



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM FACE
DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Tauat Augusto da Cunha Resende Oliveira

Rio de Janeiro

2020

TAUAT AUGUSTO DA CUNHA RESENDE OLIVEIRA

A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM FACE
DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientador:

Prof. Bernardo Braga e Silva

Coorientadora:

Prof^ª. Monica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro

2020

TAUAT AUGUSTO DA CUNHA RESENDE OLIVEIRA

A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM FACE
DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Monografia apresentada como exigência para conclusão
de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovado em: ____ de _____ de 2020. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Claudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. Rubens Roberto Rebello Casara– Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Bernardo Braga e Silva – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
– EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO AUTOR.

AGRADECIMENTOS

Primeira gostaria de agradecer à minha família, sem a qual eu não teria chegado até aqui. Minha mãe Fátima, minhas tias Cristina, Regina e Marta e meus tios Marco, João e Zeca. Em casa tive o apoio necessário para começar e terminar mais uma etapa de minha formação acadêmica, mesmo diante dos sacrifícios e desafios inerentes a essa longa jornada.

Agradeço à minha querida e inesquecível Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, instituição responsável por uma sólida formação jurídica e que sempre me estimulou a ter uma visão crítica, me fazendo compreender que o Direito não é um fato da natureza, mas um produto da atividade humana.

Agradeço à esta honorável Escola da Magistratura, que sempre exige o máximo de seus alunos. E exige porque sabe da capacidade e brilhantismo de seus alunos, um dos responsáveis por trazer tanto prestígio a esta instituição. Ao seu honroso corpo docente, seus diretores, técnicos e coordenadores, sempre muito prestativos e humanos. De forma particular, agradeço ao meu orientador, professor Bernardo Braga, que apoiou o meu projeto desde o início e me deu a liberdade e a orientação necessárias para desenvolver este trabalho. Ao professor e desembargador Cláudio Brandão, meu mestre na graduação e nesta Escola e, que além disso, tive a honra de estagiar com ele na 7ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, testemunhando o seu compromisso com o bom Direito, com a justiça, sem nunca deixar de lado o lado humano. Se eu já admirava a sua conduta desde os tempos de faculdade, na Emerj tive a grata oportunidade de renovar e aprofundar o imenso respeito que tenho por você. À professora Monica Cavalieri, que além de coorientadora é um ser humano incrível, este trabalho não chegaria até aqui sem a sua ajuda. À Claudia, chefe do setor de monografia, que sempre com muita amabilidade e simpatia contribuiu para que a elaboração deste trabalho fosse possível. E, claro, à Tarsila, que sempre dava um jeito de marcar ou remarcar as reuniões. Sou muito grato a cada um de vocês. Mas é óbvio que esse agradecimento deve se estender a muitas outras pessoas, as quais vocês muito bem representam.

Gratidão a tudo o que vi, vivi e aprendi aqui.

“Que tempos são esses em que é preciso
defender o óbvio?”

Bertolt Brecht

SÍNTESE

Com a virada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no tocante à execução provisória da pena, em que se retornou ao entendimento segundo o qual é possível o cumprimento da pena a partir da condenação em segunda instância, o presente trabalho se presta a fazer uma abordagem acerca do princípio da presunção de inocência, desde suas origens que remontam ao direito romano, passando pela Idade Média, as revoluções burguesas, bem como a experiência constitucional brasileira, até chegar à Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e sua previsão na Carta Magna de 1988. Pretende-se problematizar sobre a efetividade constitucional desse princípio em face da nova posição do STF, e quais são os possíveis reflexos no ordenamento jurídico e no sistema carcerário.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Direitos e garantias fundamentais. Princípio da presunção de inocência. Execução provisória da pena.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A EVOLUÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	11
1.1. Origens históricas da presunção de inocência	11
1.2. A experiência brasileira	21
1.3. A presunção de inocência na Constituição de 1988	25
2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	29
2.1. Retrospectiva brasileira	30
2.2. A terceira via: cumprimento após julgamento pelo STJ	34
2.3. A possibilidade de aplicação da vedação ao retrocesso ao Poder Judiciário	36
2.4. A efetividade da prestação jurisdicional em face das garantias do imputado	38
2.5. O cumprimento provisório de sentença X a execução provisória da pena.....	39
3. STF COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	45
3.1. A concepção tripartite dos Poderes e o ativismo judicial	46
3.2. O trânsito em julgado no cerne do debate	52
3.3. Mutação constitucional à luz dos princípios da segurança jurídica e da prote�o da confiança	56
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo

AI – Ato Institucional

Art. – Artigo

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPP – Código de Processo Penal

DP – Defensoria Pública

DPERJ – Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

HC – Habeas Corpus

LC – Lei Complementar

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

Nº - Número

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

Rel. – Relator

Res. – Resolução

Resp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SV – Súmula Vinculante

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar a efetividade constitucional do princípio da presunção de inocência em face das alterações jurisprudenciais no tocante à execução provisória da pena.

No primeiro capítulo será realizada uma abordagem histórica para identificar as origens do referido princípio, que remontam ao Direito Romano. Durante a Idade Média e a Inquisição será demonstrado que houve um abandono da presunção de inocência, a qual só foi retomada com o advento da Revolução Francesa e, especificamente, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em seguida, será analisada a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 no contexto do pós-guerra, até chegar ao período de redemocratização com a previsão do artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil.

No segundo capítulo será apresentado o panorama brasileiro no que concerne à execução provisória da pena. Inicialmente será feita uma breve contextualização sobre o histórico legislativo e jurisprudencial a partir da Constituição de 1988, confrontando a execução provisória da pena à luz do princípio da presunção de inocência. Também será tratada a possibilidade de execução provisória da pena pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso às decisões do Poder Judiciário. E, finalmente, se fará uma crítica ao entendimento segundo o qual haveria contradição entre as garantias do imputado e a efetividade da prestação jurisdicional. Nessa toada, será feita uma comparação entre a sistemática da execução provisória constante no processo penal e o cumprimento provisório de sentença do processo civil, apontando similitudes e diferenças, especialmente no tocante ao bem jurídico tutelado pelos respectivos ramos processuais.

O terceiro capítulo, por sua vez, será dedicado para tratar especificamente sobre o papel do Supremo como guardião da Constituição. De forma que, inicialmente se enfrentará a questão do ativismo judicial à luz da separação dos Poderes, de forma a elucidar a importância do múnus contramajoritário do Poder Judiciário e, por outro lado, problematizar um suposto papel representativo desse Poder, alertando para os perigos inerentes em se ouvir as vozes das ruas. Em seguida, à luz de conceitos doutrinários e legislativos, será discutido o conceito de trânsito em julgado, para finalmente adentrar no último tópico, qual seja, o fenômeno da mutação constitucional à luz dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, destacando, com base na doutrina constitucional, os seus limites, diferenciando-o do mecanismo de emenda à Constituição.

Para tanto, a técnica metodológica utilizada será o método hipotético-dedutivo na produção do trabalho monográfico, na medida em que o pesquisador elenca especulações que, tomando como base estudos, análises estatísticas e casos concretos, são comprovadas ou, ao menos, contestadas.

A abordagem do objeto dessa pesquisa é qualitativa, pois o pesquisador busca apoiar-se em um amplo conjunto de obras literárias pertinentes, no uso da legislação e da jurisprudência, que corroboram com a tese sustentada.

1. A EVOLUÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Inicialmente, cumpre destacar que a trajetória da presunção de inocência até se converter em princípio e integrar o rol de diversos diplomas normativos, aqui e alhures, ao longo da história não se deu de forma linear, conforme se demonstrará ao longo desse capítulo. A presunção de inocência se relaciona de forma muito particular com os principais acontecimentos históricos, desde a Antiguidade, no Direito Romano, passando pela Idade Média, pelas Revoluções liberais, sobretudo a Francesa e a Americana no século XVIII, o crescimento do fascismo na primeira metade do século XX, o pós-guerra, chegando ao movimento de redemocratização por que passou países latino-americanos e europeus no final do século XX.

O caso brasileiro não é diferente, de forma que serão analisadas as diversas Constituições do país, assim como as alterações processuais penais até confluir no conteúdo do artigo 5º, LVII da Constituição da República de 1988¹, que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

1.1.Origens históricas da presunção de inocência

As origens mais remotas do princípio da presunção de inocência – ou princípio da não culpabilidade – remontam à Antiguidade, mais especificamente ao Direito Romano.

A literatura especializada costuma identificar que entre os séculos II e I a.C. do Período Republicano², o procedimento criminal romano passa a se preocupar com a humanização do tratamento do acusado. No entanto, tal movimento não era o bastante para afirmar que havia, à época, um sistema desenvolvido em torno da presunção de inocência, principalmente ao se constatar a obrigatoriedade da prisão, a fim de antecipar a pena³.

Posteriormente, já durante o período Imperial, há registros históricos que Augusto, fundador do Império Romano e seu primeiro Imperador, possuía o poder de, em casos de maioria pela condenação por um voto nos julgamentos colegiados, decidir pela absolvição do acusado e, por consequência, empatar a votação, o que resultaria em absolvição. Essa

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

² MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 34, [ebook].

³ Ibidem, p. 34.

possibilidade pode ser interpretada como uma espécie de embrião histórico do que se convencionou chamar de presunção de inocência.

Convém destacar, porém, que durante o Período Imperial, não houve uma trajetória constante e progressiva em relação à presunção de inocência, a qual, reitera-se, ainda era um conceito embrionário.

Segundo o compilado no *Corpus Iuris Civilis*, há um fragmento de autoria do Imperador Constantino⁴ que diz o seguinte:

[...] 1. O Imperador Constantino, Augusto, a Florêncio, Contador. – Apresentado o réu em qualquer causa, tenha acusador ou tenha sido apresentado pela vigilância pública, deve ser interrogado imediatamente, para que culpado seja castigado e seja absolvido se inocente. Mas se o acusador estiver ausente por certo tempo, ou se considerar necessária a presença dos cúmplices, deve-se certamente atender a isto com suma celeridade. Porém, nesse ínterim, o réu apresentado não deve ser metido em férreos grilhões que lhe pressionem os ossos, mas em grilhões mais frouxos, mesmo se a qualidade do crime também exigir a severidade dos grilhões, a fim de que não haja martírio, e ele permaneça sob segura custódia. Mas o encarcerado não deverá sofrer as trevas do lugar mais recôndito, mas ser fortalecido pela luz solar, e, logo que chegue a noite duplicar a guarda, seja recolhido no vestíbulo do cárcere e em locais salubres, e ao voltar o dia, no aparecimento do sol, seja imediatamente levado à luz pública, a fim de que não se morra pelas penas do cárcere; o que para os inocentes é lastimável, e não bastante severo para os culpados. (C. 9, 4, 1)[...].

Por mais que no período retratado a prisão preventiva era uma decorrência natural da ação penal, devendo os acusados aguardar o julgamento no cárcere, pode se constatar certa preocupação com o acusado, de forma que o julgamento fosse célere e observasse certas regras humanitárias.

Prosseguindo na cronologia histórica, durante o período do Baixo Imperial, que vigorou entre os anos 284 a.C. a 565 d.C, ocorreram algumas mitigações à presunção de culpabilidade, as quais eram inseridas pelos juriconsultos, que progressivamente incluíram preceitos com a finalidade de reduzir as penas aplicadas, como é o caso da necessidade de fundamentação das decisões⁵. Esses preceitos funcionavam na prática como uma forma de se contrapor à tendência condenatória do sistema vigente, bem como uma opção político-punitiva que servia tanto para reprimir as condutas que o Império classificava como indesejáveis, como para efetivar as decisões políticas.

Sobre esse tema, dizia o *Corpus Iuris Civilis*⁶:

[...] 11. Marciano; Dos Juízos Públicos, livro II. – Deve o julgador procurar não determinar coisa alguma com mais dureza, ou com mais lenidade, que o que requer a

⁴ Ibidem, p. 46.

⁵ Ibidem, p. 51.

⁶ Ibidem, p. 52.

causa; porque não há de se aspirar à glória da severidade ou da clemência, senão que se deve determinar com maduro juízo, segundo requer cada caso. E certamente que nas causas leves devem estar os juízes mais inclinados à lenidade, e aterem-se tratando-se de penas mais graves à severidade das leis com certo temperamento de benevolência. (D. 48, 19, 11, pr.).

Com a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., a Idade Antiga é sucedida pela Idade Média. No que tange à questão criminal, no primeiro momento predominou a cultura bárbara, com a presunção de culpabilidade do acusado. Nesse sistema, a culpa só poderia ser afastada por meio das ordálias, que não consistia em um procedimento criminal propriamente dito⁷, mas se traduzia na proteção que a divindade dava aos inocentes. Para ser declarado inocente, o acusado deveria ser submetido a violências corporais de toda sorte. Se sobrevivesse, sua inocência estaria provada, do contrário, a culpa se impunha.

A partir do século XII, no entanto, o sistema de ordálias entrou em declínio, dando lugar a um novo sistema, fortemente influenciado pela cristandade⁸: a Inquisição. Surgida na França, a Inquisição foi um sistema jurídico-canônico ligado à Igreja Católica que tinha por finalidade combater a heresia e o sectarismo de grupos religiosos, por meio do que se convencionou chamar de sequestro de Deus pelo julgador, em que este julgava em nome daquele⁹.

A inquisição, no primeiro momento, se restringia aos cátaros e aos valdenses. Posteriormente, porém, se expandiu de forma a se converter em um amplo sistema penal. Nesse momento, o processo penal passa a ser entendido não só como combate à heresia, mas também como instrumento de defesa dos domínios reais e católicos em face de seus inimigos¹⁰. É na Inquisição Espanhola que esse sistema encontra sua maior expressão, especialmente a partir do reinado de Fernando II de Aragão e Isabel de Castela.

Convém destacar que, tanto durante a Idade Média como na Antiguidade, a prisão não se entendia como sanção penal da privação de liberdade, mas como lugar de custódia em que a execução da pena era baseada em penas corporais, que não raro levavam à morte¹¹.

A Inquisição não tinha a mesma finalidade do processo penal contemporâneo. As garantias do acusado não possuíam relevância, tampouco a dissociação entre órgão julgador e acusador. A pena não possuía a finalidade retributiva e ressocializadora. Ao contrário, buscava-

⁷ Ibidem, p. 68.

⁸ Ibidem, p. 72.

⁹ É nesse sentido a opinião de Raul Zaffaroni, conforme se pode constatar em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*, tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Reavon, 2007, p. 38.

¹⁰ MORAES, op. cit., p. 79.

¹¹ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24, [ebook].

se por meio delas a purificação da alma, na medida em que o crime mantinha íntima relação com a noção cristã de pecado.

Ademais, a Inquisição adotou uma concepção do direito penal em que o pecado, que encontrava sua maior expressão na heresia, deveria ser combatido impiedosamente para a salvação das almas, garantia da ortodoxia religiosa, bem como dos domínios reais e religiosos, os quais se confundiam.

Quanto à dúvida e sua relação com a culpabilidade, o raciocínio era peculiar. Isso porque se partia do pressuposto de que o homem era um ser concupiscente, ou seja, trazia em si a marca do pecado original, não podendo a dúvida operar em seu benefício¹². Nessa perspectiva, cumpre salientar que culpa e pecado eram conceitos intrinsecamente associados.

