



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

LUIZ ALBERTO ALMEIDA PRESOTTO

**A DEFINIÇÃO LEGAL DO MOMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DO TRÂNSITO
EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COMO VIA PARA A
EFETIVAÇÃO DA TUTELA DAS LIBERDADES**

LISBOA
2022

LUIZ ALBERTO ALMEIDA PRESOTTO

**A DEFINIÇÃO LEGAL DO MOMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DO TRÂNSITO
EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COMO VIA PARA A
EFETIVAÇÃO DA TUTELA DAS LIBERDADES**

Dissertação orientada pela Professora Doutora Inês
Ferreira Leite, elaborada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito e Ciência Jurídica.

**LISBOA
2022**

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Beatriz, companheira, fonte de admiração e inspiração, que prestou todo o apoio possível à conclusão do presente trabalho.

Ao meu pai, Mauri, exemplo de vida e eterno incentivador, que sempre lutou, sofreu, chorou, apoiou e comemorou minhas conquistas.

Às minhas irmãs, por todo o apoio afetivo necessário para o desenvolvimento e finalização deste trabalho.

À orientadora, Professora Doutora Inês Ferreira Leite, pela aceitação da presente orientação e pelas valiosas lições transmitidas.

Da mesma forma, à Professora Doutora Ana Maria Guerra Martins, pela dedicação despendida, pelo acolhimento a mim e aos demais colegas da turma de Direitos Fundamentais e por acreditar nesta pesquisa e contribuir com preciosas orientações até sua posse como juíza do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Ao grande amigo-irmão Moisés, que abdicou de muitos momentos para a leitura destes escritos, contribuindo enormemente para seu desenvolvimento.

A todos os demais amigos que de alguma forma facilitaram minha ida e acomodação em Portugal: nominá-los seria quase impossível.

Aos colegas, servidores e estagiários do Ministério Público do Estado do Pará que, de alguma forma, me auxiliarem nos períodos de agitação, angústia e frustração para a conclusão do texto.

Ao Ministério Público do Estado do Pará, representado na pessoa do Procurador-Geral de Justiça Dr. César Mattar Júnior, bem como ao então Procurador-Geral de Justiça Dr. Gilberto Valente Martins, por acreditarem e investirem em meu aprimoramento. Como Membro, sou apenas um grão de areia diante da grandiosidade dessa instituição, mas espero sempre poder bem representá-la onde quer que eu esteja.

RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade averiguar a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, mas depois de esgotadas as vias ordinárias, nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro que possuem normas, principalmente constitucionais, semelhantes a respeito do objeto da pesquisa. O principal mote do tema escolhido foram as recentes oscilações na jurisprudência constitucional brasileira sobre o assunto, mormente pelo fato de, diferentemente do que ocorre a nível infraconstitucional em Portugal, não haver previsão legal do exato momento em que se dá efetivamente o trânsito em julgado das decisões penais condenatórias. Desta forma, a despeito da expressa previsão legal da inexistência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários e da impossibilidade de neles discutir matéria fático-probatória, considerando o complexo sistema recursal brasileiro, a questão da execução da pena no Brasil sempre foi tratada em função do princípio da presunção de inocência. Em Portugal, por sua vez, considerando-se que o sistema recursal do atual Código de Processo Penal sempre foi expresso quanto ao trânsito em julgado das decisões condenatórias, as discussões quanto à possibilidade de se executar a pena, mormente a privativa de liberdade, sempre foram travadas tendo por base as garantias de defesa no processo criminal e, principalmente, o direito ao recurso. Dessa forma, inspirada no sistema português, foi proposta alteração legislativa no Brasil para definir o momento de implementação do trânsito em julgado e compatibilização entre a efetividade da aplicação da lei penal e a garantia do devido processo legal.

Palavras-chave: Execução da pena. Presunção de inocência. Trânsito em julgado. Efetividade penal. Direito comparado.

RESÚMEN

La presente pesquisa tiene por finalidad investigar la posibilidad de ejecución de la sentencia penal antes de ser considerada resolución judicial firme, o sea, después de tan solo una primera sentencia definitiva. Los ordenamientos jurídicos portugués y brasileño se asemejan en sus normas, incluso constitucionales, a respecto del objeto de esta pesquisa. El principal argumento del tema elegido fueron las recientes oscilaciones jurisprudenciales en Brasil acerca del tema, sobre todo por, diferentemente de lo que ocurre a nivel infraconstitucional en Portugal, no haber previsión legal del momento exacto en que se configura efectivamente el tránsito en juzgado de las decisiones penales condenatorias. Así, a pesar de la previsión legal expresa de la inexistencia de un efecto suspensivo a los recursos extraordinarios y la imposibilidad de discutir cuestiones de hecho y de prueba en ellos, considerando el complejo sistema de apelación brasileño, la cuestión de la ejecución de la sentencia en Brasil siempre ha sido tratada según el principio de presunción de inocencia. En Portugal, a su vez, considerando que el sistema de apelación del Código Procesal Penal vigente siempre se ha expresado en términos de cosa juzgada de las condenas, las discusiones sobre la posibilidad de ejecución de la pena, especialmente la privativa de libertad, siempre se libraron con base en sobre las garantías de defensa en el proceso penal y, principalmente, el derecho de apelación. Así, inspirado en el sistema portugués, se propuso en Brasil un cambio legislativo para definir el momento de implementación de la cosa juzgada y la compatibilidad entre la efectividad de la aplicación de la ley penal y la garantía del debido proceso legal.

Palabras clave: Ejecución penal. Presunción de inocencia. Sentencia firme. Eficacia penal. Derecho comparado.

SUMÁRIO

1.	1010	
2.	188	
2.1.	SIGNIFICADO ATUAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	24
2.2.	DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O PAPEL DOS TRIBUNAIS	37
2.2.1.	Direito Português	37
2.2.2	Direito Brasileiro	49
3.	5862	
3.1.	HABEAS CORPUS Nº 84.078/2009	67
3.2.	HABEAS CORPUS Nº 126.292/2016	83
3.3.	MEDIDA CAUTELAR NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44	94
3.4.	RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 964.246 COM AGRAVO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA	108
3.5.	AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54	113
4.	11015	
4.1.	A LEGITIMIDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA DECIDIR SOBRE O MÉRITO COMO EXPRESSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	120
4.1.1.	A doutrina do <i>Habeas Corpus</i>	128
4.2.	A INSTABILIDADE REPRODUZIDA PELO PODER LEGISLATIVO E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	11271
5.	13741	
	REFERÊNCIAS	14247

1. INTRODUÇÃO

As Constituições ocidentais do século XIX tenderam a limitar o poder punitivo estatal no intuito de inibir exageros por parte de seus agentes¹. Ainda que classificado por alguns como direito de primeira geração, uma vez que repercute diretamente no direito à liberdade², o Direito Penal relaciona-se necessariamente com o Processo Penal, de modo que extravasa a sua simples alocação em tal categoria.

Desta feita, o Estado é obrigado a garantir não só direitos individuais, mas também coletivos – sem os quais aqueles não são realizados em sua plenitude –, obriga-se a tomar parte de qualquer ameaça de ofensa à tranquilidade pública ou privada aplicando ao ofensor uma reprimenda por meio de um prévio procedimento com o devido direito ao contraditório e à ampla defesa. Isso se dá porque o Processo Penal tem uma função preventiva/reparadora, já que fornece “uma via de saída para o conflito social gerado pelo crime”, havendo, “inevitavelmente, uma função penal propriamente dita no Processo Penal que se traduz na superação do alarme público provocado pelo crime”.³

Como podemos extrair da Constituição portuguesa, a intervenção penal justifica-se por ser imprescindível à vida em sociedade,⁴ como forma de reafirmação do direito violado.⁵ Daí verificarmos, como uma das finalidades da pena, a de caráter preventivo que, perseguindo fins sociais, age tanto em relação ao agente violador da norma como em relação ao corpo social como um todo.⁶ Nesse sentido, Hassemer, ao pontuar a finalidade retributiva da pena, afirma que “a função da pena é estabilizar a confiança do cidadão na norma”.⁷

¹ Nesse mesmo sentido, ver: ROCHA, Álvaro Oxley. Direito Penal e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In: D’AVILA, Fábio Roque et al. **Direito Penal e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal**. Boutique Jurídica: Porto Alegre, 2018. v.1, p. 31-44.

