



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

ARNOLDO SOUZA MELO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DA MUDANÇA DE PARADIGMA  
NO JULGAMENTO DAS ADCs 43, 44 E 54

SÃO CRISTÓVÃO – SE  
2022



ARNOLDO SOUZA MELO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DA MUDANÇA DE PARADIGMA  
NO JULGAMENTO DAS ADCs 43, 44 E 54

Trabalho monográfico apresentado ao  
Departamento de Direito como requisito  
para a conclusão do curso de bacharelado  
em Direito da Universidade Federal de  
Sergipe.

Orientador: Prof. Edmilson da Silva Pimenta

SÃO CRISTÓVÃO – SE  
2022

ARNOLDO SOUZA MELO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DA MUDANÇA DE PARADIGMA  
NO JULGAMENTO DAS ADCs 43, 44 E 54

Trabalho monográfico apresentado ao  
Departamento de Direito como requisito  
para a conclusão do curso de bacharelado  
em Direito da Universidade Federal de  
Sergipe.

Orientador: Prof. Edmilson da Silva Pimenta

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Edmilson da Silva Pimenta  
(Orientador)

---

Prof. Me. Alexis Magnum Azevedo de Jesus  
(Membro)

---

Prof. Me. Danilo dos Santos Rabelo  
(Membro)

São Cristóvão, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a jurisprudência da Corte Constitucional no que tange ao julgamento que discutiu a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal e, por fim, analisar a possibilidade de execução provisória da pena após a confirmação da condenação pela segunda instância. A discussão é norteadada pela ponderação entre os princípios da presunção da inocência e da efetividade das decisões judiciais. Diante dos direitos fundamentais envolvidos, a pesquisa busca elencar os argumentos jurídicos e metajurídicos que nortearam os votos dos ministros da Suprema Corte, bem como a influência da mídia e do apelo popular no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que marcou a mudança de paradigma e, ao fim, tentar estabelecer a tendência argumentativa dos votos. Realiza-se, então, uma pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com utilização de material bibliográfico disponível em artigos, livros, sites e legislação específica.

**Palavras-chave:** Presunção de inocência. Efetividade das decisões judiciais. Execução provisória da pena. Ação Declaratória de Constitucionalidade.

## **ABSTRACT**

The present work aims to analyze the jurisprudence of the Constitutional Court regarding the judgment that discussed the constitutionality of art. 283 of the Criminal Procedure Code and, finally, to analyze the possibility of provisional execution of the sentence after confirmation of the conviction by the second instance. The discussion is guided by the balance between the principles of presumption of innocence and the effectiveness of judicial decisions. In view of the fundamental rights involved, the research seeks to list the legal and metajuridical arguments that guided the votes of the Supreme Court ministers, as well as the influence of the media and popular appeal in the judgment of Declaratory Actions of Constitutionality 43, 44 and 54, which marked the paradigm shift and, in the end, try to establish the argumentative tendency of the votes. A theoretical and qualitative research is then carried out, using bibliographic material available in articles, books, websites and specific legislation.

**Keywords:** Presumption of innocence. Effectiveness of court decisions. Provisional execution of sentence. Declaratory Action of Constitutionality.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1 VALORES, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO.</b>	<b>10</b>
1.1 Liberdades Fundamentais: da concepção aos dias de hoje.....	11
1.1.1 Princípio da presunção de inocência .....	17
1.1.2 Princípio do Contraditório .....	22
<b>2 O PROCESSO PENAL NA PERSPECTIVA ACUSATÓRIA</b> .....	<b>24</b>
2.1 Alguns desafios do processo penal .....	28
2.1.1 O embate entre a Presunção de Inocência e a possibilidade de execução provisória de pena privativa de liberdade .....	31
2.1.2 A voz das ruas e a crise de legitimidade do Judiciário: direito penal do inimigo versus efetividade do processo penal (não impunidade) .....	34
2.2 O Processo Penal Democrático e a primazia da vontade do legislador .....	37
<b>3 ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DAS ADCs 43, 44 E 54</b> .....	<b>41</b>
3.1 Síntese da discussão.....	45
3.2 Análise dos votos .....	47
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>67</b>



## INTRODUÇÃO

Em 1988, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) trouxe no artigo 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando em nível constitucional o princípio do estado de inocência no ordenamento jurídico pátrio.

Mesmo diante da consagração do referido princípio na Carta Magna, até 2009, a Suprema Corte entendia que era possível a prisão após sentença condenatória pendente de recurso, além das hipóteses de prisão cautelar. Porém, no julgamento do habeas corpus nº 84.078-7/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau o pretório excelso, em alinhamento com a Constituição e o com a Convenção Americana de Direitos Humanos, passou a entender que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar

Perdurou até 2016 o entendimento acima exposto, quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP (fevereiro de 2016) e das medidas cautelares das ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 (novembro de 2016), entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena logo após decisão de segundo grau que confirmasse a condenação, dispensando, portanto, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Mais recentemente, em 2019, quando do julgamento do mérito das ADCs 43, 44 e 54, o STF voltou a interpretar que o réu somente pode ser preso após a sentença penal condenatória, confirmando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Em tempos em que o anseio popular por vingança, somado a argumentos efficientistas e consequencialistas ganharam forte apelo e findaram por ideologizar a questão, que deve ser julgada com responsabilidade política, a relativização de direitos e garantias fundamentais precisa ser feita com parcimônia e cautela, a fim de garantir que o direito evolua e acompanhe as mudanças da sociedade, contudo, sem retroceder quanto a proteção dos direitos humanos já consagrados.

Diante da discussão acerca da relativização do princípio da presunção de inocência amplificada pelo apelo midiático, a recente mudança de entendimento reforça a relevância e atualidade do tema.

Tamanho alarde popular acaba por ser uma ameaça ao próprio Estado Democrático de Direito, já que a relativização de um princípio tão caro a uma sociedade livre e calcada no espírito democrático, revela-se como um atentado à própria democracia, se feito com fulcro em bases inconsistentes.

A presente monografia visa analisar a recente mudança de interpretação do STF à luz do garantismo e do consequencialismo, bem como a influência da mídia e do apelo popular nos votos proferidos pelos ministros no julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

Será apresentado, inicialmente, o arcabouço teórico fundamental para a compreensão do tema, abordando os aspectos que regem o processo penal, em especial os direitos e garantias fundamentais. Além disso, será aprofundada a análise sobre os princípios, destacando a evolução histórica e as aplicações atuais dos princípios da presunção de inocência, ampla defesa e contraditório.

Em seguida, serão apresentados os desafios contemporâneos do processo penal, em especial os que afetam diretamente a legitimidade do Poder Judiciário e a influência do papel do apelo popular nas decisões judiciais.

Por fim, será feita a análise dos votos dos ministros da suprema corte, a fim de identificar os argumentos utilizados e tentar estabelecer a tendência argumentativa que norteou a tomada de decisão. É, em suma, o que será feito a seguir.

## 1 VALORES, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil deu um importante passo ao encontro da democracia. A dignidade da pessoa humana passou a nortear o ordenamento jurídico pátrio e princípios e garantias foram insculpidos no art. 5º juntamente com uma cláusula de abertura material que amplia o rol de princípios para além dos limites do referido artigo e da própria Constituição.

Almejando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a Constituição cidadã garantiu a inviolabilidade do direito à liberdade, juntamente com a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade.

No que tange ao direito à liberdade, dentre outras garantias, foi estabelecido no art. 5º, LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”. (BRASIL, 1988, p. 05)

Estava então estabelecido o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade<sup>1</sup>.

No mesmo artigo, porém no inciso LXXVII, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, foi garantida a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 1988, p. 06)

É sabido que até o esgotamento de todas as vias recursais possíveis no ordenamento jurídico brasileiro, na maioria dos casos que tramitam no Judiciário, passam-se anos e em não raros casos, a pretensão punitiva do Estado acaba por prescrever.

Diante disso, passou-se a argumentar que a presunção de inocência juntamente com o entendimento de que a prisão pena somente deveria ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, favorecia a impunidade.

A partir disso, este capítulo buscará analisar os aspectos do estado de inocência, em especial sua relação com a formação de uma sociedade livre e a efetividade do processo.

---

<sup>1</sup> O princípio da presunção da inocência (ou princípio da não-culpabilidade) e o princípio do Estado de Inocência, também conhecido como Presunção de Inocência, ou Presunção da não culpabilidade são muitas vezes tratados como sinônimos, mas conforme ensinamentos de Aury Lopes Júnior o Estado de inocência compreenderia um pressuposto natural do indivíduo, já a presunção de inocência, aproxima-se de uma forma de tratamento, um dever estatal imposto, para que o não culpado, seja tratado com as prerrogativas que são inerentes ao Estado de inocência. (LOPES JR., 2016, p. 84)

## 1.1 Liberdades Fundamentais: da concepção aos dias de hoje

A vertente iluminista emerge na progressão histórica com a primordial bandeira de defesa dos direitos que seriam imanentes à condição humana. Esses direitos, denominados direitos humanos, compõem o cerne das liberdades individuais, limitativo do agir, estatal ou não, em oposição ao indivíduo.

Nesse momento, começa a se demarcar a correspondência de recíproca pressuposição entre os direitos, ditos humanos e o regime de governo democrático. (RUSSEL, 2001, p. 43-44)

Alexandre de Moraes, nos ensina que direitos humanos fundamentais são:

O Conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito e a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana".(MORAES, 2000, p. 39).

Segundo os ideais iluministas, para que possa existir efetivamente a democracia é necessário que os sujeitos sociais sejam materialmente livres. Portanto, além da mera declaração do direito à liberdade, é fundamental que o sujeito goze de requisitos materiais mínimos para que seja capaz de alcançar as matérias democraticamente discutidas, como também para exteriorizar o respectivo convencimento particular sem ser retaliado.(MENDES, 2009, p. 157)

A partir disso, é possível perceber que a liberdade material, de acordo com o viés iluminista, inclui uma ampla perspectiva de garantias, desde o aspecto biológico individual (saúde física e mental, alimento e outras necessidade fisiológicas) até o direito de efetivamente colaborar na eleição do respectivo destino e no da comunidade que faz parte.

Desse modo, somente em um ambiente democrático os direitos humanos podem ser encontrados em sua totalidade. Só em sociedades nas quais ao sujeito é proporcionada a autodeterminação é que os direitos humanos conseguiriam ser desenvolvidos com a extensão tencionada pelos iluministas. Assim, se para ser eficaz,

a democracia demanda que os direitos humanos sejam observados, estes somente são completamente assegurados em um ambiente democrático.

Nesta esteira, a repartição de poderes, ou, repartição do exercício de competências, pode ser elencado como o mais apto instrumento de amparo da democracia e dos direitos humanos.(MIRABETE, 2003, p. 43-44)

Partindo do pressuposto de que a liberdade material é um inafastável consectário dos direitos humanos. Depreenderemos que a repartição dos poderes traz em si a função basilar de delimitação da autoridade. Nesse cenário, infere-se que uma adequada segmentação de competências possibilita uma tutela dos direitos humanos eficiente.(BONAVIDES, 1993, p. 107)

Consoante ao que já fora exposto, a tutela dos direitos fundamentais igualmente reflete sobre a democracia. Sucintamente, é possível afirmar que é imprescindível que os direitos humanos sejam respeitados a fim de que a democracia exista de forma eficaz. Portanto, o que ampara a garantia de um, também serve ao outro com igual vigor.

Diante disso, é patente que a democracia, os direitos humanos e a repartição de poderes nos moldes iluministas do final do século XVIII estão ligados intimamente. Assim, dada a relevância deste eixo conceitual, os iluministas denominam de vãs democracias as sociedades cujo regime de governo renega os direitos fundamentais, sobretudo a liberdade. Desse modo, é expurgado o argumento de que primeiramente seria necessária a criação de condições materiais básicas à garantida da liberdade, para só então, abrir-se a chance de atuação da democracia.

Contudo, é crucial salientar que a repartição de poderes não constituiu um argumento iluminista desde sempre. Isso pode ser percebido na evolução histórica, em especial em períodos feudais em que se buscava a concentração de poder e a criação de Estados. Assim, foi só apenas quando o absolutismo e a arbitrariedade advinda deste começaram a afetar sobremaneira cada vez mais os setores sociais que a ideia de divisão de poderes deslanchou.(REALE, 2000, p. 78)

Em terras pátrias, Carlos Ayres Britto leciona que a democracia é o ser da Constituição, sendo, portanto, princípio continente dos demais conteúdos e instrumentos como a eleição, o voto popular, o Mandado de segurança, o Habeas Corpus e, inclusive a dignidade da pessoa humana.(BRITTO, 2003, p. 59-60)

A democracia tem conteúdo, matéria e substância, não sendo apenas um cavo ideal. Os valores e as ideais estão para a filosofia, assim como os princípios estão

para o Direito. Já no preâmbulo da Constituição<sup>2</sup>, antessala do corpo normativo, é citado o Estado Democrático adjetiva e substantivamente (formal e materialmente) e os valores de liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento e justiça. Também no próprio hino nacional a letra faz alusão as belezas do país, mas também exalta a justiça afirmando que se erguida a clava forte da justiça, veremos que “um filho teu não foge à luta”.

A seguir, já no art. 1º há novamente uma menção à democracia<sup>3</sup> (Estado Democrático de Direito) que se presta a cumprir os objetivos da República do art. 3º, CF/88, que seriam a matéria da democracia em sentido substantivo, segundo Ayres Britto. Assim, um direito que dá satisfação a si mesmo é democrático tanto na forma quanto no conteúdo.(BRITTO, 2003, p. 70)

Nesse sentido, temos que a democracia é um termo autoexplicativo. A estrutura identitária da democracia é a política, daí advém o vínculo entre o governo e o povo. Lincoln com precisão didática nos ensina que democracia é governo do povo, pelo povo e para o povo<sup>4</sup>.

Sondando o padrão dominante dos estados constitucionais modernos nota-se uma espécie de neutralidade no que diz respeito a filosofias, religiões, atitudes morais e perspectivas de mundo. Dessarte, espera-se concluir que a sua legitimidade não se firma em quaisquer destes pilares. Diversamente, há uma consonância de que o Estado é necessário para a paz e o respeito às diferenças.

É possível afirmar que a neutralidade em análise firma sua matriz na Reforma Protestante. Sabe-se que o objeto inicial da Reforma era fundamentalmente teológico. Era defendido que as regras religiosas deveriam originar-se de escritos sagrados de fato, e não das tradições ritualísticas baseadas em interpretações cristalizadas. (FARIAS, 2017, p. 237)

---

<sup>2</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.(BRASIL, 1988. p. 01) (grifo nosso)

<sup>3</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:(BRASIL, 1988. p. 01) (grifo nosso)

<sup>4</sup> “Democracy: government of the people, by the people, for the people”.(MACCHESNEY, Nathan William, 1910, p. 35)

Entretanto, como o paradigma estatal não era intimamente conectado à religião, a Reforma ganhou contornos políticos em sobreposição aos religiosos. Tal mudança foi fundamental para o relativo sucesso da Reforma, uma vez que proporcionou grande mobilização, que tornou insubsistente o regime anterior.