Ao inquisidor, então, incumbia o ofício de revelar o pecado, partindo da ideia que o acusado não era um sujeito de direitos, mas um objeto do processo penal. Dessa maneira, poderia se valer para tanto de práticas cruéis, como desumanas.

Ao se valer da tortura, o inquisidor pretendia obter a confissão do acusado, a qual era considerada como rainha das provas e, por conseguinte, tornava legítima a própria tortura, na medida em que o acusado se declarava culpado, satisfazendo a vontade de seu inquisidor. Não se sabe, porém, se o acusado o fazia por culpa ou para fazer cessar a tortura. De toda maneira, para a Inquisição, a confissão blindava seus métodos de críticas.

Como é de se observar, não havia lugar para o instituto da presunção de inocência durante a Idade Média. Havia, na verdade, uma incompatibilidade intrínseca entre esses sistemas e qualquer concepção em que o acusado figurasse como sujeito de direitos.

Ademais, há que se dizer que no período da Inquisição, sobretudo em sua versão mais sofisticada, a Inquisição Espanhola, o processo penal reafirmou o seu caráter instrumental de implementação da política¹³, já vislumbrado durante o período imperial romano. A Inquisição servia, em muitos aspectos, como defesa dos domínios reais católicos, mormente da ameaça herege, que precisava ser combatida pela cristandade.

Considera-se que o sistema processual inquisitório vigorou por aproximadamente 650 anos no continente europeu. No século XII se deu como um resgate incipiente da experiência romana. Já dos séculos XII ao XIV, como tendência que foi se fortalecendo e se irradiou pela

¹² MORAES, op. cit., p. 84.

¹³ Ibidem, p. 79.

Europa¹⁴. Finalmente, no século XVIII, como modelo institucionalizado em quase todo continente¹⁵.

A brutalidade e iniquidade com que se mostrou o sistema inquisitório foi o fio condutor do seu processo de deslegitimação. Paralelamente a isso, ganhou força o pensamento liberal iluminista, profundamente crítico desse sistema, que passou a denunciar abertamente o caráter político-instrumental da Inquisição¹⁶ ao combater seus inimigos sob o fito de combate aos hereges.

Cesare Beccaria ao escrever “Dos delitos e das Penas” trouxe conceitos da tradição filosófica liberal francesa para a ciência jurídica. O impacto dos escritos de Beccaria se fez sentir em toda Europa, mas foi na França pré-revolucionária onde encontrou maior repercussão. Beccaria foi precisamente um dos primeiros filósofos a escrever sobre a presunção de inocência¹⁷:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado. Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou.

É com o advento da Revolução Francesa, em 1789, que se concretiza a mudança de paradigma. O lema *liberté, égalité, fraternité* sintetizou os ideais daquela que foi uma das mais influentes revoluções liberais da história. Como síntese daquele processo dialético, a Assembleia Nacional Constituinte Francesa aprovou em 26 de agosto de 1789 a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, divisor de águas no tocante aos direitos humanos e o primeiro instrumento normativo a prever expressamente o princípio da presunção de inocência.

O artigo 9º da Declaração¹⁸ dispõe que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

¹⁴ LOPES Jr., op. cit., p. 41.

¹⁵ MORAES, op. cit., p. 105.

¹⁶ Ibidem, p. 106.

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Paulo M. Oliveira. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 45-46.

¹⁸ FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 24 set. 2018.

Se até então não era possível se referir à presunção de inocência como princípio, tampouco como sistema, após a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi inaugurado um sistema normativo de garantias dos direitos fundamentais, que posteriormente Luigi Ferrajoli¹⁹ vai denominar de garantismo.

O ideário individualista da Revolução Francesa rompe com a concepção medieva, que encontrava na doutrina agostiniana uma de suas principais manifestações. Segundo esse entendimento, o homem seria um ser social por natureza, mas que em decorrência do pecado original se tornou individualista²⁰. Nesse sentido, o individualismo era uma manifestação da rebeldia do homem em relação a Deus. Ao passo que para o pensamento liberal francês, o reconhecimento de direitos individuais representava um freio ao arbítrio estatal.

É dentro desse contexto que nasce a Escola Clássica, que na verdade não se organizou como corpo doutrinário homogêneo, mas que se manifestou por meio de duas teorias, o jusnaturalismo, que propôs uma concepção de direito natural, imutável, eterno e que transcendia ao homem; e o contratualismo rousseauiano, que inaugura o conceito de contrato social, segundo o qual os homens cedem parte de seus direitos em vista do bem comum, manifestado na ordem e na segurança²¹.

Essas teorias, apesar de distintas, traziam um conceito comum, qual seja, um sistema jurídico anterior e acima do Estado, centrado na dignidade humana e que previa direitos e garantias ao indivíduo em face da atuação estatal.

As ideias do Iluminismo e do Direito Natural formaram uma barreira contra o autoritarismo do Estado, garantindo ao indivíduo um novo espaço na ordem social e o libertando de antiquadas e autoritárias relações medievais. A partir de então, criou-se uma cultura filosófica contrária a qualquer atuação estatal desnecessária ou exagerada. Essa nova corrente impôs ao Estado e à sociedade uma maior preocupação com os princípios da dignidade humana e da proibição do excesso sobre o indivíduo²². E, nesse contexto, pode-se incluir a presunção de inocência como corolário desses princípios.

Ocorre que, como já foi dito, o processo histórico de surgimento e consolidação da presunção de inocência não é linear. Houve um movimento contrário, identificado a partir da

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Entrevista a Gerardo Pisarello e Ramón Suriano*. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/entrevista-a-luigi-ferrajoli-0/>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

²⁰ CARVALHO, Mário Santiago de. *Sobre as origens dos paradigmas modernos do universalismo e do individualismo*. Disponível em: <https://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/sobre_as_origens_dos_paradigmas_modernos>. Acesso em: 24 set. 2018.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 107-108.

²² *Ibidem*, p. 69.

ascensão de Napoleão Bonaparte e de dois diplomas normativos que mitigaram as conquistas citadas da Revolução francesa: a proclamação da Constituição francesa de 1795 e o Código de Instrução Criminal francês de 1808.

Ambos foram na contramão do que previa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, não fazendo menção ao princípio da presunção de inocência. Adotaram, na verdade, um sistema processual misto, com uma fase pré-processual de caráter inquisitório e uma fase processual acusatória²³. Nesse sistema, a presunção de inocência perdeu a relevância recém-conquistada.

Essa tendência ganhou respaldo teórico no final do século XIX com as mudanças sociais produzidas pela Revolução Industrial, bem como os novos desafios para a sociedade daquela época, dentre os quais a crescente criminalidade urbana. Ocorre que o sistema jurídico de então não tinha se alicerçado plenamente nos ideários iluministas que a Revolução Francesa trouxe. Houve, então, uma crítica ao racionalismo iluminista, de forma que se passou a acreditar que o contratualismo não representava uma base teórica sólida para a compreensão do fenômeno da violência urbana²⁴.

Dessa maneira, o ideal revolucionário passou a não mais atender às expectativas da burguesia, que recém conquistara o posto de classe dominante. Com isso, a tríade liberdade, igualdade e fraternidade, defendida durante a Revolução Francesa contra o despotismo monárquico de Luís XVI²⁵, perdeu relevância. E, por consequência, também a presunção de inocência.

Some-se a isso o ultranacionalismo do pós-Primeira Guerra, a crise econômica e o desenvolvimento das ciências sociais com influências etnocêntricas. Esse contexto produziu uma orientação criminológica que se contrapôs ao individualismo iluminista da Escola Clássica.

O surgimento da Escola Positiva corporificou a transição filosófica que passou a defender a coletividade da delinquência, mesmo que isso significasse a supressão dos direitos e garantias individuais conquistados. A aplicação da pena passa a ser entendida como uma reação do corpo social contra a anomalia dos indivíduos delinquentes²⁶.

Posteriormente, surge a Escola Técnico-Jurídica, crítica à Escola Positivista, na medida em que julgava que os positivistas se preocupavam demais com os aspectos

²³ LOPES Jr., op. cit., p. 45.

²⁴ MORAES, op. cit., p. 151.

²⁵ ZAFFARONI, op. cit., p. 43-46.

²⁶ MORAES, op. cit., p. 152-165.

antropológico e sociológico do crime em detrimento do caráter jurídico. Essa corrente filosófica buscou restaurar o critério metodológico do fenômeno jurídico e encontrou em Arturo Rocco e Vincenzo Manzini seus principais expoentes²⁷.

Manzini escreveu o “Manual de Processo Penal”, um livro fundamental para entender a exclusão do princípio da presunção de inocência do Código de Processo Penal italiano de 1913, bem como a virada paradigmática produzida. Isso porque Manzini substituiu o termo presunção de inocência por presunção de não culpabilidade. A mudança operada por Manzini não foi apenas mera questão estilística, mas acabou por se revelar em uma concepção autoritária, na medida em que defendia que o interesse fundamental no processo penal seria a concretização da pretensão punitiva estatal em face do acusado-culpado, e não a declaração de inocência do acusado-não culpado²⁸.

A mudança pode parecer sutil, mas há aqui uma inversão: não se parte mais da premissa de que o acusado é inocente até que se prove o contrário, mas que primeiro a culpa deve ser demonstrada para que se possa punir. Isso, porque para Manzini, o processo penal não teria o condão de declarar a inocência do acusado, mas apenas se é culpado ou não. Dessa forma, presunção de inocência não seria expressão equivalente a presunção de não culpabilidade.

Cumprir dizer que a retirada da presunção de inocência marca o triunfo dos positivistas em relação à Escola Clássica, além de ser apontada como um dos fundamentos político-legislativos que permitiu o recrudescimento do fascismo na Itália, conflagrando no Código de Processo Penal de 1930²⁹.

Com a ascensão do nazifascismo em diversos países europeus, instituiu-se e radicalizou-se uma concepção autoritária da sociedade e do direito que colocou, uma vez mais, o processo penal como instrumento estatal para concretização de interesses políticos e eliminação de opositores, tal como ocorreu durante o período imperial romano³⁰ e a Inquisição.

Após as barbaridades vivenciadas durante a Segunda Guerra Mundial, houve uma preocupação na comunidade internacional em se evitar que os horrores daquela época tornassem a se repetir. Para cumprir esse desafio, os países vitoriosos – sobretudo os Estados Unidos da América, o Reino Unido e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas –

²⁷ BITENCOURT, op. cit., nota 21, p. 121.

²⁸ MANZINI, Vincenzo. *Manuale di procedura penale italiana*, Torino: Fratelli Bocca Editori, 1912.

²⁹ CHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche allà luce degli interventi della Corte Costituzionale, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, V. 1, gen./mag., 1974, p. 78-81.

³⁰ MORAES, op. cit., p. 181.

celebraram uma rodada de negociações na Conferência de Yalta, celebrada entre 4 e 11 de fevereiro de 1945 que selou o fim da guerra, a paz entre os países envolvidos, determinou a divisão dos territórios, bem como impôs a nova ordem internacional do pós-guerra.

Em 24 de outubro de 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), com a finalidade de promover a cooperação internacional e impedir outros conflitos globais. Quando foi fundada, a ONU contava com a adesão de 51 Estados-Membros, ao passo que atualmente são 193³¹.

Em 10 de dezembro de 1948, para formalizar o compromisso e o ideário de defesa dos direitos humanos, a ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 11.1³² prevê expressamente a presunção de inocência, segundo a qual “toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

Em 22 de novembro de 1969 foi realizada a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em São José, capital da Costa Rica. Nessa ocasião foi firmada pelos integrantes da Organização de Estados Americanos (OEA) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou mais popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. A finalidade desse Tratado é o de reafirmar o compromisso dos Estados do Continente na garantia das instituições democráticas, bem como no respeito dos direitos humanos. Para tanto, uma gama de direitos foram previstos ao longo de seus 81 artigos, incluindo o princípio da presunção de inocência, que é expressamente previsto no artigo 8º, 2, primeira parte³³, que diz textualmente que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

No Brasil, o Pacto de São José da Costa Rica foi recepcionado por meio do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Sobre ele, convém fazer um breve aparte para contextualizar a sua natureza jurídica.

Isso porque, havia intenso debate doutrinário, em que uma parcela da doutrina entendia que os tratados sobre direitos humanos gozavam não só de status constitucional, mas também seriam cláusulas pétreas³⁴. O Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria em diversas

³¹ ONU. Disponível em: <<http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

³² ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

³³ BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

³⁴ Nesse sentido, ver PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 98.

ocasiões, não reconhecendo o pretense status constitucional dos referidos tratados de direitos humanos, inclusive o Pacto de São José da Costa Rica³⁵.

Não obstante, com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, todos os tratados “aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”³⁶. Ocorre que o Pacto de São José da Costa Rica foi aprovado antes da referida emenda, de forma que pairaram fundadas dúvidas sobre a sua natureza.

Uma vez mais o Supremo foi instado a se manifestar, por meio do HC nº 88.240³⁷ de relatoria da ministra Ellen Gracie, e prevaleceu a tese segundo a qual:

A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Apresentada a retrospectiva histórica, faz-se necessário trazer uma conceituação teórica acerca do instituto em análise. A presunção de inocência é, antes de mais nada, um princípio reitor do processo penal em que se impõe que a formação do convencimento do juiz se constrói de forma dialética em um modelo acusatorial que assegure o contraditório e a ampla defesa e além disso, que o processo seja julgado por um juiz que esteja em estado de alheamento equidistante das partes.

Vegas Torres³⁸ aponta para três principais manifestações integradoras da presunção de inocência. A primeira manifestação é justamente o princípio fundante, em torno do qual o processo penal liberal é construído.

Nesse sentido, a presunção de inocência representa garantias para o imputado frente ao *ius puniendi* do Estado. A segunda manifestação é o postulado de tratamento, segundo o qual o imputado será tratado durante todo o processo penal como inocente, devendo se reduzir ao máximo todas as medidas coercitivas em face dele, de forma que há incidência de dois

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 72.131*, Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 24 ago. 2019; *ADI-MC nº 1.480*, DJ de 18 de ago. de 2001, Rel. Min. Celso de Mello, entre outros. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

³⁶ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45 de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 88.240*, Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557269>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

³⁸ TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Madrid: La Ley, 1993, p. 35 e ss.

princípios, quais sejam o da intervenção mínima, bem como da proporcionalidade. Finalmente, a terceira manifestação é a regra que se refere ao juízo do fato que a sentença penal faz, isso é, o ônus probatório da culpa incumbe à acusação, devendo-se absolver o imputado se a culpabilidade não restar demonstrada, ou se houver alguma dúvida, devendo aqui incidir o princípio do *in dubio pro reo*, corolário da presunção de inocência.

Essa manifestação conduz à conclusão de que a presunção de inocência possui duas dimensões: uma interna e outra externa ao processo a que o imputado responde. A dimensão interna conduz ao tratamento do imputado como inocente até o trânsito em julgado, admitindo-se, excepcionalmente, restrições aos seus direitos de forma objetivamente fundamentadas, conforme previsão legal. Ao passo que a dimensão externa representa uma proteção diante de um prejulgamento do imputado, servindo como limite democrático à exploração midiática³⁹.

1.2. A experiência brasileira

A realidade brasileira se divide em dois momentos. O primeiro é identificado enquanto colônia de Portugal, em que se vivia sob a égide das Ordenações do Reino de Portugal, que transitaram entre as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Na prática, no entanto, a realidade fática era a do arbítrio dos donatários, que decidiam sobre o Direito a ser aplicado⁴⁰.