² Nesse sentido, ver: CASTRO, André Giovane de; SANTOS, Marcelo Loeblein dos. O Aspecto internacional e a efetivação dos direitos humanos no sistema interamericano a partir do Pacto de São José da Costa Rica. In: WERMUTH, M. D.(org.). **Ciências Criminais e Direitos Humanos**. Bento Gonçalves-RS: Associação Refletindo o Direito, 2015.; JELLINEK, Georg. System aader subjektiven öffentlichen Rechte. Aalen, Scientia, 1970, reimp. da 2ª ed. de Tübingen, Mohr, 1905, pp. 81 e ss.; MAGALHÃES F. F. A.; BASTOS, F. B.; NETO, J. D. B. Normas Garantidoras dos Direitos Fundamentais: Evolução Constitucional e a Crise da Eficácia, In: SANTOS, G. F; ARAÚJO, M. L.C.; FELICIANO, I. C. (org.). **Direito em Dinâmica – 25 anos da Constituição de 1988**. Recife: Instituto Frei Caneca, 2014.

³ PALMA, Maria Fernanda. O Problema Penal do Processo Penal, In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 41-53.

⁴ Cf. art. 18º, nº 2.

⁵ PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos e Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, espaço e quanto às pessoas**. 2 ed. rev. e ampl. 1 reimp. Lisboa: AAFDL, 2017.

⁶ ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. 59, p. 1-29, 1983.

⁷ HASSEMER, Winfried. Processo Penal e Direitos Fundamentais, In: Palma, M. F. (coord). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, p. 15-25, 2004., p. 18.

Para Palma, a culpa funciona como fundamento ou limite da pena privativa. Ao tratar dos fins das penas, a autora adverte que, para que a pena possa cumprir suas finalidades – ser um instrumento útil à sociedade e cumprir suas funções historicamente consagradas –, faz-se necessário ponderá-la racionalmente por questões de organização social e, para tanto, é preciso refletir sobre a intrincada relação existente entre esses fins e *as teorias sobre o fundamento e a legitimidade do Estado*. Desta feita, não pode o Estado perseguir apenas a *expição moral do delincente* quando ultrapassar a fronteira do quanto necessário para a reafirmação do Direito.⁸ Conclui que as finalidades retributivas e preventivas exigem observância aos princípios da culpa e da necessidade da pena.⁹ Tal entendimento é consagrado pelo artigo 40 do CP português.¹⁰

Inobstante isso, a doutrina processual penal costuma fazer menção à plêiade de direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente dando ênfase aos direitos individuais e à função limitadora do poder estatal decorrente daqueles dispositivos,¹¹ olvidando-se, na maioria das vezes, da necessidade premente da efetiva persecução penal como forma de garantir todos os direitos previstos constitucionalmente a todos os integrantes do corpo social, sem silenciar ou restringir, logicamente, qualquer direito do suspeito/arguido.

Prova disso é a constatação feita por Alexandrino¹² no sentido de que os relatórios internacionais sobre direitos humanos produzidos por organizações como a *Freedom House* e a *Human Rights Watch* tendem a sobrevalorizar direitos de liberdade em detrimento de direitos sociais. De qualquer forma, segundo o relatório *Freedom in the World 2019*, Portugal figura como país livre, com a classificação 1 em uma escala crescente de 1 a 7, onde 1 representa

⁸ “...a retribuição ancora-se na necessidade social em dois planos: ao nível do controlo das emoções geradas pelo crime – da pacificação social – e ao nível da protecção perante o delincente.” Sendo que a pena retributiva só será legítima quando *necessária preventivamente*. Cf. PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas**. 2ª ed. rev. e ampl. Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 57 ss.

⁹ Cf. PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas**. 2 ed. rev. e ampl. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 60.

¹⁰ Artigo 40.º - Finalidades das penas e das medidas de segurança 1 - A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. 2 - Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa. 3 - A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

¹¹ A título exemplificativo: ROCHA, Álvaro Oxley. Direito Penal e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In: D’AVILA, Fábio Roque et al. **Direito Penal e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal**. Boutique Jurídica: Porto Alegre, 2018. v.1, p. 64.

¹² ALEXANDRINO, José Melo. Perspectivas dos direitos fundamentais em Portugal e no Brasil do século XXI. **Revista do Ministério Público**, nº 127, Lisboa, jul./set., 2011. p. 244.

maior liberdade e 7 o nível mais baixo de liberdade.¹³ O Brasil, por seu turno, aparece no mesmo relatório também como um país livre, classificado, contudo, com nota 2.¹⁴ Oportuno registrar que a síntese desse relatório destaca, dentre outros, a sobrecarga do Poder Judiciário como um dos problemas fulcrais do Estado brasileiro no que diz respeito à garantia de direitos, um óbice também destacado por José Melo Alexandrino.¹⁵

O funcionamento do sistema judiciário, a abundância de especificação constitucional e o exacerbado garantismo individualista extraído das interpretações às normas constitucionais, tanto de normas substantivas quanto de normas adjetivas, também são apontados por parte da doutrina como entraves comuns aos ordenamentos jurídicos português e brasileiro para o bom funcionamento dos sistemas de justiça (a nosso sentir, e como será demonstrado, esse “entreve” é muito mais latente no sistema brasileiro do que no sistema português).¹⁶ Por sua vez, a necessidade de abertura dessa forma interpretativa, abarcando o sistema jurídico como um todo conglomerado, não só sob um viés individualista, é de maneira incipiente denunciada pela doutrina e pelos tribunais.¹⁷ Essa necessidade, como será melhor explicado, foi considerada, inclusive, pelo legislador do Código de Processo Penal português¹⁸ na sua exposição de motivos (item 8), para quem:

A rentabilização da realização da justiça é apenas desejada em nome do significado directo da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos. A eficiência é, por um lado, o espelho da capacidade do ordenamento jurídico e do seu potencial de prevenção, que, sabe-se bem, tem muito mais a ver com a prontidão e a segurança das reacções criminais do que com o seu carácter mais ou menos drástico.

Jorge de Figueiredo Dias enfatiza o carácter conflitual do processo penal, “no preciso sentido do conflito entre o dever do Estado de criação de um processo penal eficiente, capaz de

¹³ Freedom in the World 2019. **Freedom House**, 2019. Disponível em <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/brazil>. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁴ *Ibid*

¹⁵ ALEXANDRINO, José Mello. Op. cit, p. 245.

¹⁶ Nesse sentido, *Ibidem*, p. 251-252.

¹⁷ Em sede jurisdicional, ver Ac. TRL, 3.ª Secção, processo n.º 51/15.0YUSTR, julgado em 07/07/2016; voto dos Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki no HC n.º 126.292/SP, p. 27. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 02 jul. 2020.

Na doutrina, com pensamento semelhante, ver LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; COELHO, Marcial Duarte; SILVA RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e. A incompletude do “Garantismo Penal”: entre a salvaguarda do direito à liberdade e a vedação da proteção deficiente. **Revista da ESMAL**, Alagoas, n.º 07, p. 11-37, 2018; MAGALHÃES, Vlamiir Costa, O Garantismo Penal Integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n.º 52, p. 202-223, 2010.

¹⁸ Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis. Acesso em: 11 jan. 22.

em tempo cômgruo alcançar decisões justas dos casos da vida e o não menos indeclinável direito dos cidadãos a um processo penal que salvguarde as suas liberdades essenciais”.¹⁹

Esse também parece ser o entendimento de Augusto Silva Dias ao recorrer à vitimologia para defender a ampliação do conceito de ofendido no processo penal como forma de pacificação social.²⁰ Na tentativa de escolher a melhor solução quando diante desse conflito, alerta este autor para a necessidade de observância do “princípio do balanceamento das valorações conflituantes (do *balancing of powers...*)”, dando prevalência aos direitos preponderantes, além de otimizar as valorações conflitantes por meio da concordância prática: “O critério geral desta operação reside assim não simplesmente na validação integral da finalidade preponderante à custa da de menor hierarquia, mas, sempre que viável, na *harmonização parcial*, o mais extensa possível, das valorações em conflito”.²¹

Nessa esteira, se o Direito Penal “é um instrumento da liberdade” e “a segurança da liberdade é o Direito Penal”²² precisamos dele e do instrumento que o serve – o processo penal – para dirimir eficazmente os conflitos decorrentes de quem ousa andar à margem da ordem social a fim de garantir a liberdade e os demais direitos de mesma hierarquia à toda a sociedade, uma vez que a finalidade imediata do Processo Penal é “tornar realidade o Direito Penal”, ao passo que sua finalidade mediata é garantir a paz social.²³ Ou seja, o Direito Penal é um direito de coação indireta que só pode ser aplicado por meio do processo²⁴, de maneira que a segurança da liberdade acaba encontrando no Direito Penal,²⁵ eficazmente aplicado por meio do processo penal, a sua tônica.²⁶

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a Vigência Tricenal do Código de Processo Penal Português. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal, IDPEE – Instituto de Direito Penal Económico e Europeu**, Coimbra, nº 11, p. 129-146, jan./abr., 2018. p. 130-131.

²⁰ DIAS, Augusto Silva. A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português. In: PALMA, M. F. (coord). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 55-65. p. 57.

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a Vigência Tricenal do Código de Processo Penal Português. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal, IDPEE – Instituto de Direito Penal Económico e Europeu**, Coimbra, nº 1, p. 129-146, jan./abr., 2018. p. 131.