De acordo com o que fora exposto, o iluminismo político calca o avultado poder estatal na salvaguarda da dignidade humana, a qual pode ser interpretada em diversos sentidos, dentre eles, um sentido naturalista, restrito ao oferecimento de meios adequados para preservação do homem e de seus aspectos biológicos, e outro mais amplo que posiciona o homem como agente transformador da natureza e não apenas como sujeito passivo, nessa seara a dignidade somente é assegurada quando são oferecidas todas as condições para a total autorrealização.(COMPARATO, 2005. p. 168)

Para fundar sua base teórica, o iluminismo utiliza estas duas vertentes, ou seja, é preciso que além de se garantir os elementos biológicos mínimos para a manutenção da vida humana, que se garanta também o oferecimento de atividades religiosas, comunitárias, artísticas, morais e muitos outros aspectos fundamentais de uma vida plena e de exercício da cidadania.

Disso tudo, é possível depreender que o pleno exercício da cidadania e a total realização da dignidade só podem ser alcançados sobre relações sociais livres nas quais os indivíduos podem se desenvolver em vários aspectos e, para tanto, é preciso que existam condições concretas.(COMPARATO, 2005. p. 172)

Porém, não basta a existência de condições concretas, é imprescindível também haver a consciência de que se um indivíduo padece diante da violação das referidas condições, cabe ao próximo lutar para que seja reestabelecida, garantindo-se uma liberdade igual para todos ou, pelo menos, algo próximo a isso. Assim, vê-se que o ideal de liberdade iluminista constitui-se de solidariedade contrabalanceando-se entre o puro materialismo e o moralismo utópico.

A ótica iluminista não impõe um contraste entre liberdade e igualdade. Nessa esteira, exaltar uma delas em prejuízo da outra, equivaleria a anular ambas. Se a liberdade é garantida renunciando-se a igualdade, concretizar-se-ia a desregulamentação total da sociedade, uma vez que indivíduos desprovidos dos recursos mínimos de subsistência não seriam verdadeiramente livres. Dessa forma, a liberdade, em um ambiente onde a igualdade não se faz presente, produz o reverso da liberdade: a escravidão. Por outro lado, a igualdade advinda de um cenário de

liberdade ausente, é uma igualdade compulsória e cria-se uma realidade na qual há tiranos e tiranizados, que, evidentemente, não são iguais entre si.<sup>5</sup>

Diante disso, é patente que a liberdade é parte fundamental da teoria iluminista e que é inerente à ideia de liberdade a limitação, sendo, para o iluminismo, intangível a liberdade absoluta.

Por esse ângulo, só se pode restringir a liberdade de um indivíduo na proporção exata e estritamente necessária para a que esta possa existir conjuntamente com as dos demais. Portanto, as limitações são necessárias apenas para fixar um parâmetro de igualdade comum.

Nesse contexto, emerge um questionamento crucial para a construção da lógica iluminista: em qual medida pode se limitar o exercício do direito à liberdade? Trata-se, portanto, de questão fundamental para compreender a lógica aqui desenvolvida.

A resposta encontra guarida em um instrumento prático apto a atender às reais necessidades de limitação da liberdade, de modo que estas sejam legítimas, ou seja, atuem efetivamente na garantia da liberdade do próximo e somente para isso, sendo, conseqüentemente um preceito fundamental, necessário, universal e abstrato, capaz de ser imposto a todos, quando necessário for a observância da liberdade.

Entretanto, como a unanimidade é uma utopia, faz-se primordial o uso do princípio democrático para ponderar os interesses e atender, em regra, os anseios da maioria em primeiro plano, mas criando mecanismos de proteção daqueles que tiverem suas vontades suprimidas em prol do “bem comum”.

Posteriormente, como o avanço do tempo e a evolução dos direitos do homem, as relações sofreram grande mudança, o que era tratado antes entre súdito e soberano, passou, no Estado pós iluminista, moderno e democrático a ser tratado entre cidadão e Estado. Assim, em comparação ao status de súdito, os cidadãos ganharam mais destaque e importância nas relações verticais com o Estado.

---

<sup>5</sup> Thomas Hobbes (1588-1679) em *Leviatã*, trouxe razões para o Estado Moderno, uma vez que, sem este os indivíduos componentes do corpo social hostilizar-se-iam em um constante contexto combativo entre todos. Hobbes então propôs o pacto social, através do qual os indivíduos renunciariam parte uma fração da respectiva liberdade, submetendo-se ao poder estatal a fim de atingir uma condição de maior paz social e segurança geral. Tal preceito fundamentou as bases absolutistas em contraponto à extrema descentralização da época feudal, porém, posteriormente, tal argumento também serviu como mecanismo para a concentração de poder e funções estatais na figurada de um único dirigente, que em muitos casos abusava do poder que lhe fora confiado, desvirtuando, portanto, o pacto social.

Os direitos e liberdades oriundos dessa mudança de perspectiva propiciaram aos integrantes do corpo social a possibilidade de oferecerem resistência a ingerências e arbitrariedades comuns em períodos anteriores. Assim, ao asseverar o caráter histórico dos direitos fundamentais é preciso entender que tais direitos não são conquistados de uma só vez e não nasceram em um único momento, mas que surgiram, foram conquistados e aperfeiçoados progressivamente diante das lutas contra as instituições e poderes vigentes em determinada época e lugar, ou seja, os direitos humanos nascem de acordo com as exigências do período em que se vive. (CANOTILHO, 1998, p. 228)

Após a construção deste arcabouço teórico é possível focar na análise dos direitos fundamentais e sua relação com a história do Brasil. É sabido que desde os longínquos tempos de colônia de Portugal já é possível observar a manifestação ou princípios de manifestação dos direitos fundamentais nas terras pátrias, porém uma análise aprofundada disto não apresenta relevância para a esta monografia. Desse modo, considerando a relevância das últimas décadas da história do Brasil para a explicação do atual cenário e da Constituição federal de 1988, partiremos daí.

Em 1988, depois de um longo regime militar ditatorial, o Brasil enfrentou um processo de democratização, ou como muitos preferem, redemocratização, que resultou na promulgação de uma nova Constituição, que ficou conhecida como Constituição cidadã. A referida carta magna institucionalizou no Brasil um regime democrático, conforme já foi explicitado neste capítulo, e instaurou um irrefutável avanço no estabelecimento dos direitos e garantias fundamentais e, sobremaneira, na salvaguarda dos planos mais vulnerabilizados da sociedade.

Com fundamento na Constituição, os direitos humanos ganham um destaque de grande monta, sendo esta, portanto, a carta magna mais inclusiva e minuciosa sobre direitos humanos já adotada por estas terras, o que a põem no seletorol das constituições mais avançadas do mundo no que tange direitos e garantias fundamentais. Tal característica advém do período ditatorial antecedente que forçou um desenvolvimento de consciência do povo brasileiro que passou a valorizar mais os direitos humanos fundamentais.

A referida evolução é marcada de forma acentuada o texto constitucional que já em seu preâmbulo dá o tom que seguirá por todo o texto constitucional. Valores como a dignidade da pessoa humana, bem como seu bem-estar são presentes em todo o texto e é imperativa a justiça social.

Dirley da Cunha Júnior nos ensina que:

“É inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo. Desse modo, pode-se dizer que os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Eles têm um papel decisivo na sociedade, porque é por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a sociedade se acha enferma.(CUNHA JR., 2012, p. 565-566).

Portanto, é patente a forte carga axiológica do texto adotado, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, em um período da história no qual o povo brasileiro ainda sentia fortemente os efeitos das violações a direitos fundamentais durante os regimes ditatoriais.

### **1.1.1 Princípio da Presunção de Inocência**

O princípio da presunção da inocência constitui um dos pilares cruciais para a construção do estado democrático de Direito brasileiro e é responsável por proteger a liberdade individual. Tal direito fundamental pode ser encontrado e identificado facilmente na Constituição de 1988, pois está insculpido no art. 5º da Carta de direitos com os seguintes dizeres: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.(BRASIL, 1988, p. 05)

O princípio do estado de inocência, segundo a mais nobre doutrina, admite três acepções. A primeira enuncia uma regra de tratamento (perspectiva de que ao acusado deve ser imposto um tratamento de presunção de inocência no decurso de todo o processo, ou seja, desde o início da persecução penal até o trânsito em julgado da sentença final do processo). Já a segunda acepção faz alusão a uma regra probatória segundo a qual o ônus probatório deve recair sobre o acusador, sendo este o responsável por provar as acusações feitas, sendo inadmissível que o acusado tenha que provar a respectiva inocência, uma vez que esta é a regra. Estamos diante, portanto, de um dos corolários do Estado Democrático de Direito. E, por fim, a terceira que incide na aplicação do *in dubio pro reo* quando pairar dúvida.

O referido princípio além do amparo em terras nacionais, encontra guarida em diversos outros documentos internacionais, como, por exemplo na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948.

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (Assembleia Geral da ONU, 1948)

Também está presente na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, amplamente chamada de Pacto de San José da Costa Rica.

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (Convenção Americana de Direitos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", 1969).

Como se pode observar pela análise dos documentos internacionais acima citados, o ordenamento jurídico brasileiro ampliou o princípio da não culpabilidade, o que é juridicamente possível e humanamente querido, uma vez que o artigo 5º, LVII dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", logo é possível perceber que o constituinte originário objetivou oferecer uma garantia maior ainda ao referido direito da presunção de inocência, posto que para o acusado coberto por tal norma ser considerado culpado é exigido o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, diferentemente do pacto de San José da Costa Rica e da Declaração Universal dos Direitos Humanos que prestigiam a presunção de inocência somente até a simples prova de culpa, prescindindo, pois, da irrecorribilidade de sentença condenatória.

Decorre de tal princípio a garantia ao acusado de todos os recursos adequados para a sua ampla defesa, certificando que o acusado somente será considerado culpado após a sentença que declare a sua culpabilidade transite em julgado, garantindo-se com isso o direito a recorrer das decisões que a precedam.

Também decorre desse princípio o ônus da acusação em provar o que se alega, ou seja, cabe à parte acusadora o dever de provar a culpabilidade do réu e, mais que

isso, deverá provar a culpa de forma inequívoca, já que aqui incide fortemente *o in dubio pro reo*, conforme leciona Renato Brasileiro:

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória. (LIMA, Renato Brasileiro, 2017, p. 44)

Diante desse aspecto, é importante ressaltar que todos estes instrumentos e ferramentas jurídicas perduram apenas até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em ações de revisão criminal, recai sobre o interessado o ônus de provar o que se alega.

Desse princípio também é proveniente a regra de que o indiciado ou réu, durante o processo, responde em liberdade e somente em caráter excepcionalíssimo, nas estritas hipóteses previstas na legislação, poderá ser decretada a prisão cautelar.

A garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e o asseguramento da aplicação da lei penal, por exemplo, são elementos justificantes da prisão preventiva, mas que por si só não a subsidiam, sendo necessário ainda que haja prova da materialidade e suficientes indícios de autoria, para só então o juiz poder decretar a referida prisão cautelar.

Disso, depreende-se que não se aplica ao processo penal os regramentos concernentes à distribuição do ônus da prova, muito menos as presunções legais expressas nos artigos 373 e 374 do Código de Processo Civil (CPC)<sup>6</sup>. Nesse contexto se destaca a impossibilidade de conferir valor absoluto às provas, ou seja, o valor

---

<sup>6</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

[...]

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

[...]

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (BRASIL, 2015, p. 22)

probatório deve ser relativo e nem mesmo uma confissão do réu pode embasar a sua condenação se não houver nenhum outro elemento que aponte para tal caminho

Por fim, é relevante repisar que o princípio do estado de inocência se expressa também na revisão criminal, pois existindo insubsistência razoável sobre a condenação, há a possibilidade de haver a desconstituição. Porém, como já foi dito, nesse caso o autor da ação deve provar o que se alega, ou seja, a sua inocência. Registre-se que relevante doutrina, afirma que se o condenado alega que é inocente e produz novas provas que fazem se instaurar a dúvida sobre a condenação discutida, é mais adequado anular esta, afinal, aqui se encaixa perfeitamente o *in dubio pro reo*.

Assim, em decorrência do princípio da presunção da inocência e consagração do *in dubio pro reo* temos que ao final da persecução penal, se as provas forem incapazes de imputar o delito ao acusado ou até mesmo se as provas forem contraditórias entre si, impõe-se que este deve ter sua inocência declarada em sentença, sendo insuficiente o mero arquivamento do processo.<sup>7</sup>

Nesta análise também é importante adentrar no campo histórico do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade. Já vimos os aspectos que o constituem, as perspectivas que ele pode ter, em especial as que são adotadas por estas terras e, agora, é pertinente destacar os aspectos históricos de origem e evolução do referido princípio para gerar o arcabouço necessário para prosseguirmos.

O princípio da presunção da inocência tem sua origem datada no século XVIII, no Estado absolutista, sendo, na verdade, uma réplica do povo contra os abusos cometidos pelos monarcas absolutistas, mormente no que toca a prisão extraprocessual, que em muitos casos culminava em arbitrariedades, ou seja, situações nas quais as regras processuais eram abandonadas para se atender a interesses escusos

Em resposta a esses abusos, diante da escalada da burguesia e dos ideais iluministas, o Processo Penal toma uma das posições centrais destas novas perspectivas.

---

<sup>7</sup> Há doutrinadores que entendem que o arquivamento não seria uma decisão judicial. Com a devida vênia, com tal assertiva não se pode concordar. Se, de um lado, o Código de Processo Penal refere-se ao arquivamento como mero despacho (art. 67, I), do outro, atribui efeitos idênticos à decisão judicial de impronúncia, possibilitando que, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, nova denúncia ou queixa seja oferecida se houver nova prova (CPP, art. 414, parágrafo único). Se a impronúncia é considerada decisão judicial, como negar semelhante natureza jurídica ao arquivamento do inquérito policial? De mais a mais, não se pode perder de vista que, a depender do fundamento, o arquivamento terá o condão de formar coisa julgada formal e material, efeito próprio de verdadeira decisão judicial. (LIMA, Renato Brasileiro, 2017, p. 163)

Cesare Beccaria preleciona:

As acusações secretas são um abuso manifesto, mas consagrado e tornado necessário em vários governos, pela fraqueza de sua constituição. Tal uso torna os homens falsos e pérfidos. Aquele que suspeita um delator no seu concidadão vê nele logo um inimigo. Costumam, então, mascarar-se os próprios sentimentos; e o hábito de ocultá-los a outrem faz que cedo sejam dissimulados a si mesmo.(BECCARIA, 2001, p. 19)

E nos indaga:

Será entre tais homens que encontraremos soldados intrépidos, defensores da pátria e do trono? Acharemos entre eles magistrados incorruptíveis, que saibam sustentar e desenvolver os verdadeiros interesses do soberano, com uma eloquência livre e patriótica, que deponham ao mesmo tempo aos pés do monarca os tributos e as bênçãos de todos os cidadãos, que levem ao palácio dos grandes e ao humilde teto do pobre a segurança, a paz, a confiança, e que dêem ao trabalho e à indústria a esperança de uma sorte cada vez mais doce?... É sobretudo este último sentimento que reanima os Estados e lhes dá uma vida nova.(BECCARIA, 2001, p. 19)

Nessa esteira torna-se preciso destacar a importância histórica da escola clássica, uma vez que esta representou uma reação aos abusos cometidos pela justiça penal da época, fixando limites ao *ius puniendi*, afastando a execução penal das penas corporais e desmoralizantes. Para a escola clássica as garantias individuais deveriam ser protegidas durante o decurso do processo e também durante a aplicação da pena.

