Tribunal de Justiça da Paraíba lotados na 2ª vara mista da comarca de Queimadas-PB.

Às servidoras da Escola Superior da Magistratura Ana Teberge e Verinha, pela presteza e atendimento quando me foi necessário.

Aos colegas da turma, pelos momentos de amizade e apoio, em especial ao Maxwell Leonardo Dias, meu companheiro de preceptoria em Queimadas.

“Justiça tardia nada mais é do que a injustiça
institucionalizada” – Rui Barbosa

RESUMO

O tema do princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade possui ampla repercussão na doutrina e na jurisprudência atual, dividindo opiniões dos mais renomados juristas do país, em virtude da imprecisão sobre o alcance do princípio da presunção de inocência, aliada à necessidade de ponderar esse princípio com a efetividade da função jurisdicional na equação do devido processo legal. Esse dualismo polêmico, de difícil convivência prática, entre o direito à liberdade e a garantia de outros bens jurídicos, constitucionalmente tutelados, só reforça a importância do estudo acerca da presunção de inocência. Para isso, a metodologia empregada no desenvolvimento desta monografia partiu do método indutivo, com levantamento e análise de dados bibliográficos, baseando-se, em especial, na literatura jurídica brasileira, assim como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas normas pertinentes ao tema proposto. Dessa forma, buscou-se analisar a presunção de inocência, de modo a conferir sua compatibilidade com o instituto da execução provisória da pena, ao passo que, a análise sistêmica dos preceitos normativos, o enquadramento da temática sob a perspectiva da mutação constitucional, a busca de um contexto de eficácia integral de todos os direitos fundamentais e da perspectiva da incidência do princípio da proporcionalidade, em especial sobre a proibição da proteção deficiente, permitiram demonstrar que o dualismo polêmico pode ser superado.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Execução provisória da pena. Jurisprudência.

ABSTRACT

The debate over the principle of the presumption of innocence and its relation to the provisional execution of criminal sentences has a wide repercussion at current doctrine and jurisprudence, dividing opinions of the most renowned jurists in Brazil. This is due to the imprecision of reach of the principle of presumption of innocence, together with the need of considering such principle when dealing with effectiveness of the jurisdictional function by considering the due process of law. The controversial duality, of difficult practical coexistence, between the right to freedom and the guarantee of other legal goods, constitutionally protected, only reinforces the importance of the study of the presumption of innocence. To do such study, the methodology used throughout the development of this monograph implied inductive methods, as well as the gathering and further analysis of bibliographical data, basing itself, specially, in the Brazilian juridical literature, as well as in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court and in norms which deal with the selected theme. In this way, this monograph seeks to analyze the presumption of innocence, in a way to verify its compatibility with the institute of the provisional execution of criminal sentences, as well as, the systemic analysis of normative precepts, the enclosure of the thematic under the perspective of constitutional mutation, and the search for a context of full effectiveness of all fundamental rights and the perspective of incidence of the principle of proportionality, specially when dealing with the prohibition of deficient protection, allowed this study to demonstrate the aforementioned duality can be overcome.

Keywords: Presumption of innocence. Provisional execution. Jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DDHC	Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LC	Lei Complementar
MP	Ministério Público
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 METODOLOGIA.....	14
3 PERSPECTIVA HISTÓRICA ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	15
3.1 Abordagem histórica da evolução do princípio da presunção de inocência no constitucionalismo brasileiro	17
3.2 O princípio da presunção de inocência nos instrumentos internacionais	21
3.2.1 PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS - PIDCP ...	22
3.2.2 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CADH (1969)	23
4 CONTORNOS DOGMÁTICOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	25
4.1 Quanto à terminologia: princípio da presunção de inocência ou da presunção de não-culpabilidade?	25
4.2 ANÁLISE DA SUA NATUREZA TRIDIMENSIONAL.....	26
4.2.1 COMO NORMA DE TRATAMENTO	26
4.2.2 COMO NORMA PROBATÓRIA.....	27
4.2.3 COMO NORMA DE JUÍZO	27
4.3 A presunção de inocência e o garantismo penal	28
5 A CONSTRUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	31
5.1 Julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG.....	32
5.2 Julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP.....	35
5.3 A constitucionalidade da inelegibilidade por condenação criminal em órgão colegiado frente à presunção de inocência	38
6 CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

O que um garçom condenado por roubo, um fazendeiro, por tentativa de homicídio qualificado, e um ex-presidente, por corrupção passiva e lavagem de dinheiro possuem em comum? Três personagens sem qualquer relação direta, mas que colocaram o Supremo Tribunal Federal diante da mesma discussão jurídica: a execução provisória da pena.

Esse tema possui ampla repercussão na doutrina e na jurisprudência atual, dividindo opiniões dos mais renomados juristas do país, em virtude da imprecisão sobre o alcance do princípio da presunção de inocência aliada à necessidade de ponderar esse princípio com a efetividade da função jurisdicional na equação do devido processo legal.

O dualismo polêmico, de difícil convivência prática, entre o direito à liberdade e a garantia de outros bens jurídicos, constitucionalmente tutelados, só reforça a importância do estudo acerca da presunção de inocência, notadamente, quando se observa que esse direito fundamental só veio a existir de forma expressa, no ordenamento jurídico nacional, com a Constituição de 1988 e, após 30 anos da vigência, não se tem, ainda, uma exata compreensão sobre, “o que é?”, “por que existe?” e “para que foi concebido?”.

Dessa forma, buscou-se isolar o espectro de incidência da presunção de inocência do espectro de outros princípios correlatos, de modo que permitisse analisá-la sob diferentes aspectos, destacar o seu núcleo - preservar o imputado contra juízos precipitados e desproporcionais acerca da sua responsabilidade – e conferir sua compatibilidade com o instituto da execução provisória da pena.

À vista disso, a semântica empregada pelo constituinte originário, no inciso LVII do art. 5º da Constituição, ao asseverar que “*ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”, indica que a locução “*considerado culpado*” não possui sinonímia com a locução “*será preso*”, uma vez que a Constituição não assegura um direito a não ser preso, mas apenas um direito a não ser, arbitrariamente, preso.

Diante dessa infelicidade semântica, o citado princípio, muitas vezes, é interpretado numa abrangência maior do que a estabelecida nos instrumentos internacionais que, também, o consagram expressamente, definindo como garantia a ser observada, até à comprovação da culpa, não havendo associação direta entre a presunção de inocência e a legitimidade dos atos de detenção ou reclusão.

Logo, o cerne do trabalho, como o próprio título já indica, busca analisar se há incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência com a execução provisória da pena, a partir das sentenças penais condenatórias em segundo grau, ainda que pendentes de

recursos extraordinários, não havendo a pretensão de esgotar a discussão em torno do tema proposto, mas, apenas, de contribuir para o debate acadêmico, de modo que possa servir de base para obtenção de resultados mais justos na prática jurídica.

Para isso, a metodologia empregada, no desenvolvimento desta monografia, partiu do método indutivo, com levantamento e análise de dados bibliográficos, embasando-se, em especial, na literatura jurídica brasileira, assim como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas normas pertinentes ao tema proposto. Portanto, caracteriza-se como uma pesquisa bibliográfica.

O trabalho foi estruturado em mais cinco capítulos subsequente, além desta introdução: no segundo, abordou-se o percurso metodológico utilizado para concretização deste estudo, situando o tipo de pesquisa; no terceiro, abordou-se a perspectiva histórica da presunção de inocência, da Roma antiga à Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, em 1789, quando foi expressa pela primeira vez, sua evolução na experiência constitucional brasileira e a presença nos instrumentos internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Na sequência foram analisados os seus contornos dogmáticos, quanto à terminologia mais adequada: princípio da presunção de inocência ou da presunção da não-culpabilidade? Quanto a sua natureza tridimensional: “norma de tratamento”, “norma probatória” e “norma de juízo” e, além disso, sua relação com a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

O quinto capítulo traz um estudo sobre a construção da recente interpretação do princípio constitucional da presunção de inocência, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do conteúdo das decisões proferidas nos *Habeas Corpus* 84.078/MG e 126.292/SP e da Lei Complementar nº 135/2010 que, ao trazer a hipótese de inelegibilidade por condenação em órgão colegiado, foi objeto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578/DF. Por fim, traçamos algumas considerações finais, com base nos resultados obtidos.

2 METODOLOGIA

Para o desenvolvimento desta pesquisa, de cunho qualitativa, o método de abordagem empregado foi o indutivo, partindo da análise de premissas estabelecidas no ordenamento jurídico e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de maneira que se possa afastar a interpretação literal do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que condiciona a execução da pena ao trânsito, em julgado, da sentença penal condenatória.