²² HASSEMER, Winfried. Processo Penal E Direitos Fundamentais. In: Palma, M. F. (coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, p. 15-25, 2004, p. 18.

²³ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 29-30.

²⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p. 26.

²⁵ HASSEMER, Winfried. Processo Penal E Direitos Fundamentais. In: Palma, M. F. (coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, p. 15-25, 2004. p. 18.

²⁶ Com entendimento semelhante, ver SCHMIDT, Eberhard. **Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Lerner Editora SRL: Córdoba, 2008. ; NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1964.

Para Hassemer, “só a liberdade em segurança – não a liberdade caótica ou a liberdade do estado de natureza – pode sobreviver. E a segurança da liberdade é o Direito Penal.”²⁷ Contudo, e como será melhor analisado, o Processo Penal não é apenas o instrumento estatal para o exercício da pretensão punitiva, mas também é por meio dele que se tutelam as liberdades individuais em razão da presunção de inocência, estando aqui um dilema crucial.²⁸

Como por nós já defendido²⁹, o Estado – que primeiramente foi demandado para garantir liberdades individuais – erigiu, posteriormente, a paz³⁰, a justiça³¹ e a dignidade³² como valores caros ao desenvolvimento democrático. Logo, apresenta-se como garantidor da segurança³³ e promotor da igualdade social³⁴, fazendo-se necessário ponderar aqueles direitos negativos dos investigados com a faceta positiva dos direitos fundamentais (deveres prestacionais)³⁵. Dessa forma, considerando que “o Estado já não é o Leviathan”³⁶ de outrora e que a escolha pela segurança depositada pelos cidadãos no contrato social “não foi feita contra a população, mas antes com um grande consenso”³⁷ de sua parte, exige-se do Estado postura enérgica frente aos graves crimes que acabam ficando impunes em decorrência da morosidade do processo até o seu trânsito em julgado. Sob essa perspectiva, Hassemer comenta que a evolução do Direito Penal, caracterizada pela diminuição das garantias, aumento do Direito Penal e aumento do poder do Estado, justifica-se por dois motivos: erosão normativa (erosão das normas sociais, perdendo o povo a confiança nas instituições, causando, destarte, desorientação e perda da segurança normativa) e a sociedade de risco, indicando a corrupção como uma das causas do surgimento deste último fenômeno.³⁸

²⁷ HASSEMER, *op cit.*

²⁸ Nesse sentido, ver GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. p. 16.

²⁹ PRESOTTO, Luiz A. A.. **Medidas Cautelares em Crimes de Corrupção Praticados por Detentores de Mandato Eletivo**. Relatório de conclusão de disciplina (Mestrado em Direito Penal e Ciências Criminais), Universidade de Lisboa. Lisboa, 2018.

³⁰ Arts. 7.º, n.ºs 2 e 5, e 33.º, n.º 8, da CRP; art. 10, n.º 1, da Constituição espanhola; e art. 4º, VI, da CFRB.

³¹ Art. 7.º, n.ºs 2, 5, 6 e 7, c/c art. 20.º, n.º 5, da CRP; art. 1, n.º 1, da Constituição espanhola; e preâmbulo c/c art. 3º, I, da CFRB.

³² Arts. 1.º e 13.º, n.º 1, da CRP; art. 10, n.º 1, da Constituição espanhola; e art. 1º, III, da CFRB.

³³ Art. 27.º, n.º 1, da CRP; preâmbulo e art. 17, n.º 1, da Constituição espanhola; e preâmbulo c/c art. 5ª, caput, da CFRB.

³⁴ Arts. 9.º, d, e 13.º da CRP; arts. 1, n.º 1, 9, n.º 2, 14 e 23, n.º 2, da Constituição espanhola; e preâmbulo, arts. 3º, III, e 5, caput, da CFRB.

³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

³⁶ HASSEMER, *op cit.*

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

Tal afirmação desencadeou a pesquisa, associada ao contexto de que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal alterou diversas vezes seu entendimento acerca da possibilidade de execução da pena antes do que se concebe no Brasil como trânsito em julgado, gerando insegurança jurídica e desconfiança quanto à efetividade do Direito Penal, denotando relevância social e jurídica da investigação, vez que atinge o direito à liberdade.

Por sua vez, o Estado português passou por reformas em sua processualística penal na busca por uma efetividade maior, sem descuidar dos direitos individuais, mudanças essas que se pretende conhecer, pois há consenso entre os sistemas luso-brasileiro de que é absolutamente inaceitável a condenação criminal e a execução da pena sem a observância do devido processo legal como decorrência de um sistema constitucional protetivo. Entretanto, saber o que é, qual a extensão e quais preceitos englobam o devido processo legal no tema em voga, com olhar à função estabilizadora do Direito Penal, é o que se pretende enfrentar.³⁹

O estudo comparado mostrou-se relevante para a aproximação do problema de pesquisa, pois em Portugal, considerando-se a previsão de que os recursos extraordinários só podem ser manejados depois do trânsito em julgado (artigos 438.º, n.º 1, e 449.º c/c 467, todos do CPP), a problemática da viabilidade da execução da pena após o exercício do direito a revisão é analisada sob o viés do direito ao recurso e das demais garantias do arguido, o que pode ser uma alternativa viável para o Brasil.

Alguns pressupostos foram firmados a fim de melhor delimitar o objeto da pesquisa. O primeiro é de que o devido processo legal é princípio de *status* constitucional e engloba noções de efetividade da norma e garantias individuais. A presunção de inocência, para os fins da investigação, foi considerada como norma de natureza probatória, de juízo e de tratamento⁴⁰ para compreensão do direito ao recurso em Portugal e no Brasil e o papel dos Tribunais Superiores. Quando for referido, em sentido amplo, o termo *Recursos Extraordinários* no contexto brasileiro, a expressão diz respeito às espécies recursais denominadas Recurso Especial de competência para apreciação do Superior Tribunal de Justiça e Recurso Extraordinário, este último dirigido ao Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, o trabalho visa tratar da possibilidade ou não da execução após confirmação da sentença em segundo grau, o que já evita a discussão da necessidade de se respeitar o duplo

³⁹ Posição de Douglas Fischer in PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1602.

⁴⁰ Cf. FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37. No mesmo sentido, ver MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. pp. 358-364.

grau de jurisdição como em Portugal. Ademais, estão excluídos do escopo: as condenações proferidas no Brasil pelos Juizados Especiais (art. 98, CF) e Justiças Especializadas (militar, eleitoral e trabalhista); além da execução de penas alternativas, pois o trabalho se restringe à pena de prisão.

Assim, delineou-se o tema-problema relativo a entender a possibilidade de executar a pena antes do esgotamento de todas as vias recursais no Brasil, compatibilizando efetividade da resposta estatal ao crime e presunção de inocência, sem necessidade de Emenda Constitucional, nos moldes do que foi realizado em Portugal.

A pesquisa objetiva propor solução para a execução da pena no Brasil, sem que isso represente violação ao devido processo legal, tendo em vista as pressuposições elencadas. Para tal, buscou-se compreender a estrutura e a finalidade dos sistemas recursais de Brasil e Portugal; identificar a evolução e o alcance da presunção de inocência nos referidos ordenamentos; compreender as mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à execução da pena antes do trânsito em julgado e as consequências à segurança jurídica advindas de tal instabilidade e avaliar se a legislação portuguesa pode inspirar um caminho para o Brasil na solução do problema de efetividade de garantias posto.

Assim, considerando a ideia proposta por Hassemer de que a erosão normativa, especialmente no que diz respeito a falta de confiança nas instituições, é um dos motivos para a redução da efetividade da tutela criminal e do avanço do Direito e do Processo Penal sobre garantias individuais, adota-se como hipótese a de que o Supremo Tribunal Federal gera insegurança jurídica diante das constantes oscilações de entendimento quanto ao momento possível para o início da execução da pena no Brasil, motivando reações legislativas tendentes ao retrocesso em matéria de direitos individuais, o que indica a necessidade de definição legal da expressão *trânsito em julgado* e consequente reformulação do seu sentido no ordenamento brasileiro a fim de garantir o devido processo legal.

Entende-se que o trabalho se insere na vertente metodológica de cunho histórico-jurídico e jurídico-dogmático, pois buscou-se investigar a origem e o sentido de institutos como presunção de inocência, devido processo legal, direito ao recurso e trânsito em julgado nos ordenamentos de Portugal e do Brasil. O raciocínio privilegiado no texto foi o indutivo, com conclusões mais amplas do que os dados iniciais e generalização dos achados. O raciocínio dedutivo também foi utilizado, em especial pelo pressuposto de fundo de que o devido processo

legal é princípio de *status* constitucional e engloba noções de efetividade da norma e garantias individuais.⁴¹

Em virtude do próprio tema-problema, a pesquisa adotou um gênero jurídico-comparativo, visando conhecer as definições pertinentes à resolução do problema proposto a partir da estrutura dos sistemas recursais português e brasileiro e do sentido conferido à presunção de inocência e, em última análise, ao devido processo legal.