Em linhas gerais, a escola clássica, também chamada de Idealista, entendia que a pena era uma punição aplicada a pessoa que cometesse alguma conduta considerada crime de maneira consciente e voluntária. Portanto, para além de punir, a pena se destinava a restabelecer a ordem na sociedade.

Ademais, esta escola se posicionava contra o absolutismo, o processo inquisitório e a tortura; defendia, por outro lado, os direitos individuais mormente os de liberdade e também o princípio da reserva legal. Em suma, a escola clássica condensava a ideia de pena em uma espécie de tutela jurídica, ou seja, como o delito é um atentado ao Direito, o remédio contra esta violação deveria encontrar resguardo

no próprio Direito, de modo que as penas não sejam arbitrárias, muito menos desproporcionais, devendo ser aplicadas na medida exata da punição permitida. Tudo isso consagra a retributividade da pena, sem foco na figura do delinquente, posicionamento este que concentra a maior parte das críticas a esta escola.(BARATTA, 2011, p. 97)

Do outro lado, há a escola Positivista, cujo principal expoente foi Augusto Comte. Com o advento desta escola o delito passou a ser estudado sob a perspectiva sociológica e os estudos também passaram a recair sobre a figura do criminoso, que foi objeto de pesquisas biopsicológicas.

Nesse contexto se destacou a obra do médico Cesare Lombroso *L'uomo delinquente*” segundo a qual a origem do crime tem em seu cerne um grande aspecto antropológico. Dessa forma, ao delito eram atribuídos fatores patológicos, marcados por uma forte conotação individualista, que eximiam a sociedade de qualquer culpa, sendo determinados indivíduos, de acordo com características previamente definidas, mais propensos a praticar delitos.

Diante desse contexto, a presunção de inocência sofreu considerável mitigação, uma vez que, sobre o indivíduo cujas características eram listadas como tendentes à prática de delitos, recaiam as suspeitas e, muitas vezes, as sanções sem um devido processo e com ausência da presunção de não culpabilidade durante a persecução penal.

Diante disso, é evidente que a CF/88 vai de encontro às ideias positivistas no que tange à presunção de culpabilidade e ao encontro dos ideais da escola clássica neste aspecto, consagrando o Estado Democrático de Direito e os princípios da dignidade da pessoa humana, apoiados pela presunção de não culpabilidade.

### **1.1.2 Princípio do Contraditório**

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são indispensáveis ao processo e evidenciam a garantia de que nenhuma pessoa poderá suportar os efeitos da sentença condenatória sem que antes lhe tenha sido garantida a possibilidade de atuar efetivamente na persecução penal, em especial na fase processual, participando, portanto, efetivamente da formação da decisão judicial. Tal princípio

pode ser representado pela máxima latina *audi alteram partem*, ou “ouvida a outra parte”.

O contraditório, em outras palavras, estabelece tanto o direito de agir, quanto o direito de se defender, dessa forma, todos que possuem pretensões de direito material a serem declaradas no processo fazem jus ao contraditório. Nessa perspectiva, peritos e testemunhas, por exemplo, como não têm pretensão própria discutida no processo, não são franqueadas a invocar o contraditório. (NUCCI, 2020, p. 72-73)

Ademais, é necessário salientar que o princípio em análise manifesta-se também na necessidade de ser dado conhecimento à parte não só da existência do processo, mas também de todos os outros atos processuais. E não só isso é suficiente, é imprescindível também que as partes possam reagir às manifestações que sejam contrárias aos respectivos interesses, conforme sua vontade.

Também há manifestação do contraditório quando a defesa for insuficiente, morosa ou incorreta por parte do patrono da parte, mormente no processo penal cujo feito pode ser anulado ou ser decretada a nomeação de novo defensor para que seja garantido efetivamente o contraditório e conseqüentemente a ampla defesa.

Diante disso, é possível elencar como componentes do contraditório a indispensabilidade de informação e a oportunidade de reação. Ademais, é oportuno frisar que o conteúdo do contraditório não se esvazia com a mera aplicação às matérias de direito, devendo também ser aplicado às de fato.

É evidente que, igualmente aos outros princípios o contraditório também pode ser mitigado, como por exemplo, durante o curso do inquérito policial, situação na qual a parte ou seu advogado só pode ter acesso aos elementos de prova que já foram documentados em procedimento investigatório de polícia judiciária, sob pena de prejuízo das investigações.

Francesco Carnelutti, em sua obra “As Misérias do Processo Penal”, salienta que:

Desenvolve-se assim, sob os olhos do juiz, aquilo que os técnicos chamam o “contraditório”, e é, realmente, um duelo: o duelo serve para o juiz superar a dúvida; a propósito disto é interessante notar que também duelo, como dúvida, vem de “duo”. No duelo se personifica a dúvida. É como se, na encruzilhada de duas estradas, dois bravos se combatessem para puxar o juiz para uma ou para outra. As armas, que servem para eles combaterem

são as razões. Defensor e acusador são dois esgrimistas, os quais não raramente fazem uma má esgrima, mas talvez ofereçam aos apreciadores um espetáculo excelente.”(CARNELUTTI, 1995, p. 31)

E completa:

Sem dúvida, isto de duas verdades, a verdade da defesa e a verdade da acusação, é um escândalo; mas é um escândalo do qual o juiz tem necessidade a fim de que não seja um escândalo o seu juízo. E isto não só porque o juiz tem necessidade de que lhe sejam apresentadas todas as razões para encontrar a razão; e mais, se não apresentam mais é em aparência complicado, mas na realidade simplificado o seu cumprimento. Sob este aspecto, o duelo entre defensor e acusador parece o choque de duas pedras, do qual sai faísca. As razões, já havíamos dito, estão para a razão como as cores para a luz; as arengas do defensor e do acusador assemelham-se a uma girândola de cores; mas girando velozmente se fundem na luz. De qualquer maneira a vantagem que o juiz tira não é somente do intelecto. A verdade é que o contraditório o ajuda justamente porque é um escândalo: o escândalo da parcialidade, o escândalo da discórdia, o escândalo da Torre de Babel. A repugnância à parcialidade se converte para o juiz na necessidade de superá-la, ou seja, de superar-se; está nesta necessidade a salvação do juízo.(CARNELUTTI, 1995, p. 33)

Em visão reduzida o contraditório é projetado no processo, porém em ampla visão é parte dos pilares do Estado democrático de direito, sendo, portanto, imprescindível para a manutenção dos direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana.

## **2 O PROCESSO PENAL NA PERSPECTIVA ACUSATÓRIA**

Diversos são os sistemas processuais que podem ser utilizados para a condução dos atos processuais a depender dos princípios que o direcionam, mas ao longo do tempo os doutrinadores costumam destacar três sistemas, quais sejam: inquisitivo, acusatório e misto.

A fim de atingir o escopo da presente análise, convém destacar que apesar de haver claras distinções entre os três referidos sistemas, na atual conjuntura, seria impossível aplicá-los de forma isolada, exclusiva e integral, uma vez que a associação de características dos sistemas processuais supracitados resulta em uma persecução penal acurada e alinhada com as perspectivas da dignidade da pessoa humana.

O sistema processual inquisitório caracteriza-se pela ausência de contraditório e ampla defesa, ou seja, as funções de acusador e julgador encontram-se aglutinadas em uma única pessoa: o juiz inquisidor. Além disso, à confissão do réu é dado grande valor, sendo considerada a prova máxima do fato delitivo.(NUCCI, 2020, p. 112)

No sistema inquisitivo, prevalecem os procedimentos escritos em detrimento dos debates orais e não há possibilidade de recusar os julgadores, ou seja, não há regras de impedimento, muito menos de suspeição. Também é marcado pelo sigilo do procedimento.

Nesse sistema, o processo é conduzido pelo juiz, que tem amplas prerrogativas para atuar, podendo decretar a produção e colheita de provas no curso do inquérito ou de outro procedimento investigatório, e também na fase processual, independentemente de pedido da defesa ou acusação.(NUCCI, 2020, p. 114)

Diante das prerrogativas do julgador e dos princípios que regem o sistema inquisitivo, o acusado passa a ser visto como uma mera peça do processo e isso resulta em severa restrição dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que não é visto, muito menos tratado como sujeito de direitos, tudo isso em busca da “verdade real”, que nesse sistema, deve ser alcançada a qualquer custo.

Desse modo, com o surgimento e estabelecimento dos ideais iluministas, o sistema inquisitivo, amplamente usado na idade média, tornou-se cada vez mais inconciliável com princípios como a dignidade da pessoa humana, sem, porém, ser totalmente extirpado e podendo ter alguns de seus aspectos visualizados nos tempos atuais, como por exemplo, na fase de investigação, mormente no inquérito policial.

Seguindo na análise, encontramos o sistema acusatório caracterizado pela cisão entre as funções do acusador e do julgador; paridade entre a acusação e a defesa; a publicidade dos atos e presença da oralidade na fase processual. Ademais, a atuação do julgador é limitada e a iniciativa do juiz restringe-se a situações específicas em contraponto ao sistema inquisitivo em que o juiz possui ampla capacidade de iniciativa no âmbito probatório.

Nesse sistema, os princípios do contraditório, ampla defesa e presunção de não culpabilidade regem a persecução penal. Dessa forma, o julgador atua de forma imparcial e equidistante dos polos, fundamentando a sentença com base em provas produzidas em respeito aos princípios supracitados e as valora a partir do livre convencimento motivado. Assim, é possível concluir que a busca da verdade real é

substituída pela busca pela verdade, na qual se busca a elucidação com base em um devido processo legal, sem arbitrariedades fundadas em uma busca cega pela “verdade real”.

Dessa forma, no sistema processual acusatório, especialmente na fase de investigação (em geral, durante o inquérito policial), o juiz apenas intervém quando solicitado pelas partes, abstendo-se da produção de provas de ofício. Tais restrições estendem-se à fase processual, com a ressalva de que nessa fase, é possível a intervenção do julgador no sentido de produzir provas de ofício em caráter excepcional, consagrando-se, portanto, a inércia da jurisdição.

Historicamente, os preceitos fundamentais do sistema acusatório podem ser observados em épocas anteriores ao iluminismo, não sendo, portanto, uma criação exclusiva e originária deste período. Tal sistema é intimamente ligado aos ideais iluministas (por isso o erro em associá-lo como criação deste) porque é o sistema que melhor reflete os preceitos democráticos, uma vez que pressupõe a repartição equilibrada dos papéis dos sujeitos processuais.(PACELLI, 2017, p.21)

Há rumores em defesa da adoção do sistema acusatório, mas como já foi dito acima, atualmente, é inviável a ideia de aplicação exclusiva de um único sistema processual no mesmo ordenamento jurídico, motivo pelo qual boa parte da doutrina defende que no Brasil fora adotado o sistema misto.(NUCCI, 2020, p. 122)

Nesse sentido, temos que a movimentação do sistema inquisitivo para o acusatório, não implicou, necessariamente, no total esquecimento dos poderes instrutórios, ou seja, considerando que o processo penal é o meio estatal escolhido para a realização do *ius puniendi*, torna-se fundamental a adequada composição da sentença ao final do processo. Tal estruturação, na percepção lastreada no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser construída pelas partes, antagônicas e, cada uma interessada na sentença que lhe seja favorável respectivamente.

Dessa forma, poder-se-ia achar que o sistema acusatório é o mais adequado e o que melhor se amolda aos preceitos estabelecidos na Constituição de 1988, porém, na verdade, o sistema misto, mostra-se mais adequado à realidade estabelecida pela magna carta brasileira, uma vez que, nestas terras, o modelo idealizado pressupõe que o órgão julgador não deve ter nenhum interesse processual além do correto desenrolar do processo, a fim de alcançar uma ordem jurídica justa e para tanto, lhe são outorgados poderes destinados ao alcance do referido fim. Assim, prerrogativas capazes de sanar dúvidas acerca das provas produzidas, por

exemplo, mostram-se adequadas e compatíveis com os objetivos estabelecidos, de modo que o aparelhamento do órgão julgador com tais poderes não caracteriza uma autorização a prática de arbitrariedades, pelo contrário, vincula o juízo à prática de atos estritamente essenciais à instrução processual.

Desse modo, temos que o sistema que mira na garantia dos direitos fundamentais, dialoga com a visão perspicaz de Ferrajoli:

Na sua apreensão global da teoria do Estado, o garantismo tematiza a mutação de paradigma juspolítico liberada, na configuração do ordenamento jurídico e na estrutura da democracia, na evolução do Estado legislativo de direito para o Estado constitucional de direito: dois modelos distintos de organização política, tendentes, em medidas diversas, à realização do antigo ideal do “governo das leis”, ou seja, à Constituição de uma forma estatal na qual os poderes públicos são regulados e limitados pelo direito em função da tutela dos indivíduos.(FERRAJOLI, 2009, p. 11)

Nessa esteira, convém pontuar que o sistema misto tem sua origem datada no período posterior à revolução francesa e, como o nome sugere, une os principais predicados dos sistemas inquisitivo e acusatório. Assim, com base no sistema misto, pode-se dividir a persecução penal em duas fases: a fase de investigação preliminar e a fase de instrução processual, a primeira é marcada pela predominância de princípios inquisitivos e a segunda é marcada pela prevalência de características do sistema acusatório.

Assim, a fase de investigação preliminar é, na grande maioria dos casos, feita sob a forma do inquérito policial e marcada por um procedimento sigiloso, escrito e com grande mitigação do contraditório, visando a maior efetividade desta fase da persecução penal e para contrabalancear, a fase judicial é por inteiro acusatório, nela sendo possível, inclusive, rediscutir os elementos de prova colhidos na fase investigativa, o que muitos chamam de contraditório diferido ou postergado<sup>8</sup>.

Com isso, e considerando o que estabelece a Constituição de 1988, ainda se discute se o Brasil adotou um sistema inteiramente acusatório ou misto, e considerando o que fora exposto acima, esta última nos parece a posição mais correta.

---

<sup>8</sup> Em casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, não se ouve o indiciado ou réu antes da decretação, nada impedindo que se promova a sua oitiva depois. Seria um autêntico contraditório diferido.(NUCCI, 2020, p. 1021)

Cabe ainda destacar que os sistemas processuais explicitados acima podem possuir características específicas que os colocam em uma nova classificação, agora em observância aos poderes de instrução conferidos ao juiz.

Com base no quão amplos são os poderes instrutórios da autoridade julgadora, os sistemas processuais podem ser adversarial ou inquisitorial. O primeiro se caracteriza pela passividade do juiz no que tange a atividade probatória, nesse caso há predomínio da atuação das partes na condução do processo e na produção de meios de prova. Já o modelo inquisitorial, se encontra no lado oposto, isto é, a produção de provas fica a cargo do juiz e, após a proposição da lide pela parte, o processo segue movido não pelas partes, mas por impulso oficial.(GRINOVER, 2005, p. 25)

Nesse fulcro, é possível que em um sistema processual do tipo acusatório seja admissível adotar tanto um modelo inquisitorial, quanto adversarial. É claro, que no exemplo acima, não se pode, caso seja adotado o modelo inquisitorial, conceder irrestritos poderes ao magistrado. Na verdade, deve-se evitar uma postura exclusivamente passiva do juiz, tudo isso para buscar garantir uma ordem jurídica justa e que não vença o processo aquele que possuir mais poder, influência ou meios de financiar a produção de provas, mas sim o verdadeiro titular do direito.