A técnica de pesquisa foi o levantamento de dados bibliográficos, em especial, a literatura jurídica brasileira e estrangeira, assim com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e as normas pertinentes ao tema proposto. Logo, caracteriza-se como uma pesquisa bibliográfica, que conforme Medeiros “significa o levantamento da bibliografia referente ao assunto que deseja estudar” (2014, p. 36). Ainda, segundo Lakatos (1992, p. 44):

a pesquisa bibliográfica permite compreender que, se de um lado a resolução de um problema pode ser obtida através dela, por outro, tanto a pesquisa de laboratório quanto à de campo (documentação direta) exigem, como premissa, o levantamento do estudo da questão que se propõe a analisar e solucionar. A pesquisa bibliográfica pode, portanto, ser considerada também como o primeiro passo de toda pesquisa científica.

3 PERSPECTIVA HISTÓRICA ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A existência de registros históricos a respeito dos escritos de Trajano “*est melius ad reprehendo quod peius potest considerari innocente*¹” – é melhor ser considerado ruim do que culpar um inocente-, da máxima de Paulo “*ei incubit probatio qui dicit non qui negat*” – a prova incumbe a quem afirma, não a quem nega-, e do brocardo do “*in dubio pro reo*²” – na dúvida, a favor do réu -, nos permitem concluir que a presunção da inocência teve sua origem no direito romano.

O Estado romano atingiu seu fim, na medida em que, mercê de muitos problemas internos, não conseguiu suportar, em vários pontos dos seus domínios os avanços dos povos ditos bárbaros.

Na idade média, os julgamentos eram realizados por meio das ordálias ou juízos de deuses, que consistiam em submeter o acusado a um desafio, para que, assim, provasse a sua inocência, pois acreditava-se na proteção divina a quem tivesse razão.

Nas palavras de Moraes (2010, p. 69), a fase dos julgamentos, com base nos juízos de deuses, aponta para dois lados significativos ao presente trabalho: primeiro, o não desenvolvimento de institutos jurídicos e, segundo, a forte influência religiosa, na qual tudo era dirigido à intervenção divina e, por esse viés, era desnecessária qualquer evolução técnico-jurídica. Assim, não se vislumbra qualquer vestígio de presunção de inocência nesse período examinado.

No caminhar da história, as ordálias foram substituídas pelo sistema inquisitivo romano, renovado, em razão dos influxos católicos, que buscavam a conversão de novos fiéis e o combate às heresias, e do crescimento das cidades, com o surgimento de novos centros de poder, em detrimento dos senhores feudais.

O procedimento inquisitivo, centralizado nas mãos do julgador, foi reprimado, tornando o processo penal instrumento estatal para defesa dos domínios reais e católicos contra seus inimigos (inimigos do Estado, hereges e os não convertidos), ou seja, o processo, nessa época, era usado para fins políticos e religiosos.

Segundo Moraes (2010, p. 81), a inquisição possuiu duas características que tangem ao presente estudo, quais sejam: i) os julgadores enxergavam os imputados como pecadores por

¹ Esse fragmento é o mais citado na indicação da origem mais remota do que, hoje, se tem como presunção de inocência (MORAES, 2010, p. 57).

² Como se verá nos próximos capítulos, essa expressão não é sinônimo nem exaure todo o conteúdo da presunção de inocência.

não temerem a Deus ou aos desígnios políticos dos detentores do poder e, por isso, tinham a culpa presumida, nunca a sua inocência; ii) o aparato instrutório, disposto à consecução da finalidade pré-estabelecida, baseava-se na prova legal ou “tarifada”, prevendo-se, em lei, o valor de cada prova e sua classificação, e a tortura, como meio para se obter a confissão, prevista, nessa lei, como a rainha das provas (*probatio probatissima*).

Tendo em vista que o sistema criminal da Inquisição foi o ápice da violência institucionalizada e a análise dos instrumentos utilizados nesse período, tão vinculados à presunção de culpa, indicam que todos os institutos processuais foram criados e operados para favorecer a posição contrária, logo, se pode concluir pela inexistência de qualquer sinal da presunção de inocência nesse período histórico também.

Foi nesse contexto da história da humanidade que os pensadores iluministas, ao se insurgirem contra os postulados do processo penal inquisitivo e direcionarem suas preocupações para o ser humano, romperam com a ideia de poder, fundada em critérios religiosos, militares ou hereditários, estabelecendo, assim, a racionalidade como alicerce para construção do novo sistema político, econômico e jurídico.

Diante desse quadro de total descompasso ideológico entre as classes ascendentes de um lado e as classes dominantes de outro, ocorreram as revoluções, no final do século XVIII, principalmente a Revolução Francesa, da qual resultou a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - DDHC, em 1789, responsável por definir os direitos individuais e coletivos dos homens, de maneira universal, e por consagrar a expressão “presunção de inocência”.

O seu art.9º preceitua: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

No que diz respeito ao sistema processual penal, Moraes (2010, p. 116) afirmou que a DDHC implementou um novo parâmetro, a partir da inscrição formal, de que todo homem deve ser presumido inocente, até que sobre ele recaiam provas aptas a evidenciar, acima de qualquer dúvida, a sua culpa.

No entanto, como é de conhecimento histórico, o passar dos anos nos mostraram que a tendência expansionista dos regimes nazifascistas culminaram nas atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e levaram à criação da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, com escopo de edificar um mundo sob novos alicerces ideológicos, voltados para garantir o reconhecimento e o efetivo cumprimento dos direitos humanos, anunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH.

A Assembleia Geral prescreveu, no art. 11, o princípio da presunção de inocência, ao impor ao acusador o ônus da prova sobre o fato criminoso e a culpabilidade do acusado, a vedação de produção de provas contra si mesmo, o direito ao silêncio e a absolvição, em caso de dúvida do juiz, conforme o exposto:

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional e internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicada ao ato delituoso.

Assim, nota-se que a fonte histórica e originária desse princípio foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mas foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que a presunção de inocência passou a ser incorporada e respeitada por todos os Estados-membros subscritores, em suas regulamentações internas, como direito fundamental.

3.1 Abordagem histórica da evolução do princípio da presunção de inocência no constitucionalismo brasileiro

A Constituição Monárquica do Império do Brasil, outorgada por D. Pedro I, em 23 de março de 1824, foi, dentre todas, a que mais tempo durou. Marcada pelo centralismo político e administrativo, na figura do Imperador, era liberal, quanto aos direitos individuais, em razão da influência da Constituição francesa de 1814, embora não tivesse menção expressa à presunção da inocência.

Os direitos civis e políticos estavam elencados no art. 179:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela seguinte maneira:

§8º Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados em lei; nestes, dentro de vinte e quatro horas, contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Vilas ou Outras Povoações próximas aos lugares da residência do juiz e, nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o Juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador e as das testemunhas, havendo-as.

§9º Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea nos casos em que a Lei a admite, e, em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de 6 meses de prisão ou desterro para fora da comarca poderá o réu livrar-se solto.

§10 À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da Autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar.

A seu turno, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, teve por Relator o senador Rui Barbosa e apresentou forte influência no liberalismo norte-americano e no positivismo europeu.

A Seção II que correspondia à Declaração dos Direitos afirmava que:

Art. 72. A Constituição assegura a Brasileiros e a Estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§13 a exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se, senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

§14 ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salva as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei admitir.

No tocante às garantias fundamentais, a Constituição de 1891 trouxe expressa previsão do remédio constitucional do *Habeas Corpus* e da exigência, como regra geral, da pronúncia do indiciado como requisito ao seu encarceramento. No entanto, embora tenha representado inegável avanço democrático, segundo Batisti (2009, p. 82), a Constituição, ao tratar do direito à liberdade e, por extensão, da presunção de inocência, remetia ao conhecimento da matéria sobre liberdade à lei, sem tornar claros os limites dos direitos que pretendia proteger.

Adiante, a Constituição de 1934, consequência da Revolução de 1930 que levou Getúlio Vargas ao poder provisório, incorporou alguns conceitos do estado de bem-estar social e fez constar regras sobre a Ordem Econômica e Social, o que evidenciou, portanto, a perspectiva de um Estado Social de Direito

O art. 113 enunciava, da seguinte forma, o tema correlato à presunção de inocência:

A constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

21) ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

22) ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos.

Resumidamente, no ponto que tangenciava a presunção de inocência, a Constituição de 1934 não fez menção à prisão por pronúncia, mas reiterou a existência do *Habeas Corpus* e trouxe o instituto do Mandado de Segurança.

Já a Constituição de 1937, também conhecida por Constituição “polaca”, em razão da influência sofrida da Constituição polonesa de 1935, foi elaborada pelo jurista Francisco

Campos e caracterizava-se pela centralização do poder e pela forte intervenção econômica, com a criação de indústria de base.

O caráter ditatorial transpareceu, no tratamento dispensado aos direitos e garantias individuais, quando o art. 123 permitia que o uso desses direitos e garantias tivesse, por limite, o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da nação e do Estado.