Assim, as perspectivas descritiva e propositiva também fizeram parte do gênero, como é esperado em análises jurídicas, ressaltando características, percepções e descrições do problema, questionando as normas existentes sobre o tema e propondo uma solução à insegurança provocada pelas oscilações nos precedentes do STF com inspiração no modelo recursal lusitano.

Como fontes diretas, foi feito o levantamento de legislação, propostas legislativas e jurisprudência dos países comparados. Doutrinas especializadas foram fontes indiretas, priorizando sempre as publicações qualificadas, dentro de uma estrutura de pesquisa qualitativa.

Como procedimento de coleta de dados, próprio de pesquisas teóricas, optou-se pela análise de conteúdo das fontes com a pretensão de conhecer e avaliar os sistemas recursais de Portugal e do Brasil, por intermédio da legislação e dos precedentes das Cortes Constitucionais de ambos os países, além de compreender os significados construídos nas razões de decidir que levaram a oscilação jurisprudencial no Tribunal Constitucional brasileiro.

Destarte, no primeiro capítulo serão abordadas as questões principiológicas que permeiam o tema, como a presunção de inocência, o direito ao recurso e as demais garantias de defesa com peso constitucional, mormente quando em jogo a liberdade individual, identificando seu histórico e alcance em Brasil e Portugal a partir da análise e compreensão da legislação e dos julgados advindos do exercício da jurisdição constitucional.

O segundo capítulo foi dedicado à descrição e compreensão de todo o caminho jurisprudencial do STF desde o início da vigência da Constituição de 1988 até os dias atuais acerca da possibilidade de execução provisória da pena, com análise dos discursos dos Ministros. O terceiro e último capítulo relaciona como a variação de entendimento do STF trouxe implicações legislativas efetivadas ou pretendidas após a última manifestação da Corte quanto à execução provisória da pena e de que maneira uma alteração no Código de Processo Penal seria uma proposta adequada.

⁴¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020. *E-book*.

A hipótese formulada restou comprovada pela identificação do avanço do Direito Penal sobre garantias no Brasil diante das mudanças de precedentes pelo STF, a exemplo do que ocorreu com a recente previsão de possibilidade de execução imediata da pena nos casos de condenação pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri. Ademais, por conta da tradição legal brasileira e da incapacidade de a jurisdição constitucional estabilizar o conflito nesse caso, a proposta legislativa aventada no trabalho se mostra relevante para o campo de estudo.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIREITO AO RECURSO

Como já lecionava Figueiredo Dias antes mesmo da vigente ordem constitucional e processual penal portuguesa, o estatuto jurídico conferido ao arguido no processo penal “constitui a pedra de toque para avaliar o espírito do ordenamento jurídico processual penal respectivo”, uma vez que é no tratamento dado ao arguido que se revela a “forma de conceber as relações entre o Estado e a pessoa individual e a consequente posição desta na comunidade.”⁴²

É nesse contexto acima mencionado que a presunção de inocência ou não culpabilidade⁴³ surgiu como importante instrumento de resistência ao arbítrio estatal na

⁴²DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. p. 427 e 428. Ainda nas palavras do autor: “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o institui.” Idem. Ibidem. Esse entendimento também é compartilhado pela doutrina brasileira. Por todos, ver FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 26.

⁴³ Não ignoramos as divergências doutrinárias atinentes às expressões “presunção de inocência” ou “presunção de não culpabilidade”, mormente as provenientes das Escolas Penais Italianas que digladiavam no sentido de que, uma vez proposta a ação penal, caberia dirigir ao réu a adjetivação de presumidamente inocente, de um lado, ou apenas de culpado ou não culpado, de outro. Sobre essas diferenciações, ver MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 108; e FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9. Nesse sentido, entendendo que o princípio adotado pela Constituição brasileira foi o da não culpabilidade ao fundamento de que ela não presume a inocência, ver RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010. p. 68; MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 45. No mesmo sentido, ver Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, Inciso LVII do art. 5o da CF: uma presunção à brasileira, mimeografado, 2009. Disponível em <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1084/1117673.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 jul. 2021. Para o autor, tecnicamente, o correto é princípio da não culpabilidade. Para fins do presente estudo, contudo, não faremos distinção entre do significado de “presunção de inocência” e de “não culpabilidade”, adotando o entendimento de que as expressões “inocência” e “não culpabilidade” são equivalentes. Nesse sentido, ver SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 158; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 57; GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. G. et al (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina,

persecução penal que originariamente buscava a imposição de uma punição de maneira arbitrária e açodada antes de um pronunciamento formal quanto à culpabilidade.⁴⁴ Trata-se de garantia constitucional, convencional e humanitária à disposição dos indivíduos frente ao poder punitivo estatal; como afirma Whitman, concordam todos a respeito de uma mesma proposta fundamental: uma sociedade civilizada precisa limitar os poderes do Estado na condução da justiça criminal.⁴⁵ Isso se evidencia especialmente na esfera criminal,⁴⁶ construída mediante um lento e longo processo de evolução.⁴⁷

Ainda que não haja consenso na doutrina, há quem entenda que o princípio tem seu embrião nas normas probatórias do Direito Romano, mais especificamente no livro *Digesto* do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano,⁴⁸ sob o viés do *in dubio pro reo* quando da valoração da prova.⁴⁹ Nas palavras de Ferrajoli: “Recordem-se o escrito de Trajano ‘satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare’ (Ulpiano, 10 de officio proconsulis, D. 48.19.5. pr.), a máxima de Paulo (69 ad edictum) ‘ei incumbit probatio qui dicit non qui negat’ (D. 22.3.2) e os brocardos medievais ‘affirmanti non neganti incumbit probatio’ e ‘actore non probante reus absolvitur’”.⁵⁰

2013. p. 1559-1560. *E-book.*; e FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012., p. 327. A Constituição portuguesa positiva “se presume inocente” (art. 32.º, 2.), ao passo que a Constituição brasileira prevê que “ninguém será considerado culpado” (art. 5º, LVII). Canotilho e Moreira, sem fazer qualquer distinção ou observação na obra sobre a nomenclatura, chamam de princípio da presunção de inocência, in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 4. edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v.1. p. 518-519. Da mesma forma, Jorge Miranda e Rui Medeiros também usam a expressão “presunção de inocência”, in: MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**. Editora Coimbra, 2005. p. 355. Adotando ambas as expressões como sinônimos, ver TARUFFO, Michele. **La prueba, artículos y conferencias**. Metropolitana, 2009. p. 113-114.

⁴⁴ Nesse sentido, ver TARUFFO, Michele. **La prueba, artículos y conferencias**. Metropolitana, 2009. p. 113-114; MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**. Editora Coimbra, 2005. p. 355. Com entendimento semelhante, ver GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **Crime medidas de coação e prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 52. Hassemer afirma que o combate à criminalidade organizava-se tradicionalmente através da limitação de direitos fundamentais. HASSEMER, Winfried. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**, In: Palma, M. F. (coord). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, p. 15-25, 2004. p. 17.

⁴⁵ WHITMAN, James Q. Presumption of Innocence or Presumption of Mercy?: Weighing Two Western Modes of Justice. In: **Texas Law Review**, ed.5 vol. 94, p. 933-993, Abr. 2016.

⁴⁶ Nesse sentido, ver: FENOLI, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocencia. In: **InDret. Barcelona**. v. 01, p. 1-23, jan. 2016. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305701>. Acesso em: 21 dez. 2018.

⁴⁷ PENNINGTON, Kenneth. **Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim**, p. 124, 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=scholar>. Acesso em: 03 jan. 2018.

⁴⁸ Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁴⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89.

⁵⁰ *Ibid.*

Segundo Bury, contudo, Antônio Pio, que comandou o Império Romano entre 138 a 161 d.C., introduziu o princípio nas normas criminais ao disciplinar que um acusado não poderia ser tratado como culpado antes de seu julgamento.⁵¹ Trata-se aqui, para nós, do primeiro registro histórico da positivação do princípio com a semelhança à sua atual compreensão.