Por fim, convém lembrar da lição da professora Ada Pelegrinni Grinnover: “O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito”.(GRINNOVER, 2005, p. 16).

## **2.1 Alguns desafios do Processo Penal**

Na busca por uma ordem jurídica justa os operadores do Direito enfrentam desafios cotidianos e é preciso uma visão humanizada para melhor compreender os anseios e necessidades das partes e de cada um que atua na persecução penal.

Nesse sentido, um dos grandes desafios que impacta sobremaneira o rumo do processo penal é a desidentificação da sociedade com o acusado, muitas vezes visto como um ser humano inferior e indigno de tratamento igualitário.

Esse problema culmina em total desarmonia do meio social, o qual desatende a necessidade humana de fraternidade e passa a dar ênfase ao individualismo. Com os indivíduos carentes de solidariedade, conseqüentemente temos um processo penal

cheio de mazelas e vícios que visam, mais que tudo, exercer controle sobre determinados grupos sociais e proteger os ditos “cidadãos”, em detrimento do real objetivo: oferecer uma ordem jurídica justa comprometida com o bem comum e da maioria, sem, contudo, menosprezar os grupos minoritários.

O réu, nesse contexto, é visto como um ser de valor inferior, que não merece os mesmos direitos e garantias que os demais, é o que nos ensina Francesco Carnelutti em sua obra “As misérias do Processo Penal”, quando nos diz que:

“Há os que concebem o pobre com a figura do faminto, outros com a do vagabundo, outros com a do enfermo, para mim, o mais pobre de todos os pobres é o preso, o encarcerado”.(CARNELUTTI, 1995, p. 28).

Disso, percebemos a preocupação do referido autor com aquele estava na condição de preso, tema que abordará outras vezes em sua obra. Nessa esteira completa Carnelutti, afirmando que:

“A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não é senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir esta parcialidade. O problema do direito e o problema do juiz é uma coisa só. Como pode fazer o juiz ser melhor daquilo que é? A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: precisa sentirem-se pequenos para serem grandes. Precisa forjar-se uma alma de criança para poder entrar no reino dos céus. Precisa a cada dia mais recuperar o dom da maravilha. Precisa, a cada manhã, assistir com a mais profunda emoção ao surgir do sol e, a cada tarde, ao seu ocaso. Precisa, a cada noite, sentir-se humilhado ante a infinita beleza do céu estrelado. Precisa permanecer atônito ao perfume de um jasmim ou ao canto de um rouxinol. Precisa cair de joelhos frente a cada manifestação desse indecifrável prodígio, que é a vida.”(CARNELUTTI, 1995, p. 47)

Desse modo, quando o juiz deixa de se identificar com as partes, em especial com o réu, deixando de reconhecê-lo como ser humano semelhante e também portador de defeitos e cometedor de erros, ou seja, quando deixa de ter a humildade de se ver como responsável por julgar e definir o destino de alguém e deixa de sentir a miséria do processo, como diz Carnelutti, acaba se tornando agente de um processo similar a uma tortura, uma vez que para se declarar a culpa ou a inocência de um indivíduo, de certa forma já se condena o indivíduo a ser submetido ao processo penal

e, por isso, deve-se conduzi-lo de forma adequada de modo a mitigar os danos e o sofrimento.

É o que, mais uma vez, nos ensina Carnelutti, citando Santo Agostinho:

“Infelizmente a justiça humana é feita assim, que nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados quanto para saber se são culpados ou inocentes. Esta é, infelizmente, uma necessidade à qual o processo não se pode furtar, nem mesmo se o seu mecanismo fosse humanamente perfeito. Santo Agostinho escreveu a este propósito uma de suas páginas imortais; a tortura, nas formas mais cruéis, está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si mesmo é uma tortura. Até um certo ponto, dizia, não se pode fazer por menos; mas a assim chamada civilização moderna tem exasperado de modo inverossímil e insuportável esta triste consequência do processo. O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, lembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.(CARNELUTTI, 1995, p. 48)

Há também um forte fator midiático no andamento dos processos e Carnelutti pontua, já em 1957, a grande influência da mídia e como esta alinha-se aos interesses das massas, de modo a dar grande cobertura a alguns casos e esquecer outros, gerando um clamor social, que acaba repercutindo no processo. Dessa forma, Carnelutti afirma ser necessário haver um procedimento com severidade adequada para reprimir a desordem, no sentido de os juízes serem equilibrados e capazes de reprimir os excessos da imprensa, sem, contudo, agir arbitrariamente no processo.

Tal ensinamento de Carnelutti mostra-se contemporâneo ao percebermos que a atuação da mídia, muitas vezes transpassa a mera cobertura dos fatos e de maneira imprudente acaba por antecipar o julgamento, inocentando, ou na maioria das vezes, condenando antecipadamente o réu, ou até mesmo, um mero investigado. Manobrando a opinião pública e, conseqüentemente, influenciando o andamento de todo o processo, dessa forma, a mídia, ao atuar antes da elucidação dos fatos, pode causar danos irreparáveis, como pode ser visto em exemplos como o da escola base<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Caso ocorrido em 1994, conhecido como “Caso Escola Base” no qual os donos de uma escola infantil e outras pessoas foram acusados de abuso sexual e que deve bastante repercussão sobretudo pela grade cobertura midiática que foi dotada de grande apelo sensacionalista e divulgou antecipadamente

e tantos outros casos em que um acusado sofreu retaliações, preconceito, exclusão social e várias outras ações negativas, devido a uma opinião pública desfavorável baseada na narração midiática.

Assim, diante da opinião pública, influenciada pela mídia, a tarefa de acusar, julgar ou defender torna-se um pesado fardo pois a possibilidade de meditação, reflexão, sobre o caso fica prejudicada. Dessa forma, a mídia, direta ou indiretamente acaba influenciando na tomada de decisões com, por exemplo, pedidos implícitos ou até mesmo explícitos de condenação.

Por fim, o ensinamento de Carnelutti sintetiza eficientemente tal silogismo:

“A toga, sem dúvida, convida ao recolhimento. Infelizmente hoje sempre mais, sob este aspecto, a função judiciária está ameaçada pelos opostos perigos da indiferença ou do clamor: indiferença pelos processos pequenos, clamor pelos processos célebres. Naqueles a toga parece um instrumento inútil; nestes se assemelha, lamentavelmente, a uma veste teatral. A publicidade do processo penal, a qual corresponde não somente à ideia do controle popular sobre o modo de administrar a justiça, mas ainda, e mais profundamente, ao seu valor educativo, está, infelizmente, degenerada em um motivo de desordem. Não tanto o público que enche os tribunais ao inverossímil, mas a invasão da imprensa, que precede e persegue o processo com imprudente indiscrição e não de raro descaramento, aos quais ninguém ousa reagir, tem destruído qualquer possibilidade de juntar-se com aqueles aos quais incumbe o tremendo dever de acusar, de defender, de julgar. As togas dos magistrados e dos advogados, assim, se perdem na multidão. Sempre mais raros são os juízes que têm a severidade necessária para reprimir esta desordem.(CARNELUTTI, 1995, p. 19)

### **2.1.1 O embate entre a Presunção de Inocência e a possibilidade de execução provisória de pena privativa de liberdade**

Com a evolução e o aumento da complexidade das relações sociais, ao longo do tempo foram desenvolvidas e aprimoradas novas formas de organização destas. O Estado, durante essa evolução, foi mínimo, máximo e equilibrado a depender do contexto histórico analisado e dos princípios que preponderavam.

Nesta análise, o aspecto de intervenção estatal que melhor contribuirá para a construção do raciocínio é o que diz respeito à autotutela. Nesse sentido, é perceptível

---

notícias vinculando os acusados a prática de crimes sexuais. A credibilidade da escola ruiu e a vida pessoal dos acusados foi severamente prejudicada e ao final foi constatado que as denúncias eram inverídicas e tinham sido baseadas em relatos fantasiosos de crianças.

uma tendência de substituição da autotutela pelo *ius puniendi*, ou seja, a transmissão da tutela de direitos aplicada pelos particulares, para o assentamento da tutela de direitos sob um poder central: o Estado.

Nesse sentido é fundamental salientar que a função precípua do direito penal e do direito processual penal é pacificar os conflitos sociais, protegendo bens jurídicos relevantes para determinada sociedade em determinado contexto, garantindo o exercício de direitos humanos pelos membros da sociedade e até por não integrantes.

Ademais, também é relevante destacar que cabe ao processo penal proporcionar ao estado a efetiva aplicação do jus puniendi diante dos atos transgressores das regras pactuadas por determinada sociedade. Dessa forma, é possível depreender que existe uma função preventiva na pena, uma vez que esta se presta a evitar futuros atos atentatórios contra os bens jurídicos tutelados. Assim como nos ensina Eugenio Pacelli.

E quando se fala na função preventiva da pena, portanto, está se falando da prevenção contra atos futuros e não mais para a proteção daquele bem efetivamente violado. Prevenção de crimes e proteção de bens são funções inteiramente imbricadas, mas perceptivelmente diferentes. A pena criminal somente terá lugar quando não tiver sido suficientemente eficaz a função de proteção de bens estipulada na proibição de determinada conduta (na violação da norma incriminadora, portanto). (PACELLI E CALLEGARI, 2019, p. 70)

Por outro lado, temos o direito processual penal que, conforme lição de Aury Lopes Jr., possui caráter instrumental com relação ao Direito Penal e à pena, uma vez que o processo penal é o caminho pelo qual se deve passar para que possa ser aplicada a pena. (2019, p. 33)

Desse modo, assim como o direito penal, o direito processual penal é norteado por um conjunto de regras e princípios que refletem premissas essenciais da política processual penal adotada por um Estado. Assim, é patente que tanto os princípios insculpidos na Constituição federal, quanto os princípios previstos na legislação processual penal possuem, além das funções de fundamentadores das regras jurídicas e de serem ferramentas supletivas ou integradoras, o escopo de auxiliar a prática hermenêutica e interpretativa do processo, importando na normatização do

direito positivo, sendo, portanto, mais uma das camadas de proteção aos Direitos Humanos.(TOURINHO FILHO, 2007, p. 87)

Com base nessa premissa, é evidente que a presunção de inocência é um relevante princípio previsto no ordenamento jurídico pátrio e, portanto, deve guiar o exercício do *ius puniendi* durante toda a persecução penal. Afinal, não há que se falar em estado democrático de direito sem a presença de garantias que assegurem o estado de inocência até que esta seja afastada por meios legais, dentro de um procedimento preestabelecido cujas regras são conhecidas pelas partes e no qual é facultado o exercício de ampla defesa e contraditório.

Registre-se, ademais, que o princípio da presunção de inocência, da forma como fora concebido na Constituição Federal, já permite que sejam impostas ao acusado medidas coercitivas, inclusive as de restrição da liberdade, com o escopo de garantir a aplicação da lei penal, por exemplo.

Defronte, há argumentos que divergem da posição adotada pelo legislador originário e defendem uma ponderação entre o princípio da presunção da inocência e o princípio da eficiência jurisdicional no sentido de dar um peso maior a este, uma vez que consideram este o melhor caminho diante do cenário contemporâneo no qual o maior empecilho ao processo penal justo e efetivo é associado à intempestividade da prestação jurisdicional.

Entretanto, em um estado democrático a garantia do acesso à justiça não é assegurada apenas se for ao indivíduo possibilitado o direito de petição aos órgãos do Judiciário, mas também (e mais importante) quando a demanda apresentada é resolvida de forma justa e célere, constituindo desta maneira uma prestação jurisdicional satisfatória.

Diante dessa premissa, considerando as amplas possibilidades de recurso no processo penal, muitos consideram que estes acabam por gerar impunidade, uma vez que são utilizados pelos acusados como forma de retardar o processo, almejando a prescrição, o esquecimento dos fatos pela sociedade (nos casos de crimes notórios) e a perda de elementos constitutivos do crime no decurso do tempo.

Porém, é imprescindível salientar que aqueles que conseguem usufruir de todas as vias recursais disponíveis são os que têm condições financeiras para tanto e os que são atingidos pela celeridade irrestrita dos defensores da tese de que o processo penal fomenta impunidade são os mais vulneráveis socialmente. Desse modo, é perceptível que a supressão de vias recursais e em última instância do

princípio da presunção da inocência em detrimento da celeridade processual, acaba por gerar uma prestação jurisdicional deficiente e segregadora que culminará em patente tratamento desigual, uma vez que, seguindo o argumento da celeridade, a fim de punir os que utilizam os recursos financeiros, punir-se-á de forma desproporcional aqueles cujos os processos, devido à complexidade dos fatos ou outros fatores específicos, necessitam que a persecução penal se desenvolva em ritmo diferente.

### **2.1.2 A voz das ruas e a crise de legitimidade do Judiciário: Direito Penal do Inimigo *versus* efetividade do Processo Penal (não impunidade)**

Em 1988, com a promulgação da Constituição, foi inaugurado um novo modelo de composição do Estado direcionado à realização dos direitos fundamentais insculpidos na referida Carta Magna. Nesse cenário é evidente a primordialidade da atuação estatal para a execução de medidas objetivando a realização dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, que demandam ações positivas para serem concretizados. E em caso de impossibilidade de serem realizadas pelo Estado, mais especificamente pelo Poder Executivo, é forçada, mediante provocação, uma atuação do Poder Judiciário a fim de garantir pelo Direito o que não é assegurado pela política.

Dessa forma, uma das mazelas do Estado moderno perpassa pela crise do Poder Judiciário. O protagonismo deste Poder não é um resultado pretendido, mas sim um resultado acidental da reorganização das relações entre o corpo social e o Estado impulsionado principalmente pelas relações econômicas modernas e modificações culturais.(VALLE, 2012, p. 34)

Diante disso e da necessidade de ação do Estado para garantir direitos que não são efetivamente garantidos pelas políticas públicas, inexistentes ou, na maioria dos casos, ineficientes, surge ou é acentuado um protagonismo do Judiciário para que este garanta o que não fora garantido pelo Estado. Assim, sob alta demanda, o Poder Judiciário observa o realce da crise de legitimidade.

Em primeiro plano, sabe-se que o Poder Judiciário é o Poder mais distante dos cidadãos porque dentre os três poderes que compõem o poder estatal, é o único cujos membros não são escolhidos, votados pelo povo, mas sim oriundos de processos de seleção como os concursos públicos ou indicações por membros de outros poderes.

Ademais, outros fatores que ressaltam essa crise de legitimidade são o excesso de erudição na linguagem, com o uso desnecessário de termos que provocam afastamento por parte daqueles que não atuam na área; deficiência no controle externo da atividade jurisdicional e o excesso de ritos nos procedimentos.

Nessa oportunidade, é salutar destacar que o judicialismo presume uma típica atividade estatal e possui esfera de ação delimitada e, segundo Tavares (2012, p. 22), “merece ser vastamente veiculada à proposição de uma supremacia constitucional eficaz e efetiva”.

Após essa necessária contextualização sobre a crise de legitimidade do Poder Judiciário, que é intimamente ligada ao ativismo do Judiciário, é possível introduzir a discussão sobre a ótica de desempenho da atividade jurisdicional no que tange a persecução penal desde a concepção até o hodierno avolumamento do penalismo, marcado pela já citada crise de legitimidade e pelo ativismo judicial.