O segundo se dá a partir da Proclamação da Independência em 7 de setembro de 1822, em que o Brasil efetivamente se tornou um país soberano e, portanto, passou a produzir seus diplomas normativos. Como manifestação dessa nova realidade foi elaborada a primeira Carta Magna do país, a Constituição de 1824, que em seu artigo 179, VIII⁴¹ previu que:

Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

Embora não se possa afirmar que a referida Constituição previsse a presunção de inocência, é possível identificar no instituto da culpa formada uma tendência da Carta Política

³⁹ É nesse sentido a opinião de LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 92-94.

⁴⁰ BITENCOURT, op. cit., nota 21, p. 99.

⁴¹ BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

em tratar a prisão como última medida, que só seria legítima após a demonstração da culpa, exceto naqueles casos em que a Lei expressamente permitia.

O Código de Instrução Criminal de 1832⁴², por sua vez, foi o primeiro diploma legislativo a regulamentar os aspectos processuais penais. Sua estrutura seguia o conceito de formação de culpa da Constituição de 1824. De tal forma que o Capítulo IV, entre os artigos 134 e 149, se dedicou a definir o procedimento da formação de culpa. Não havia, naquele momento, uma presunção de inocência, mas um processo que gravitava em torno da formação de culpa. Uma vez formada, competiria aos Juizes de Paz prender os culpados, na forma do artigo 12, §5º do Código de Instrução Criminal.

Após a queda do Império e a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, foi promulgada a primeira Constituição republicana em 1891. Apesar de ter trazido importantes mudanças, como a abolição da pena de morte e a previsão constitucional do *habeas corpus*, por exemplo, no que tange à presunção de inocência não houve grandes alterações em relação à Constituição anterior, de forma que a novel Carta Magna também fazia menção ao instituto da culpa formada, disciplinada no artigo 72, nos parágrafos 14, que dispunha que “ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admitir”; e 16 “aos accusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.”⁴³ O Código de Instrução Criminal de 1832 permanecia vigente.

Com advento da Revolução de 1930 e a derrocada da República Velha, o então presidente eleito, Júlio Prestes foi impedido de tomar posse. Em seu lugar, assumiu a Junta Militar, que em seguida passou o comando para o governo provisório, capitaneado por Getúlio Vargas, candidato derrotado por Prestes nas eleições de 1930.

Como expressão do fim da República Velha, foi elaborada a Constituição de 1934, influenciada tanto pela Constituição de Weimar de 1919 e, portanto, consagrando direitos humanos de 2ª dimensão, como pelo fascismo italiano, que se expressou nos deputados

⁴² BRASIL. *Código de Instrução Criminal de 1832*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁴³ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

representantes de organizações profissionais, segundo o artigo 23, §§ 1º e 2º da Constituição de 1934⁴⁴:

Art. 23 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar.

§ 1º - O número dos deputados será fixado por lei: os do povo, proporcionalmente à população de cada Estado e do Distrito Federal, não podendo exceder de um por 150 mil habitantes até o máximo de vinte, e deste limite para cima, de um por 250 mil habitantes; os das profissões, em total equivalente a um quinto da representação popular. Os Territórios elegerão dois deputados.

[...]

§ 3º - Os deputados das profissões serão eleitos na forma da lei ordinária por sufrágio indireto das associações profissionais compreendidas para esse efeito, e com os grupos afins respectivos, nas quatro divisões seguintes: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos.

No tocante à presunção de inocência, há que se dizer que a Constituição de 1934 inovou, uma vez que excluiu o instituto da formação da culpa no rol de direitos individuais, presente nas Constituições de 1824 e 1891, não o substituindo por outro equivalente. Apesar disso, o Código de Instrução Criminal permanecia vigente e em outros dispositivos do texto constitucional havia a previsão da formação de culpa, como no artigo 32, §1º, que dizia que “a prisão em flagrante de crime inafiançável será logo comunicada ao presidente da Câmara dos Deputados, com a remessa do auto e dos depoimentos tomados, para que ela resolva sobre a sua legitimidade e conveniência e autorize, ou não, a formação da culpa”.

No campo dos direitos e garantias individuais, inovou ao garantir o voto feminino, nos termos do artigo 108, o voto secreto, conforme artigo 181 da Constituição, além de ter modernizado o campo dos remédios constitucionais com a previsão do mandado de segurança no artigo 113, n. 33 e da ação popular no artigo 118, n. 38.

Getúlio Vargas foi eleito presidente nas eleições de 1934 e no ano subsequente ocorreu a Intentona Comunista, com o objetivo de derrubá-lo. O governo, então, decidiu reagir e decretou o estado de sítio, reprimindo os movimentos oposicionistas. Em 1937 a reação se aprofundou e foi decretado estado de guerra ao se denunciar o Plano Cohen, um suposto plano comunista para tomada do poder.

Com isso, Getúlio centralizou o poder, fechou o Congresso Nacional e outorgou a Constituição de 1937, de viés autoritário e antidemocrático, influência clara da Constituição polonesa de 1935, marcadamente fascista. Teve início, então, o Estado Novo.

⁴⁴ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

No tocante aos direitos e garantias individuais, ocorreu um verdadeiro retrocesso, com a abolição do mandado de segurança e da ação popular que a Constituição de 1934 havia previsto; o estabelecimento da censura prévia nos termos do artigo 122, n. 15; a pena de morte para crimes políticos, homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade, segundo o artigo 122, n. 13; a proibição de greve, de acordo com o artigo 139; dentre outros. Quanto à presunção de inocência, a Constituição voltou a fazer menção ao instituto da culpa formada em seu artigo 122, n. 11⁴⁵:

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

A Constituição de 1946 emergiu em um contexto bem distinto. Externamente com as influências do pós-guerra e a vitória dos Aliados contra o nazifascismo. Internamente, após a eleição de Eurico Gaspar Dutra instalou-se a Assembleia Nacional Constituinte de 1946 com vistas a promover o processo de redemocratização do país depois do Estado Novo. A Carta Magna, no tocante aos direitos e garantias individuais, restabeleceu a previsão do mandado de segurança, no artigo 141, §24, tornou a proibir a pena de morte, na forma do artigo 141, §31 e reconheceu o direito de greve no artigo 158.

Em relação à presunção de inocência, não houve grandes mudanças, de forma que o §25 do artigo 141⁴⁶ estabelecia que:

É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

Em 31 de março de 1964 o país passou por mais uma ruptura democrática e o presidente João Goulart foi deposto pelo golpe militar, que pretendia combater a suposta ameaça comunista. Após o golpe, foi constituído o autoproclamado Comando Supremo da Revolução, que baixou o Ato Institucional nº 1⁴⁷, responsável, dentre outras prerrogativas, por

⁴⁵ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁴⁶ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁴⁷ BRASIL. *Ato Institucional nº 1*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

decretar o estado de sítio e suspender direitos políticos ou cassar mandatos legislativos sem apreciação judicial. Já o Ato Institucional nº 2⁴⁸ estabeleceu eleições indiretas para os cargos eletivos do Executivo federal. Novamente o país passou por uma experiência autoritária e antidemocrática.

Em 24 de janeiro foi outorgada a Constituição de 1967, que a exemplo da Constituição de 1937, centralizou o poder na União em detrimento dos demais entes da federação e conferiu amplos poderes ao presidente da República. No tocante aos direitos e garantias individuais, previu a suspensão de direitos políticos por 10 anos, na forma do artigo 151⁴⁹, bem como a censura de espetáculos de diversões públicas, segundo artigo 150, §8⁵⁰.

Quanto à presunção de inocência, especificamente, a Carta seguiu o mesmo exemplo da Constituição de 1937, não fazendo nenhuma previsão específica para a formação de culpa no rol de direitos e garantias individuais, mas dispôs quanto à prisão em flagrante de deputados e senadores por crime inafiançável, de acordo com o artigo 34, §3⁵¹.

Convém destacar, ainda, a edição do Ato Institucional nº 5⁵² em 13 de dezembro de 1968, que potencializou o autoritarismo, fechou o Congresso; afastou garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade; suspendeu a possibilidade de habeas corpus para determinados crimes e excluiu da apreciação judicial atos de acordo com o Ato Institucional nº 5.

1.3. A presunção de inocência na Constituição de 1988

Após a experiência antidemocrática e autoritária por que passou a República Federativa do Brasil de 1964 a 1985 e imbuída de promover e aprofundar o processo de redemocratização do país, a Assembleia Constituinte de 1987 elaborou a nova Constituição do país, promulgada em 5 de outubro de 1988. A Carta Magna recebeu a alcunha de Constituição Cidadã, na medida em que avançou no reconhecimento de direitos fundamentais. E no extenso rol do artigo 5º, foi incluído o inciso LVII⁵³, que assim dispõe “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁴⁸ BRASIL. *Ato Institucional nº 2*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² BRASIL. op. cit., nota 48.

⁵³ BRASIL. op. cit., nota 1.

A inclusão desse dispositivo suscitou divergências doutrinárias, na medida em que alguns doutrinadores⁵⁴ sustentaram não se tratar da adoção do princípio da presunção de inocência, mas na verdade uma presunção de não culpabilidade. Outros⁵⁵, porém, entenderam que essa diferenciação não existe, de forma que a não culpabilidade e a presunção de inocência são conceitos sinônimos. Sendo esse o entendimento de Gustavo Badaró, ao dizer:

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.⁵⁶

Nesse sentido, tem-se que o artigo 5º, LVII⁵⁷ reflete o status constitucional da presunção de inocência no ordenamento brasileiro. Por essa razão, ainda que não fale em inocência, parcela da doutrina defende que não haveria diferença entre as expressões “princípio da não culpabilidade” e “princípio da presunção de inocência”, devendo reconhecê-las como sinônimas⁵⁸. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵⁹ segue esse entendimento, fazendo uso de ambas expressões.

No processo constituinte, a inclusão da presunção de inocência no texto da Constituição da República de 1988 é apontada como antídoto à regra eleitoral, constante no artigo 1º, I, n da Lei Complementar nº 5 de 5 de abril de 1970⁶⁰, editada durante a ditadura militar que considerava causa de inelegibilidade o candidato que respondia a determinados processos criminais a que o dispositivo especifica:

Art. 1º – São inelegíveis:
I – para qualquer cargo eletivo:

⁵⁴ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Presunção de não culpabilidade – anotações. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 126, 1990, p. 85.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 729, p. 380-381, jun. 1996.

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 65.

⁵⁷ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, *AI-AgR nº 604.041/RS*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 092 – 31/08/2007; 2ª Turma, *HC nº 84.029/SP*, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/09/2007 p. 42.

⁶⁰ BRASIL. *Lei Complementar nº 5 de 5 de abril de 1970*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp05.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

n) os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados;

À época, o referido dispositivo foi objeto de análise tanto pelo Tribunal Superior Eleitoral, como pelo Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inconstitucionalidade da norma por incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência⁶¹, que embora não fosse expressamente previsto na Constituição, integraria a ordem constitucional por estar previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 153, §36 da Constituição da República de 1967/69 preceituava que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”⁶².

No entanto, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE nº 86.297/SP⁶³ entendeu de forma contrária, reputando o referido dispositivo como constitucional, de forma que a presunção de inocência não foi reconhecida como integrante da ordem constitucional brasileira. E, especificamente sobre o tema, o artigo 151, IV da Constituição de 1967/69⁶⁴ expressamente previa a edição de lei complementar para estabelecer os casos de inelegibilidade, a fim de preservar a moralidade para o exercício do mandato⁶⁵, razão por que o dispositivo foi tido por constitucional.

A posição vitoriosa na Corte pode ser sintetizada pelo voto do ministro Moreira Alves⁶⁶:

A presunção de inocência é (...) ideia-força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo penal moderno. Tomada, porém, em seu sentido literal, traduziria, nas expressões vigorosas de Manzini, ideia *goffamente paradossale e irrazionale* (desazadamente paradoxal e irracional).

(...)

Nesse sentido – sem o qual a inconstitucionalidade em causa perderia sua base de sustentação – não posso considerar a presunção de inocência como daqueles

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 13. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 571.

⁶² BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 ago. 2019.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 86.297/SP*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=180343>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

⁶⁴ BRASIL. op. cit., nota 62.

⁶⁵O referido dispositivo assim dispunha: Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar:

IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato.

⁶⁶ BRASIL. op. cit., nota 63.

princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teriam guarida na norma residual do §36 do art. 153.

Muitos anos depois, a questão foi objeto da sustentação oral no Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC nº 152.752/PR, em que o advogado do paciente, José Roberto Batochio⁶⁷, falou especificamente sobre o tema [informação verbal]:

Qual é a origem deste preceito constitucional que instituiu entre nós a presunção da não culpabilidade ou a presunção da inocência? Em uma conversa com o eminente ministro Sepúlveda Pertence, ainda na noite passada, nos lembramos de que esse princípio constitucional que nós conseguimos introduzir na nossa lei máxima tem origem na legislação eleitoral. Porque a ditadura militar, o autoritarismo que nós vivemos em um passado não muito remoto, considerava fator impeditivo de elegibilidade — de ser sujeito ativo eleitoralmente — aquele que tivesse contra si uma denúncia recebida.

Nesse sentido, a presunção de inocência representa uma dimensão garantista ao cidadão frente à pretensão punitiva estatal, de forma que não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado. Por certo que esse princípio precisa ser cotejado com outras garantias individuais, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, dentre outros.

Ademais, a constitucionalização da presunção de inocência no texto da Carta de 1988 é de importância fundamental para o reconhecimento do princípio no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que no voto do RE nº 86.297/SP o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que o princípio não integrava a ordem constitucional brasileira, a despeito do disposto no artigo 153, §34 da Constituição de 1967/69; e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o Brasil ratificou por meio da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Atualmente o panorama é outro, pois além do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a presunção de inocência possui previsão supralegal no Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário e, ainda, pela Constituição da República de 1988, de forma que não é mais possível qualquer interpretação que não reconheça o referido princípio como integrante da ordem constitucional brasileira.

⁶⁷ BATOCHIO, Roberto. *Sustentação oral no HC nº 152.752/PR*, STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/leia-sustentacao-oral-batochio-defesa-lula-stf>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Da mesma forma que se abordou sobre as origens históricas do princípio da presunção de inocência, faz-se necessária uma breve contextualização sobre a execução provisória da pena. Diferentemente do que se fez com a presunção de inocência, no tocante à execução provisória da pena o recorte histórico será mais restrito, partindo da promulgação da Constituição da República de 1988 até os dias atuais.

Isso porque com o advento da Constituição Cidadã, o princípio da presunção de inocência passou a ser expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, na forma do artigo 5º, LVII⁶⁸, o que provocou uma discussão constitucional em relação à execução provisória da pena.

Sua trajetória, porém, merece atenta análise, sobretudo na forma como a jurisprudência das Cortes Superiores caminhou ao longo dos últimos 30 anos, com idas e vindas protagonizadas pelo Supremo Tribunal Federal em relação à execução provisória da pena.

Nesse sentido, é importante compreender e problematizar como se deu esse processo. Cabe aqui destacar, porém, que não se pretende esmiuçar os votos dos ministros nas diversas ocasiões em que foram provocados, fato bastante explorado em outros trabalhos monográficos, bem como na literatura específica sobre o tema. Ao contrário, se pretende debater, à luz de aspectos processuais penais e constitucionais, os argumentos mais relevantes que serviram de fundamento para as mudanças jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal.