Para alguns, o princípio pode ser extraído do capítulo 39 da Carta Magna inglesa de 1215, que dispõe que ninguém será despojado de seus direitos, inclusive a liberdade, sem um julgamento regular por seus iguais e com as leis do país.⁵² Pennington, contudo, afirma que a locução “presunção de inocência” só surgiu após a segunda metade do Século XIII com Johannes Monachus que, ao interpretar o Decreto *Rem non novam* do Papa Bonifácio VIII, escreveu: “uma pessoa presume-se inocente até que seja provada sua culpa”⁵³ (“*item quilbet presumitur innocens nisi probetur nocens*”), sendo incorporado, contudo, na jurisprudência europeia só no século XVIII.⁵⁴

Mesmo com todas essas previsões o princípio foi esquecido, esvaziado, no período inquisitorial,⁵⁵ cabendo ao acusado comprovar sua inocência (*purgatio* da acusação),⁵⁶ o que, segundo Foucault, era difícil, mormente em razão da maldade dos responsáveis pelos julgamentos.⁵⁷ Como já pontuado, ultrapassado o período inquisitivo, o princípio veio a ganhar força na segunda metade do século XVIII – o “século das luzes” –, quando começou a ser atribuída maior relevância e atenção às normas garantidoras de direitos mínimos do acusado,

⁵¹ BURY, John Bagnell. **A history of the roman empire from its foundation to the death of marcus aurelius, Nova Iorque:** Harper & Brothers Publishers, p. 527, 1893. Disponível em: <https://archive.org/stream/historyofromanem00buryoft#page/n3/mode/2up>. Acesso em: 01 mar. 2018.

⁵² Nesse sentido, ver: BENTO, Ricardo Alves 2007 apud LIMA, Jair Antônio Silva de. A presunção de inocência: conteúdo histórico e relativismo. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 31 mai. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48306&seo=1>. Acesso em: 02 fev. 2018; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵³ Tradução nossa.

⁵⁴ PENNINGTON, Kenneth. **Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim**, p. 124, 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=scholar>. Acesso em: 03 jan. 2018.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Relativamente ao ordenamento português, ainda que não faça referência expressa à presunção de inocência, Jorge de Figueiredo Dias afirma que – nos limites do primitivismo das normas processuais penais daquela época –, “o estatuto do arguido no nosso direito processual penal no tempo da reconquista lhe...” era favorável “...ao ponto de permitir a Dias da Silva afirmar que neste período a autoridade defendia menos os particulares contra os delinquentes, do que os delinquentes contra os particulares.” Contudo, esse estatuto foi rápida e progressivamente deteriorado com a chegada das ideias inquisitórias. In DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. pp. 428.

⁵⁶ Esse é o entendimento de GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 90.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 31 ed. Petrópolis: Vozes, 2006, pp. 51-52.

mormente à presunção de inocência. Nomes como Voltaire (responsável, em grande parte, pela divulgação das ideias de Beccaria)⁵⁸, Diderot, Beccaria, Rosseau, Montesquieu e D'Alembert foram alguns dos responsáveis pelo apogeu do “Período Iluminista”.⁵⁹

Inspiradas nessas ideias, em especial na obra de Beccaria – para quem “um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz”⁶⁰ –, e na tentativa de romper com o Estado Absolutista, é que eclodiram as Revoluções Americana e Francesa, nascendo daí a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁶¹ e a V Emenda à Constituição Norte-americana, de 1791, todas com a positivação do princípio da presunção de inocência.⁶²

Apesar dessas importantes consagrações, apenas no século XX o princípio ganhou contorno global com sua positivação na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,⁶³ dando ensejo a inúmeros outros documentos internacionais de eficácia regional ou global com a explicitação do princípio com teor análogo. São exemplos a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo XXVI, Bogotá, 1948), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6º, §2º, Roma, 1950),

⁵⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁵⁹ Com entendimento semelhante, ver: GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 90.

⁶⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁶¹ Segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros, foi essa Declaração que proclamou o princípio e o impulsionou “para outros sistemas jurídicos inspirados pelo jusnaturalismo iluminista”, in MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**. Editora Coimbra, 2005. p. 355. Essa mesma compreensão também é extraída do Acórdão do TC n.º 179/2012, Plenário. Não desconhecendo entendimentos no sentido de que a Revolução Francesa foi uma continuidade da Revolução Americana, a qual “abriria a porta para as revoluções da Europa”, como defendido por Thomas Paine (in HITCHENS, Christopher. **Os Direitos do Homem de Thomas Paine (uma biografia)**. Trad. Sérgio Lopes, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2007.), Bobbio afirma que a Declaração Francesa representou algo decisivo, “o fim de uma época e o nascimento de outra”, uma “virada histórica do gênero humano”, in BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Nova ed., Elsevier, 2004. p. 80.

⁶² Nesse sentido, ver: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Compartilhando do mesmo entendimento, ver: JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2 ed. rev. e atual. Natal: OWL, 2015. pp. 372-373.

⁶³ “Art. 11, 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” Sobre a abrangência do princípio nas diversas declarações de direitos, ver BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência: apreciação dogmática nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Editora Juruá, 2009. Como bem pontuado pelo autor, “Houve alteração na apresentação da presunção de inocência entre 1789 e 1948. A Declaração de 1776 centrou a presunção de inocência na punição do rigor desnecessário, mantendo um isolamento referencial do princípio, enquanto que, na Declaração de 1948, o princípio se fez acompanhar de um parâmetro temporal e de duas especificidades que antes dizem respeito ao processo do que ao princípio de inocência. Pode-se dizer que a presunção de inocência, como equilíbrio entre a garantia social e liberdade individual assumiu logo o que veio a ser reconhecido como princípio político do processo.” Op. cit.. 34.

o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, §2º, ONU, 1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, §2º, São José da Costa Rica, 1969), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (art. 7º, §1º, “b”, Nairóbi, 1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (art. 19, “e”, Cairo, 1990), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 48, §1º, Nice, 2000), dentre outros instrumentos.⁶⁴

A níveis nacionais, extravasando o alcance de um mero princípio programático, a presunção de inocência foi alçada à direito fundamental,⁶⁵ impregnada da mesma força normativa dos demais direitos, liberdades e garantias estatuídas naquele catálogo de direitos, sendo diretamente aplicável e vinculante às esferas públicas e privadas.⁶⁶

Destarte, a Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976 traz o princípio em seu art. 32.º, n.º 2, (Garantias de processo criminal), no Capítulo I (Direitos, liberdades e garantias pessoais) do Título II (Direitos, liberdades e garantias) da Parte I (Direitos e deveres fundamentais), com a seguinte redação: “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” (grifo nosso).

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, ao tratar dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I) no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) de seu diploma normativo, o positiva em seu art. 5º, LVII, nos seguintes termos:

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

...

LVII - **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado** de sentença penal condenatória (grifo nosso).

⁶⁴ Nesse sentido, ver JESUS, Vanubia Pereira de. O Princípio da Presunção de Inocência como Garantia Fundamental e o paradigma quanto à Execução Provisória da Pena pelo Supremo Tribunal federal. **Revista Jurídica do Centro Universitário de Salvador**, nº 01, 2020, fev./mai., pp. 350-377, p. 355.

⁶⁵ Art. 32.º, n.º 2, da CRP e art. 5º, LVII, da CFB.

⁶⁶ Cf. art. 18.º, n.º 1, da CRP e art. 5º, §1º, da CF. Nesse sentido, ver ANTUNES, Maria João; COSTA, Joana Fernandes. Comentário à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em Tribunal em processo penal. In: **A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português**. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 21-43, Disponível em: http://ij.fd.uc.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

Pela simples leitura dos dispositivos constitucionais que normatizam o princípio nos ordenamentos português e brasileiro, percebe-se uma maior amplitude temporal da presunção de inocência, por referirem-se ao trânsito em julgado como termo *ad quem* dessa presunção, em relação com a disciplina do princípio nas convenções e tratados anteriormente citados,⁶⁷ uma vez que esses diplomas de direito internacional, grosso modo, referem-se ao princípio tendo como limite a declaração de culpabilidade ou formação da culpa nos termos da lei.⁶⁸

Desta feita, diferentemente do que pode acontecer em outros ordenamentos jurídicos nos quais se discute quando se dá o termo final da presunção de inocência,⁶⁹ os ordenamentos português e brasileiro optaram por dispor expressamente sobre o assunto, tirando do intérprete a possibilidade de se considerar superada antes do trânsito em julgado.⁷⁰

2.1. SIGNIFICADO ATUAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Embora o preceito constante do n.º 1 do art. 32 da CRP englobe todas as garantias de defesa, mormente as inculpidas no referido artigo,⁷¹ o legislador constituinte entendeu por bem densificar direitos nucleares autônomos como forma de tornar o processo penal orientado para o efetivo exercício da defesa do arguido.⁷²

⁶⁷ Com essa mesma compreensão, ainda que a referência seja dirigida ao texto da CFB, ver voto do Ministro Celso de Mello no julgamento dos HCs nºs 126.292/2016 e 157.752/2018 e do Ministro Alexandre de Moraes no voto das ADCs nº 43, 44 e 54 ao analisar a redação da Constituição Brasileira em comparação com a previsão do princípio em normas internacionais garantidoras de direitos.

⁶⁸ O artigo 27 da Constituição Italiana também traz previsão próxima à portuguesa e à brasileira ao referir-se à definitividade da decisão condenatória como limite à presunção de inocência.