Assim, considerando que no Brasil vige um direito penal característico da modernidade, cuja expansão é evidente e é oriunda do surgimento de bens jurídicos novos, próprios da atual sociedade marcada pela globalização, é evidente que novas realidades, anteriormente ignoradas ou até mesmo inexistentes, impulsionaram o surgimento de novas figuras penais, intimamente associadas ao aparecimento de um novo modelo processual penal, marcado, dentre outras coisas, pela busca por maior efetividade, publicidade e substancialismo.

O advento desses novos paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro se deu de forma peculiar, uma vez que a sistemática inquisitiva presente no CPP passou a coexistir com as práticas do sistema acusatório que se instaurou em decorrência da promulgação da Constituição de 1988. Dessa forma, enquanto o sistema processual brasileiro recebia novos institutos de um sistema mais justo e menos autoritário, manteve aspectos típicos de sistemáticas mais autoritárias, a exemplo do inquérito policial, de natureza eminentemente inquisitiva, e a possibilidade de ser decretada a prisão preventiva do indivíduo com base na manutenção da ordem pública.

Concomitantemente às mudanças no sistema processual pátrio, aumentou-se a influência da mídia no Judiciário, uma vez que de um lado temos, por exemplo, o inquérito policial marcado pelo sigilo e composto de um conjunto de diligências da autoridade policial com o fim de reunir elementos capazes de indicar a autoria e materialidade dos crimes investigados, do outro temos a mídia que publiciza o

andamento do procedimentos investigatórios antes mesmo do fim destes, o que, em muitos casos, culmina em prejuízo para a atuação dos agentes investigatórios.

Nesse contexto, valendo-se da liberdade de expressão e de imprensa, os agentes da mídia atuam de forma ativa no sentido de investigarem e divulgarem informações de maneira açodada e sensacionalista, promovendo grande influência no convencimento e persuasão dos destinatários da notícia, de forma a manipular de forma contundente o veredicto antes mesmo do fim das investigações da autoridade policial e mais antes ainda que a defesa e julgamento do acusado.

No lado oposto, ponderando sobre os benefícios da atuação midiática no processo penal, é salutar destacar que inovações legislativas relevantes como tipificação de condutas antes atípicas, como o vazamento de fotos íntimas na internet, importunação sexual e *stalking* foram influenciadas pela ampla divulgação da mídia e consequente repercussão de casos famosos. Outro destaque é no auxílio na localização de suspeitos e propiciar a prisão destes pelos órgãos policiais, o qual é inegável diante de tantos casos em que a ampla divulgação da imagem e última localização do criminoso proporcionaram a prisão deste.

Diretamente, os aspectos positivos e negativos apresentados, juntamente com a busca por uma maior efetividade do processo penal, guardam íntima relação com o direito penal do inimigo, especialmente no que tange a antecipação da punição, relativização ou até mesmo supressão de garantias processuais, culminação de penas desproporcionais e concepção de leis rígidas direcionadas a quem se quer oprimir.

Em um contexto marcado por uma sociedade estafada pela sensação de insegurança, indignada pela mora do Judiciário e com grande anseio por vingança, o Direito acaba por captar esses sentimentos e os converte em recrudescimento de penas e significativa redução do direito de defesa, em especial dos que são considerados “inimigos” do Estado.

Nessa conjuntura, o papel da mídia e de personagens públicos torna-se relevante no sentido de que enquanto estes oferecem amparo técnico às políticas adotadas, aquela atua na divulgação e propagação dessas ideias, de forma a dar legitimidade à finalidade tencionada. Desse modo, argumentos no sentido de que a sociedade é capaz de extirpar do seu meio aqueles que não são totalmente aderentes às regras preestabelecidas ou que não estão totalmente alinhados a elas, ganham força e transforma seus defensores em verdadeiras celebridades.

Assim, um magistrado que age de forma ilegal e atua ativamente em prol da condenação de um réu, deixando de lado garantias e direitos fundamentais, se alinhado com o ideal coletivo de “justiça a todo custo”, terá grande apoio popular e terá status de celebridade, tudo isso em detrimento do cumprimento do seu dever legal de garantir uma ordem jurídica justa. Nesse ponto, tal juiz ou operador do direito, cria sua própria verdade relativa e atua na defesa de interesses particulares ou de determinados grupos, sempre sob o pretexto de atender aos anseios do corpo social.

Nesse contexto, ganham força ideias de combate à corrupção, ao tráfico entorpecentes, ao terrorismo e à criminalidade de uma forma geral, defendendo-se para tanto a mitigação do direito de defesa, tudo isso, porém, sem a garantia de que tais condutas possam, de fato, aperfeiçoar o sistema jurídico.

É evidente que em um cenário no qual as ações e posicionamentos são marcados por um viés populista, calcados pelo medo coletivo oriundo da sensação de insegurança e impunidade, geram uma descrença no sistema de justiça e uma rejeição à política de combate à criminalidade adotada.

Desse modo, é patente que a relativização do princípio da presunção de inocência, inevitavelmente, recairia sobre os “inimigos” da sociedade, os quais poderiam ter seus direitos e garantias mitigados, em prol da “justiça” e, a fim de extirpar a impunidade, sofreriam o julgo célere e pesado da lei. Tal forma de condução resultaria em uma falsa sensação de segurança e tranquilidade social, uma vez que seria garantida a punição dos supostos criminosos, porém, do outro lado teríamos inúmeros indivíduos cujas condenações seriam parcial ou totalmente injustas devido à supressão de direitos e garantias e a apreciação célere de atos processuais que necessitavam de detida escrutinação.

## **2.2 O Processo Penal Democrático e a primazia da vontade do legislador**

Notoriamente, em contraposição aos tradicionais sistemas processuais penais, o sistema de processo penal democrático caracteriza-se pela presença da ampla defesa, possibilidade de haver o contraditório, igualdade formal e material entre as partes (a ser garantida por mecanismos de mitigação de diferenças) e imparcialidade do órgão julgador.

Assim, considerando que há uma clara limitação jurídica ao poder político estatal em um Estado Democrático de Direito, pressupõe-se que os indivíduos possuem determinados direitos indispensáveis à existência digna que são verdadeiros escudos contra a arbitrariedade estatal.

Nesse sentido, nos ensina Ayres Britto e nos chama atenção para o fato de o art. 1º da CF/88 afirmar que todo o poder emana do povo e destaca que o Judiciário é o Poder que não emanou do povo. Já o Executivo é assim chamado porque “gravita” em torno da lei. Assim, o Legislativo cria as leis durante a atividade legislativa e o Executivo as executa, restando ao Judiciário o papel de verificar se o Legislativo legislou em consonância com os preceitos constitucionais e se o Executivo seguiu esses parâmetros na prática de seus atos. O Judiciário não tem do governo a função, mas tem a força, inclusive de impedir o desgoverno, sendo o guardião da Constituição, tendo como guardião-mor o STF.(BRITTO, 2003, p. 42)

O Executivo, ao tomar posse vai fazê-lo pela legitimidade através da votação nas urnas. A posse deste é perante o Poder Legislativo, quando presta junto ao vice o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição<sup>10</sup> e aí se encerra o primeiro ciclo de legitimidade. Após, advém a legitimidade do exercício que exige a prática de atos e serviços de acordo e para atingir os objetivos constitucionais, sob pena de responder perante o Senado Federal, com a presidência do presidente do STF, por crime de responsabilidade.

A Constituição é democrática por definição, sendo guardada pelo STF. O Judiciário está na frente do sistema de justiça por ser quem dá a última palavra. A Constituição faz parte também do Direito positivo pelo ângulo de cima, acima como o Judiciário no sistema de justiça. Nesse aspecto, a instância extrema, derradeira, que fala por último, é o STF.(BRITTO, 2003, p. 44)

Desse modo, corroborando com Thomas Jefferson “O preço da liberdade é a eterna vigilância” o Judiciário materializa tal preceito. Ainda, segundo Kelsen as coisas do Direito não podem resvalar no infinito” e esse é o limite do Judiciário. Rui Barbosa dizia que é o Judiciário quem fala por último. Uma nação deve valorizar e se orgulhar do arranjo da tripartição dos poderes, uma vez que essa é uma conquista civilizatória,

---

<sup>10</sup> Art. 78. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil. (BRASIL, 1988, p. 48)

sob pena de desmonte da democracia, sendo o Judiciário quem a resguarda em última palavra, mas não sendo a única instituição destinada à proteção da democracia, havendo além dos demais poderes, o Ministério Público, por exemplo, considerado por muitos como cláusula pétrea por causa da expressão “permanente” no art. 127 da CF/88<sup>11</sup>.

A Constituição fala de ordem democrática, de instituições democráticas, criminalizando, inclusive, a ação de grupos armados, civis e militares contra a ordem constitucional e o regime democrático. O título IV da Constituição é “ Da defesa do Estado e instituições democráticas. Para Ayres, a leitura deve ser feita “Da defesa do Estado Democrático e respectivas instituições”, visto que a ordem nunca vem sozinha, caso contrário, seria um cheque em branco, sempre vem acompanhada, como por exemplo, ordem constitucional, ordem econômica e não apenas a garantia da “ordem”.

Dessa forma, tudo se encaixa, é um todo holístico, sistêmico, conectado. O problema é que a Constituição é subinterpretada, a interpretação da Carta Magna está sempre aquém desta. Democracia é processo (“o tempo se vinga das coisas feitas sem a colaboração dele”, Eduardo Culture. O nosso tempo de Constituição é muito jovem e aos poucos iremos nos apropriando cognitivamente do conteúdo da lei maior, debulhando o seu conteúdo. São os princípios, que dotam o sistema de jogo de cintura para adequar texto e contexto, e por esse conteúdo ser mais dúctil, os princípios ajudam nessa contextualização, sem fuga do núcleo duro significativo, que é uma espécie de reduto intransponível.

O Poder Judiciário também é democrático. Mesmo podendo proferir decisões contramajoritárias, em um governo das maiorias deve-se respeitar os direitos das minorias e o Judiciário é o poder estabilizador das relações jurídicas, é resolutivo por definição. Um direito fundamental basilar para todos os outros é o acesso à jurisdição. Nos tempos da monarquia o poder moderador era eterno. O Judiciário, portanto, não é um poder moderador, é, na verdade, um poder democrático cuja legitimação não se dá pela voz das urnas.

Tal premissa coaduna-se com o que fora apresentado por Montesquieu em “O Espírito das Leis”, obra na qual a tripartição de poderes é caracterizada pela divisão do poder estatal entre três órgãos distintos, contudo, sem, esquecer da necessidade

---

<sup>11</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL, 1988, p. 70) (grifo nosso)

de colaboração entre eles, uma vez que assim como o poder estatal caracteriza-se por ser uno, os fins pretendidos pelo Estado, também devem ser.(MONTESQUIEU, 2012, p. 19)

Os direitos fundamentais são assim chamados porque eles fundamentam a personalidade humana, e passariam a ser letra morta se não o fizessem. A maior de todas as garantias fundamentais é, como já foi dito, o acesso a jurisdição. A essencialidade do Judiciário decorre disso e do sistema de tripartição dos poderes. O Judiciário é o garante dos direitos fundamentais e estes são cláusulas pétreas. Dessa forma, o Judiciário trabalha sob correção permanente, basta observar que além do sistema de freios e contrapesos, há o Conselho Nacional de Justiça, CNJ, responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de outras atribuições conferidas pela lei infraconstitucional.

A entrega ao Judiciário do papel de fiador de direitos fundamentais é uma conquista civilizatória e o esquema da tripartição de poderes também. Assim, o Brasil evoluiria bastante se fosse retirado a falta de confiança com a Constituição Federal, que eleva o país ao status de primeiro mundo, pelo menos no campo jurídico.

Segue trecho da doutrina de Konrad Hesse.

” O primado do direito encontra configuração na primazia da Constituição e na primazia da lei; ele é assegurado por um controle judicial quase ilimitado.

Segundo o princípio da primazia da Constituição, nenhum ato estatal pode pôr-se em contradição com ela. Também a legislação está vinculada à ordem constitucional (artigo 20, alínea 3, da Lei Fundamental); a Lei Fundamental proíbe rompimentos constitucionais (artigo 79, alínea 1) e a escavação de direitos fundamentais (artigo 19, alínea 2). Pela primeira vez na história constitucional alemã foi atribuída, com isso, à Constituição – também diante do legislador – força vinculativa ilimitada.

Em virtude da primazia da lei, atos estatais que são promulgados nas formas de legislação, prevalecem sobre todos os outros atos estatais. Na medida em que há regulações legais, todos os poderes estatais estão a elas vinculados.(HESSE, 1999. p. 167)

Por fim, o mestre Canotilho ao fazer referência como sendo Princípio da Conformidade dos Atos do Estado com a Constituição, preleciona.

é mais amplo que o princípio da constitucionalidade das leis. Ele exige desde logo a conformidade intrínseca e formal de todos os atos dos poderes públicos (em sentido amplo; estado, poderes autónomos, entidades públicas) com a Constituição (art. 3º/2.). Mesmo os actos não normativos directamente densificadores de momentos políticos da Constituição – actos políticos – devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controlo (político ou jurídico) de conformidade (cfr. Art. 3º/3). O princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de actos que não violem positivamente a Constituição; também a omissão inconstitucional, por falta de cumprimento de um dever de legislar contido em normas constitucionais, constitui uma violação ao princípio da constitucionalidade (cfr. art. 283.º). (CANOTILHO, 2001.p. 245.)

### **3 ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DAS ADCs 43, 44 E 54**

Retomando uma tradição de desde 2009, quando, no bojo do HC 84.078, da Relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal passou a afastar a possibilidade de execução provisória de pena, a Suprema Corte, mais uma vez, no âmbito do julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, consagrou o entendimento de que somente após esgotadas todas as instâncias recursais, é possível a execução da pena.

Tal decisão traz à tona uma das maiores problemáticas do neoconstitucionalismo que é o superdimensionamento do Judiciário frente aos demais poderes, dado o papel de dar a última palavra nas situações das mais triviais do cotidiano e como fiador de direitos fundamentais, invalidando leis e atos normativos emanados de órgãos escolhidos pelo povo.

Com o advento do neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo, inaugurando um novo modelo de sistema jurídico-constitucional pautado na força normativa da Constituição e na concretização dos direitos fundamentais, passou-se a discutir os riscos decorrentes do protagonismo judicial no mister de dar a última palavra, daí porque serão objeto desta discussão a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena como bom presságio para o equilíbrio entre os poderes (que mais tecnicamente devem ser chamados de funções, mas que, por ser a “separação de poderes” uma expressão consagrada, utilizá-la-emos neste trabalho.).

Da teoria do constitucionalismo emerge a noção, de um lado, de limitação do poder em prol dos direitos e garantias dos cidadãos e, de outro lado, não a visão de Estado absenteísta, mas de Estado voltado à promoção desses direitos e garantias. Se o indivíduo renuncia a parcela da própria liberdade em favor do Estado, este está obrigado a garantir-lhes o bem-estar.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, notadamente depois da instalação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951.(BARROSO, 2010, p. 245-246)

A partir de então, o direito constitucional ganhou importância, com a consequente consagração e expansão dos direitos fundamentais. No Brasil, o direito constitucional ganhou relevância com a redemocratização do país que culminou com a promulgação da Constituição de 1988. Na verdade, por tradição até então, as normas infraconstitucionais tinham primazia, mormente as de Direito Privado, que refletia o individualismo reinante, fruto do liberalismo.