Após apresentar a retrospectiva brasileira, será abordada a hipótese de uma terceira via, isso é, a possibilidade de cumprimento provisório da pena após condenação pelo Superior Tribunal de Justiça, proposta que constava no voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC nº 152.752/PR⁶⁹.

Além disso, a efetividade da prestação jurisdicional como princípio contraposto e limitador da presunção de inocência, argumento recorrente em todos os julgamentos. Em seguida, uma análise dos aspectos processuais, argumento central no voto do ministro Teori Zavaski⁷⁰ no HC nº 124.292/SP, paradigma para a mudança jurisprudencial sobre o tema em 2016 e, por fim, uma comparação entre o cumprimento provisório de sentença no processo civil e a execução provisória da pena no processo penal. Há que se repetir que esse trabalho não

⁶⁸ BRASIL. *op. cit.*, nota 45.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 152.752*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>> Acesso em: 1 abr. 2019.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124.292*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=275833602&ext=.pdf>> Acesso em: 1 abr. 2019.

pretende esmiuçar os votos dos ministros ao longo do tempo. Por essa razão se optou por não fazer comentários específicos sobre o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54⁷¹ pelo Supremo Tribunal Federal em 2019, na medida em que os principais conceitos e argumentos jurídicos debatidos estão contemplados nos votos dos ministros que serão abordados em seguida.

2.1. Retrospectiva brasileira

Apesar da literalidade do disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal⁷², as leis nacionais, bem como a jurisprudência dos Tribunais não se coadunaram com o espírito do seu conteúdo, de forma que a Lei nº 8.038 de 1990⁷³, que instituiu as normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, trazia previsão em seu artigo 27, §2º que: “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

No mesmo sentido é o disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal⁷⁴, segundo o qual “o recurso extraordinário não terá efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

Dessa forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando instada a se manifestar sobre o assunto, sempre se posicionou no sentido de que não haveria incompatibilidade entre a execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência, conforme se depreende dos julgados a seguir:

HABEAS CORPUS. A prisão processual (art. 594 do Código de Processo Penal) não é incompatível com a Constituição de 1988 (art. 5º, LVII) e encontra fundamento válido na periculosidade revelada pelo réu. (HC 69.559, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. 22.09.1992, DJ 30.10.1992)⁷⁵. HABEAS CORPUS. 2. Condenado reincidente. Prisão resultante da sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594, do Código de Processo Penal. 3. Maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4. Código de Processo Penal, art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, 44 e 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁷² BRASIL. op. cit., nota 1.

⁷³ BRASIL. *Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

⁷⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 69.559/SP*. Relator: Min. Octavio Gallotti. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1540344>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. 5. Habeas Corpus denegado e cassada a medida liminar. (HC 72.366, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 13.9.1995, DJ 26.11.1999)⁷⁶.
 HABEAS CORPUS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. RECURSOS EXCEPCIONAIS. DIREITO DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA PRISÃO DURANTE TODO O CURSO PROCESSUAL. ORDEM DENEGADA. I - Não ofende o princípio da presunção de inocência a custódia do paciente antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. II - Prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal e posterior confirmação das condenações. III - Ordem denegada. (HC 86261, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 16-03-2007)⁷⁷.

Seguindo essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado de sua jurisprudência dominante nº 267⁷⁸, nos seguintes termos “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. Ou seja, se admitia a execução provisória da pena na pendência de julgamento de recursos constitucionais, especial ou extraordinário, desprovidos de efeito suspensivo, independente dos pressupostos para a prisão preventiva restarem configurados⁷⁹. Esse foi o entendimento jurisprudencial até 2009.

No julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG⁸⁰ em 5 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal promoveu uma guinada em sua jurisprudência, passando a entender que a execução provisória da pena seria incompatível com a Constituição, na medida em que violaria a presunção de inocência.

A partir de então, a prisão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, exceto no caso de prisão cautelar do acusado que cumprisse os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal⁸¹.

Influenciado pela mudança jurisprudencial da Suprema Corte, o Congresso Nacional decretou a Lei nº 12.403 em 4 de maio de 2011⁸², que dentre outras modificações, alterou o artigo 283 do Código de Processo Penal⁸³, que passou a dispor da seguinte forma:

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 72.366/SP*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1609252>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 86.261/RJ*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2309957>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 267*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2019.

⁷⁹ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47-48.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

⁸¹ BRASIL. op. cit., nota 74.

⁸² BRASIL. *Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

⁸³ BRASIL. op. cit., nota 74.

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.

Dessa forma, além do princípio da presunção de inocência que militava contra a execução provisória da pena, o Código de Processo Penal passou a contar com norma específica que obsta a prisão antes do trânsito em julgado, salvo os casos em que são cabíveis os institutos das prisões temporária ou preventiva.

Contrariando a posição anterior, bem como o referido dispositivo legal, em 17 de fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC nº 124.292/GO⁸⁴, alterou uma vez mais o seu entendimento.

O relator, ministro Teori Zavaski, fundamentou seu voto no sentido de que é na segunda instância onde se exaure o julgamento das questões de fatos, provas e materialidade, cabendo tão somente ao acusado discutir questões de direito nas instâncias superiores. De forma que, já haveria o trânsito em julgado e, portanto, deveria ser garantida a prisão do acusado em deferência à higidez do sistema normativo.

Esse foi o entendimento que prevaleceu no Plenário da Suprema Corte e houve, então, a retomada da posição anterior, em que se reconheceu a possibilidade da execução provisória da pena após o exaurimento do segundo grau de jurisdição com o respectivo acórdão condenatório.

No julgamento do HC nº 152.752/PR⁸⁵, o STF foi novamente instado a se manifestar sobre o tema. Na ocasião, o Plenário reafirmou o seu entendimento por uma maioria apertada, de 6 votos a 5, pela possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes mudou o seu entendimento em relação ao voto proferido sobre o mesmo tema em 2016.

Além disso, a ministra Rosa Weber⁸⁶, em seu voto, justificou que apesar de ser pessoalmente contrária à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, conforme externado em seu voto anterior, fundamentou que em respeito ao princípio da colegialidade, não votaria em descompasso com a mais recente jurisprudência do Tribunal. Veja-se parte do referido voto da ministra Rosa Weber⁸⁷:

⁸⁴ BRASIL. op. cit., nota 51.

⁸⁵ BRASIL. op. cit., nota 50.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, avançando à fase da deliberação, na qual as manifestações individuais são postas em confronto e têm sua consistência e validade testadas, para, na etapa seguinte, proclamar-se resultado que expresse a opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo. (...)

Nesse contexto normativo e institucional, reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte.

Também convém apontar alguns argumentos apontados pelo ministro Gilmar Mendes⁸⁸ em seu voto, na medida em que o referido julgador quando do julgamento do HC nº 126.292/SP⁸⁹, teve papel fundamental na mudança de entendimento da Corte sobre o tema, votando favoravelmente à possibilidade do cumprimento da pena a partir da condenação em segunda instância.

O ministro inicia seu voto fazendo uma ressalva no sentido de aclarar que a novel posição do Supremo não indicava que o cumprimento da pena seria uma decorrência lógica da condenação em segunda instância, mas apenas uma possibilidade jurídica. O fenômeno do encarceramento precoce é apontado pelo ministro Gilmar Mendes⁹⁰ como um fator de revisão da conclusão a que chegou anteriormente no voto exarado quando do julgamento do HC nº 126.292/SP:

Contudo, penso que a conclusão daquele julgamento no HC nº 126.292, na linha da argumentação que desenvolvi, poderia ter sido outra. Explico: analisadas diversas situações concretas resultantes daquele julgado, em que tribunais, automaticamente, passaram a determinar a antecipação da execução da pena, verifiquei, e acredito que todos os meus pares também, a ocorrência de encarceramentos precoces, indevidos, em razão de reforma posterior da condenação pelo STJ.

São situações em que, iniciada a execução antecipada da pena a partir do julgamento de segunda instância, esta vem a ser, em recurso especial ou habeas corpus, reduzida com mudança de regime (para o aberto), ou suplantada pela absolvição ou pela extinção da punibilidade pelo Superior Tribunal de Justiça. A título de exemplo, vejamos concretamente alguns casos em que se mostrou indevido o início do cumprimento de pena de prisão imediatamente após a apelação:

1) Na ação penal 0104654-76.1995.403.6181, da Justiça Federal de São Paulo, réu condenado a 5 anos de reclusão, regime semiaberto, teve a sentença confirmada pelo TRF/3ª Região, deflagrando-se automaticamente o início do cumprimento da pena. Porém, em habeas corpus impetrado no STJ (HC nº 317.330/SP), a pena foi reduzida para 4 anos de reclusão, sendo alcançada pela prescrição.

2) Réu condenado e a sentença mantida pelo Tribunal à pena de 5 anos de reclusão, regime inicial fechado, dando-se automaticamente o início do cumprimento da pena. Em agravo em recurso especial no STJ (AREsp 1.195.573-SP), entretanto, a pena foi reduzida para 1 ano e 8 meses de reclusão, regime aberto, sendo a reprimenda substituída por pena alternativa.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ BRASIL. op. cit., nota 51.

⁹⁰ Ibidem.

3) No terceiro exemplo, a alforria do réu veio de embargos declaratórios em agravo tirado de recurso especial analisado pelo STJ (977.341-MG). Aqui o réu foi condenado a uma pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, regime inicial fechado. Deu-se a execução da pena após condenação em segunda instância. O STJ reduziu para 1 ano e 8 meses de reclusão e, diante do quantum aplicado, reconheceu a prescrição. Observe-se que, em todos esses exemplos, os réus respondiam soltos aos respectivos processos. A expedição de mandado de prisão deu-se automaticamente, em razão da simples confirmação da condenação em 2ª instância a partir da leitura errônea que se deu ao entendimento sufragado por esta Corte. A possibilidade virou obrigação!

A possibilidade do encarceramento precoce diante de uma condenação em segunda instância é algo bastante concreto. Além disso, sabe-se que o sistema recursal brasileiro é bastante complexo, cabendo uma série de ações que tem o condão de reverter uma condenação criminal. Quando da análise pelos Tribunais Superiores é sempre possível que uma condenação seja revertida.

Se foi revertida é porque ou o acusado era inocente, ou não havia um conjunto probatório mínimo que permitisse ao júízo condená-lo, ou, ainda, porque se vislumbrou alguma causa de extinção da punibilidade. Não importa a hipótese, para ambos os casos incide, por força constitucional, o princípio da presunção de inocência, na medida em que incumbe à acusação demonstrar a culpa do acusado. E, no preceito constitucional, essa só se encerra com o trânsito em julgado.

Por essa razão, relativizar o conteúdo constitucional do princípio em análise é tão problemático. Primeiro, porque o sistema recursal não se encerra com o julgamento pela segunda instância e, portanto, subsiste a possibilidade legal de se reverter uma condenação. Depois, porque os ditames constitucionais associam ao trânsito em julgado, e não à condenação em segunda instância.

Levando em conta alguma dessas ponderações, uma nova corrente surgiu no Supremo Tribunal Federal.

2.2. A terceira via: cumprimento após o julgamento pelo STJ

Fato interessante a se pontuar é que no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44⁹¹, o ministro Dias Toffoli abriu divergência, apresentando uma posição dita por intermediária entre a possibilidade da execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância e a impossibilidade da mesma. Segundo a

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 44*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

fundamentação do ministro, seria possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, desde que a condenação criminal fosse confirmada ou ocorresse no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque, segundo o ministro⁹²:

O recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou “[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal” (art. 105, III, a e c, CF).

A posição, no entanto, não prevaleceu na ocasião. Apesar disso, em 2018, essa corrente ganhou a adesão do ministro Gilmar Mendes que ao proferir o seu voto durante o julgamento do HC nº 152.752/PR mudou de entendimento, passando a compartilhar da mesma visão encampada pelo ministro Dias Toffoli⁹³.

A controvérsia, como se vê, reside na delimitação do preceito constitucional do trânsito em julgado. Isso porque, seja após o acórdão condenatório de segunda instância, seja após o julgamento do Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça, as duas posições se articulam em torno da definição do que se entende por trânsito em julgado, na medida em que o artigo 5º, LVII da Constituição⁹⁴ permanece dispondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Historicamente, quase todas as Constituições brasileiras só permitiam a prisão com base na formação de culpa. O dispositivo constitucional em vigor é mais enfático ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado”.⁹⁵ Por essa razão, o voto do ministro Teori Zavaski⁹⁶ não se afastou da conceituação do instituto do trânsito em julgado. Igualmente procederam os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

Nesse sentido, a construção jurisprudencial em torno da terceira via é bastante sofisticada. No entanto, está sujeita aos mesmos questionamentos e às mesmas críticas que a execução provisória da pena em segunda instância.

Primeiro, porque os fundamentos para essa possível mudança jurisprudencial são de política criminal, de forma a responder a uma demanda social de combate à impunidade, evitando recursos procrastinatórios e que se proceda a uma execução penal mais célere. O que leva ao seguinte questionamento: se o Poder Judiciário estaria legitimado a estabelecer padrões

⁹² Ibidem.

⁹³ BRASIL. op. cit., nota 58.

⁹⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ BRASIL. op. cit., nota 58.

de política criminal e se ao responder aos “sentimentos da sociedade”, o Supremo estaria agindo de acordo com a função contramajoritária que se espera de uma Corte Constitucional.

Depois, porque o texto constitucional permanece o mesmo, ou seja, continua prevendo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Dito isso, há uma questão subjacente, qual seja, se a interpretação do texto constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal estaria, de alguma maneira, vinculada ao princípio da vedação ao retrocesso, ou efeito *cliquet*.

2.3. A possibilidade de aplicação da vedação ao retrocesso ao Poder Judiciário

Segundo definição de Canotilho⁹⁷, o efeito *cliquet* ou a vedação ao retrocesso equivale a dizer que os direitos humanos não podem retroceder, de forma que só podem avançar para proteger os indivíduos, sendo, portanto, inconstitucional qualquer medida tendente a abolir os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios.

Não obstante referir-se a direitos sociais, deve-se levar em consideração que a origem desse instituto remonta ao Conselho Constitucional francês e que de acordo com a jurisprudência desse órgão, a vedação ao retrocesso se aplica também aos direitos de liberdade, não sendo possível a revogação de uma lei garantidora de liberdades individuais sem a substituição por outra que lhe ofereça em condições equivalentes⁹⁸.

Nesse sentido, convém destacar que os direitos fundamentais possuem como uma de suas características a historicidade, isso é, a cada momento histórico novos direitos fundamentais são revelados. Por essa razão há uma divisão em dimensões (ou gerações), inclusive para melhor compreensão a título didático. Ainda assim, a vedação ao retrocesso ou efeito *cliquet* é aplicável a todas as dimensões e não apenas à segunda dimensão, a dos direitos sociais.

Embora não esteja expressamente previsto no texto constitucional, como ocorre com a presunção de inocência, a vedação ao retrocesso é um princípio implícito. O que não retira a sua importância, muito pelo contrário. Além de comportar limites à atuação legislativa, a vedação ao retrocesso traz limites ao Poder Constituinte originário, de forma que uma nova

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 268.