⁶⁹ Cf. aponta BELTRÁN, Jordi Ferri. **Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia.** Universitat de Girona, p. 9. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393/2341>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁷⁰ Compartilhando desse entendimento, ver ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. **Segurança Jurídica e a prisão-pena antecipatória: Reflexões sobre o caminho adotado pelo Brasil em face de elevados índices de violência urbana e o transplante do sistema common law.** Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para a obtenção do título de Pós-Doutoramento em Direito, Lisboa, 2020. p. 161. O arquivo da tese foi gentilmente disponibilizado pelo autor a este mestrando.

⁷¹ Nesse sentido, ver item 10 do Acórdão do TC n.º 695/1995, Plenário. Na doutrina, ver DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. **Sujeitos Processuais Penais: o Arguido e o Defensor.** Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, para obtenção do título de mestre em Ciências Jurídico-Forenses. Disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/2226>. Acesso em 07 mar. 2021.

⁷² Com entendimento semelhante, ver item 2 da Declaração de Voto de Maria de Fátima Mata-Mouros no Acórdão do TC n.º 540/2012. Para Figueiredo Dias, juntamente com a previsão do n.º 1 do art. 32, a presunção de inocência figura como uma das normas constitucionais mais importante no domínio das garantias protetivas da pessoa humana. DIAS, Jorge de Figueiredo. A Proteção dos direitos do homem no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 26, 1981, mar./abr., p. 51-72, p. 57.

Especificamente em relação à presunção de inocência constante do n.º 2 do art. 32.º da CRP, inobstante a dificuldade de definição de seu sentido próprio,⁷³ para sua correta definição devemos ter por base o universo axiológico dedicado à condição jurídico-processual do arguido.⁷⁴ Assim, podemos apontar como conteúdo mínimo desse princípio, a proibição da inversão do ônus probatório em prejuízo do arguido, a preferência por sentença absolutória ao arquivamento do processo, a impossibilidade de imposição de culpa em despachos de arquivamento, a impossibilidade de cobrança de custas ao não condenado, a proibição de antecipação de pena a título cautelar, a proibição de efeitos automáticos decorrentes da instauração do processo criminal, a aplicação de medidas cautelares apenas em casos excepcionais, o favorecimento do réu perante qualquer dúvida por parte do julgador (*in dubio pro reo*)⁷⁵ e o direito ao silêncio⁷⁶.

Cabe observar, contudo, que a esfera subjetiva e material de abrangência do princípio não se limita ao processo penal como sugere o texto constitucional português ao referir-se ao “arguido” (ou ao imputado como expresso na Constituição Italiana, ou a “sentença penal condenatória”, como na Constituição Brasileira), mas se irradia a toda e qualquer pessoa, imputável ou não, sujeita a procedimento do qual possa resultar restrições à direitos individuais. Nesse sentido, ver Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 172/2021, 397/2017 e 675/2016, nos quais restou assentado que o princípio se aplica ao processo contraordenacional por ser ele, o princípio, extensível ao direito sancionatório público.⁷⁷ O princípio tem como destinatário de sua proteção não só o arguido, mas também o suspeito/investigado da prática/participação de um crime (Cf. art. 1.º, alínea e), do CPP português).

Como bem lembra Antunes e Costa:

quando o suspeito é formalmente reconhecido como tal, adquire a qualidade de arguido, convertendo-se num sujeito processual de pleno jure. A constituição de arguido pode ocorrer ope legis ou mediante comunicação feita ao visado por uma autoridade judiciária (juiz ou Ministério Público) ou por um órgão de polícia criminal. De acordo com o regime previsto no art. 57.º do Código de Processo Penal, assume

⁷³ Cf. apontado por CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v.1., p. 83,

⁷⁴ Nesse mesmo sentido, analisando as implicações do princípio em sua relação com o direito ao silêncio, dentre outros direitos, ver PALMA, Fernanda. A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal – O direito ao silêncio do arguido. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 60, p. 101-110, 1995. pp. 102-103.

⁷⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v.1., p. 518. Igualmente, SILVA, Germano Marques. **Curso de Processo Penal**. Lisboa, 2000. v.1. 83 p.

⁷⁶ Nesse sentido, ver Acórdãos do TC n.ºs 179/2012, itens 13.º e 20.º, e 695/1995, item 13.

⁷⁷ Na doutrina, ver GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. *E-book*.

automaticamente a qualidade de arguido “todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal” (n.º 1), conservando-se tal qualidade “durante todo o decurso do processo” (n.º 2).⁷⁸

Figueiredo Dias e Nuno Brandão ressaltam que o atual Código de Processo Penal, diferentemente do Código anterior, não apresenta a definição de arguido, cuja qualidade decorre “da concessão dessa condição através de uma das vias legalmente previstas (arts. 57.º a 59.º).” O Código anterior definia o arguido no art. 251.º como “aquele sobre quem recaia forte suspeita de ter perpetrado uma infração, cuja existência esteja suficientemente comprovada”. Afirmam os autores que o estatuto processual vigente possibilita distinguir o arguido do simples suspeito, este definido pelo art. 1.º, alínea e) do CPP. Inobstante, afirmam merecer “incondicional aplauso” a norma extraída do n.º 2 do art. 59.º que faculta ao suspeito requerer o tratamento de arguido, “tendo especialmente em conta a necessidade de assegurar ao visado pelo processo a titularidade e o gozo efetivos dos direitos e garantias processuais conferidos ao arguido...”. Ainda que não comunguem da ideia de que ao suspeito seja dirigido o mesmo tratamento inerente ao arguido, recorrem os autores ao art. 7.º da Diretiva 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 09 de março de 2016 – “relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal” –, para afirmar que ao suspeito, sobre o qual não recaia suspeita fundada, é garantido certos direitos como o de não autoincriminação, ao silêncio e o de ser assistido por advogado.⁷⁹

Segundo Tomás Vives Antón – para quem o núcleo duro do princípio pode ser enunciado como o direito ao imputado de ser considerado inocente enquanto não provada sua culpabilidade – além de um duplo significado (regra de tratamento, segundo a qual o imputado deve ser tratado como inocente, e regra de julgamento, pela qual na dúvida quanto a

⁷⁸ ANTUNES, Maria João; COSTA, Joana Fernandes. Comentário à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em Tribunal em processo penal. In: **A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português**. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 21-43, Disponível em: http://ij.fd.uc.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. **Sujeitos Processuais Penais: o Arguido e o Defensor**. Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, para obtenção do título de mestre em Ciências Jurídico-Forenses. Disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/2226>. Acesso em 07 mar. 2021. Em sentido contrário, entendendo que a presunção de inocência só tem como destinatário os imputáveis em processos penais, Tomás Vives Antón afirma que em se tratando de inimputáveis, na hipotética imposição de uma medida de segurança privativa da liberdade cautelar sem o mínimo respaldo probatório quanto a autoria, a violação seria ao direito a um processo justo, e não à presunção de inocência. ANTÓN, Tomás Vives. PALMA, Maria Fernanda. Almedina.(coord.). **El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia. Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, 2004. p. 33.

comprovação do fato deve ser o arguido mantido em seu estado de inocência), o princípio comporta antes de tudo um outro significado: uma regra de juízo, segundo a qual a culpabilidade só pode ser afirmada quando existir prova além de qualquer dúvida razoável.⁸⁰

Ainda que não possamos extrair do princípio uma estrita presunção *iuris* ou *hominis* como tecnicamente conhecemos as presunções,⁸¹ devemos compreendê-lo de acordo com a etimologia da palavra “presunção”, que tem origem no latim *praesumptio onis*, cujo significado é de ideia, de conjectura antecipada, exatamente o que almeja o princípio ao evitar a possibilidade de qualquer consideração negativa do cidadão em decorrência de figurar como investigado/suspeito/processado, preservando-se o estado natural de inocência inerente ao indivíduo antes de sua efetiva condenação.⁸²

Seu significado não se restringe às normas sobre apreciação probatória,⁸³ irradiando-se para toda estrutura processual penal e compreendendo-se como um relevante valor político-ideológico previsto pelos ordenamentos jurídicos na proteção da dignidade do réu no processo penal.⁸⁴

Ou seja, trata-se da consagração de uma garantia no sentido substancial de que quem quer que seja suspeito de um ilícito não perde sua dignidade pelo simples fato de ser (*reus sacra res*).⁸⁵ Para Garcete de Almeida, “a rigor, a garantia constitucional em referência, à luz da

⁸⁰ ANTÓN, Tomás Vives. PALMA, Maria Fernanda. Almedina.(coord.). El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia. **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, 2004. p. 31 e 32.

⁸¹ Com entendimento semelhante de não se extrair do princípio nenhuma presunção *iuris* ou *hominis*, ver BRASIL, Deilton Ribeiro. A Garantia do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**, 2016, set./dez., n. 6, v.15, pp. 376-398, p. 382.