Com o constitucionalismo contemporâneo, passou a Constituição a ganhar novos contornos, deixando de ser vista como um documento formal dotado de abstração, para ganhar aplicação direta de seu texto aos casos concretos, em respeito ao princípio da força normativa.

O novo direito constitucional tem como marco, no plano filosófico, o pós-positivismo, que, sem negar o positivismo, cuja maior virtude é a busca pela segurança jurídica, corresponde a um ponto de interseção que o liga ao jusnaturalismo, o qual defende o respeito a valores e aos princípios. O direito constitucional passa a se apresentar como o direito positivo dos princípios e dos valores, estes últimos que ficavam outrora apenas no âmbito do direito natural.

Segundo o ministro Luís Roberto Barroso:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.(BARROSO 2010, p. 249)

Nesse cenário, cria-se uma nova hermenêutica constitucional que vai além da legalidade estrita, sem menosprezar o direito positivo, desenvolvendo uma teoria dos direitos fundamentais a partir da dignidade da pessoa humana.

Dignidade da pessoa humana, fundamento que é da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, III<sup>12</sup>, corresponde a um espaço de integridade a ser garantido a todas as pessoas pelo simples fato de existirem no mundo. Está ligado tanto à liberdade e ao respeito às crenças, quanto às condições materiais de existência do indivíduo.(BARROSO, 2010, p. 252)

Tendo como base do sistema a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais prestam-se, concomitantemente, a proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado, como limite e imposição à atuação do órgão legislativo, o qual deve editar normas que não só afirmem esses direitos e lhes deem cumprimento, como também limite material, à luz do que dispõe o art. 60, § 4º, IV<sup>13</sup>, da Constituição, uma vez que, quanto aos direitos e às garantias individuais é vedada a edição de emenda tendente a restringi-los. Assim, ao órgão legislativo não é dado restringir ou suprimir direitos fundamentais, sob pena de retrocesso e conseqüente inconstitucionalidade.

O direito constitucional fundamental da presunção de inocência (também chamado de não culpabilidade), previsto no art. 5º, LVII, da Constituição, informa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, proibindo a execução provisória da pena, na medida em que limita o direito de defesa, trazendo desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar o direito e a reprimenda penal e o direito do réu de resistir a essa pretensão.

Assim, retomando a tradição no Supremo Tribunal Federal desde 2009, com o HC 84.078 (BRASIL, 2009), após, em 2016, ao julgar o HC 126292 (BRASIL, 2016), decidir como possível a execução provisória da pena, a Suprema Corte novamente consagra o entendimento que veda a execução antecipada da pena, declarando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, ressaltando a hipótese de prisão cautelar, presentes os requisitos da prisão preventiva.

---

<sup>12</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;(BRASIL, 1988)

<sup>13</sup> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.(BRASIL, 1988)

Prevê o art. 283, caput, do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2011)

Fica evidente que o dispositivo em comento veda a execução provisória que nada mais é do que a consagração do princípio da inocência, topograficamente inserido no catálogo de direitos e garantias fundamentais, conforme art. 5º, LVII, da Constituição, sendo dotado de normatividade, de aplicabilidade direta e imediata

Consoante destaca Sarlet:

[...] Nesse sentido, cumpre lembrar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional). [...] (SARLET, 2010, p. 260),

Segundo Sarlet, “os direitos fundamentais (e os sociais não fogem à regra) expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição”. Topograficamente, os direitos e garantias fundamentais estão previstos no título II, da Constituição, sendo espécies deles os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos. (SARLET, 2010, p. 15)

No mesmo passo, as normas que positivam direitos fundamentais trazem, além de direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face do Estado, uma ordem objetiva de valores, que serve de comando constitucional fundamental para todos os ramos do direito, dando impulsos e diretrizes para a legislação, a Administração e a jurisprudência. (ALEXY, 2009, p. 524-525)

Assim, da análise literal do dispositivo infraconstitucional cuja constitucionalidade estava sendo objeto de controle concentrado, não há expressões

polissêmicas ou capazes de induzirem a outra conclusão senão de que como decorrência da presunção de inocência, o legislador condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressalvada a segregação cautelar.

Ao decidir, a Suprema Corte limitou-se a prestigiar o trabalho do legislador. Assim, coube ao Supremo apenas ratificar o que está disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, exercendo a autocontenção, ou seja, sem sucumbir à tentação de dizer o que o legislador não disse. E coube ao Supremo restabelecer a função de autovinculação que afeta a Constituição, consoante leciona Canotilho:

As sociedades e os indivíduos autovinculam-se através de uma Constituição a fim de resolver os problemas da racionalidade imperfeita e dos desvios de suas vontades. A existência e função de uma Constituição justificar-se-iam segundo esta forma de discurso constitucional – o chamado precommitment model – através de um compromisso relativamente a certos princípios (“prior agreements”, “point commitment to certain principles”).(CANOTILHO, 2003, p. 1447)

Outrossim, as normas previstas na Constituição que definem direitos fundamentais merecem aplicação direta, como reflexo da expansão da jurisdição constitucional, do fato de que a Constituição está na base do sistema, devendo ser assegurada sua força normativa. E foi o que pudemos ver no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

### **3.1 Síntese da discussão**

A discussão sobre o momento de início do cumprimento da pena remonta ao século passado quando o plenário do STF julgou o HC 68726 de relatoria da Min. Néri da Silveira, em junho de 1991 e consolidou o entendimento de que era cabível a execução provisória da pena, de modo que após a condenação em segunda instância, tal órgão poderia expedir mandado para que o réu fosse recolhido ao cárcere e iniciasse o cumprimento da pena, mesmo que interpusse recurso especial ou extraordinário<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>

Após isso, a questão só voltaria a ser discutida em 2009, quando no julgamento do HC 84.078-7/MG de relatoria do Min. Eros Grau, o plenário do STF, em sua maioria, entendeu ser incompatível a execução antecipada da pena com os princípios insculpidos na CF/88, em especial o direito à liberdade e à presunção de inocência. Desse modo, o réu, em regra, passaria a aguardar o julgamento de recursos especiais e extraordinários em liberdade, sendo cabível sua prisão apenas em caso de preenchimento dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, que nada tem a ver com o cumprimento da pena.

Em suma, entre o julgamento do HC 84.078-7/MG em fevereiro de 2009 e o julgamento do HC 126.292/SP em fevereiro de 2016, a prisão com o fim de cumprimento da pena somente poderia ser decretada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>15</sup>.

Em 17/02/2016, no julgamento do HC 126.292/SP de relatoria do Min. Teori Zavascki, o STF voltou a entender que a execução provisória da pena era possível e compatível com a CF/88, sendo possível, portanto, a determinação de recolhimento à prisão do acusado condenado em segunda instância para o início da execução penal.

No referido julgamento, foi estabelecido que a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não ofenderia a Constituição, nem mesmo o princípio da presunção da inocência, o qual deveria ser equilibrado com a efetividade da jurisdição penal. Aventou-se também que os recursos especial e extraordinário possuem apenas efeito devolutivo e que, portanto, a sentença condenatória proferida em segunda instância já seria suficiente para subsidiar o recolhimento à prisão e o início da execução da pena.

O entendimento de 2016 perdurou até 2019 quando no julgamento das ADCs 43,44 e 54 de relatoria do Min. Marco Aurélio, o STF retornou a entender que o cumprimento da pena apenas deve iniciar-se quando do esgotamento das vias recursais disponíveis, voltando a ser vedada a execução provisória da pena. Nesse cenário, continua sendo cabível a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas tão somente na hipótese de subsistirem os requisitos ensejadores da prisão preventiva.

A posição consolidada no julgamento das referidas ADCs calcou-se nos argumentos de que o inciso LVII do art. 5º da CF/88, segundo o qual “ninguém será

---

<sup>15</sup> <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e, dessa maneira manifesta de forma clara a vontade do legislador ordinário e não suscita dúvida interpretativas, de modo que deve ser garantido o princípio da presunção de inocência frente aos argumentos de impunidade e obstrução da persecução penal supostamente fundados na não execução provisória da pena. Por fim, aventou-se que deve prevalecer a vontade expressa do legislador ordinário e que o clamor popular não pode fundamentar as decisões do Judiciário.

A partir disso, será feita a seguir uma análise dos votos proferidos nos julgamentos de 2016 (HC 126292) e 2019 (ADCs 43, 44 e 54) a fim de analisar os principais argumentos trazidos pelos ministros, identificar possíveis mudanças de entendimento e escutar as discussões sob a ótica constitucional.

### **3.2 Análise dos votos**

A fim de melhor evidenciar a mudança de entendimento, iniciaremos a análise a partir dos votos do ministro relator do HC de 2016 e das ADCs de 2019, trazendo trechos dos respectivos votos, comentários e apontamentos pertinentes que evidenciem o cerne do raciocínio.

O ministro Marco Aurélio em seu voto proferido no julgamento da ADC 43, dispôs que, mantendo o posicionamento já anunciado quando do julgamento do HC de 2016, o texto constitucional é claro em seu artigo 5º ao determinar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo possível fixar a culpa, portanto, somente após a preclusão maior, uma vez que a culpa é pressuposto da sanção.

Nessa esteira o referido relator das ADCs, asseverou que “a custódia provisória se concebe cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada”. Destacou também que ao permitir a execução provisória da pena, não se poderia voltar ao estado de coisas anterior caso fosse eximido de culpa o réu ao fim da análise de todos os recursos, ou seja, seria impossível devolver a liberdade ao que fora recluso em caráter provisório. Por fim, o ministro ainda destaca que o dispositivo constitucional objeto das ações “ não abre campo a controvérsias semânticas” e ainda que “o abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades”, no sentido de que a pretensão de se declarar

constitucional um preceito que reproduz o texto da Constituição, prescinde o manejo de argumento metajurídicos, “a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania”. Assim, o ministro Marco Aurélio mantém a exposição apresentada quando do julgamento do Habeas corpus 126.292 de 2016<sup>16</sup>.

Por fim, conclui que “Tem-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhounse à Constituição Federal, ao passo que este Tribunal dela se afastou”.

Em sentido oposto argumenta o ministro Teori Zavascki, relator do HC nº 126.292/SP, utilizando o argumento de que a presunção de inocência, na maioria dos casos tornam-se insustentável, uma vez que nesses casos, com base na “experiência da prática forense” e em dados estatísticos, o réu é, de fato, culpado. Nesse sentido, assegura o ministro que um recurso extraordinário, por exemplo, que não possui efeito suspensivo e, estatisticamente, tem pouco êxito. Além disso, afirma que é incomum o debate da culpabilidade em tal instância.

---

<sup>16</sup> O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perda a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado. O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de habeas corpus, muito embora também seja dado constatar o esvaziamento dessa ação nobre, no que vinga a autodefesa, considerada a grande avalanche de processos, e se busca uma base, seja qual for, para o não conhecimento da ação – nomenclatura, esta, que se refere a recursos –, considerados os pressupostos de recorribilidade.

Peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

Em seu voto, o ministro Teori Zavascki dispôs que a execução provisória da pena envolve a reflexão e ponderação entre o princípio da presunção de inocência e a busca pela efetividade da função jurisdicional penal, “que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”. Na defesa dessa perspectiva, aduziu o ministro que as hipóteses de êxito do recorrente têm-se mostrado infrequentes no que tange aos recursos extraordinários submetidos àquele tribunal e que em muitos casos, poucos preenchem um requisito básico: a repercussão geral.

O referido ministro ainda acrescentou à época que “a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí a prisão como consequência natural da condenação”.

De volta às ADCs, é possível observar que outros ministros utilizaram argumentos sob a mesma ótica pragmática calcada em dados estatísticos e na “experiência da prática forense”, como por exemplo o ministro Luís Roberto Barroso e o ministro Edson Fachin.

Os ministros supracitados convergiram em seus posicionamentos e apresentaram argumentos com diferenças sutis, portanto a análise conjunta dos votos e o realce das pequenas diferenças entre as perspectivas mostra-se adequado.

O ministro Barroso, em seu voto, apresentou uma ótica pragmática das consequências da mudança do entendimento jurisprudencial da possibilidade de prisão antes da preclusão maior. Primeiro argumentou que a discussão não era sobre uma interpretação gramatical ou literal, uma vez que os fins sociais e o bem comum são parâmetros que devem reger a atividade interpretativa, não havendo, portanto, antagonismo entre respeito aos direitos fundamentais e interesse da sociedade, ou, nas palavras do ministro:

Portanto, e a meu ver, nós estamos aqui discutindo visões diferentes do que seja fins sociais, do que seja o bem comum. Na minha visão, que evidentemente tem posições contrárias, consiste basicamente em se decidir se o indivíduo condenado em segundo grau tem o direito de procrastinar indefinidamente o processo - sabendo-se que o percentual de mudança, lá no final, é mínimo, como vamos ver em seguida - ou se o interesse social, na prevenção geral do Direito Penal em que o crime não compensa, deve prevalecer nesses casos.

O segundo ponto abordado pelo referido ministro e que merece ser aprofundado, não só pela peculiaridade do argumento, mas também porque se coaduna com a tendência de utilizar dados estatísticos e fatos da prática forense para subsidiar a construção do pensamento, como será destacado na análise dos votos dos outros ministros, é o contra-argumento de que a execução da pena após a condenação em segundo grau diminuiu o índice de encarceramento no Brasil.

Para defender tal ponto, Barroso traz à baila uma série de dados estatísticos do Departamento Penitenciário Nacional os quais, segundo o ministro, apontam para uma evolução do número de presos definitivos e provisórios em todos os períodos analisados e um menor aumento no período entre 2016 e 2017, após o julgamento do HC 126.292, em oposição a um maior aumento anual entre 2010 e 2015, período no qual era proibida a execução da pena após a simples condenação em segundo grau.

Disso, destaca-se ainda que o ministro Barroso apontou duas possibilidades para o resultado da análise dos dados estatísticos apresentados. Primeiro, sugeriu que os tribunais passaram a ser mais comedidos quanto à decretação da prisão, uma vez que no período em que houve um menor aumento do índice de encarceramento, vigorava a possibilidade de execução provisória da pena logo após a decretação pela segunda instância.

A segunda hipótese levantada pelo referido ministro para tentar explicar a redução do índice de encarceramento no período em que era possível a execução provisória da pena foi que a eficiência do efeito dissuasório do Direito Penal aumentou diante da inevitabilidade do cumprimento da pena.

Nessa esteira, acrescentou que a porcentagem de provimento dos recursos destinados ao STF, os extraordinários, tanto na época do antigo entendimento sobre a prisão após a condenação em segunda instância, quanto após a mudança jurisprudencial, era ínfima, conforme dados obtidos da análise dos recursos extraordinários cujo provimento se fundou na culpabilidade do réu, os quais, logicamente, resultaram em absolvição.

O ministro Ricardo Lewandowski também solicitou informações sobre audiências de custódia ao Conselho Nacional de Justiça e os apresentou momentos antes de ler o seu voto, a fim de melhor refletir sobre o tema e concluiu que a redução da população carcerária, trazida como ponto positivo da mudança jurisprudencial

promovida pelo julgamento do HC 126.292, deve, na verdade, ser atribuída à atuação do CNJ, em especial, com a promoção de ações como os mutirões carcerários e as audiências de custódia.