⁹⁸ GARCIA, Carla Rosane Pesegoginski. *Princípio da vedação do retrocesso: “efeito cliquet”*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

ordem constitucional não poderá retroceder em comparação à ordem anterior em matéria de direitos fundamentais.

Questão interessante para reflexão é se o Poder Judiciário, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, estaria autorizado a retroceder a interpretações que restrinjam direitos fundamentais que já foram interpretados extensivamente anteriormente.

Antes de qualquer coisa, há que se reconhecer a liberdade interpretativa dos Tribunais, sendo esse o seu ofício. Não obstante, considerando que o Poder Constituinte originário é a manifestação mais latente da soberania popular e que é um Poder condicionado, dentre outros fatores, pelo efeito *cliquet*, afigura-se razoável reconhecer que essas condicionantes também possam incidir sobre decisões judiciais inerentes ao controle concentrado de constitucionalidade que levem a interpretações mais restritivas de direitos fundamentais.

O fato de circunscrever essa limitação ao controle concentrado de constitucionalidade tem uma razão de ser, já que é por meio das ações do controle concentrado que se produzem efeitos vinculantes e *erga omnes*. Se bem que, em decorrência do acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso por parte do Supremo Tribunal Federal⁹⁹, a declaração incidental de inconstitucionalidade também goza de efeitos vinculantes e *erga omnes*, de forma que também estaria abarcada.

Não reconhecer a vedação ao retrocesso nas decisões que geram efeitos somente entre as partes é garantir a independência dos magistrados e o livre convencimento motivado em perfeita harmonia com ao princípio do duplo grau de jurisdição e a divisão de competências entre os órgãos julgadores.

Por outro lado, estabelecer limites não significa promover uma cultura autoritária, é justamente o oposto. Nesse sentido, a teoria da tripartição dos Poderes, desde Aristóteles até Montesquieu, nasceu com esse objetivo, frear o autoritarismo. Reconhecer uma possível limitação constitucional à luz do princípio da vedação do retrocesso ao Poder Judiciário em matéria de direitos fundamentais se coaduna, ainda, com uma postura de promoção desses mesmos direitos, além, é claro, de afastar a insegurança jurídica residente em uma cultura de mudança jurisprudencial atrelada a alterações na composição do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, se a vedação ao retrocesso é aplicável ao Poder Legislativo, por uma questão de paralelismo e simetria, por que não reconhecer a sua aplicação também às referidas decisões judiciais?

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n° 886*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 24 out. 2019.

Por mais que a jurisprudência do STF até 2009 foi mansa no sentido de possibilitar a execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância, com a mudança do entendimento do Tribunal em 2009, se passou a adotar uma interpretação mais garantista da presunção de inocência, ampliando o alcance do dispositivo constitucional e, por consequência, da garantia individual.

Dessa maneira, não parece razoável que, posteriormente, o mesmo Tribunal retorne a um *status quo ante* prejudicial sob o ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais, contrariando a clareza do texto constitucional que diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, bem como dos dispositivos da legislação infraconstitucional de constitucionalidade espelhada: o artigo 283 Código de Processo Penal¹⁰⁰, bem como os artigos 105, 147 e 171 da Lei de Execução Penal¹⁰¹.

2.4. A efetividade da prestação jurisdicional em face das garantias do imputado

Um dos argumentos mais citados pelos que defendem a execução provisória da pena é que a morosidade promovida pelo complexo sistema recursal brasileiro acaba por comprometer a efetividade da prestação jurisdicional do Estado ou, mais especificamente, a efetividade da lei penal. Por certo que é legítima a preocupação com uma efetiva prestação jurisdicional, sobretudo porque se insere no âmbito dos princípios democráticos que norteiam o processo penal.

Não obstante, tal preocupação não pode militar em proveito exclusivo da efetividade jurisdicional em detrimento da garantia fundamental que o acusado possui de ser tratado como inocente até o trânsito em julgado, e não apenas até o julgamento em segunda instância.

Nesse sentido é o entendimento do ministro Celso de Mello constante do voto proferido na Medida Cautelar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44¹⁰²:

Eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motiva pela prodigalização de meios recursais, culminando por gerar no meio social a sensação de impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa prerrogativa básica que frustra o sentimento de justiça dos cidadãos ou que provoca qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário. A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de racionalidade ao modelo recursal,

¹⁰⁰ BRASIL. op. cit., nota 74.

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹⁰² BRASIL. op. cit., nota 91.

mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático.

Lembre-se que, conforme já mencionado nesse trabalho, a presunção de inocência possui três principais manifestações integradoras¹⁰³ que subsistem até o trânsito em julgado. A prestação jurisdicional efetiva não se perfaz no encarceramento do acusado ou, melhor dizendo, na execução provisória da sua pena. Isso porque o Estado não tem interesse na condenação nem na execução da pena, mas em promover um julgamento justo consoante os direitos e garantias fundamentais.

Se demonstrada a culpa após o trânsito em julgado do devido processo legal, por certo que a efetividade jurisdicional significará a execução da pena. Caso contrário, a absolvição é medida que se impõe. E, sendo o caso, não se pode dizer que a prestação jurisdicional não foi efetiva, pois, reitera-se, o Estado não tem interesse na condenação do acusado.

2.5. O cumprimento provisório de sentença X a execução provisória da pena

Avançando no estudo do trabalho, convém trazer à baila um comparativo da execução provisória da pena com o instituto do cumprimento provisório de sentença, previsto nos artigos 520 a 522 do Código de Processo Civil¹⁰⁴.

Ainda que a lógica do Processo Civil não se aplique inteiramente ao Processo Penal e vice-versa, o referido instituto pode servir de amparo para uma melhor compreensão sobre os efeitos irreversíveis causados pela execução provisória da pena.

Especificamente sobre o tema, Fredie Didier Jr.¹⁰⁵ define o instituto do processo civil da seguinte maneira:

O cumprimento provisório de sentença permite que o vencedor busque a efetivação de uma decisão que lhe foi favorável, ainda que tenha sido impugnada por recurso. Justifica-se como forma de compensá-lo pelo fato de o vencido ter recorrido. Além disso, desestimula a interposição de recursos meramente protelatórios, no intuito de postergar indefinidamente o início da atividade executiva; sem o efeito suspensivo, o recurso não impede a realização de atividade executiva.

¹⁰³ TORRES. op. cit., nota 38.

¹⁰⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 jun. 2019.

¹⁰⁵ DIDIER Jr., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*, 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 502.

Daí que o cumprimento provisório caberá quando se tratar de títulos judiciais que forem impugnáveis por recurso cível desprovido de efeito suspensivo, devendo destacar que qualquer tipo de decisão judicial poderá ser impugnável. Não sendo cabível, no entanto, se for atribuído efeito suspensivo por meio de decisão judicial¹⁰⁶.

Segundo dispõe o artigo 520, I do Código de Processo Civil¹⁰⁷ a execução se dá por iniciativa e responsabilidade do exequente, o qual estará obrigado a reparar os danos sofridos pelo executado na hipótese da sentença ser reformada. Sobre o assunto, Alexandre Câmara¹⁰⁸ esclarece que em relação à responsabilidade do exequente em indenizar danos indevidamente suportados pelo executado são de natureza objetiva, ou seja, independe de culpa.

O que é de interesse quando da análise desse instituto é a hipótese de reforma ou anulação do título executivo provisório que embasa o cumprimento provisório, isso porque, segundo o regramento processual civil, haverá o retorno ao estado anterior, extinguindo a execução na forma do artigo 520, II do Código de Processo Civil¹⁰⁹.

Ocorrendo o retorno ao estado anterior, eventuais prejuízos que o executado tenha suportado serão liquidados nos próprios autos da execução. Não obstante, pode ser que o retorno não se dê de forma integral, uma vez que não se procederá ao desfazimento de atos de transferência de direito real que já tenham sido efetuados, garantindo-se, porém, a reparação de qualquer prejuízo sofrido¹¹⁰, conforme disposto no artigo 520, IV do Código de Processo Civil¹¹¹.

Como se disse, a responsabilidade do exequente é objetiva, no entanto, a forma do ressarcimento vai depender da natureza da prestação, que poderá ser de quantia certa; de entrega de coisa; de fazer; ou de não fazer.

Na prestação de pagar quantia ocorrerá a devolução dos bens, se adjudicado pelo exequente, bem como dos valores expropriados na execução, além de indenização pelo período em que o executado não pôde fruir o bem ou então foram causados danos à coisa restituída. Na eventual hipótese dos bens terem sido transferidos para terceiros, o executado será indenizado.

Em sendo prestação de entrega de coisa o exequente deverá restituir o bem ao executado, além de recompensar eventuais danos que tenha causado à coisa. Na eventual

¹⁰⁶ Ibidem, p. 503.

¹⁰⁷ BRASIL. op. cit., nota 104.

¹⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2017, p. 366.

¹⁰⁹ BRASIL. op. cit., nota 104.

¹¹⁰ DIDIER Jr., op. cit., nota 105, p. 512-513.

¹¹¹ BRASIL. op. cit., nota 104.

hipótese de ter sido transferido a terceiro, o executado além de ser ressarcido pelo valor equivalente, receberá uma indenização referente ao período em que não pôde fruir a coisa.

Já na prestação de fazer ocorrerá o desfazimento da prestação positiva por conta e risco do exequente, retornando ao estado anterior se possível, além de uma indenização por danos sofridos que deverá ser paga ao executado. Não sendo possível, o executado deverá ser reembolsado pelo valor pecuniário equivalente.

Por fim, no caso de prestação de não fazer, o exequente deverá, na medida do possível, recompensar o executado de forma a eliminar os efeitos pelos prejuízos experimentados por este¹¹².

Convém destacar que é possível cumular o pagamento de indenização por danos morais nas quatro modalidades supracitadas na hipótese da execução ter ofendido a honra do executado¹¹³.

Há ainda outro aspecto do cumprimento provisório a ser analisado, qual seja, a caução, que segundo definição de Fredie Didier Jr.¹¹⁴, constitui um legítimo instrumento de contrapeso com a finalidade de assegurar a responsabilidade patrimonial do causador do dano, de forma a ser uma cautela contra o risco que decorre de uma execução provisória de um provimento judicial.

A finalidade da caução é para que o exequente possa: a) levantar depósito em dinheiro; b) praticar atos relativos a transferência de posse, alienação de propriedade ou outro direito real; c) praticar atos que possa resultar em grave dano ao executado¹¹⁵.

Isso se justifica pela excepcionalidade do instituto, ao conciliar interesses contrapostos e permitir que o exequente que possui uma decisão que lhe é favorável possa proceder ao seu cumprimento, ainda que provisório.

Por outro lado, justamente pelo caráter não-definitivo dessa decisão, há essa garantia ao executado, de forma que, se o recurso interposto lhe for favorável, haja a possibilidade de se retornar ao estado anterior.

Especificamente no que diz respeito à caução, o artigo 521 do Código de Processo Civil¹¹⁶ prevê quatro hipóteses de dispensa da caução, sendo elas: a) crédito de natureza alimentar, qualquer que seja a sua origem; b) quando o credor demonstrar situação de necessidade; c) quando estiver pendente de agravo do artigo 1.042 do Código de Processo

¹¹² DIDIER Jr., op. cit., nota 105, p. 515-516.

¹¹³ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo de Execução* Parte Geral, 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 442.

¹¹⁴ DIDIER Jr., op. cit., nota 105, p. 516.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ BRASIL. op. cit., nota 104.

Civil¹¹⁷; e, por fim, d) quando se tratar de decisão com base em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou em acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos¹¹⁸.

Como já se disse, o Supremo Tribunal Federal a partir de 2016 mudou sua jurisprudência passando a permitir a execução provisória da pena sob o argumento de que a decisão em segunda instância findaria a análise dos fatos e das provas, de tal forma que a culpa do acusado estaria assentada. Especificamente sobre o tema, o voto do ministro Teori Zavaski¹¹⁹ entendeu que eventual Recurso Especial ou Recurso Extraordinário restringe-se a mera questão de direito, não possuindo, pois, efeito suspensivo, mas apenas devolutivo.

Ocorre que o bem jurídico restringido por meio da execução provisória da pena é a liberdade do acusado. E, diferentemente do que se passa no cumprimento provisório de sentença, não há qualquer contracautela em benefício do acusado, como há em benefício do executado em caso de reforma da decisão no âmbito processual civil.

Nesse sentido é importante apontar para diferença insuperável que Carnelutti¹²⁰ apontava entre o processo civil e o processo penal, justificando que enquanto o primeiro trata do ter, o segundo se ocupa do ser. Juarez Cirino¹²¹ também pontua as diferenças existentes entre o Processo Penal e o Processo Civil:

O processo penal não se constitui processo de partes livres e iguais – como o processo civil, por exemplo, dominado pela liberdade de partes, em situação de igualdade processual –, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os autores considerados culpados.

De se concluir, pois, que os efeitos de uma execução provisória da pena são irreversíveis, uma vez que ao contrário do Processo Civil, no Processo Penal não há como devolver o tempo ao imputado que teve seu recurso acolhido pelos Tribunais Superiores após a execução provisória da pena¹²².

Essa desigualdade se torna problemática na medida em que o raciocínio que embasou a alteração jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal tem seu fundamento não no Código de Processo Penal, que expressamente veda a prisão antes do trânsito em julgado, na forma do

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ DIDIER Jr., op. cit., nota 105, p. 517-519.

¹¹⁹ CONJUR. HC nº 126.292/SP. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2019.

¹²⁰ CARNELUTTI apud LOPES JR., op. cit., nota 11, p. 37-39.

¹²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 655.

¹²² LOPES JUNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

artigo 283¹²³, mas em um raciocínio baseado na lógica processual civilista que, em regra, não atribui aos Recursos Especial e Extraordinário efeito suspensivo, conforme se depreende do artigo 1.029, §5º do Código de Processo Civil¹²⁴.

Como se viu, a execução provisória no processo civil possui contornos patrimoniais e para não causar danos irreversíveis ou de difícil reparação ao executado, prevê a sistemática da caução. Já na execução provisória no processo penal, não há qualquer caução ao acusado, que terá a sua liberdade restringida antes do trânsito em julgado e, portanto, receberá tratamento análogo a de culpado a partir de então. E, ainda em caso de posterior absolvição, não terá qualquer compensação pelo tempo que cumpriu provisoriamente a pena.

É bem verdade que é impossível o retorno ao estado anterior considerando que a privação da liberdade é um bem que não se restitui. Não obstante, já que se adotou um procedimento que guarda semelhanças com o instituto do processo civil, por que não se adotou na execução provisória da pena uma compensação pecuniária ao acusado que foi preso a partir de acórdão condenatório proferido em segunda instância e, em Recurso Especial ou Extraordinário, foi absolvido?

Esse questionamento, por exemplo, dá razão àqueles que criticam a teoria geral do processo, na medida em que tal teoria é, na verdade, calcada em uma lógica própria do Processo Civil. Carnelutti¹²⁵ costumava fazer uma analogia do Processo Penal com a Cinderela, isto é, a irmã preterida que usa as vestes que não foram feitas para ela, mas para a irmã favorita, que representa o processo civil:

Todo um erro de pensar, que podem ser transmitidas e aplicadas no processo penal as categorias do processo civil, como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã preterida. É a velha falta de respeito, a que se referia Goldschmidt, às categorias jurídicas próprias do processo penal.