⁸² Nesse sentido, ver BENTO, Ricardo Alves. SILVA, Marco Antonio Marques. (org.). **O Dogma Constitucional da Presunção de Inocência, Processo penal e garantias processuais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 577.

⁸³ Nesse sentido, ver Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 121/2021 e 284/2020.

⁸⁴ Esse é o alcance que o Tribunal Constitucional português vem dando ao princípio. Entre outros, ver os Acórdãos n.ºs 121/2021; 284/2020; 74/2019; 173/2018 e 195/2017. Com semelhante aceção, ver entendimento de Cezar Peluso, página 1164 de seu voto no BRASIL. Tribunal Pleno. HC 84.078/MG. Relator: Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Também é o entendimento de Tomás Vives Antón ao analisar o princípio da presunção de inocência após discorrer sobre a verdade material no processo penal, in BRASIL. Tribunal Pleno. HC 84.078/MG. Relator: Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Além disso, ver: ANTÓN, Tomás Vives. PALMA, Maria Fernanda. Almedina.(coord.). El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia. **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, 2004. p. 30. Para o autor, o princípio expressa o conjunto dos direitos fundamentais que definem o estatuto jurídico do arguido, estatuto esse que deve nortear como primeiro plano todo o conteúdo e a estrutura do processo penal, uma vez que é através do processo penal que ao Estado é possibilitado a ingerência em grau máximo na liberdade individual e no núcleo mais sagrado dos direitos fundamentais do arguido. *Idem*, p. 30 e 31.

⁸⁵ ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. **Segurança Jurídica e a `prisão-pena antecipatória` : Reflexões sobre o caminho adotado pelo Brasil em face de elevados índices de violência urbana e o transplante do sistema common law**. Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para a obtenção do título de Pós-Doutoramento em Direito, Lisboa, 2020. p. 55. O arquivo da tese foi gentilmente disponibilizado pelo autor a este mestrando.

técnica da interpretação ampliativa dos direitos e garantias fundamentais, não se posta como ‘presunção’, mas como ‘declaração’ de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.⁸⁶ Portanto, é uma posição encampada pelo Estado para salvaguardar a dignidade dessas pessoas até o resultado final do processo, impedindo-se a imposição de qualquer medida cujo fundamento seja a culpabilidade ⁸⁷.

Nas palavras do Ministro Cezar Peluso, “toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional”.⁸⁸ A nível infraconstitucional no Brasil, foram esses os fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para a edição de sua Súmula nº 444 com a seguinte redação: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Isso porque, ainda segundo o Tribunal Superior, “viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional”⁸⁹.

Se na sua origem a presunção de inocência foi uma reação aos abusos sofridos pelos acusados, na atualidade, sem abandonar por completo o viés reacionário, trata-se do principal postulado do sistema de processo acusatório,⁹⁰ um comportamento político-jurídico espreado por todo o arcabouço processual-penal decorrente da confiança depositada na integridade das pessoas pelas sociedades democráticas, salvaguardando a todos os investigados as garantias de defesa até que esteja definitivamente assentada a culpa.⁹¹

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Cf. julgado no Resp 675.463/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 13/12/2004, p. 454, e repetido no julgamento do HC 81866 DF, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 325). Esse entendimento também foi firmado nos seguintes precedentes à Súmula: HC nº 96670-DF 2007/0297509-4 Decisão:15/12/2009 Dje de 08/02/2010 RSSTJ VOL.: 00042 PG: 00179; HC nº 128800-MS 2009/0028469-0 Decisão: 15/12/2009 Dje de 22/02/2010; HC nº 142241-RJ 2009/0139174-7 Decisão: 15/12/2009 Dje de 01/02/2010; HC nº 150266-MS 2009/0199608-7 Decisão: 19/11/2009 Dje de 07/12/2009; HC nº 106089-MS 2008/0100443-9 Decisão: 03/11/2009 Dje de 30/11/2009; Resp nº 730352-RS 2005/0034133-5 Decisão: 29/09/2009 Dje de 19/10/2009; HC nº 97857-SP 2007/0310354-7 Decisão:21/10/2008 Dje de DATA:10/11/2008; HC nº 81866-DF 2007/0092884-0 Decisão:25/09/2007 DJ de 15/10/2007 PG:00325; e Resp nº 898854-PR 2006/0224582-9 Decisão:22/05/2007 DJ de 29/06/2007 PG:00711.

⁸⁸ Voto de Cezar Peluso no HC 84.078/MG (p. 1163).

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 43.502 – SP (2005/0066163-1)**. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, 16 de agosto de 2005. Publicado em: 26 set. 2005. p. 426. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500661631&dt_publicacao=26/09/2005. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁹⁰ Nesse sentido, ver CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 138.

⁹¹ Nesse sentido, ver: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 355.

Palma, contudo, vai além desse conceito teórico para afirmar que o Processo Penal, geralmente, não possibilita a presunção de inocência quanto à prática dos fatos e quanto à culpa. Em relação aos fatos, consubstancia-se na ausência de meios processuais aptos a possibilitar ao arguido evitar o julgamento e impedir sua estigmatização, dando como exemplos a inexistência de recurso do indeferimento de diligências probatórias requeridas pelo arguido; a fragilidade do contraditório, em especial no interrogatório, e os excessivos condicionamentos do acesso aos autos. Por sua vez, relativamente à culpa propriamente dita, faz-se necessária a abertura processual ao chamado diálogo da culpa, no qual “a acusação deverá resolver o conflito entre a necessidade de reconhecer a injustiça praticada e o receio de ser injusto – o conflito no ciclo do mal entre o mal cometido e o mal da própria justiça – o lugar de ultrapassagem desse conflito, em que a culpabilidade é compensadora para o próprio acusado.” Ou seja, a garantia da presunção desprovida de “uma base de Direito Penal de culpa suficientemente intensa é um mero roteiro formal que assegura apenas o ônus da prova do poder punitivo quanto à autoria dos fatos”.⁹²

São decorrências do princípio o fato de que, até o momento de formação definitiva do juízo de culpabilidade, as imputações são meras hipóteses que devem ser comprovadas unicamente pela acusação.⁹³ Na ausência de comprovação de qualquer pressuposto para a formação da culpa, conjugando-se com o princípio do *favor rei*, garante ao acusado a absolvição

⁹² PALMA, Maria Fernanda. O Problema Penal do Processo Penal, In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, Coimbra: Livraria Almedina, 2004. pp. 46 e 47.

⁹³ Nesse mesmo sentido, ver Acórdão do TC n.º 284/2020. Em Declaração de Voto neste Acórdão, Manuel da Costa Andrade leciona: “Sabe-se como a presunção de inocência – o mesmo valendo, por identidade de razões, para o corolário *in dubio pro reo* – emergiu como um princípio, poderíamos mesmo dizer uma “instituição”, do processo penal. Constituindo-se como uma das traves-mestras do processo penal acusatório do Estado de Direito.” Nesse mesmo sentido, ver GIACOMOLLI, Nereu José, Comentário ao art. 5º, LVII, in CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SAGIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1561. Para este autor, do princípio também decorre o afastamento de qualquer atividade probatória por parte do juiz, a quem cabe unicamente decidir sobre a suficiência ou não da prova. Esse mesmo entendimento quanto ao processo acusatório, inclusive, foi destacado pelo legislador na exposição de motivos como diretriz inspiradora do CPP de 1987 (item 7, letra a): “A primeira nota tem a ver com a estrutura básica do processo. Por apego deliberado a uma das conquistas mais marcantes do progresso civilizacional democrático, e por obediência ao mandamento constitucional, o Código perspectivou um processo de estrutura basicamente acusatória. Contudo - e sem a mínima transigência no que às autênticas exigências do acusatório respeita -, procurou temperar o empenho na maximização da acusatoriedade com um princípio de investigação oficial, válido tanto para efeito de acusação como de julgamento; o que representa, além do mais, uma sintonia com a nossa tradição jurídico-processual penal.”

em caso de restar qualquer dúvida quando da apreciação da prova (conforme designa a denominada regra de juízo).⁹⁴

Como princípio orientador do tratamento do arguido,⁹⁵ podemos aduzir que ao legislador, enquanto destinatário primário do princípio,⁹⁶ é atribuída a tarefa de editar normas das quais não se extraíam presunções de culpa e não imputem a responsabilidade por fatos presumidos,⁹⁷ ao passo que ao aplicador do direito e a todos os sujeitos processuais cabe destinar ao arguido tratamento sem qualquer pecha discriminatória digno de quem se apresenta como inocente.⁹⁸

Esse tratamento esperado do legislador e dos sujeitos processuais deve espelhar-se a nível extraprocessual para todos os fins, evitando-se o que Ferrajoli chama de patologia judiciária, que consiste em “penas processuais” decorrentes do “uso do processo como escopo de punição antecipada, ou de intimidação policialesca, ou de estigmatização social, ou de perseguições políticas, ou por todos esses motivos conjuntamente”⁹⁹. Portanto, inclusive após o

⁹⁴ Nesse sentido, ver: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**. Editora Coimbra, 2005. p. 356; GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1561.