Os contornos concernentes à presunção de inocência foram os seguintes:

Art. 122. A constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa ou necessárias garantias de defesa.

Nesse plano de fundo, é possível observar que a Constituição de 1937 reafirmou a culpa formada como condição para alguém ser conservado em prisão, mas não interpretou o que é culpa formada para impedir a conservação em prisão.

Segundo Batisti (2009, p.90), foi a mais autoritária das Constituições Brasileiras e constituiu a cabal demonstração de que direitos e garantias dependem do momento e do estado político, e, que, isoladamente, a enunciação de direitos e garantias são de pouca valia, se não tem a servir-lhes, de entorno, um Estado Democrático de Direito.

Com a derrota dos regimes totalitários na Europa, a Constituição de 1946 redemocratizou o país e reestabeleceu a nítida separação de poderes, sendo caracterizada pela enunciação de princípios de modo programático, como compromisso para o futuro.

Embora não apresentasse nenhuma menção expressa à presunção de inocência, o art. 141 da respectiva Constituição traçou linhas estruturantes correspondente ao tema:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§20 ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

§21 ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei.

§22 a prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.

Com o cenário político internacional polarizado pela Guerra Fria, uma grave instabilidade social, ocasionada por sucessivas de paralisações e greves de trabalhadores, e a ameaça comunista, representada pelo, então, Presidente João Goulart, levaram os militares a assumirem o poder em 31 de março de 1964.

Nesse momento foi baixado o Ato Institucional 1, para organizar e legalizar o novo governo, mantendo-se, apenas, formalmente, a Constituição de 1946 em vigor. Posteriormente, foi promulgada a Constituição de 1967, na qual os direitos e garantias individuais relativos ao estabelecimento dos limites de privação de liberdade constaram, no §12 do art. 150, da, então, Constituição:

150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§12 ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

Assim, o que se verifica é que a Constituição de 1967, ao tratar do direito essencial à liberdade, praticamente repetiu o que constava no art. 141, §§20,21 e 22 da Constituição de 1946. No entanto, ela derivava de uma profunda ruptura institucional e, nessa conjuntura, caberia à lei ordinária estabelecer os limites em que seriam exercidos esse direito.

A sucessão presidencial, que culminou na chegada ao poder do marechal Artur da Costa e Silva, representou o período mais duro e autoritário do regime militar, através do Ato Institucional 5 e da Emenda Constitucional 1/69, a qual reescreveu, praticamente, toda a Constituição de 1967. Todavia, em sede de direitos e garantias fundamentais correlatos à presunção de inocência, a emenda manteve *ipsis litteris* o teor do art. 150 da Constituição antecessora.

O caráter ditatorial da Constituição, após a Emenda 1/69, estava nas disposições transitórias que excluía de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e, em decorrência disso, os abusos das forças de repressão política não conheceram limites de garantias constitucionais e, tampouco, houve qualquer eficácia prática em buscar o Judiciário.

Após vinte e um anos vivendo sob regime de exceção, foi promulgada, em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida por Constituição Cidadã, por assegurar diversas garantias constitucionais, com objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais.

Pela primeira vez, a presunção de inocência apareceu, de forma expressa, nas Constituições brasileiras, embora o legislador originário, no art. 5º, LVII, tenha adotado linguagem inversa, no sentido de que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A Constituição de 1988, então, criou um enunciado do princípio da presunção de inocência e, pela interpretação literal do respectivo dispositivo, indica que seu termo final é a sentença penal condenatória transitada em julgado. A par disso, especifica, em vários incisos do art. 5º, regras em face da detenção provisória.

Assim, percebe-se que, ao longo da trajetória constitucional brasileira, desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição atual, a presunção de inocência ganhou *status* de garantia constitucional, com maior ou menor vigor, a depender do contexto histórico e político, pelo qual passava a nação.

3.2 O princípio da presunção de inocência nos instrumentos internacionais

Como não é objetivo principal desta monografia, não foram analisados todos os tratados internacionais que consagram o princípio da presunção de inocência, mas apenas o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que foram ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico nacional, em 1992, após a edição da atual Constituição.

Esta análise se justifica em razão do *status* de norma supralegal atribuída aos tratados que versem sobre direitos humanos, os quais ingressaram, no ordenamento jurídico pátrio, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, e que foram elevados a essa categoria no Recurso Extraordinário paradigmático abaixado colecionado:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5ª DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. POSIÇÃO HIERÁRQUICA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando a baixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO LEI Nº 911/69. EQUIPARAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de

excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/1969, ao instituir a ficção jurídica. Equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO³.

Dessa forma, na medida em que o Brasil incorporou ambos os diplomas internacionais, em seu ordenamento jurídico, ele assumiu a obrigação de promover um sistema criminal, centrado no paradigma da presunção de inocência, e de garantir, em sua ordem interna, plenamente, dentre outros direitos humanos, a presunção de inocência, sob pena de ser sancionado pelo descumprimento desses compromissos internacionais.

Portanto, a incursão na área de Direito Internacional se mostra necessária, para demonstrar que o princípio da presunção de inocência não está, apenas, formalmente, previsto, no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, mas também, materialmente, e com *status* supralegal, no Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

3.2.1 PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS – PIDCP

Positivados os direitos humanos em nível internacional e verificada sua crescente incorporação no âmbito de cada nação, a preocupação da comunidade internacional não era mais filosófica, mas jurídico e, no sentido mais amplo, político, de proteção e eficácia.

Na busca da efetiva tutela dos direitos humanos, foi elaborado, em 1966, no âmbito da ONU, o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, no qual os direitos humanos obtiveram efeitos jurídicos, ao estabelecer previsões, juridicamente vinculantes, aos Estados que os ratificar.

Embora sempre tivesse postura ativa nos debates e trabalhos preparatórios na formação dos Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos, em virtude do regime militar, a adesão do Brasil ocorreu, apenas, em 1992, após a edição da atual Constituição.

Em seu texto, o Pacto menciona a presunção de inocência, no art. 14.2, como direito e a coloca, juntamente com outros direitos que configuram princípios ou regras do devido processo legal, vejamos: *“toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa”*.

³ (STF – RE 349703/RS, Relator: Min CARLOS AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe -104 DIVULG 04-06-2009 EMENT VOL – 02363-04 PP -00675)

3.2.2 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CADH (1969)

Apesar da grande importância da ONU, no cenário mundial, a Organização não possuía mecanismos eficazes para dirimir conflitos e fiscalizar o descumprimento das suas normas, e a existência de características peculiares histórico e culturais do continente americano demandavam a necessidade de criação de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como explica Flávia Piovesan:

A região latino-americana tem um duplo desafio: romper em definitivo com o legado da cultura autoritária ditatorial e consolidar o regime democrático, com pleno respeito aos direitos humanos amplamente considerados – direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais (PIOVESAN, 2014, p.134).

Para essas finalidades, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴ trouxe, em seu texto, a previsão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, composta por 07 (sete) membros, eleitos pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, com funções para fazer análise das denúncias recebidas, elaborar relatórios, expedir recomendações, visando sanar eventuais violações aos direitos humanos e, em caso de contínuo desrespeito, encaminhar o caso para Corte Interamericana.

Trouxe, ainda, a previsão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional, composta por 07 (sete) juízes, que exige, para sua atuação, a ratificação da Convenção pelo Estado-membro e o reconhecimento da sua jurisdição⁵. A corte, considerada como Tribunal Internacional Supranacional, possui competência consultiva e contenciosa, para prolatar sentenças declaratórias ou condenatórias.

Importante notar que a CADH, ao tratar a presunção de inocência dentro de um contexto processual, indicou que a presunção prevalece, até que se comprove, legalmente, a culpa do acusado. O seu art. 8.2, assim, estabelece:

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

- a) Direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) Comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) Concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação da sua defesa;
- d) Direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

⁴ O Brasil aderiu a tal convenção, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, por meio do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992

⁵ O Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através do decreto nº 89/1998, e acionou a cláusula temporal, qual seja, que a atuação da respectiva Corte somente poderá ocorrer sobre fatos posteriores à ratificação.

- e) Direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido em lei;
- f) Direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) Direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem se declarar culpada;
- h) Direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Dessa forma, os países signatários assumem a obrigação de promover um sistema criminal centrado no paradigma da presunção de inocência e, se necessário, de remodelar o sistema normativo e fornecer organização institucional de modo a efetivar esse direito fundamental, sob pena de ser sancionado por descumprimento daquele compromisso internacional.