(...)

São a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e o penal.

Cinderela é uma boa irmã, adverte o mestre italiano, e não aspira a uma superioridade em relação às outras, senão unicamente a uma afirmação de paridade. O processo civil, ao contrário do que sempre se fez, não serve para compreender o que é o processo penal: serve para compreender o que não é.

Daí por que basta de teoria geral do processo¹²⁶.

Com as devidas vênias, o argumento segundo o qual a matéria se restringe a mera questão de direito é insuficiente, na medida em que, ainda que a absolvição se dê pela ocorrência

¹²³ BRASIL. op. cit., nota 74.

¹²⁴ BRASIL. op. cit., nota 104.

¹²⁵ LOPES JUNIOR. op. cit., nota 11.

¹²⁶ Ibidem, p. 38-39.

da prescrição ou por uma dosimetria incorreta que imputou ao acusado o cumprimento de pena em um regime fechado, quando na verdade deveria ocorrer no semiaberto já demonstra que houve um erro inescusável e incompatível com o sistema garantista que a Constituição Federal assegura.

Isso porque na sistemática de um Estado Democrático de Direito deve vigorar a frase de Voltaire, segundo a qual “é melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente”¹²⁷, o que se coaduna com os princípios do *in dubio pro reo*, bem como da presunção de inocência, ambos prestigiados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A ausência de uma contracautela para a execução provisória da pena é mais um fato que denota a incompatibilidade desse instituto com a presunção de inocência e a sistemática garantista. E nesse sentido, não se entende que deveria haver uma previsão nesse sentido, por mais que seria mais coerente importar a lógica processual civilista em sua inteireza.

O que resta demonstrado é que ao relativizar a presunção de inocência em face de alegada concretização da efetividade da função jurisdicional penal não se está apenas esvaziando o conteúdo nuclear do primeiro princípio, mas também colocando em xeque todo o sistema garantista constitucional foi uma escolha política¹²⁸ do constituinte na Carta Cidadã de 1988.

¹²⁷ VOLTAIRE, Pierre Augustin Caron de Beaumarchais; CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat *Œuvres complètes de Voltaire*: V. 44. Paris: Société littéraire-typographique, 1785, p. 25.

¹²⁸ No mesmo sentido entende BITENCOURT, op. cit., nota 21, p. 51-52.

3. O STF COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

A ideia do juiz, e do Judiciário, como boca da lei, não faz mais sentido no pós-positivismo. Se na experiência internacional é possível apontar a Lei Fundamental de Bonn de 1949 e a Constituição italiana de 1947 como marcos filosóficos do pós-positivismo, no Brasil esse movimento é identificado com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, que para além de ser mais um diploma normativo, deu novo protagonismo ao direito constitucional, o qual doravante passou a gozar de irrefutável força normativa, abandonando a velha visão da Constituição como carta política¹²⁹.

Na trajetória brasileira, é bem verdade que o controle de constitucionalidade não nasceu com Constituição de 1988. No entanto, é inegável que a partir dela se passou a ter um protagonismo nunca antes visto. O alargamento do rol dos legitimados para a propositura das ações do controle de constitucionalidade concentrado foi uma das grandes inovações, isso porque a Constituição de 1967 estabelecia apenas o Procurador-Geral da República como legitimado, na forma do artigo 114, inciso I, alínea 1¹³⁰.

A Constituição de 1988, por sua vez, passou a permitir que essas ações sejam propostas pelo presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, pela Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelo governador de Estado ou do Distrito Federal, pelo procurador-geral da República, pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação no Congresso Nacional, e por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, segundo disposto no artigo 103, em seus incisos I a IX¹³¹.

Outra inovação é a expansão de direitos e garantias fundamentais, sendo que muitos desses direitos se inserem na chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais, que para serem efetivados, necessitam de uma atuação positiva do Estado. Ocorre que, muitas vezes, diante da omissão do poder público, questões envolvendo esses direitos terminam no Judiciário para receber uma solução adequada.

A experiência brasileira no tocante ao ativismo judicial surge por expressa previsão do constituinte originário, que incumbiu ao Poder Judiciário o *múnus* fiscalizatório e concretizador, se necessário, dos direitos previstos na Constituição. De forma que se pode

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 246.

¹³⁰ BRASIL. op. cit., nota 49.

¹³¹ BRASIL. op. cit., nota 1.

considerar que é um caso singular, não seguindo o exemplo de outros países em que o ativismo decorreu da atuação dos magistrados juízes¹³².

Quando se fala em incumbência do Poder Judiciário, não se está a limitar o campo de atuação apenas ao Supremo Tribunal Federal, isso porque no ordenamento jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade se dá tanto pela forma concentrada, com efeitos *erga omnes*, este sim realizado exclusivamente pelo Supremo, mas também pela forma difusa, com efeitos *inter partes*, em que cada juízo singular ou tribunal estão autorizados a reconhecer a inconstitucionalidade.

É nesse panorama que a Corte Constitucional pós-1988 está inserida. E como guardiã da Constituição, passou a ser instada com maior frequência a se manifestar sobre temas sensíveis à vida nacional, dando ensejo ao chamado ativismo judicial.

3.1. A concepção tripartite dos poderes e o ativismo judicial

Muito embora a teoria tripartite seja comumente atribuída a Montesquieu¹³³, dois importantes teóricos lhe precederam sobre o tema, formando uma sólida e importante base teórica sobre a necessidade da divisão dos poderes para se evitar o despotismo e a tirania. Sendo eles Aristóteles e John Locke, muito embora não sejam os únicos.

Na Antiguidade grega, Aristóteles é talvez o mais notável teórico sobre a concepção tripartida das funções do Estado. Seguindo a tradição de seu mestre, Platão, Aristóteles se preocupou em investigar qual a forma de governo capaz de proporcionar maior felicidade aos seus cidadãos.

Em sua obra “A política”, examinou as formas de governo nas diversas constituições contemporâneas ao seu tempo. Afirmou que em todo governo há pelo menos três poderes essenciais: o poder deliberativo, segundo o qual atua sobre os negócios do Estado; o Poder Executivo, que compreende as magistraturas ou poderes constituídos, sendo aqueles que o Estado necessita para agir; e, finalmente, o Poder Judiciário, responsável pelos cargos jurisdicionais¹³⁴.

¹³² VIANNA, Luiz Werneck. O ativismo judicial mal compreendido. *Boletim CEDES* [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 3. Disponível em: <<http://www.cedes.iuperj.br>. ISSN: 1982-1522>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹³³ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹³⁴ ARISTÓTELES. *A política*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019 [ebook].

Já na Idade Moderna, o filósofo inglês John Locke¹³⁵ em sua obra “O Segundo Tratado do Governo Civil”, também apresentou uma divisão dos poderes em: Poder Legislativo, com competência para fazer as leis; Poder Executivo, que possui a competência para executar as leis; Poder Federativo da Comunidade Civil, o qual tem a missão de assegurar a execução sem descontinuidade da lei.

Finalmente, há a mais célebre teoria tripartite, a de Charles-Louis de Secondat, o barão de La Brède e de Montesquieu. Em “O Espírito das Leis”, Montesquieu aprimorou a teoria tripartite de Locke, de forma que saiu o Poder Federativo da Comunidade Civil e entrou o Poder Judiciário, responsável por dirimir conflitos, pois entendia que se o juiz concentrasse o poder de legislar e de aplicar a lei, isso levaria a conformação de uma instituição arbitrária.

Sobre a importância da concepção tripartite dos poderes do Estado, Montesquieu¹³⁶ escreveu que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

Durante a segunda metade do século XX, o constitucionalismo liberal se debruçou sobre a importância da organização dos poderes e a respectiva distribuição de competências. Mesmo com a queda do positivismo e o advento do pós-positivismo, a temática da separação dos poderes permaneceu como um legado da escola francesa, sendo incorporado pela tradição do Estado de Direito¹³⁷.

Com a teoria da separação dos poderes, também conhecida como sistema de freios e contrapesos, há uma atuação recíproca dos poderes, de forma que, dentro de suas competências, limitar-se-ão de forma a impedir arbitrariedades.

Nesse sentido, no que compete especificamente a atuação do Poder Judiciário, há dois fenômenos a se observar nos países de tradição democrática, os quais se desenvolvem de forma pendular: o ativismo judicial e a autocontenção judicial.

Segundo Luís Roberto Barroso¹³⁸, o ativismo judicial se traduz em uma participação maior do Judiciário na concretização dos valores constitucionais, incidindo de forma mais sensível na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Esse fenômeno se traduz por meio da aplicação da Constituição em situações não previstas expressamente em seu texto e sem que o legislador ordinário tenha se manifestado; pela declaração de inconstitucionalidade de atos

¹³⁵ LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo civil*. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹³⁶ MONTESQUIEU. op. cit., nota 133.

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 33. ed., atual., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 616-617.

¹³⁸ BARROSO. op. cit., nota 129, p. 284-285.

normativos baseados em critérios menos rígidos que a patente violação da Constituição; bem como pela imposição de abstenção ou concretização de políticas públicas pelo Poder Público.

Já a autocontenção se caracteriza pela redução da interferência judicial nos outros Poderes, de forma que o Poder Judiciário evita aplicar a Constituição em situações que não sejam de sua área de atuação, aguardando a manifestação do Poder Legislativo sobre o tema; se vale de critérios rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; bem como não se imiscui na tarefa de definir políticas públicas quando provocado¹³⁹.

É comum se criticar o ativismo judicial por representar um precedente perigoso, uma vez que tem a capacidade de transformar o Judiciário em legislador por via reflexa e, portanto, usurpar a competência legislativa. Por outro lado, há uma tendência mais proativa, segundo a qual o ativismo é banalizado, quase que de forma a se ignorar a produção legislativa em detrimento das decisões judiciais.

O ativismo, no arcabouço constitucional contemporâneo não se propõe a assoberbar um Poder em detrimento do outro, o que decerto comprometeria o sistema de freios e contrapesos proposto por Montesquieu e que está sedimentado no artigo 2º da Constituição da República¹⁴⁰, que prevê a harmonia e independência entre os Poderes. A finalidade do ativismo não é outra senão extrair da Constituição sua máxima efetividade sem, contudo, invadir a competência de outros Poderes¹⁴¹.

É preciso dizer que o Judiciário não age de ofício, mas somente quando é provocado. Portanto, quando se fala em ativismo judicial não se trata de uma atuação por iniciativa própria do Poder Judiciário, mas uma postura mais proativa quando da solução de um conflito que lhe é trazido pelos jurisdicionados.

Especificamente sobre o tema, pode-se dizer que o ativismo é um fenômeno que foi favorecido pelo espírito da Constituição da República de 1988, na medida em que ampliou o rol de legitimados para as ações do controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo. Mas também pela opção constituinte de uma visão garantista dos direitos fundamentais, o que demanda, por certo, a sua concretização. E o Poder Judiciário é o meio por meio do qual o cidadão encontra a possibilidade de reivindicar aquilo que entende ser o seu direito, de tal forma que a ampliação do acesso ao Judiciário, traduziu-se, como não poderia deixar de ser, no aumento do número de ações.

¹³⁹ Ibidem, p. 286.

¹⁴⁰ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁴¹ BARROSO. op. cit., nota 129, p.286.

Paralelamente a isso, com a redemocratização, além do acesso ao Judiciário a sociedade civil passou a cobrar por uma prestação jurisdicional mais efetiva, isso é, a justiça em seu aspecto meramente formal já não era o bastante, passou a se demandar justiça no sentido substancial, sobretudo no reconhecimento de direitos.

Um clássico exemplo é o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712¹⁴², em que foi declarada a omissão legislativa do Congresso Nacional em relação ao dever constitucional para editar a lei regulamentadora sobre o exercício do direito de greve para o setor público.

Naquela ocasião o Supremo entendeu por maioria que a mora legislativa além de abusiva, não é razoável. Decidiu que enquanto perdurar será aplicada a lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada aos servidores públicos.

A decisão é paradigmática, pois demonstra uma novel postura concretista do Supremo em relação ao remédio constitucional do Mandado de Injunção, oferecendo uma solução prática frente a omissão legislativa que provocava um cenário de incerteza jurídica para a greve dos servidores públicos.

Para ilustrar o caso, convém citar Luís Roberto Barroso¹⁴³, que em homenagem a Robert Alexy, abordou o que classifica como os dois papéis do Supremo Tribunal Federal: o contramajoritário e o representativo.

Em relação ao papel contramajoritário, aduz que advém da teoria constitucional, do exercício que se dá em nome da própria Constituição, de defesa das regras do jogo democrático e dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, incumbe ao Supremo, por meio de agentes não eleitos pelo voto popular, declarar a (in)constitucionalidade de leis do Poder Legislativo e de atos do Poder Executivo por meio do mecanismo de controle de constitucionalidade.

Já o papel representativo seria o atendimento por meio do Supremo de demandas sociais que não foram referendados pelo Congresso Nacional. Em defesa desse papel, Luís Roberto Barroso diz que “a capacidade de uma corte constitucional interpretar e levar em conta o sentimento social é positiva e desejável. Em uma democracia todo poder é representativo, vale dizer, deve ser exercido em nome e no interesse do povo, bem como deve contas à sociedade.”¹⁴⁴

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹⁴⁴ Ibidem.

O argumento é razoável e, no caso do Mandado de Injunção funcionou de forma satisfatória, na medida em que regulamentou o direito de greve para os trabalhadores do setor público que estavam desassistidos em decorrência de uma mora legislativa.

Quanto ao papel contramajoritário da Suprema Corte não há qualquer dissonância ao exposto por Luís Roberto Barroso. Já em relação ao suposto papel representativo que leva em conta o “sentimento social”, porém, não se pode concordar, isso porque comportaria uma inequívoca violação à separação de Poderes. Ademais, não se pode conceber que agentes públicos não eleitos interpretem e levem em conta o “sentimento social” sem que haja qualquer chancela por parte do povo.

O Poder Judiciário não é um Poder acima dos outros Poderes. Não se trata de um Poder iluminado que recebeu a missão constitucional de interpretar a vontade popular. Por certo que não se advoga aqui que o Poder Judiciário, pelo simples fato de não ter agentes eleitos, seria um Poder que não goza de legitimidade. O Judiciário é tão legítimo como os outros Poderes para executar as suas atribuições. Por outro lado, é tão ilegítimo como os demais Poderes para executar funções que não lhe foram atribuídas pela Constituição.

A legitimidade das decisões do Judiciário decorre da publicidade, bem como da fundamentação, conforme dispõe o artigo 93, IX da Constituição da República¹⁴⁵. A legitimidade para interpretar e levar em conta o sentimento social, o anseio popular ou o clamor das ruas, porém, não encontra qualquer respaldo constitucional.

Admitir o contrário é chancelar um caminho deveras subjetivo e circunstancial, podendo abrir portas, inclusive, para a discricionariedade arbitrária. Quais os parâmetros para a interpretação desse sentimento? Não se trata aqui do método de interpretação sociológico, que se pauta pela adaptação do sentido da norma legal às realidades sociais. Reconhecer o suposto papel representativo seria admitir que o magistrado atuasse como um intérprete do sentimento da sociedade. E essa não é a missão do magistrado – nem do Poder Judiciário.