Afirmou Lewandowski:

(...) eu tinha em mente trazer certos dados estatísticos para que a Corte pudesse melhor refletir sobre essa questão da decisão que tomamos recentemente, precária e efêmera, sobre a possibilidade de prisão em segunda instância, dos efeitos dessa decisão. Eu, de ontem para hoje, inclusive, pedi ao Conselho Nacional de Justiça, superiormente presidido por Vossa Excelência, alguns dados sobre as audiências de custódia e recebi esses dados hoje de manhã. Verifiquei que, de 2015 a 2019, foram realizadas 550.238 audiências de custódia, com resultado, parece-me, extremamente auspicioso e significativo, porquanto 39,9% dos presos em flagrante foram libertados, mediante condições - portanto, quase 40% -, resultando em um total de 219.673 presos ou possíveis presos. Queria, portanto, lançar uma hipótese, para meditação deste egrégio Plenário, de que a alegada redução na população carcerária se deve ao trabalho do CNJ, iniciado, sobretudo, pelo Ministro Gilmar Mendes, com os mutirões carcerários, depois, continuado pelos sucessores, com as audiências de custódia, que reduziram significativamente a população carcerária.

Por fim, também corroborando com essa tendência argumentativa, o ministro Edson Fachin, em seu voto, destacou os impactos da mudança de jurisprudência pelo STF e utilizou dados segundo os quais, o número de prisões teve um aumento menor após a mudança de paradigma e destacou também a baixa taxa de sucesso de recursos extraordinários.

Outro argumento aduzido pelos ministros foi a salvaguarda dos interesses sociais, a qual necessitaria de uma ponderação maior e, por fim, um processo penal que fosse de fato eficiente, no qual fosse demonstrada a culpa ou a inocência do acusado e, ocorrendo a primeira hipótese, que a punição se desse de forma eficaz e que cumprisse funções como a retribuição da infração e a prevenção de novos delitos.

Dessa forma, é possível notar uma convergência dos votos dos ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Luiz Fux, vencidos no julgamento das ADCs 43,44 e 54, para uma argumentação no sentido de possibilitar a execução da pena antes do trânsito em julgado sob a égide da defesa da efetividade das decisões judiciais e como forma de mitigar a impunidade e a descrença quanto ao sistema judiciário em geral.

Assim, pautaram-se os ministros vencidos na efetividade do processo penal, buscando, conforme o respectivo entendimento, uma maior garantia do *ius puniendi*. Apontaram também a profusão de recursos meramente protelatórios que são interpostos na corte constitucional, nos tribunais superiores e, inclusive na primeira instância.

O ministro Alexandre de Moraes, que somente era membro da corte constitucional à época do julgamento das ADCs, destacou também o impacto da possibilidade de execução provisória da pena no combate à corrupção.

Além disso, o referido ministro, destacou a “dolosa desinformação, o radicalismo político e as exacerbadas paixões ideológicas que geraram um absurdo, inédito e ofensivo grau de desrespeito, ofensas e ameaças ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a seus ministros e a seus familiares, muito acima das necessárias e salutares manifestações imprescindíveis em uma democracia.”. Continuou o ministro:

Discursos agressivos, populistas e demagógicos se somaram a dados falsos, pesquisas direcionadas, manipulação de informações, fake news e ataques virtuais, produzindo alguns dos piores ingredientes utilizados por aqueles que insistem em não respeitar a independência do Poder Judiciário e de seus juízes, que insistem em fomentar as tradicionais fórmulas autoritárias para sepultar o livre debate de ideias, a íntegra interpretação da Constituição e a honesta valoração de princípios.

Chegamos a tal grau de intolerância que aqueles que não concordam com determinadas opiniões, por mais fundamentadas que tenham sido suas manifestações, não só as definem como erradas, mas também rotulam seu emissor de leviano, de irresponsável, quando não de corrupto, incentivando ofensas psíquicas e físicas.

Ademais, complementando a linha argumentativa o ministro Luiz Fux trouxe em seu voto a necessidade de a interpretação constitucional refletir e apaziguar os anseios sociais de modo a evitar utilização dos meios recursais almejando tão somente a prescrição. Consequentemente, a fim de promover uma interpretação do texto constitucional que tivesse “ressonância no meio social”, o ministro votou de modo a permitir a execução provisória da pena, tanto no HC 126.292/SP quanto nas ADCs 43, 44 e 54.

Nessa esteira argumentativa, corroborando com os supracitados ministros, a ministra Cármen Lúcia assinalou que “é preciso que se compadeça a interpretação com a garantia de muitos direitos assegurados, incluídos os daqueles que estão tendo

de se submeter à custódia do Estado, mas também daqueles que sofreram as consequências e que esperam a punição após a condenação, depois de um devido processo legal”. Seguindo essa lógica, a referida ministra ainda destacou a importância da “certeza do cumprimento das penas”, fundamentando sua justificativa no direito fundamental do cidadão à efetividade da prestação jurisdicional, a qual, por sua vez, está calcada no direito à segurança e na busca de paz social.

Completo a ministra Cármen Lúcia:

A eficácia do Direito Penal afirma -se, em minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza - ou, pelo menos, a crença - da impunidade. Os que mais contam com essa certeza, com essa crença, não são os mais pobres, são aqueles que dispõem de meios para usar - e até para abusar - de todo um rebuscado e intrincado sistema recursal, de todos os meios para não precisar responder pelo delito, para protrair o processo no tempo, até se chegar à prescrição da pretensão punitiva e à frustração dos direitos daqueles que sofreram as consequências do delito. Por isso, a tarefa de interpretar a Constituição há de considerar, em primeiro lugar, ser ela, a Constituição, um sistema de normas, não se interpretando cada princípio ou regra isoladamente.

Assim, é patente a predominância entre os ministros vencidos de um argumento em defesa do combate à impunidade, que, em sentido amplo, está contido no conjunto universo da defesa social. Acrescentaram também que grande parte das prisões provisórias se dá por uma percepção de que deve punir o indivíduo o mais rápido possível, uma vez que, teme-se que não o possa ser feito ao final da persecução penal por excessiva mora permitida pelo sistema judicial.

Percebe-se, portanto, que o principal argumento desses ministros se fundamenta no enfrentamento da impunidade oriunda da sucessiva interposição de recursos meramente protelatórios, que acarreta em uma ineficiência do sistema de persecução penal como um todo e gera, na sociedade em geral uma sensação de impotência, ineficiência e inocuidade em relação ao Poder Judiciário no combate à criminalidade, deslustrando o papel deste, por fim.

Em visão mais restrita, esse fundamento nos remete ao conceito de "Broken Windows" desenvolvida na década de 1980 por James K. Wilson e George Kelling que consistia em combater de forma veemente o crime de modo que a tolerância para os

delitos fosse zero e, portanto, pregava que bens, principalmente imóveis, vandalizados e sem a devida manutenção, além de comportamentos destoantes dos que são aceitos socialmente, transmitem a ideia de que a sociedade em geral e nem o Estado preocupam-se com o bem estar social e isso gera um ambiente propício à prática de crimes e uma sensação de insegurança geral.

Corroborando com o exposto, a ministra Cármen Lúcia, vai ao encontro dessa tese e afirma:

O sistema de direitos fundamentais constitucionalmente abrigado na Constituição considera o direito dos que erraram e que foram condenados pelos seus erros, mas também dos que foram vítimas e renunciaram à prática bárbara de se vingarem, porque o Estado assumiria a força de sua autoridade, para prestar a justiça - força racionalizada, normatizada, previamente conhecida quanto aos delitos definidos e quanto às penas para eles fixados. Sobre delitos e penas, pôs -se, como conquista civilizatória, a definição clara dos crimes e a certeza da punição. Como antes afirmei - não fui só eu, desde sempre, desde Beccaria, pelo menos -: punição incerta não é incerteza do Direito, é certeza ou crença de impunidade, o que fomenta mais crimes, injúria a vítima e enfraquece o sistema de direito.

O eixo narrativo apresentado, denota uma tendência ao eficientismo, explanado anteriormente, ou seja, em uma tentativa de evitar a impunidade, passa-se a adotar o mesmo peso para medidas diversas e passa-se a focar no ponto finalístico da medida, apesar de haver, em meio ao discurso, quase que perdida, a ideia de que as consequências são sabidas e que o resultado final compensará os prejuízos que por ventura advierem no caminho.

A justificação dos meios pelos fins é evidente quando se defende que os maiores beneficiados da proibição da execução provisória da pena são os setores mais abastados da sociedade e que, em geral, cometem os crimes conhecidos como “crimes de colarinho branco e que estatisticamente o número de recursos extraordinários providos que absolvem os réus é pequeno e inexpressivo. Logo, tal linha de raciocínio finda em uma ideia de que as minorias estatísticas nada valem para o Direito e que podem ser sacrificadas em prol de uma ansiada pacificação social. Assim, mantendo-se na trilha deste silogismo, é preferível a retomada, a qualquer custo, de uma estima que a muito não é endereçada ao Judiciário à autoanálise acurada e muitas vezes autocrítica das reais causas que a muito fizeram esta estima e crença serem perdidas. Vê-se, portanto, a tentativa de uma resposta, ao menos, simbólica à sociedade.

Nesse sentido, leciona Zaffaroni afirmando que o Direito Penal é um mecanismo de controle social, ou melhor, um controle social punitivo institucionalizado através de recursos coercitivos utilizados no combate à criminalidade. Assim, aqueles indivíduos que, em uma sociedade, possuem o poder de definir quais condutas serão criminalizadas e quais os mecanismos coercitivos serão utilizados para reprimir tais ofensas, podem, enfim, dar uma resposta penal à sociedade que anseia por responder àquilo que por ela é considerada uma conduta destoante dos princípios em voga.(ZAFFARONI, 1982, p. 31)

Em uma sociedade democrática, os detentores do poder de definir as condutas delituosas é o Poder Legislativo, composto por representantes do povo, eleitos por este. Nesse âmbito, considerando a tripartição de poderes, caberia ao Poder Judiciário a aplicação da lei penal e a concretização da resposta à sociedade. Portanto, em um cenário de impunidade este último Poder adquiriria profundo descrédito perante a sociedade e, conseqüentemente afetaria a confiança nos outros poderes, levando, derradeiramente, uma fragilização do Estado Democrático de Direito.

Ora, se por definição um Estado democrático é aquele fundado na soberania popular e uma Estado Democrático de Direito é aquele em que além de possuir como fundamento a soberania popular, submete-se às leis que ele próprio define, ou seja, em um Estado de Direito, além de criar leis, tipificar condutas e cominar penas, as quais se sujeitam o povo, tal Estado que as criou também deve respeitá-las. Portanto, qual confiança este transmitirá ao seu povo?

Ademais, a direção apontada pelos ministros também se coaduna com uma forte tendência ao Eficientismo, marcado pela polarização do pensamento coletivo e alargamento do Direito Penal (uma verdadeira contraversão do princípio da *ultima ratio*). Tem-se com isso um enrijecimento das sanções, supressão de direitos e garantias fundamentais e um agigantamento dos tipos penais com o escopo de estabelecer a paz social calcados em uma preocupante ressonância populista.

Nesse contexto, a fim de atender ao anseio de conduzir a sociedade até um cenário de paz social plena ou, ao menos, relativa, o conceito de Direito penal do inimigo parece preencher uma das lacunas que impedem o alcance desse fim. Assim, elege-se um bem jurídico ou um conjunto de bens jurídicos os quais se deseja proteger com o manto do Direito Penal, identifica-se as principais características dos agentes

que praticam os tipos eleitos e restringe-se os direitos e garantias desse grupo em nome de um bem maior.

No caso em análise os “inimigos” são aqueles réus que se beneficiam da prescrição decorrente da mora do Poder Judiciário, então, iniciar o cumprimento da pena mesmo sem o trânsito em julgado, suprimindo a presunção de inocência (e aqui se trata apenas de um silogismo válido, uma vez que é inegável que haja a relativização de tal princípio porque se houvesse certeza absoluta da culpa do réu não haveria a possibilidade de o réu ser absolvido após um recurso extraordinário), na visão dos ministros vencidos seria o custo justo a ser pago para resgatar a credibilidade do Poder Judiciário e extirpar a crença de impunidade.

Concluem, portanto, que os casos estatisticamente irrelevantes e o tempo de encarceramento que os réus que poderiam ser absolvidos por um recurso extraordinário, por exemplo, são o peso que é necessário ser retirado da balança da ponderação a fim de que se equilibrem os princípios caros na visão dos ministros que seguiram essa linha argumentativa. Assim, os indivíduos que se encontrem nessa situação não sofrerão as consequências do que foi, mas do que poderia ser.

Do lado contrário no julgamento das ADCs está o relator, o ministro Marco Aurélio, e os ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, que formaram a maioria na referida votação.

No início do seu voto o ministro relator deu o tom que seguiria:

Descabe, considerada a univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania.

O ministro se refere aqui à ideia de que a interpretação do texto legal objeto da ADC é unívoca por reproduzir fielmente um princípio constitucional e que, portanto, merecia apenas ser assegurado e não restringido pelo guardião da Constituição.

Em seguida, Marco Aurélio relembra o seu voto no HC 126.292, no qual adotou a mesma posição atual e trouxe que:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

[...]

Peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

Ademais, no respectivo voto, o ministro Marco Aurélio asseverou que não deveria haver distinção entre a inocência e não culpa, uma vez que a execução da pena pressupõe a configuração do crime (fato típico, ilícito e culpável) e citando Gustavo Henrique Badaró, afirmou que a distinção entre aqueles conceitos é inútil, já que constituem apenas variantes semânticas de um mesmo conteúdo. Constatando que a presunção da inocência é uma garantia vinculada à preclusão pela Constituição e que, portanto, a constitucionalidade do art. 283 do CPP não comporta questionamentos uma vez que reproduz um princípio constitucional<sup>17</sup>.

Como fundamento, Marco Aurélio ainda trouxe dados sobre o número de prisões provisórias e mencionou a realização deste instituto, ou nas palavras do ministro:

---

<sup>17</sup> Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de 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 e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito. (BADARÓ, 2015. p. 57)

“Constatou-se o exorbitante número de cidadãos recolhidos provisoriamente, a salientar a malversação do instituto da custódia cautelar e, conseqüentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade. Inverte-se a ordem natural para prender e, depois, investigar. Conduz-se o processo criminal com automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos.”

Diante disso, o ministro relator julgou procedente o pedido no sentido de declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP e conseqüentemente determinou a suspensão da execução provisória da pena, reservando o recolhimento para as hipóteses de prisão preventiva.

Nesse sentido também apontou a ministra Rosa Weber, ressaltando que o Constituinte de 1988 não só consagrou o princípio da presunção da inocência na Carta Magna, como também fixou expressamente o marco temporal, ao definir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Além disso, apresentou um breve histórico da abordagem do referido princípio nas constituições anteriores (1824: imperial; 1891: republicana; e 1937: Estado Novo.), demonstrando que tal característica não tinha paralelismo nas constituições anteriores e somente fora consagrada na Constituição de 1988.