4 CONTORNOS DOGMÁTICOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

4.1 Quanto à terminologia: princípio da presunção de inocência ou da presunção de não-culpabilidade?

Cumprir registrar que a atual Constituição, ao adotar, indiretamente, o princípio da presunção de não-culpabilidade, cuja dimensão é mais limitada, nos remete ao debate jurídico ocorrido na Europa, Pré-Segunda Guerra Mundial, no sentido de restringir o âmbito de aplicação do princípio da presunção de inocência.

Naquela época, os pensamentos iluministas estavam enfraquecidos por todo continente europeu, em razão do crescimento econômico proporcionado pela Revolução Industrial, do aumento da expectativa de vida, da não distribuição das riquezas, do aumento da densidade demográfica e do crescimento da violência nas cidades.

O sistema criminal formal clássico, teorizado pelos ideais iluministas, não estava estruturado e não oferecia segurança, para enfrentar a crescente criminalidade e, com isso, a compreensão filosófico-racional dos iluministas foi substituída pela análise empírica, científica e estatística da Escola Positivista do Direito Penal, que tinha como principais expoentes Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

A Escola Positiva alterou, profundamente, a finalidade do processo penal, passando de meio de tutela do indivíduo frente às pretensões punitivas ou abusivas do Estado, para defesa da sociedade, uma vez que os fatores biopsicossociais já determinavam, com alta probabilidade de culpa, quem era o delinquente. Logo, era a culpa que se deveria presumir.

No entanto, os debates entre a Escola Clássica e a Escola Positiva, não resultaram na vitória de uma ou de outra, mas na formação de linhas criminológicas diversas. A pretexto de buscar uma neutralidade, surgiu a corrente denominada Escola Positivista-Jurídica de Vincenzo Manzini, Alfredo Rocco e Edmund Mezger.

Ao perceberem o papel crucial que a presunção de inocência desempenhava na elaboração, estruturação e exercício de muitos institutos processuais penais, os juristas da Escola Positivista-Jurídica esvaziaram todo o conteúdo político-ideológico, em busca do aperfeiçoamento técnico-jurídico da linguagem e dos institutos processuais, com objetivo de melhorar a prática criminal.

Dessa forma, os positivistas jurídicos indicaram uma incongruência em defender a presunção de inocência, no processo penal, pois, tecnicamente, não se poderia falar em “presunção” nem em “inocência”. Argumentavam que, numa ação penal, apenas, pode advir

dois tipos de veredito: culpado ou não-culpado, jamais poderia ser inocente, porque o processo penal não declara ninguém inocente.

Quanto à “presunção”, a presença de acusação formal com elementos colhidos no curso da fase preparatória e a existência de atos cautelares patrimoniais e pessoais indicava que, se haveria alguma presunção que pudesse ser extraída da experiência processual penal, seria a presunção de culpa, pois a maior parte dos acusados eram condenados no final.

Nasceu, a partir daí, a justificativa para substituição da presunção de inocência, de cunho iluminista, pela presunção de não-culpabilidade, criada pelo positivismo jurídico italiano.

No Brasil, historicamente, tem se dado preferência ao princípio da presunção de inocência em detrimento da presunção de não culpabilidade. Sobre a opção de palavras utilizadas pelo legislador constituinte originário, pontua Luiz Flávio Gomes:

O correto mesmo é falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não culpabilidade (essa última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente). O STF utiliza a locução princípio da não culpabilidade, mas o correto (historicamente) é falar em princípio da presunção de inocência (GOMES; MAZZUOLI, 2008, p. 85).

Assim, tanto a doutrina contemporânea quanto a praxe judiciária brasileira não estabelecem qualquer distinção entre presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade, haja vista que, se um indivíduo não é considerado culpado, automaticamente, ele será considerado inocente, sendo, portanto, infrutífera tal discussão, como afirma Badaró (2017, p. 48):

Não há diferença de conteúdo entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias, que não podem ser admitidas em um Estado Democrático de Direito.

4.2 ANÁLISE DA SUA NATUREZA TRIDIMENSIONAL

4.2.1 COMO NORMA DE TRATAMENTO

O princípio da presunção de inocência consiste em norma de tratamento do acusado, pois proíbe a imposição desarrazoada de quaisquer prisões processuais, servindo de impedimento, para a temível banalização das prisões cautelares, no processo penal, uma vez que essa se legitima, diante de requisitos altamente abstratos e subjetivos, à mercê da conveniência do julgador.

Para Aury Lopes Jr (2016, p. 53), o referido princípio apresenta, nesse aspecto, duas dimensões: interna e externa. A interna se refere a um dever de tratamento imposto, no trâmite do processo, determinando que a carga probatória seja inteiramente do acusador. Externamente ao processo, exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu.

Em suma, nesse aspecto, o referido princípio se preocupa com a exposição pública e, corriqueiramente, vexatória do acusado sobre sua liberdade pessoal, na medida em que visa coibir abusos cometidos pelos agentes públicos responsáveis por punir os indivíduos infratores da lei.

4.2.2 COMO NORMA PROBATÓRIA

A presunção de inocência, como norma probatória, abrange campo específico dessa norma constitucional, voltado a determinar quem deve provar, o que deve ser provado e por meio de que espécie de prova deverá ser feita.

Importante lembrar que não se aplica, no processo penal, em face ao estado de inocência, a regra do processo civil da distribuição do ônus da prova: ao autor, os fatos constitutivos dos seus direitos e ao réu, os impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

O Código de Processo Penal (CPP) estabelece, portanto, que caberá ao Ministério Público provar a autoria e materialidade do crime e, para isso, a denúncia deverá descrever o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Além disso, a peça acusatória deverá conter os fatos e circunstâncias que beneficiem o acusado, cabendo à defesa, apenas, demonstrar as causas excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade.

Outro ponto, indispensável de ser frisado, diz respeito às garantias da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, conforme aponta Maurício Zanoide de Moraes:

A prova a ser produzida no processo pelo órgão acusador não pode ser qualquer prova, mas deve ser uma prova lícita, ou seja, uma prova buscada, produzida, analisada e considerada pelo juiz dentro dos padrões definidos pela Constituição e pelas leis (MORAES, 2010, p.463).

4.2.3 COMO NORMA DE JUÍZO

A presunção de inocência incide, nesta acepção, no momento de análise do acervo probatório produzido para construção dos atos decisórios, e deve nortear a decisão para

absolvição, em caso de dúvida sobre a culpabilidade do suposto acusado, sendo materializada nos princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, como afirma Maurício Zanoide de Moraes:

In dubio pro reo traz em si uma ideia de que há dúvida e de que ela deve ser resolvida favoravelmente ao réu. *Favor rei*, por sua vez, é uma escolha valorativa que não tem como causa a dúvida, sua base informadora são as ideias de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão, por meio de um devido processo legal (MORAES, 2010, p.365)

Caso seja necessário afastá-la, o juiz deverá fazê-la na motivação de demonstrar o mínimo probatório necessário, nas decisões que vier a proferir, sendo a motivação a oportunidade, para medir o respeito judicial às garantias fundamentais, servindo como fator fundamental de combate à discricionariedade nas decisões penais.

4.3 A presunção de inocência e o garantismo penal

Na Itália, Pós-Segunda Guerra Mundial, a necessidade em adotar os novos valores da civilização jurídica moderna exigiu profundas mudanças nas estruturas política, econômica e social do país, porém, houve resistência por parte da doutrina jurídica que, até então, estava baseada na legislação herdada do fascismo e que, apenas, beneficiava as velhas elites dominadas pelas organizações criminosas.

Foi nesse contexto que a teoria do garantismo penal surgiu como reação do grupo de juízes, denominada de Magistratura Democrática, liderada por Luigi Ferrajoli, ao uso flexível do direito penal pelo poder público, prolatando sentenças progressistas, fundamentadas no princípio constitucional da isonomia e nos direitos e garantias fundamentais.

O garantismo estava, portanto, estruturado em dez axiomas (*Nulla poena sine crimine; Nullum crimine sine lege; Nulla Lex (poenalis) sine necessitate; Nulla necessitas sine injuria; Nulla injuria sine actione; Nulla actio sine culpa; Nulla culpa sine iudicio; Nullum iudicio sine accusatione; Nulla accusatio sine probatione; Nulla probatio sine defensione*⁶) que consistiam numa limitação do poder estatal em detrimento da tutela dos direitos e garantias individuais.

Conforme explica Ferreira (2010, p. 15), essa teoria foi concebida com base em três acepções distintas: aponta um modelo normativo de direito, designa uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativa e caracteriza uma filosofia política:

No primeiro significado, garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao direito penal e ao modelo de estrita legalidade (...). No segundo significado, garantismo designa uma teoria jurídica da validade e da

⁶ “Não existe pena sem crime; crime sem lei; lei sem lesão; lesão sem conduta; conduta sem dolo ou culpa; culpa sem o devido processo legal; processo sem acusação; acusação sem prova; e, por fim, prova sem contraditório e ampla defesa” (FERNANDES, 2010, p. 194).

efetividade como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela existência ou vigor das normas. Nesse sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ser do dever ser no direito. Por fim, em seu terceiro significado, garantismo designa uma filosofia política que pressupõe a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo na valoração do ordenamento jurídico.