Na democracia brasileira a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e, ainda, mediante o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, nos termos do artigo 14 da Constituição da República¹⁴⁶. São essas as formas de expressão populares em uma democracia representativa. Pelo voto, o povo designará os seus legítimos representantes nos Poderes Executivo e Legislativo, que falarão e agirão em nome desse mesmo povo. O Poder Judiciário, porém, não tem seus membros escolhidos pelo povo e, portanto, não representa o povo. O Judiciário representa a lei. Não havendo aí qualquer crítica ou conotação pejorativa.

¹⁴⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁴⁶ Ibidem.

É salutar que assim o seja não só para a harmonia entre os Poderes, mas também para consolidação das instituições democráticas, uma vez que se tem um Poder imune ao populismo, às maiorias de ocasião e aos sentimentos mais imediatistas que emergem da sociedade. Um Poder que pode agir com a tranquilidade e cautela necessárias para tomar decisões independentes, que não estejam pautadas pelo clamor das ruas.

Ao admitir que o Judiciário, mesmo que somente o Supremo Tribunal Federal, possua os papéis contramajoritário e representativo concomitantemente, como solucionar o conflito quando essas funções estiverem em rota de colisão? Quais seriam os critérios de solução de conflito?

No caso da execução provisória da pena, o Tribunal, em 2016, ao mudar sua jurisprudência em relação a 2009, abandonou a função contramajoritária para, diga-se assim, adotar o suposto papel representativo.

Essa postura pode ser inferida, por exemplo, no voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC nº 126.292/SP¹⁴⁷, quando aborda sobre a importância da execução provisória da pena para a quebra do paradigma de impunidade, na medida em que, segundo o ministro, aguardar o trânsito em julgado do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário para executar a pena, enfraqueceria a confiança da sociedade na justiça criminal. De tal forma que “ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal.”¹⁴⁸

É legítimo e democrático que a sociedade tenha as suas demandas e reclame da morosidade do sistema jurisdicional, da corrupção endêmica, dos crimes de colarinho branco, da impunidade e tudo o mais. É igualmente legítimo e democrático que os Poderes constituídos deem respostas eficazes para a solução desses problemas.

Não obstante, a solução é, e sempre deve ser, dentro dos marcos legais e constitucionais. Isso significa que o clamor popular nem sempre está cômico dos limites desses marcos, propondo, por vezes, soluções não só heterodoxas, mas também flagrantemente inconstitucionais.

É precisamente nesses momentos que deve entrar em cena o papel contramajoritário do Judiciário, para afastar os ânimos exaltados e proferir decisões com base na lei e na Constituição. Garantido, e não suprimindo, direitos e garantias fundamentais.

¹⁴⁷ MIGALHAS. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160511-04.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

Lênio Streck¹⁴⁹, ao tratar sobre o tema, diz que a “Suprema Corte não tem nada que ouvir voz das ruas. Primeiro porque ela nem existe. Segundo porque, mesmo que existisse, não tem autoridade. A autoridade é do Direito”.

Por essa razão, com as devidas vênias aos que sustentam em sentido contrário, não se pode conceber que o princípio constitucional da presunção de inocência seja relativizado, dentre outras razões, em virtude de um pretense sentimento social de eficácia da lei penal. O sentimento social não é um argumento jurídico idôneo para afastar a incidência de um princípio constitucional. Nem na teoria dos princípios de Alexy, nem da teoria dos princípios de Dworkin.

Ressaltar a função contramajoritária do Judiciário é afastar o perigo representado pelo populismo judicial. Segundo Gilmar Mendes¹⁵⁰, a Corte Constitucional precisa se manifestar de forma contramajoritária à opinião pública, sendo esse o seu *ethos*. O que significa dizer que não se pode pautar e/ou fundamentar decisões judiciais no clamor popular ou no sentimento das ruas. O Judiciário se vincula às leis e, especialmente, à Constituição, a qual não é apenas guardião, mas também servo.

3.2. O trânsito em julgado no cerne do debate

Diante desse cenário, convém destacar que a postura iluminista do juiz como *bouche de la loi*¹⁵¹ (boca da lei) ficou no passado. Sem embargo, não se pode naturalizar um ativismo *contra legem* que se fundamenta nas maiorias de ocasião e no clamor popular para ressignificar conceitos e institutos “assentados em, literalmente, séculos de estudo e debates doutrinários e jurisprudenciais que integram a dogmática processual”¹⁵², como é o caso do trânsito em julgado.

Por essa razão há que se repisar que trânsito em julgado está intimamente ligado com o conceito de coisa julgada. E coisa julgada, aqui e alhures, não ocorre em segunda instância, mas quando não pender mais recurso sobre aquela decisão. Na definição de José Carlos Barbosa Moreira¹⁵³:

¹⁴⁹ STRECK, Lênio. *Lendas e mitos do senso comum sobre a presunção de inocência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-21/streck-lendas-mitos-senso-comum-presuncao-inocencia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 23 out. 2019.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 2180 [ebook].

¹⁵¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das Leis. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 91.

¹⁵² BADARÓ, Gustavo. *É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145.

Por ‘trânsito em julgado’ entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso.

Liebman¹⁵⁴, por sua vez, define a coisa julgada como a imutabilidade do comando que advém de uma sentença, a qual não se identifica com a simples definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando, mas sim com uma qualidade mais profunda que faz com que o ato, em seu conteúdo e forma, torne-se imutável.

Nota-se que no Direito Comparado há exemplos de Constituições que mesmo prevendo o princípio da presunção de inocência não o condicionaram expressamente ao trânsito em julgado¹⁵⁵.

Há, por outro lado, Constituições que o fizeram¹⁵⁶, como é o caso do Brasil que por opção do constituinte originário estabeleceu o trânsito em julgado como marco temporal para o fim da presunção de inocência. Diante disso, não se pretende promover uma competição entre os sistemas constitucionais para descobrir qual é o melhor. Pelo contrário, com isso se quer dizer que se trata de opções legítimas por parte do Poder Constituinte de cada um desses países, inclusive o brasileiro, que optou por condicionar a presunção de inocência ao trânsito em julgado.

Comparar as diferentes Constituições é uma atribuição própria do Direito Comparado, ramo do direito que ganha cada vez mais importância no mundo globalizado. Não obstante, por mais importante que seja o Direito Comparado, e disso não se discorda, este não tem por condão afastar a supremacia da Constituição, razão por que é inócua certas comparações que pretendem demonstrar, erroneamente, que o Brasil é caso único no mundo e, portanto, a alteração jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal colocaria o país em consonância com o mundo civilizado.

¹⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, p. 54.

¹⁵⁵ É o caso da Constituição Espanhola, que em seu artigo 24.2 diz que “todos têm direito a um Juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não prestar declarações contra si mesmo, a não se confessar culpado e à presunção de inocência”. ESPANHA. *Constitución Española*. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁵⁶ Nesse sentido é o caso da Constituição Italiana, que dispõe em seu artigo 27 que “o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva”. ITÁLIA. *Costituzione Italiana*. Disponível em: <https://www.senato.it/1025?sezione=120&articolo_numero_articolo=27>. Acesso em: 25 set. 2019. Igualmente a Constituição da República Portuguesa, que no artigo 32.2 estabelece que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.” PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art32>>. Acesso em: 25 set. 2019.

Na era da pós-verdade e das *fake news* em que informações distorcidas repetidas à exaustão vão, paulatinamente, sendo incorporadas pelo senso comum, é importante dizer que o Brasil não é o único ordenamento jurídico no mundo que relacionou em seu texto constitucional a presunção de inocência com o trânsito em julgado¹⁵⁷. Por certo que o objetivo desse trabalho não é fazer uma análise do Direito Comparado, ainda assim é preciso ter clareza que os diferentes ordenamentos jurídicos e seus sistemas de Justiça possuem estruturas e lógicas próprias, que em alguns pontos são convergentes e, em outros, não. De forma que as comparações precisam sempre observar o paralelismo. Isso, porém, é trabalho para o Direito Comparado, não para o presente trabalho.

Nesse momento o que importa é ressaltar que apesar dos sistemas que fizeram uma opção distinta da brasileira, a Lei Fundamental vigente no território nacional não é outra senão a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Constituição que expressamente diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁵⁸.

Convém destacar, ainda, que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ou o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, primeira parte¹⁵⁹, dispõe que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” Como se não bastasse a clareza do texto constitucional, a conjugação do referido dispositivo com o artigo 5º, LVII da Constituição da República conduz a conclusão segundo a qual a culpa, invariavelmente, só se demonstra após o momento do trânsito em julgado.

A análise da legislação ordinária reforça ainda mais esse raciocínio, na medida em que o trânsito em julgado é novamente sinalizado como o marco temporal para a execução da pena ou da medida de segurança, em prestígio da presunção de inocência¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Nesse sentido, em que pese não ser uma fonte confiável para os parâmetros acadêmicos é importante constar a título de exemplo que um suposto estudo com título sensacionalista se espalhou pelas redes sociais ao trazer o título: “Na ONU, 193 dos 194 países têm prisão em 1ª ou 2ª instância”. A suposta pesquisa, inclusive, foi replicada por jornais de grande circulação, o que levou Lênio Streck a escrever um artigo contestando-a, conforme consta em: CONJUR. *Jurista e jornalista produzem fake news sobre presunção de inocência*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-26/lenio-jurista-jornalista-fazem-fake-news-presuncao-inocencia>>.

Acesso em: 25 out. 2019. Em sentido oposto, repise-se o que consta na nota 154 sobre exemplos de países que assim como o Brasil relacionaram a presunção de inocência com o trânsito em julgado.

¹⁵⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁵⁹ BRASIL. op. cit., nota 33.

¹⁶⁰ Ibidem.

Nesse sentido, o artigo 283 do Código de Processo Penal¹⁶¹, objeto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 perante o Supremo Tribunal Federal, dispõe o seguinte:

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.

Tal dispositivo foi influenciado, conforme já se disse no Capítulo 2, pela alteração jurisprudencial de 2009 que barrou a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. E, posteriormente, com a edição da Lei nº 12.403 em 4 de maio de 2011¹⁶², que positivou aquele entendimento. Ora, o texto é de clareza inquestionável: não se pode prender antes do trânsito em julgado, ressalvadas as hipóteses de prisão em flagrante, prisão temporária ou prisão preventiva.

O que este dispositivo processual penal passou a dispor não é outra coisa senão a constitucionalidade espelhada do texto constitucional. Lênio Streck, em sustentação oral perante o Supremo Tribunal Federal como *amicus curiae* quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, fez o seguinte questionamento [informação verbal]: “se o artigo 283 espelha a Constituição, seria a Constituição inconstitucional?”¹⁶³ De certo que não.

Acrescentem-se ainda os artigos 105, 147 e 171 da Lei de Execução Penal¹⁶⁴, que também reverenciam o princípio da inocência em relação ao trânsito em julgado. Veja-se.

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

Art. 147 – Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Art. 171 – Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

¹⁶¹ BRASIL. op. cit., nota 74.

¹⁶² BRASIL. op. cit., nota 82.

¹⁶³ STRECK, Lênio. *Sustentação oral nas ADCs nº 43, 44 e 54*, STF. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xCKpehiNrDs>>. Acesso em: 25 out. 2019.

¹⁶⁴ BRASIL. op. cit., nota 101.

O Constituinte de 1987 teve por bem incluir a presunção de inocência expressamente no rol de direitos fundamentais. No plano convencional e na legislação ordinária se seguiu o mesmo caminho. De tal forma que não é razoável reinventar o clássico conceito do trânsito em julgado para afastar uma conclusão cristalina, qual seja, a de que o legislador, seja ele constituinte ou infraconstitucional, optou por condicionar a prisão à uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Goste-se ou não.

Poderia se dizer, é bem verdade, que princípios não funcionam na regra do tudo ou nada, mas de acordo com um mandado de otimização, como se verá adiante. Não obstante, diante da clareza dos dispositivos infraconstitucionais supracitados, os quais funcionam na regra do tudo ou nada, não há o que se afastar. Ou seja, há um mandado de otimização que permanece válido, isto é, o princípio insculpido no artigo 5º, LVII da Constituição da República¹⁶⁵. E, como manifestação de uma constitucionalidade espelhada, há o artigo 283 do Código de Processo Penal e os artigos 105, 147 e 171 da Lei de Execução Penal. De tal sorte que a conclusão a que se pode chegar é que tanto a regra como o princípio são convergentes e o sistema da presunção de inocência, sob o ponto de vista legal é harmônico com a Constituição. A divergência se dá no campo jurisprudencial, o que conduz ao próximo ponto.

3.3. A mutação constitucional à luz dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança

O fenômeno da mutação constitucional ocorre por meio da interpretação dos órgãos estatais, bem como dos costumes e práticas políticas socialmente aceitas. Há uma tensão inerente entre a rigidez constitucional e a plasticidade de suas normas. Sendo que a primeira busca a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a segunda procura adaptar aos novos tempos e às novas demandas sociais o texto constitucional sem que seja necessário a intervenção pelo poder constituinte derivado, o qual tem a incumbência de reformar a Constituição¹⁶⁶.

Há que se dizer, porém, que há limites para a incidência desse fenômeno, de forma a não permitir que a capacidade de adaptação desvirtue o espírito da Constituição. Sendo dois os limites para a mutação constitucional. O primeiro é as possibilidades semânticas que o texto confere ao intérprete, de forma que o intérprete não estaria a autorizado a extrair uma conclusão

¹⁶⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁶⁶ É nesse sentido a opinião de BARROSO. op. cit., nota 129, p. 127-128.

a que o texto não possibilita. A segunda é a preservação dos princípios fundamentais que conferem identidade à Constituição¹⁶⁷.

Dessa forma, estando presentes um ou os dois limites, não há espaço para a mutação constitucional, sendo indispensável a reforma da Constituição por meio do poder constituinte reformador.

Há ainda um terceiro fator, que causa grande controvérsia¹⁶⁸: as alterações produzidas no âmbito da legislação infraconstitucional e seus reflexos em produzir uma nova compreensão do sentido e aplicação da norma constitucional, agindo o legislador, nesse caso, como verdadeiro intérprete da Constituição.

Ocorre que nesse caso há fundadas dúvidas se se estaria diante de um processo de mutação da constituição ou não, em decorrência da hierarquia das normas constitucionais e a possível inconstitucionalidade subjacente à lei inferior que pretende conformar a lei superior.

Ora, o que o Supremo Tribunal Federal fez no julgamento do HC nº 124.292/SP¹⁶⁹, em que passou a readmitir a execução provisória da pena, salvo melhor juízo, não parece se coadunar com as lições de Luís Roberto Barroso, na medida em que se vislumbra a ocorrência dos dois limites apontados pelo autor.

Primeiro em relação à possibilidade semântica, na medida em que o artigo 5º, LVII é de clareza inquestionável ao condicionar a culpa ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, de tal forma que afirmar que o trânsito em julgado se dá em segunda instância para autorizar a execução provisória da pena não é outra coisa senão ultrapassar as possibilidades semânticas que o texto conferiu ao intérprete.

Mas também em relação à preservação dos princípios constitucionais que conferem identidade à Constituição, já que a presunção de inocência não é um princípio qualquer. Ao contrário, integra o rol de direitos fundamentais e, portanto, é cláusula pétrea nos termos do artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal¹⁷⁰.

Sobre a diferença entre regras e princípios, Dworkin ensina que os dois são semelhantes na medida em que estabelecem obrigações jurídicas, ao passo que se diferenciam no maior ou menor grau de vagueza do conteúdo que dispõem¹⁷¹.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 128-129.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 168.