Para demonstrar que, de fato, o princípio da presunção da inocência foi consagrado pelo constituinte de 1988, a ministra relatou o andamento anteprojeto do texto constitucional, destacando a primeira versão do texto, a emenda e o andamento dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e a rejeição de “diferentes propostas de conformação positiva do princípio da presunção de inocência que davam à garantia feição mais elástica e principiológica, desvinculando do trânsito em julgado a formação da culpa”.

Nessa direção também apontou o ministro Ricardo Lewandowski no respectivo voto ao iniciar a argumentação ressaltando o relevante valor das cláusulas pétreas como alicerce de todo o ordenamento legal. Em seguida trouxe que:

A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente perto de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 17 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade, fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em uma emulação daquela disciplina industrial stakanovista, taylorista ou fordista de há muito superada.

Lewandowski destacou também os mais de 800 mil presos em condições sub-humanas e trouxe à tona em seu voto o já conhecido “estado de coisas inconstitucional” e afirmou compreender o argumento de que a flexibilização da presunção de inocência contribuiria no combate à corrupção endêmica e à criminalidade violenta, mas evidenciou em seguida que a mesma ênfase nem sempre é dada ao enfrentamento de outros problemas igualmente graves como o aumento da exclusão social, do desemprego e o sucateamento da saúde e da educação públicas. Concluindo que o dispositivo constitucional que sustenta a presunção de inocência é taxativo e não há margem interpretativa para uma relativização.

O referido ministro ainda rechaçou os argumentos de combate à impunidade dizendo:

A nossa Constituição - convém lembrar - não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Carta Magna possui força normativa suficiente para fazer com seus preceitos, notadamente aqueles que garantem os direitos individuais e coletivos das pessoas, sejam cabalmente observados, ainda que anseios momentâneos, mesmo aqueles tidos como prioritários em um determinado momento histórico - a exemplo do combate à corrupção, que um setor mais mobilizado da sociedade, politicamente motivado, hoje reclama com estridência - requeiram solução diversa. É que a única saída legítima para qualquer crise, real ou imaginária, em um regime que se pretenda democrático, consiste justamente no incondicional respeito às normas constitucionais.

Isso porque não se pode fazer política criminal contra o que dispõe a Constituição, mas sim - e sempre - com amparo nela!

Concluiu, portanto, que a Constituição em seu Art. 5º, LVII é clara, unívoca, direta e objetiva, além de protegê-lo, classificando-o como cláusula pétrea, de atividades tendentes a aboli-lo.

Acompanhando o relator, votou o ministro Gilmar Mendes, ressaltando entretanto, o posicionamento que adotou no HC 142.173/SP no qual manifestou que deveria ficar suspensa a execução da pena ante a pendência de eventual recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF, uma vez que com o advento do requisito da repercussão geral para a admissão de recursos extraordinários ao STF, especialmente os que versam sobre matéria penal cuja

maioria tende a versar sobre temas de natureza individual, diferentemente do recurso especial destinado ao STJ que abarca situações mais comuns em que há conflito de entendimentos entre tribunais, logo, de repercussão geral.

Ademais, Gilmar Mendes, quando da análise do referido HC, elencou possibilidades em que poderia haver a execução da pena, desde de que devidamente motivadas na análise dos casos concretos. Segundo o ministro as hipóteses seriam:

A primeira: possibilidade de antecipar-se a execução da pena ocorreria com o trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória, tendo em vista que parte ou parcela da pena tornou-se líquida por falta de argumentação recursal. A pena incontroversa poderia ser executada ainda na primeira instância (execução da pena mínima).

A segunda: possibilidade de antecipação da execução da pena, na mesma linha do trânsito em julgado progressivo, decorrente agora da precipitação em habeas corpus (denegado) do exame pelo STJ ou pelo STF de questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos extraordinários (especial e extraordinário), tornando desnecessário aguardar o julgamento destes para o cumprimento da reprimenda.

A terceira: uma vez confirmada a condenação em segundo grau de jurisdição, formando-se, portanto, título executivo mais robusto, abre-se a possibilidade, em crimes graves, de nova análise do cabimento da antecipação da execução da pena para garantia da ordem pública ou da aplicação da lei penal, mediante uma nova interpretação do conceito de ordem pública”.

Dessa forma, o Ministro Gilmar Mendes aclarou que, após o voto no referido HC, passou a adotar a segunda hipótese elencada. Além disso, destacou que desde as primeiras manifestações sobre a possibilidade de execução provisória da pena, demonstrou-se assaz preocupado com a possibilidade de decretações de prisões de modo automático, sem o devido escrutínio das especificações e individualização dos casos concretos.

Por fim, asseverou o ministro Gilmar que já no precedente HC 126.292 referiu-se à execução provisória da pena como uma possibilidade e não como uma obrigatoriedade.

a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, seria possível. Porém, essa possibilidade tem sido aplicada pelas instâncias inferiores automaticamente, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida.

E concluiu:

Ou seja, o resultado do que decidido por este Tribunal, no HC 126.292, foi destoante das premissas a partir das quais assentei meu posicionamento”

Antes de prosseguir na análise dos dois votos restantes, cabe destacar que o ministro Gilmar Mendes, trouxe um ponto relevante para a discussão e apresentou uma perspectiva diferente dos demais ministros. Ao analisar o inciso LXI do art. 5º da CF: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, o referido ministro orientou o debate sobre a presunção de inocência e a execução da pena sob uma nova visão e, segundo o ministro, “uma leitura tão destoante do texto expresso da Constituição Federal só acarretaria abertura de brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal.”.

Asseverou, por fim, que a possibilidade de execução provisória da pena, refletiu e refletirá na “clientela preferencial do Direito Penal” de forma inevitável e que a despeito da necessidade de adoção de medidas para que todos os indivíduos, ricos ou pobres, que cometam infrações penais sejam punidas conforme o preceitos do ordenamento jurídico, não é possível desconsiderar que quaisquer medidas tendentes à expansão do Direito penal incidem diretamente e sobremaneira na “clientela preferencial”, sendo esta, portanto, a justificativa dada para a alteração do voto precedente no HC 126.292.

Nessa toada também julgou o ministro Celso de Mello, seguindo, portanto, a posição que sempre adotou quando posto a decidir sobre o tema. No respectivo voto, o ministro apresentou um apanhado histórico do princípio da presunção da inocência e destacou de forma rica as diferentes perspectivas do princípio da presunção de inocência. Declarou ainda que o estado de inocência, que deve ser sempre presumido, somente finda com a superveniência de efetivo e real trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo inadmissível a antecipação ficta da coisa julgada.

É importante de destacar que Celso de Mello apresentou raciocínio dissonante do que fora apresentado pelo ministro Roberto Barroso ao considerar que “a presunção de inocência não se esvazia progressivamente à medida em que se

sucedem os graus de jurisdição, pois só deixa de subsistir quando resultar configurado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”. Já o ministro Barroso, considerou que, em razão da efetiva tutela penal, ou seja, em razão da efetividade e da credibilidade da jurisdição, pode a presunção de inocência, ao longo do processo, a presunção de inocência perder força em favorecimento dos objetivos supracitados. E para Barroso, o momento mais adequado para tal mudança é após a condenação em segunda instância.

O ministro Celso de Mello, afirmou ainda:

(...) a Assembleia Constituinte brasileira, embora lhe fosse possível adotar critério diverso (como o do duplo grau de jurisdição), optou, conscientemente, de modo soberano, com apoio em escolha política inteiramente legítima, pelo critério técnico do trânsito em julgado;

E nesse ponto se aproximou do que fora expresso pela ministra Rosa Weber que apresentou no respectivo voto um histórico de discussões e propostas de emendas analisadas pelos constituintes, demonstrando, por fim, que a fixação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória foi deliberadamente eleito como marco para a fixação da culpa e a consequente execução da pena. Não havendo o que se falar em interpretação do dispositivo constitucional, senão a que fora claramente definida pelo constituinte.

Por fim, tem-se o voto do ministro Dias Toffoli que à época era o presidente do STF e a quem coube o voto de desempate. Assim, ainda no início, o referido ministro propôs a delimitar o objeto de análise do controle abstrato, qual seja, o art. 283 do CPP, ou seja, buscava-se saber se tal artigo era ou não compatível com a Constituição.

O ministro Dias Toffoli destacou em seu voto nas ADCs que o caso era diferente dos demais, em especial do HC 126.292, uma vez que a análise das ADCs consistia em controle concentrado, mas também convergiu com a ministra Rosa Weber ao entender que a norma em análise não necessitaria de alguma interpretação conforme e que tal norma cabia no texto constitucional. Fixou nesse sentido que se a prisão não for preventiva ou em flagrante, só poderá ocorrer a partir do trânsito em julgado.

Dias Toffoli trouxe ,ainda, que, apesar de considerar que a vedação à execução provisória da pena é compatível com a Constituição, entende que nos casos em que o réu é condenado por tribunal do júri, não deve incidir tal previsão, uma vez que deve prevalecer a soberania dos veredictos, conforme é assegurado no art. 5º, XXXVIII, “c”<sup>18</sup> da CF/88, sendo, portanto, nesses casos, na perspectiva do referido ministro, possível a execução imediata da pena imposta, dispensado o julgamento, em segunda instância, de eventual apelação.

A partir da análise dos votos convergentes que formaram a maioria no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 é possível perceber que, apesar de apresentarem alguns pontos sensíveis diferentes, os votos dos ministros que entenderam pela constitucionalidade do art. 283 do CPP apresentaram aspectos em comum e em seu cerne, coincidiram para formar um conjunto argumentativo.

A doutrina majoritária define que o princípio da presunção de inocência pode ser visto sob três perspectivas: regra probatória, regra de julgamento e regra de tratamento. Na discussão desenvolvida na análise das ADCs o enfoque discutido foi sob a perspectiva da regra de tratamento, segundo a qual o acusado deve ser tratado como inocente até que seja consolidada a respectiva culpa, o que inclui não somente o tratamento quanto à possibilidade de prisão, mas também sobre as demais searas afetadas, a exemplo da limitação de exercício de direitos que os condenados judicialmente sofrem.

Dessa forma, consolidou-se que a interpretação limitativa de um direito ou garantia fundamental deve ser concebida e exercida de modo restritivo e, sempre em consonância com os preceitos constitucionais. A partir disso, os ministros que formaram a maioria tenderam a consolidar que deve ser evitada uma leitura dilatadora de uma restrição ao direito à liberdade. Devendo, portanto, prevalecer a exigência de indubitável certeza de culpa para que possa ocorrer a prisão com fins de cumprimento de pena.

Ademais, destaca-se neste ponto a valiosa lição do ministro Eros Grau, de que:

---

<sup>18</sup> XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (BRASIL, 1988) (grifo nosso)

“não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele do texto até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum”(GRAU, 2002, p. 34).

Diante da discussão acerca da relativização do princípio da presunção de inocência amplificada pelo apelo midiático, a recente mudança de entendimento reforça a relevância e atualidade do tema, uma vez que quando a constitucionalidade de um artigo como o art. 283 do CPP<sup>19</sup> que espelha o disposto no art. 5º, LVII da Constituição é questionada e é objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade, temos o que se chama de neoinconstitucionalismo, um estado no qual a conveniência é o principal parâmetro para definir se uma norma é ou não constitucional, conforme leciona Lenio Streck (2020, p. 01):

Estamos em uma nova Era, então: do Neoconstitucionalismo, que tudo constitucionaliza e "pamprincipaliza" (até a construção de ofurô em sacada pretende ser alçada a uma discussão de "constitucionalidade", assim como o ruído produzido por igrejas depois das dez horas da noite), passamos ao NeoInconstitucionalismo. Sim, o Brasil inventa uma nova "teoria": tudo agora é inconstitucional, formal e materialmente. Na verdade, trata-se apenas de uma inconstitucionalidade desejada. É inconstitucional o que desejo que seja.

Ao final, é possível compreender que a maioria formada no julgamento observou a norma prevista no art. 283 do CPP sob o prisma constitucional de forma íntegra e em harmonia com os direitos e garantias fundamentais, rechaçando argumentos metajurídicos, calcados em uma política criminal expansiva travestida de uma premissa de combate à impunidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho possibilitou analisar as recentes mudanças jurisprudenciais da Suprema Corte no que tange à possibilidade de execução provisória da pena e entender não só os argumentos jurídicos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na construção dos respectivos votos, como

---

<sup>19</sup> Art. 283 do Código de Processo Penal prevê: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (BRASIL, 1941. p. 37)

também perceber a existência de elementos metajurídicos e a influência destes na construção jurisprudencial.

Ademais, foram discutidos os consectários decorrentes da possibilidade da execução provisória da pena não só para os réus, mas também para a formação de uma crença na impunidade e no descrédito sofrido pelo Poder Judiciário.

Outrossim, foi possível discutir o papel da garantia dos direitos humanos, em especial o da liberdade na construção de uma ordem jurídica justa dentro do Estado Democrático de Direito e a importância de considerar isso quando da ponderação de princípios.

Além disso, foi possível analisar algumas mazelas que solapam o sistema jurídico e constituem verdadeiros desafios aos órgãos julgadores que se propõem a fundar suas decisões no respeito aos princípios constitucionais e almejam ponderá-las no sentido de dar uma resposta satisfatória ao corpo social, sem, contudo, esquecer das adversidades que atingem os mais vulneráveis.

Dessa forma, após a análise dos votos e do contexto no qual se inserem os julgamentos analisados, é possível concluir que, diante das decisões tomadas em virtude da provocação do Supremo Tribunal Federal, foi demonstrada a relevância do princípio da Presunção de Inocência não só no âmbito individual e em cada caso concreto, mas também na garantia da Democracia, de modo que a execução provisória da pena não se mostrou adequada a servir de elemento ponderador entre os princípios da Presunção da Inocência e da Eficiência da Prestação Jurisdicional.

Portanto, ao decidir pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, a maioria dos ministros do STF atendeu ao que fora previsto pelo legislador originário e, conseqüentemente, ao entenderem que a execução da pena exige o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, demonstraram que na ponderação entre os princípios supracitados deve prevalecer a Presunção da Inocência em sua acepção mais cara e coerente com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Depreende-se, por fim, que a solução para o problema da impunidade oriunda da sucessiva interposição de recursos (apresentado como o cerne pelo qual se evocou o princípio da Eficiência da Prestação Jurisdicional), deve pautar-se na salvaguarda da liberdade e das garantias dela decorrentes e não em soluções fundadas em aspectos emergencialistas que, além de não constituírem um eficiente remédio para o problema, promovem um desnecessário aumento da população

carcerária e, conseqüentemente, expõem mais indivíduos ao Estado de Coisas Inconstitucional que rege este ambiente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**". Disponível em: <http://www.un.org>. Acesso em: 18 set. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Decreto - Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689compilado.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44**, Distrito Federal. Relator (a): Min. Marco Aurélio, 07 nov. 2019.  
Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>  
Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus no 126.292/SP**, do Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: relator do HC No 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator (a): Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016.  
Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>  
Acesso em: 20 dez. 2021.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco; MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. **As misérias do processo penal**. Editora Pillares, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FARIAS, Ivanildo Mendes. **500 anos do protestantismo: uma breve história da reforma**. Teresina: INTESI, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1(18), p. 15-26, jan/jul.2005.

HESSE, Konrard, **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**, Porto Alegre: Fabris, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. Tradução Miguel Morgado, Lisboa: Edições 72, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: 17 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**: 9 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental**. 5ª ed. trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.) **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: Hamurabi, 1982.