Na primeira acepção, ao propor o garantismo como modelo normativo de direito, Ferrajoli (2013) idealizou um modelo de Estado de Direito caracterizado, no plano formal, pelo princípio da legalidade, no qual todo poder público estava subordinado às leis e poderia ser submetido ao controle de legitimidade pelo judiciário e, no plano substancial, pela existência de garantias aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Segundo Cademartori (1997, p. 110), esse modelo permitia analisar um determinado sistema constitucional, para verificar eventuais antinomias entre normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre as práticas institucionais efetivas e as normas legais, sendo possível aferir o grau de garantismo do referido sistema.

Em sua segunda acepção, visando explicar os problemas de validade e efetividade da norma jurídica, o garantismo estipulou novos conceitos àquelas categorias tradicionais, por entender como vigentes as normas elaboradas, de acordo com os procedimentos formais, previamente estabelecidos na lei superior, e como válidas as normas, nas quais o seu conteúdo material estava prescrito nas leis superiores.

Na terceira acepção, o garantismo foi anunciado como uma filosofia política que impunha ao Estado o dever da sua justificação, sob o ponto de vista externo, fato que permitia valorar o ordenamento jurídico, a partir da dicotomia entre o ser e dever ser do direito.

A partir dessas três concepções, Bortoli (2008, p. 5.990) apontou as características gerais da Teoria Geral do Garantismo, a saber: i) o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; ii) a divergência entre vigência e validade produzida pelos desníveis das normas; iii) a distinção entre o ponto de vista externo (ético-político) e o ponto de vista interno (jurídico).

Importante observar que, ao estabelecer as bases conceituais e metodológicas, Ferrajoli (2013) pretendia formular uma teoria geral do garantismo que não se limitasse, tão somente, à esfera do Direito Penal, mas se estendesse às demais áreas do conhecimento jurídico, igualmente marcadas por crises nas estruturas que caracterizam o estado de direito, como explicou Trindade (2013).

No Brasil, o garantismo foi importado, durante o período da redemocratização, e tinha por objetivo impedir que os abusos cometidos, durante o regime militar, voltassem a ocorrer. Por essa razão, assumiu uma postura ideológica, para beneficiar, exclusivamente, o réu, o que contribuiu para uma deturpação do seu autêntico sentido, traduzindo o que Douglas Fischer

denominou de “garantismo hiperbólico monocular”; hiperbólico, porque é aplicado, de forma exagerada e monocular, porque só enxerga os direitos fundamentais do réu.

Com essa forma míope de enxergar o Direito Penal, nenhum princípio foi tão distorcido como o da presunção de inocência, a ponto de ser elevado a patamares absolutos, em detrimento dos interesses jurídicos do mundo contemporâneo, voltados à proteção dos valores chamados de difusos, coletivos e individuais homogêneos, tutelados pelo Direito Penal moderno.

O garantismo, portanto, não deve ser monocular e hiperbólico, mas deve ser analisado numa perspectiva integral, devendo se ater não apenas aos direitos fundamentais individuais, mas, ainda, se preocupar com uma análise sistêmica dos interesses da sociedade. Sob a ótica do garantismo integral, Galtieni da Cruz Paulino ensina a respeito das acepções positiva e negativa que esta perspectiva pode ter:

No enfoque positivo, o Estado está obrigado, caso seja necessário, em razão do dever de proteção, a agir de maneira adequada e proporcional, por meio da restrição de direitos fundamentais individuais do cidadão que infringe a ordem imposta. Nessa acepção do garantismo, encontra-se o dever de eficiência e de efetividade do processo penal, bem como a necessidade de punição dos agentes violadores da ordem penal. Objetiva-se resguardar os direitos da sociedade a um ordenamento justo e seguro (direito coletivo de segurança). Já o enfoque negativo compreende o dever do Estado e de todos os cidadãos de observar e de garantir os direitos e as garantias individuais do acusado. Tais direitos e garantias englobam o direito de liberdade, até a comprovação da culpabilidade, assim como o direito a um processo justo, resguardado pelo contraditório e pela ampla defesa. (PAULINO, 2018, p. 94)

Por fim, em caso de situações de conflito entre direitos e garantias fundamentais, a correta dogmática do garantismo estabelece a necessidade de que esses direitos e garantias sejam interpretados, de acordo com os postulados do princípio da proporcionalidade. *“Esse princípio, em seu aspecto positivo, proíbe a proteção deficiente de qualquer direito fundamental; no aspecto negativo, proíbe os excessos, consistente no respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais”* (PAULINO, 2018, p. 95).

Dessa forma, a noção de proporcionalidade na seara penal não se esgota, no seu aspecto que proíbe o excesso, já que está igualmente vinculada a um dever de proteção, por parte do Estado, aos bens jurídicos penalmente tutelados.

5 A CONSTRUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos vinte anos seguintes, após a entrada em vigor da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de execução provisória da pena em razão, principalmente: i) da ausência de efeito suspensivo nos recursos Especial e Extraordinário – art. 637 do CPP e art. 27,§2º, da Lei nº 8.038/1990⁷; ii) do efeito imediato da condenação ser o réu preso ou conservado na prisão – art. 393, I, do CPP⁸; iii) da obrigatoriedade de recolhimento na prisão ou de prestação da fiança para poder apelar da sentença - art. 594 do CPP⁹ – e de não fugir sob pena de ter o seu recurso apelatório declarado deserto - art. 595 do CPP¹⁰.

HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO QUE CONFIRMA SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANDADO DE PRISÃO. O Habeas Corpus anterior concedido para assegurar ao paciente aguardar o julgamento em liberdade, até o transido em julgado da sentença penal, que somente se operaria após a denegação de Recurso Especial e Extraordinário. Art. 675 do CPP e art. 5º, LVII, da CF. Esgotadas as vias impugnativas ordinárias, o decreto de condenação transita em julgado, eis que os recursos eventualmente cabíveis somente podem ser recebidos, por serem extraordinários, no efeito devolutivo. A ordem de Habeas Corpus anterior que beneficiara o paciente, fundada em vício formal da prisão em flagrante não alcança o mandado de captura que decorre da decisão final. Cabe execução provisória da decisão condenatória, ratificada na instância ordinária recursal, ainda que passível de reexame extraordinário. Não obsta a expedição de mandado de prisão o cabimento de recursos sem efeito suspensivo. Precedentes desta Corte: HC 69.039, RHC 64.749, RHC 55.652, HC 55.492, HC 58.032 e HC 62.726. Pedido de Habeas Corpus conhecido, mas indeferido¹¹.

Além disso, o referido entendimento, também, estava presente nas leis penais especiais, como: no §2º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, no art. 35 da Lei nº 6.368/1976 – antiga lei de tóxicos e no art. 9º da Lei nº 9.034 – antiga lei de organizações criminosas.

Esse panorama jurisprudencial manteve-se incólume, até que o Tribunal Pleno do STF, no dia 05 de fevereiro de 2009, numa brusca mudança de direção, passou a condicionar o início da execução da pena privativa de liberdade à ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, o qual teve a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART.5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os

⁷ Revogado pela Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).

⁸ Revogado pela Lei nº 12.403/2011.

⁹ Revogado pela Lei nº 11.719/2008.

¹⁰ Revogado pela Lei nº 12.403/2011.

¹¹ STF- HC 70.351/RJ, Relator Paulo Brossad. Data de Julgamento: 22/03/1994, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/1994, PP – 14786 EMENT VOL 01748-02PP-00209).

autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição da Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5 LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS E SILVA na seguinte assertiva: “na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução da penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser aprontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa as garantias constitucionais. A comodidade, a maior operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução do vencimento de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º da Lei nº 2.364/61, que deu nova redação à Lei nº 869/52), o STF afirmou por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação ao disposto no inciso LVII do art.5 da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que tenha sido procedida do devido processo legal, e mesmo antes de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate de garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da CF/88). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente acontece se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cala qual Ordem concedida¹²

5.1 Julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG

Tratava-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, no qual o paciente foi condenado, em segunda instância, pela prática de tentativa de homicídio qualificado. Irresignado com a

¹² HC 84078. Relator: Min Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe – 035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL – 02391-05 PP – 01048.

decisão, interpôs recurso especial. O Superior Tribunal de Justiça acolheu o pedido formulado pelo Ministério Público daquele estado e determinou a prisão do paciente, com base no entendimento, até então, consolidado da não-suspensividade dos recursos excepcionais¹³.