¹⁶⁹ BRASIL. op. cit., nota 60.

¹⁷⁰ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 24.

Nesse sentido, a regra possui um conteúdo mais preciso e delimitado que o princípio normativo, sendo aplicável no modo do tudo ou nada. “Se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão”¹⁷².

Já os princípios se resolvem de forma cotejada, interferindo uns nos outros, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”¹⁷³.

Alexy, por sua vez, entende que os princípios são regras de otimização “que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”¹⁷⁴. Ao passo que as regras ou se cumprem ou não se cumprem, de forma que “se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos”¹⁷⁵.

Essa definição é importante para se atribuir a diferenciação a colisão de regras com a colisão de princípios. Isso porque a colisão de regras se resolve na aplicação de uma regra em detrimento da outra, de forma que uma excepciona a outra.

Em sua obra, Alexy¹⁷⁶ cita o exemplo da regra que diz que os alunos só estão autorizados a sair da sala de aula em determinado horário com a outra regra que prescreve que os alunos deverão sair da sala de aula se o sinal de incêndio tocar. Nesse caso, a segunda regra excepciona a primeira, se resolvendo pela clássica solução de conflitos de antinomia e seus critérios hierárquicos, cronológicos e de especialidade.

Já no caso dos princípios, esses não se resolvem com base nos critérios hierárquicos, cronológicos e de especialidade. A solução será sempre casuística, de forma que o interprete terá que julgar qual princípio terá mais peso que o outro¹⁷⁷.

É sabido que os princípios não funcionam na regra do tudo ou nada, mas podem sofrer mitigações no caso concreto. Não obstante, permitir a execução provisória da pena a partir da segunda instância, com as devidas vênias, não significa uma relativização casuística, mas alterar o conteúdo garantista do princípio a que o Constituinte originário, por legítima opção política, expressamente vinculou ao trânsito em julgado – e não ao duplo grau de jurisdição.

¹⁷² Ibidem, p. 24.

¹⁷³ Ibidem, p. 21.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 87.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 88.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 13. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 75.

Por mais que se reconheça a importância do fenômeno da mutação constitucional, não se tem notícia de que doutrina autorizada a utilize como sucedâneo ao mecanismo formal de reforma dos dispositivos constitucionais¹⁷⁸.

Nesse sentido, se o texto constitucional dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não se pode admitir que o acusado receba tratamento de forma equiparada ao culpado, que pressupõe o trânsito em julgado, muito menos com o cumprimento de pena antecipadamente.

Certamente o princípio da presunção de inocência não é de natureza absoluta, comportando mitigações dada sua natureza *juris tantum*. Dessa forma, o Poder Judiciário está autorizado, no caso concreto, estando presentes os requisitos legais, a se valer das medidas cautelares previstas pelo Código de Processo Penal.

O que não é compreensível é a inversão da lógica do sistema garantista, de forma que a exceção se converta em regra, isso porque a excepcionalidade da prisão cautelar não esvai o conteúdo da presunção de inocência, na medida em que somente ocorrerá diante da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da aplicação da medida. A autorização da execução provisória da pena, por outro lado, reescreve o conteúdo constitucional, ignorando a menção ao trânsito em julgado e substituindo-a, sem expressamente dizer, pelo duplo grau de jurisdição.

Especificamente no caso de decretação de prisão cautelar, convém dizer ainda que a medida funciona como *ultima ratio*¹⁷⁹ dentre as demais possibilidades de medidas cautelares constantes do rol do artigo 319 do Código de Processo Penal¹⁸⁰. Ou seja, o juiz só decretará a prisão cautelar se vislumbrar a insuficiência das demais medidas cautelares. Na execução provisória da pena a prática tem demonstrado que a “possibilidade”, evocada no voto de alguns ministros do STF favoráveis à execução provisória da pena, tem se tornado regra¹⁸¹.

Esse cenário tem especial impacto sobre os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, que, segundo Canotilho, é uma inerência à vida em sociedade,

¹⁷⁸ Luís Roberto Barroso, especificamente sobre o tema, diz que “Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário. As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente”. BARROSO, op. cit., nota 129, p. 128-129.

¹⁷⁹ LOPES JÚNIOR, op. cit., nota 11, p. 602.

¹⁸⁰ BRASIL. op. cit., nota 74.

¹⁸¹ BRASIL. op. cit., nota 90.

possibilitando que o homem planeje a sua vida. Nesse sentido, os referidos princípios resultam na confiabilidade do cidadão frente aos atos ou decisões públicas estatais que incidam sobre os seus direitos¹⁸².

A segurança jurídica é um elemento básico do Estado de direito e se desenvolve em dois principais pontos: a) a estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica, o que significa dizer que ao adotar determinada decisão, não é conveniente ao Estado alterar arbitrariamente essa mesma decisão, só sendo razoável diante de pressupostos materiais relevantes que o autorizem; e b) a previsibilidade ou eficácia *ex ante* da segurança jurídica, que nada mais é que a previsibilidade que os cidadãos possuem em relação aos atos normativos¹⁸³.

É bem verdade que o princípio da segurança jurídica, quando aplicado às decisões judiciais possui uma conotação de proibição de reforma da coisa julgada, desde que não demonstradas razões para a sua reforma, como no caso de revisão de sentença, por exemplo. No que tange a alteração da jurisprudência, não se pode advogar por um direito à manutenção da jurisprudência¹⁸⁴, até porque isso significaria uma mácula indelével ao livre convencimento do juiz e à dialeticidade do direito.

No entanto, não significa dizer que o Poder Judiciário não esteja vinculado aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, nem que esteja autorizado a adotar uma decisão e, tempos depois, alterar arbitrariamente a decisão anteriormente tomada. Nesse sentido, o Código de Processo Civil¹⁸⁵, influenciado pelo sistema da *commom law*, trouxe para

¹⁸² CANOTILHO, op. cit., nota 97, p. 396 [ebook].

¹⁸³ Ibidem, p. 403

¹⁸⁴ Ibidem, p. 404.

¹⁸⁵ BRASIL. op. cit., nota 104. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

o ordenamento pátrio a figura dos precedentes, representando a preocupação do legislador com a estabilidade das decisões judiciais. A matéria é disciplinada no artigo 927 do Código de Processo Civil¹⁸⁶.

Diante desse cenário, duas posturas devem ser rechaçadas: o Judiciário mudar sua jurisprudência tão somente para atender o clamor das ruas ou promover uma alteração que se fundamenta na mudança da composição dos membros da Corte. Isso porque os dois motivos colocam em risco tanto o papel pacificador e institucional do Supremo no mecanismo de freios e contrapesos, como também o seu caráter republicano.

Se a jurisprudência de um Tribunal mudar sempre que sua composição mudar, não só as noções de jurisprudência e de segurança jurídica ficam prejudicadas, mas até mesmo o instituto da coisa julgada, já que bastaria a composição do Tribunal mudar para suscitar a matéria novamente, de certo que com uma roupagem diferente.

A ministra Rosa Weber se manifestou sobre o tema em seu voto no HC nº 152.752/PR¹⁸⁷:

Anoto, em segundo lugar, questão que antecede, ontologicamente, o próprio dimensionamento da garantia fundamental assegurada no art. 5º, LVII, da Constituição, objeto do mérito, que diz com a segurança jurídica, segurança jurídica que, na minha compreensão, mais do que um princípio, consiste em um valor ínsito à democracia, ao Estado de Direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. Nesse enfoque, a imprevisibilidade, segundo entendo, por si só qualifica-se como elemento capaz de degenerar o Direito em arbítrio. Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o Tribunal como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural.

Entender o Tribunal como instituição, respeitando a sua jurisprudência e os precedentes parece ser um dos maiores desafios em tempos de ativismo judicial. Manter-se firme na missão institucional, rejeitando os clamores das ruas e reafirmando os direitos e garantias fundamentais, inclusive de forma contramajoritária, é o único caminho para o fortalecimento das instituições, bem como do Estado Democrático de Direito, já que fora da legalidade não há salvação.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 152.752/PR*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, cumpre dizer que o debate acerca da execução provisória da pena à luz do princípio da presunção de inocência se desenvolveu como uma resposta à sensação de impunidade, de forma a proporcionar uma maior efetividade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, as guinadas jurisprudenciais estiveram muito mais relacionadas com anseios populares e mudanças na composição da Suprema Corte do que especificamente com discussões constitucionais.

Em muitas ocasiões se olvidou que a Constituição de 1988 condicionou expressamente a execução da pena à uma decisão transitada em julgado, ou seja, irrecorrível. E que o legislador ordinário mudou o Código de Processo Penal em seu artigo 283 para dizer que “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”. E o fez logo após o Supremo Tribunal Federal entender por inconstitucional a execução provisória da pena no julgamento de 2009.

Ainda assim, o mesmo Supremo voltou atrás dessa posição e em 2016 entendeu que a execução provisória da pena era constitucional. Contudo três anos depois, em 2019, foi concluído que o citado artigo 283 do Código de Processo Penal é constitucional e, portanto, que a execução provisória da pena é flagrantemente inconstitucional.

Dessa forma, é importante traçar um paralelo entre a execução provisória da pena e o cumprimento provisório de sentença demonstrando que é uma comparação desproporcional. Isso porque a liberdade do indivíduo não pode ser tratada da mesma forma que o seu patrimônio por uma razão muito singela: o patrimônio se repõe, ao passo que a liberdade perdida, não. Além disso, vale ressaltar que no cumprimento provisório de sentença há garantias ao executado, ao passo que na execução provisória da pena não há garantia alguma ao acusado.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem a missão de guarda da Constituição, zelando pelo seu pleno cumprimento. Dentre as suas atribuições, porém, não está a de intérprete do sentimento social, do anseio popular ou do clamor das ruas. Há de se reafirmar que o Judiciário, como poder não eleito, não pode ficar refém das maiorias de ocasião sob o risco de se cair em um perigoso populismo judicial. Por conseguinte, não é só desejável, mas também necessário, que muito das vezes o Judiciário aja de forma contramajoritária na defesa dos direitos de minorias, bem como da ordem constitucional.

Dito isso, convém lembrar que a presunção de inocência não se deu, historicamente, de forma evolutiva. Ao contrário, sua construção se deu de forma não-linear, de forma que sempre que concepções autoritárias cresciam no seio da sociedade, o princípio sofria relativizações, quando não era totalmente ignorado. Ao passo que quando concepções libertárias cresciam, o princípio era fortalecido.

A execução provisória da pena no Direito brasileiro, por outro lado, ganhou um novo contorno com o advento da Constituição de 1988, que em seu artigo 5º, LVII, pela primeira vez, previu expressamente a presunção de inocência, condicionando-a ao trânsito em julgado. A partir de então, construiu-se um novo paradigma que irradiou por todo o ordenamento jurídico.

Reconhecer a efetividade constitucional da presunção de inocência, portanto, passa por uma compreensão integral do ordenamento jurídico brasileiro à luz do que diz a Constituição, e não o contrário. Isso porque são os demais diplomas normativos que precisam se conformar à Constituição, dada sua primazia hierárquica.

E à Suprema Corte, especificamente, cabe o ofício de guarda da Constituição. Por essa razão é importante que a jurisprudência da Corte seja coerente, a fim de promover a segurança jurídica e o fortalecimento de uma concepção institucional do Tribunal, de forma que as mudanças de entendimento, inerentes à atividade judicante, estejam fundadas em razões de fato e de direito, e não apenas às alterações na composição dos seus membros.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. *A política*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019 [ebook].

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. *É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>>. Acesso em: 25 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

BATOCHIO, Roberto. *Sustentação oral no HC nº 152.752/PR*, STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/leia-sustentacao-oral-batochio-defesa-lula-stf>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. tradução Paulo M. Oliveira. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BITENCOURT Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 616-617.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. *Ato Institucional nº 1*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. *Ato Institucional nº 2*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. *Código de Instrução Criminal de 1832*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. *Lei Complementar nº 5 de 5 de abril de 1970*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp05.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 45 de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. *Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 1 abr.2019.

_____. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. *Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 267*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_cap_Sumula267.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, *AI-AgR nº 604.041/RS*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 092 – 31/08/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, *HC nº 84.029/SP*, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/09/2007 p. 42.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 72.131/RJ*, Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 69.559/SP*. Rel. Min. Octavio Gallotti. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1540344>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI-MC nº 1.480*, Rel. Min. Celso de Mello, entre outros. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 88.240/SP*, Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557269>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 86.297/SP*, Rel. Min. Carlos Thompson Flores. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=180343>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 152.752*. Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124.292*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=275833602&ext=.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 69.559/SP*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1540344>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 72.366/SP*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1609252>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 86.261/RJ* <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2309957>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 44*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>> Acesso em: 1 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, 44 e 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 25 set. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Mário Santiago de. *Sobre as origens dos paradigmas modernos do universalismo e do individualismo*. Disponível em: <https://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/sobre_as_origens_dos_paradigmas_modernos>. Acesso em: 24 set. 2018.

CHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevoleza” e formula dubitativa, anche allà luce degli interventi della Corte Costituzionale, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, V. 1, gen./mag., 1974.

CONJUR. *HC nº 126.292/SP*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presno-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2019.

DIDIER Jr., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*, 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

ESPANHA. *Constitución Española*. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Luigi Ferrajoli em entrevista a Gerardo Pisarello e Ramón Suriano. Espanhol. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/entrevista-a-luigi-ferrajoli-0/>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 24 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 729, p. 380-381, jun. 1996.

GARCIA, Carla Rosane Pesegoginski. *Princípio da vedação do retrocesso: “efeito cliquet”*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

ITÁLIA. *Costituzione Italiana*. Disponível em: <https://www.senato.it/1025?sezione=120&articolo_numero_articolo=27>. Acesso em: 25 set. 2019.

LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo civil*. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

LOPES Jr., Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [ebook].

_____. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Presunção de não culpabilidade – anotações. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 126, 1990.

MANZINI, Vincenzo. *Manuale di procedura penale italiana*, Torino: Fratelli Bocca Editori, 1912.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 13. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2018.

MIGALHAS. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160511-04.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Ainda e sempre a coisa julgada*. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. José Carlos Barbosa. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. *Información general*. Disponível em: <<http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art32>>. Acesso em: 25 set. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lênio. *Jurista e jornalista produzem fake news sobre presunção de inocência*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-26/lenio-jurista-jornalista-fazem-fake-news-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. *Lendas e mitos do senso comum sobre a presunção de inocência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-21/streck-lendas-mitos-senso-comum-presuncao-inocencia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 23 out. 2019.

_____. *Sustentação oral nas ADCs nº 43, 44 e 54*, STF. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xCKpehiNrDs>>. Acesso em: 25 out. 2019.

TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Madrid: La Ley, 1993.

VIANNA, Luiz Werneck. *O ativismo judicial mal compreendido*. Boletim CEDES [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 3. Disponível em: <<http://www.cedes.iuperj.br>. ISSN: 1982-1522>. Acesso em: 15 abr. 2019.

VOLTAIRE, Pierre Augustin Caron de Beaumarchais; CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat *Œuvres complètes de Voltaire*: V. 44. Paris: Société littéraire-typographique, 1785.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*, tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Reavan, 2007.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo de Execução Parte Geral*, 3. ed. São Paulo: RT, 2004.