O caso tinha como plano de fundo a possibilidade de execução provisória da pena e aquela decisão do pretório excelso permitiu que o paciente permanecesse em liberdade, porém o processo acabou fulminado pela prescrição da pretensão punitiva posteriormente.

Naquela ocasião, os votos dos ministros Eros Roberto Grau, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que votaram pela mudança do entendimento, até então, adotado pela Suprema Corte, possuem alguns pontos em comum, quais sejam:

- a) A jurisprudência do supremo dava tratamento desigual para situações semelhantes, uma vez que permitia a execução provisória da pena privativa de liberdade, mas vedava, expressamente, a execução provisória da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória;
- b) Havia uma suposta antinomia entre o art. 147 da Lei de Execuções Penais¹⁴, que se sobrepunha, temporal e materialmente, e o disposto no art. 637 do CPP;
- c) A execução da sentença, após o julgamento do recurso de apelação, significava desequilíbrio entre a pretensão da pretensão executória estatal e o direito à ampla defesa do acusado;
- d) O processo penal democrático impõe que os criminosos sejam vistos como sujeitos de direito e não como meros objetos processuais.

Apesar de ter restado vencido, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito trouxe importante lição, ao fundamentar seu voto no sentido de que a não-suspensividade dos efeitos dos recursos excepcionais já opera como um título de legitimação da execução provisória de eventual sentença penal condenatória. Ele afirmou, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, historicamente, admitiu o recolhimento à prisão do condenado à pena privativa de liberdade por decisão sujeita, apenas, aos recursos excepcionais.

Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não a matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. É nelas que o julgamento se conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com

¹³ Súmula 267 do STJ: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

¹⁴ Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

isso a execução dos julgados. Não é por outra razão que os efeitos desses recursos são limitados, não suspendendo a execução (BRASIL, 2009, p. 54).

Ele argumentou, também, que a ordem de prisão, contida na sentença ou no acórdão, é uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, aliás, a mais e melhor fundamentada ordem de prisão emanada de uma autoridade judiciária brasileira, tendo em vista o profundo exame das provas produzidas

É comum dizer que a prisão cautelar não colide com o princípio da presunção de inocência, sendo a prisão cautelar um meio para assegurar o resultado útil do processo e, por essa razão, a decretação da prisão cautelar, uma vez presentes as razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização por magistrados e tribunais, nas diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e a proteger os interesses da coletividade em geral e os cidadãos em particular.

Nessa linha, admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória e não admitir a prisão para execução da pena é reconhecer que o resultado útil do processo tem valor maior que o alvo desse processo: a sentença ou o acórdão. Admite-se a violação do que se entende por um “princípio da inviolabilidade da liberdade antes do trânsito em julgado” com base em um juízo sumário não exauriente para a garantia do processo penal, mas não se admite esse cenário com base em uma cognição plena e exaustiva realizada nas instâncias ordinárias (BRASIL, 2009, p. 55).

Em seu voto, o ministro Joaquim Barbosa alertou que o Processo Penal se tornou, nos últimos anos, um “sistema de faz de conta”, devido ao imenso leque de opções de defesa que o ordenamento jurídico brasileiro concede ao réu e relembrou um caso de sua relatoria, no qual *“foram julgados sessenta e dois recursos, nos últimos quatro ou cinco anos, em relação a um só réu”* (BRASIL, 2009, p. 89), conforme trecho destacado abaixo.

Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade – considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema Corte – especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível de recursos (e nisto o nosso ordenamento é rico), de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento, situação que não em poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição de pretensão executória (BRASIL, 2009, p. 96).

O ex-ministro explicou que, o legislador constituinte originário, ao estabelecer a competência dos tribunais superiores, previu a existência de recursos de índole excepcional (Extraordinário e Especial) que se encontram previstos de forma taxativa, no art. 102, III, e no art. 105, III, respectivamente, da Carta Política, com função de assegurar a unidade do direito,

de modo que o fosse aplicável uniformemente pelos, quase, dezoito mil juízes existentes no país.

Devido à importância dessa função, a Constituição anteviu extensos requisitos de admissibilidade para esses recursos, de modo que não permitissem que o STJ e o STF se transformassem em terceira e quarta instância. Além disso, a Emenda Constitucional nº45/2004, ao reforçar essa preocupação do constituinte, condicionou a admissibilidade do Recurso Extraordinário à demonstração da repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política, na questão constitucional, objeto do recurso.

Dessa forma, a exigência em demonstrar, em cada caso, a presença da repercussão geral reforçou o entendimento de que a execução da pena, após o esgotamento da jurisdição ordinária, é compatível com a Constituição, lembrou o ex-ministro.

A ex-ministra Ellen Gracie, no seu voto, fez uma retrospectiva jurisprudencial acerca do tema, concluindo que os votos que conduziram o entendimento da maioria dos ministros da Suprema Corte, naquela oportunidade, legitimaram uma errônea interpretação acerca do conteúdo do princípio da presunção de inocência e fez a seguinte ponderação “*Por que estamos a alterar a jurisprudência formada por todos os luminares que nos antecederam nessas cadeiras? Estamos concluindo que estiveram equivocados todos aqueles que nos antecederam durante vinte anos*” (BRASIL, 2009, p. 120).

5.2 Julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP

No *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, julgado em 17 de fevereiro de 2016, os ministros do STF tiveram que enfrentar, novamente, o assunto e, dessa vez, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), passaram a entender como possível o início do cumprimento da pena criminal, a partir da decisão de 2ª instância confirmatória da sentença de 1º grau, nos termos da ementa abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF; ART 5º, LVII. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal¹⁵.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

O paciente, neste caso, era réu primário e havia sido condenado em primeira instância à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, por roubo qualificado, no regime inicialmente fechado. Inconformado, apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a imediata expedição do mandado de prisão. Contra essa ordem, a defesa impetrou *Habeas Corpus* no STJ, no qual o ministro presidente, na época, Francisco Falcão, indeferiu o pedido liminar, tendo sido interposto novo *Habeas Corpus*, dessa vez para a Egrégia Corte.

No STF, a análise desse remédio constitucional se deu, em virtude da decisão do ministro presidente do STJ se mostrar contrária ao entendimento firmado no julgamento do HC 84.078/MG, circunstância essa que possibilitou o conhecimento do *writ*, apesar do teor da súmula 691 do STF¹⁶ vedar, expressamente, o conhecimento de *Habeas Corpus*, contra decisão do relator de tribunal superior que indeferir liminar.

Escolhido como relator do caso, o ministro Teori Zavascki alicerçou seu voto, principalmente, na Teoria Geral dos Recursos, ao afirmar que os recursos de natureza extraordinária possuem âmbito de cognição restrito à matéria de direito e não prestam ao debate da matéria fático-probatória, ou seja, esses recursos não têm por finalidade específica examinar a justiça das sentenças no caso concreto, destinando-se, tão somente, à preservação da higidez do sistema normativo.

Nesse momento, após a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, com base em fatos e prova insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, estando preclusas as matérias fático-probatória, são estabelecidas algumas certezas processuais, como a autoria e a materialidade delitiva.

Na mesma linha de raciocínio, foi o voto do ministro Luiz Edson Fachin que, analisando a estrutura dos tribunais superiores, principalmente a do Supremo Tribunal Federal, a quantidade de magistrados e as competências originária e recursal que lhes foram previstas nos artigos 102 e 105 da Constituição, concluiu que o acesso individual às instâncias superiores deveria ser de absoluta excepcionalidade, pois, caso contrário, as instâncias ordinárias se tornariam meras instâncias de passagem, conforme exposto abaixo:

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias. (BRASIL, 2016, p. 25).

¹⁶ Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido ao tribunal superior, indefere a liminar.

Por outro lado, o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe a exigência da repercussão geral como requisito de admissibilidade aos Recursos Extraordinários, consistente na demonstração da relevância jurídica, política, econômica ou social da questão controvertida. Essa exigência possibilitou que os tribunais de sobreposição exerçam o que Assis (2018, p. 137) denominou de sua mais relevante função, qual seja, a função nomofilática¹⁷, de estabilização, uniformização e pacificação da interpretação das normas constitucionais, transcendendo, assim, o interesse subjetivo da parte.

Esses aspectos, portanto, evidenciam a exigência trazida no novo Código de Processo Civil, em seu art. 926, de que todos os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. *“A estabilidade associa-se à continuidade, permanência; Integridade significa que as decisões devem revelar harmonia com o ordenamento jurídico; Coerência quer dizer consistência, dever de não contradição com as decisões anteriores”* (ASSIS, 2018, p. 139).

No que talvez tenha sido o voto mais emblemático, dentre aqueles que conduziram a virada jurisprudencial, o ministro Luís Roberto Barroso aduziu, em síntese, que a tese firmada, no julgamento anterior, produziu três sérias consequências: i) funcionou como incentivo à interposição de recursos protelatórios; ii) reforçou a seletividade do sistema penal; iii) agravou o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Para o ministro, o caso revestia-se, ainda, da manifestação do poder constituinte difuso, através da mutação constitucional, na qual, a alteração, na compreensão social acerca dos ideais de justiça, implicou a transformação do sentido e do alcance da norma contida no art. 5º, LVII da Constituição Federal, sem que, para isso, fosse necessária qualquer modificação no texto original. Desse modo, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstarão a decretação prisão, que deveria ter como pressuposto, apenas, a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai dos incisos LVII e LXI do art. 5º do texto constitucional.

De outro modo, a interpretação não-restritiva da norma contida do art. 5º, LVII, da Constituição trazia a disfuncionalidade de que, sendo publicada a sentença ou o acórdão recorrível, o réu não sendo recolhido à prisão e não havendo recurso por parte do Ministério Público, a prescrição passaria a ser da pretensão executiva e estaria regulada pela pena imposta, mas o *Parquet* estaria impedido de executá-la, porque a defesa poderia recorrer *ad infinitum*,

¹⁷ A origem etimológica da palavra nomofilático vem das palavras gregas: nómos, que significa “uso”, “regra”, “norma”, “lei”, e phylatikós, que significa “virtude de preservar ou conservar”.

buscando esse tipo de prescrição, pois o próximo marco interruptivo da prescrição, previsto no Código Penal seria o início do cumprimento da pena¹⁸.

Em termos práticos, isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado, ou seja, até que o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de interpor novos recursos, situação, essa, absolutamente teratológica e disfuncional.

Sobre essa questão, Galtieni Cruz Paulino fez lúcida reflexão:

O principal problema de se aguardar o trânsito em julgado das instâncias extraordinárias para início da execução da pena, além do fato de não envolver discussão sobre a culpabilidade do acusado e, se não houver recurso do Ministério Público, é a configuração da prescrição da pretensão executória. A jurisprudência, em especial o Superior Tribunal de Justiça, preceitua que, transitada em julgado a decisão para acusação, iniciar-se-á o prazo prescricional, mesmo que a pena não possa ser executada. A depender do número de recursos interpostos pelo réu (recurso especial, recurso extraordinário, embargos de declaração, entre outros), buscando impedir o trânsito em julgado, ocorrerá a configuração da prescrição sem o cumprimento da pena tenha iniciado (PAULINO, 2018, p. 99).

Por fim, como disse o ministro Barroso (2016), a reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para promover: i) a garantia do equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; ii) a redução da seletividade do sistema penal; iii) quebra do paradigma da impunidade (BRASIL, 2016, p. 50).

5.3 A constitucionalidade da inelegibilidade por condenação criminal em órgão colegiado frente à presunção de inocência

A Lei Complementar 135/2010, que alterou dispositivos da LC 64/1990 e passou a dispensar o trânsito em julgado, sendo suficiente a condenação em órgão colegiado para caracterizar hipótese de inelegibilidade, foi objeto do julgamento conjunto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578/DF, proposta pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais – CNPL, que foi assim ementado:

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, §9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO

¹⁸ Art. 117, IV, do Código Penal.

NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE PARTIDÁRIA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DA SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar - do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a inovação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retro mencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito).

2. A razoabilidade da expectativa do indivíduo de concorrer a cargo público, à luz da exigência constitucional da moralidade para o exercício do mandato (art. 14, §9º), resta afastada da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa da função, da rejeição de contas públicas, da perda do cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

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

4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/2010 o princípio constitucional da vedação ao retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.

5. O direito público passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político.

6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/2010, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício do referido *múnus público*.

7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas em na Lei Complementar nº 135/2010, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política de atuação dos representantes populares.

8. A Lei Complementar nº 135/2010 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.

9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legitimado legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante no art. 14, §9º, da Constituição Federal.

10. O abuso do direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante no ordenamento jurídico brasileiro (v.g. o art. 55, §4º, da Constituição Federal e do art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites de boa-fé.

11. A inelegibilidade tem suas causas previstas nos §§4º e 9º do art. 14 da Carta Magna de

1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também o direito ao voto (*ius suffragii*). Por essa razão não há inconstitucionalidade na cumulação entre inelegibilidade e a suspensão dos direitos políticos. 12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena no período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujos pedidos se julgam improcedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidades instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, I, da Lei Complementar nº 64/1990, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes (repercussão geral).

No entanto, esse julgamento não foi inédito, no âmbito do Pretório Excelso, uma vez que a Constituição de 1967, ao permitir que lei complementar estabelecesse casos de inelegibilidade, visando a preservação da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, fez com que o STF se deparasse com questionamento sobre a hipótese de inelegibilidade, trazida na Lei Complementar nº 05/1970, na qual a mera instauração de processo criminal contra qualquer potencial candidato daria causa à inelegibilidade¹⁹.

O tema foi, ainda, objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 144, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em face da LC 64/1990, na qual restou confirmada a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral de que o princípio constitucional da presunção de inocência irradiava seus efeitos para outros ramos do direito, dentre os quais o eleitoral, e, portanto, apenas condenação transitada em julgado seria capaz de levar à inelegibilidade.

Não obstante, a exigência do trânsito em julgado e aos insignificantes prazos de duração da inelegibilidade, em relação à duração dos mandatos eletivos mostraram-se inaptos à proteção dos valores emanados da Constituição e demonstraram a necessidade do *overruling* nos precedentes, no tocante às inelegibilidades, como lembrou o ex-ministro Joaquim Barbosa no seu voto (BRASIL, 2011, p. 56).

¹⁹ Art. 1, I, “n”, da Lei Complementar nº 5/1970: *Os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judicial competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública*

Assim, a manifestação da Suprema Corte, no sentido de que novas hipóteses de inelegibilidades só poderiam ser criadas por meio de Lei Complementar, gerou um raro momento de efetiva mobilização social na sociedade brasileira que culminou na reunião de mais de dois milhões de assinaturas, número suficiente para apresentar projeto de lei nos termos do art. 61, §2º, da Constituição Federal.

Desse modo, o baixo índice de mobilização da sociedade brasileira e as dificuldades apresentadas ao exercício da participação direta contribuíram, para que, apenas, quatro leis de iniciativa popular fossem aprovadas no Brasil, após três décadas da promulgação da Constituição, o que evidencia o esforço hercúleo da população brasileira em trazer para a seara política uma norma de caráter, eminentemente, moralizador, considerando-se tamanha a repulsa da sociedade pelo sistema, até então, vigente.

Foi nesse ponto que o ministro relator, Luiz Fux, lembrou que a jurisprudência do STF, ao insistir em não relativizar a presunção da inocência para fins de estabelecimento de novas causas de inelegibilidade, gerou o fenômeno que os juristas norteamericanos, Robert Post e Reva Siegal, denominaram de “*efeito backlash*”, que, no Brasil, foi conceituado por George Marmelstein como uma reação adversa não-desejada à atuação judicial, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial em temas sensíveis e polêmicos (BRASIL, 2011, p. 27).

Ou seja, a repulsa com a decisão proferida pelo STF, no julgamento da ADPF 144, foi capaz de retirar a sociedade brasileira do estado de inércia, que se mobilizou para criar nova lei que esvaziasse aquele *decisium*, por não se sentir representada por ela, frente à posição ativista adotada pelo STF, nos últimos anos, como apontado por VASCONCELOS (2017, p. 28).

Logo, os nefastos efeitos da crise de representação, no sistema político brasileiro, e o anseio da população por moralização no exercício dos mandatos eletivos no país, levaram a Egrégia Corte rever a sua jurisprudência acerca da presunção de inocência, no tocante às inelegibilidades.

De início, como disse a eminente ministra Rosa Weber, a natureza jurídica da inelegibilidade não é de sanção penal, pois tem, na coletividade, seu destinatário imediato e os seus objetivos são preservar a legitimidade das eleições, a autenticidade da soberania popular e assegurar o processo de concretização do Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, espécie de restrição da capacidade eleitoral passiva e, por isso, não guarda pertinência com o princípio da presunção de inocência (BRASIL, 2011, p. 152).

Além disso, sendo os direitos políticos uma espécie dos direitos fundamentais, a restrição a esses direitos, advinda da hipótese de inelegibilidade decorrente de decisão por órgão

colegiado, não lesionaria o núcleo essencial dos direitos políticos, porque, apenas, o direito político passivo – direito de candidatar-se e eventualmente eleger-se, seria restringido, de modo que o indivíduo permaneceria em pleno gozo de seus direitos ativos de participação política, segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), em obediência à teoria dos limites dos limites.

Assim, do ponto de vista da adequação, as inelegibilidades previstas, na LC 135/2010, são aptas à consecução dos fins consagrados, nos princípios elencados no art. 14, §9º, da Constituição, haja vista o seu alto grau moralizador. Com relação à necessidade, a restrição aos direitos fundamentais se mostra a menos gravosa possível, tendo sido cuidadoso o legislador complementar, ao exigir que as inelegibilidades sejam decorrentes de decisão prolatada por órgãos colegiados, em crimes dolosos e prevista, expressamente, a possibilidade de suspensão cautelar na inelegibilidade por nova decisão judicial colegiada²⁰.

No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, o sacrifício exigido à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo não supera os benefícios, socialmente desejados, em termos de moralidade e probidade para o exercício de cargos públicos, sobretudo, porque, ainda, são rigorosos os requisitos para que se reconheça a inelegibilidade.

²⁰ Art. 26-C: O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

6 CONCLUSÃO

De início, esta monografia se deteve ao estudo da gênese histórica da presunção de inocência: o seu desenvolvimento na positivação constitucional brasileira e sua construção nos instrumentos internacionais e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para, através deles, estabelecer algumas premissas sobre “o que é?”, “por que existe?” e “para que foi concebido?” tal direito fundamental.

Concluída esta etapa, foi realizada uma decomposição, na estrutura normativa desse direito fundamental, que permitiu constatar sua existência tridimensional e compreender as diferentes acepções de “norma de tratamento”, “norma probatória” e “norma de juízo”, assim como a sua complementariedade e inter-relação.

A presunção de inocência, como “norma de tratamento”, é consubstanciada em regras de tratamento, que não podem ser desrespeitadas por autoridades e agentes públicos. Em seguida, como “norma probatória”, exige que o material probatório necessário para lhe afastar seja produzido pelo órgão acusador, de modo lícito e antecedente, por motivos lógicos, ao seu significado de “norma juízo”. Já a presunção de inocência, como “norma juízo”, por sua vez, impõe ao julgador um dever de motivar as decisões que impliquem restrições a direitos do imputado de modo convincente, sendo essa, portanto, a última fase desse direito fundamental.

Apesar da doutrina contemporânea, nem a praxe judiciária brasileira estabelecerem distinções, constatou-se que a Constituição de 1988, no inciso LVII do art. 5º, fez clara opção pelo modelo da não culpabilidade, proveniente da Escola Positivista-Jurídica, representando, assim, adoção consciente do constituinte pela fórmula que propiciasse, ao mesmo tempo, proteção do acusado contra um juízo prévio condenatório e vedação ao alcance irrestrito que a exegese do termo “presunção de inocência” pudesse ter.

No entanto, em 05 de fevereiro de 2009, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal criou uma nova interpretação para presunção de inocência, sem precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, alterando tudo o que, até então, se compreendia na aplicação desse princípio, para estabelecer que o início da execução da pena deveria aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A primeira resposta contrária a essa confusa interpretação veio no bojo do julgamento sobre a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, denominada “Lei da Ficha Limpa”, num raro momento de efetiva mobilização social, na sociedade brasileira, que culminou na reunião de mais de dois milhões de assinaturas, para acrescentar, como hipótese

de inelegibilidade, a condenação por órgão judicial colegiado, nos casos previstos no art. 2º, “e”, da referida lei.

Essa interpretação permitiu e, até mesmo, incentivou a interposição indevida e sucessiva de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, apenas, à configuração de alguma modalidade prescricional, uma vez que tais recursos possuem ínfimo índice de acolhimento.

Tal interpretação não se coaduna com a previsão constitucional dos recursos de natureza extraordinária – Extraordinário e Especial – que possuem âmbito de cognição restrito às matérias de Direito e não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. (art. 102, III, “a”, e art. 105, III, “a”, da CF/88)

Outra questão levantada nesta monografia foi a inserção, pela EC 45/2004, da repercussão geral da matéria a ser julgada, como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, impondo ao recorrente o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão jurídica controvertida o que transcende o interesse subjetivo da parte. (art. 102, §3º, da CF/88).

Além disso, tal interpretação revela uma disfuncionalidade, pois o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 107, IV, do CP) e a interposição de recursos da natureza extraordinária não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional.

Não obstante, é inegável que podem ocorrer equívocos no juízo, todavia, para essas eventualidades, poderá o tribunal superior atribuir efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinárias, inibindo o cumprimento da pena, ou, ainda, a ação constitucional do *Habeas Corpus* e a Revisão Criminal, que são vias processuais mais eficazes para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado.

Posteriormente, no julgamento do HC 126.292/SP, em 17 de fevereiro de 2016, a Suprema Corte reafirmou sua antiga jurisprudência e passou a entender como possível o início do cumprimento da pena criminal, a partir da decisão de segunda instância confirmatória da sentença de primeiro grau.

Observa-se que, atualmente, o tema da execução provisória da pena, também, está ligado às propostas de alteração legislativa para solucionar o problema da criminalidade, como o Projeto de Lei nº 201/2018, de autoria do senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP) e o recentemente apresentado pelo ministro da justiça e da segurança pública, Sérgio Moro, que pretende alterar a redação do art. 283 do Código de Processo Penal para: “Ninguém poderá ser

preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridades judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado”.

Até à data de conclusão desta monografia, a Egrégia Corte não voltou a apreciar o tema, no entanto, o ministro Marco Aurélio, relator das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, liberou, recentemente, as mencionadas ações para julgamento, bastando, apenas, que o presidente do STF, o ministro Dias Toffoli, coloque a matéria na pauta, para que o pleno da se debruce sobre a matéria novamente. Os autos já constam, inclusive, com a manifestação do novo Advogado Geral da União, no sentido da constitucionalidade da execução provisória da pena.

Porém, nesse ínterim, o ministro Luiz Edson Fachin, relator do Recurso Extraordinário (RE) 1.161.548, autorizou a execução provisória da pena restritiva de direitos, decorrente de condenação mantida em segunda instância, ao indicar que a possibilidade de execução provisória da pena não está restrita, tão somente, às penas privativas de liberdade, sendo a que melhor se coaduna com a sua finalidade e a, processualmente, mais adequada ante às peculiaridades da sistemática dos recursos extraordinários.

Dessa forma, a análise literal dos preceitos normativos, o enquadramento da temática, sob a perspectiva da mutação constitucional, a busca de um contexto de eficácia integral de todos os direitos fundamentais e de solução para possíveis colisões e, por fim, a perspectiva da incidência do princípio da proporcionalidade, em especial sobre a proibição da proteção deficiente, permitiram demonstrar que o dualismo polêmico, de difícil convivência prática, entre o direito à liberdade e garantia de outros bens jurídicos, constitucionalmente tutelados, foi superado.

REFERÊNCIAS:

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a auto vinculação e a revogação de precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 217, n. 55, p.135-156, mar. 2018. Trimestral. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. Inconstitucionalidade da Chamada "execução Antecipada da Pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil, Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. nº 84.078. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Dou. p. 1-166

BORTOLI, Adriano de. Garantismo jurídico, estado constitucional de direito e administração pública. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte: Fundação Bateu, 2008. p. 5983 - 6010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/adriano_de_bortoli.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade** - Uma abordagem garantista. 1997. 285 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. – 2.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAVALCANTE, André Nogueira. **Ficha limpa e a presunção da inocência**: a inelegibilidade por condenação criminal não definitiva. 1.ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. **Prisão Cautelar**: à luz do princípio do estado de inocência – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FERREIRA, Leandro Hollerbach. **Aspectos inconstitucionais da vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário**. 2010. 340 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Penal**: Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 4. ed. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2008.

KHALED JR, Salah H. **Justiça social e sistema penal**. – 1. Ed.- Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

LASCANE NETO, Felipe. **O cumprimento da pena sem decisão transitada em julgado: efetividade processual versus presunção de inocência.** 2028. 106 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Uninove, São Paulo, 2018.

LAKATOS, Maria Eva. MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia do trabalho científico** /4 ed-São Paulo. Revista e Ampliada. Atlas, 1992

LIRA NETO, Hélio das Chagas. **Presunção do estado de inocência no processo penal: práxis judiciárias e os limites possíveis à liberdade de imprensa.** 2012. 119 f. Dissertação (Mestrado) – em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O Garantismo Penal Integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Auditorium**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 29, p.185-199, dez. 2010. Mensal. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 323 p.

MENEZES, Gabriella Mendes; GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. O garantismo penal integral no processo penal brasileiro. **Ceuma Perspectivas**, São Luís, v. 29, p.48-60, 2017. Disponível em:<<http://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/view/61/pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

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

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **Execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: uma análise à luz da efetividade dos Direito Penal e Processual Penal.** – 1.ed. – Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.

TRINDADE, André Karam. **Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli.** Conjur, 08 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

VASCONCELOS, Brenda Aguiar. **Uma análise do efeito backlash no contexto jurídico-político brasileiro atual.** 2017. 46 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.