⁹⁵ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra Editora, 2000. p. 91.. Também entendendo o princípio como uma verdadeira garantia de tratamento ao acusado não só dentro do processo mas fora dele, tendo a dignidade da pessoa humana como premissa à atividade repressiva estatal, ver FFILHO, Antônio Magalhães Gomes. Significados da Presunção de Inocência, In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 326.

⁹⁶ Cf. item 10.3 do Acórdão n.º 377/2015 do Plenário do TC.

⁹⁷ Cf. PATRÍCIO, Rui. **O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido na Fase do Julgamento no atual Processo Penal Português: Alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português**. Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000. p. 37 e 38.

⁹⁸ Nesse sentido, ver ANTUNES, Maria João; COSTA, Joana Fernandes. Comentário à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em Tribunal em processo penal. In: **A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português**. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 21-43, Disponível em: http://ij.fd.uc.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020. p. 31. Disponível em: http://ij.fd.uc.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

encerramento do processo sem decisão condenatória,¹⁰⁰ convém a conservação do princípio supracitado, garantindo-se ao arguido a preservação de sua dignidade.¹⁰¹

Podemos sintetizar, destarte, que, em um Estado de direito democrático – baseado no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais –,¹⁰² a presunção de inocência soma-se às demais garantias do arguido como parâmetro legitimador da constitucionalidade das normas para, em essência, favorecer a liberdade como um direito de máxima relevância.¹⁰³

Inobstante essas afirmações, a crescente onda de violência e de criminalidade política tem provocado certa tensão ao estado de inocência do arguido como forma de atender a anseios populares, culminando com a escolha de teorias punitivistas pelos aplicadores do direito sem o devido enquadramento teórico para tanto,¹⁰⁴ como veio a ser apontado pela doutrina em razão das recentes decisões do STF admitindo a prisão-pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.¹⁰⁵ Podemos dizer que essas ideias antigarantistas se devem pelo fato de que, como sustenta Ferrajoli, o modelo garantista penal é muito mais recente que a antiga tradição autoritária que, inobstante o período iluminista, jamais foi interrompida.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Trata-se da consagrada projeção do princípio para além de sua dimensão processual, entendido agora em sua vertente extraprocessual, reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência Constitucional. Nesse sentido, ver Acórdão do TC n.º 284/2020, item 19, que, na linha do que decidido reiteradas vezes pelo TEDH, entendeu ser contrário ao princípio da presunção de inocência “o artigo 225.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal, na redação da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, interpretado no sentido de se não considerar que não foi agente do crime ou atuou justificadamente o arguido a quem foi aplicada a medida de coação de prisão preventiva e que vem a ser absolvido com fundamento no princípio in dubio pro reo.”

¹⁰¹ Com entendimento semelhante, ver COSTA, Eduardo Maia. A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 92, 4º Trimestre, 2002. pp. 65-80. p. 77.

¹⁰² Consoante previsão do art. 2.º, n.º 1, da CRP e artigos 1º, 3º e 5º da CF.

¹⁰³ Ainda que não se refira expressamente a todas as garantias processuais do arguido, esse é o entendimento extraído do Acórdão n.º 377/2015 do Plenário do Tribunal Constitucional. Referindo-se aos princípios da necessidade de pena (artigo 18.º, n.º 2 da CRP), da exigência de lei certa (artigo 29.º, n.º 1) e da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2), entendeu o Tribunal que “A possibilidade de decomposição analítica dos seus conteúdos, através da descrição separada dos diferentes standards de julgamento que deles emergem, não pode fazer perder de vista a unidade substancial e valorativa em que todos eles [estes princípios] se encontram, unidade essa que ocupa, numa ordem constitucional como a nossa, que favorece a liberdade, um lugar primordial.”

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁰⁵ Nesse sentido, ver ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. **Segurança Jurídica e a `prisão-pena antecipatória` : Reflexões sobre o caminho adotado pelo Brasil em face de elevados índices de violência urbana e o transplante do sistema common law**. Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para a obtenção do título de Pós-Doutoramento em Direito, Lisboa, 2020. p. 138 ss. O arquivo da tese foi gentilmente disponibilizado pelo autor a este mestrando. Nessa linha de raciocínio, Lênio Luiz Streck aduz que esse entendimento – o da possibilidade da execução da pena de prisão após esgotadas as vias ordinárias – é uma tese moral (segundo a qual “devemos combater a impunidade” ou a de que se deva “atender ao clamor das ruas”) e não uma tese jurídica. STRECK, Lênio Luiz, BREDA, Juliano (coord.). Decisão de segundo grau esgota questão de fato? O Dia em que a Constituição Foi Julgada. A história das ADCs 43, 44 e 54. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2020. P. 96.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit.

Como será melhor aclarado, ainda que a presunção de inocência não tenha aplicabilidade restrita ao processo penal,¹⁰⁷ tem essa garantia proeminente importância nos processos em que seja possível a restrição à liberdade do indivíduo por ser este direito um dos mais caros ao Estado Democrático de Direito, mormente com possibilidade de restrição da liberdade,¹⁰⁸ decorrendo daí inúmeras implicações com outras garantias, como o direito ao recurso.

Nesse mesmo sentido, colaciona-se extração do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 376/2016, 3ª Secção, ponto 3:

Finalmente, admitindo-se que o princípio da presunção de inocência não é uma conquista privativa do processo criminal, devendo estruturar todos os processos que possam culminar com a aplicação de sanções disciplinares ou contraordenacionais, com implicações diretas ao nível do ónus da prova e do princípio *in dubio pro reo*, não se afigura que ele possa valer para as decisões administrativas de aplicação de coimas com o mesmo sentido e alcance com que vale, por força do n.º 2 do artigo 32º da Constituição, para as sentenças judiciais de condenação proferidas em processo criminal. (...). Nesta perspectiva dual de análise, não é possível sustentar que as razões que impedem a aplicação das penas criminais antes do trânsito em julgado da condenação, assentes no reconhecimento da intensidade e expressividade com que interferem na esfera pessoal do arguido, sejam inteiramente transponíveis para o domínio contraordenacional, garantindo assim a aplicação da coima antes do trânsito em julgado da decisão judicial que julgue a impugnação interposta da decisão que a aplica.¹⁰⁹

Esse parece ser o entendimento da Professora Doutora Maria Fernanda Palma. Após explicitar que a “especificidade da função punitiva implica a atribuição de garantias especiais aos destinatários das normas penais, tanto a nível substantivo como no plano processual” (cf. artigo 32º da Constituição), continua a autora afirmando que “o Direito Sancionatório Público não se esgota, todavia, no Direito Penal. O Direito Disciplinar da Função Pública e o Direito de Mera Ordenação Social são verdadeiras manifestações de um Direito Sancionatório Público não penal.”¹¹⁰

¹⁰⁷ Nesse sentido, ver Acórdãos n.ºs 172/2021, 776/2019, 445/2018, 397/2017 e 675/2016, nos quais restou assentado pelo Tribunal Constitucional que o princípio aplica-se aos processos contraordenacionais e sancionatórios por ser ele, o princípio, extensível ao direito sancionatório público; Na doutrina, ver GIACOMOLLI, Nereu José, Comentário ao art. 5º, LVII, in CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1562, para quem o princípio deve ser aplicado em todo o procedimento no bojo do qual seja possível a restrição de direitos.

¹⁰⁸ PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos e Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, espaço e quanto às pessoas**. 2 ed. rev. e ampl. 1 reimp. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 112.

¹⁰⁹ Cf. Acórdão do TC n.º 376/2016.

¹¹⁰ Idem.

Isso porque o exercício da liberdade, enquanto direito de autonomia pessoal, é imperativo à concretização da dignidade humana,¹¹¹ que por sua vez é princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.¹¹² É nesse contexto de exigência do mais amplo exercício do direito de defesa à liberdade, indispensável para o alcance da dignidade,¹¹³ que o princípio fundamental da dignidade humana tem proeminente valor em relação a outros valores, princípios e direitos também de cariz jusfundamental, ainda que não compreenda que o conteúdo do valor dignidade humana corresponda ao núcleo essencial dos direitos fundamentais – o que, para nós, se interpretado ao extremo, acabaria por inviabilizar a pena de prisão –, mas que tenha sempre seu conteúdo imune à restrições em cada direito fundamental (ao menos naqueles direitos que tangenciam a dignidade humana).¹¹⁴ Ou seja, a liberdade é uma condição para a realização do valor dignidade.¹¹⁵

Não estamos aqui defendendo o direito à liberdade como um direito ilimitado, uma vez que, como será demonstrado, há casos em que esse direito entra em concorrência com outros valores fundamentais permissíveis da restrição daquele direito, desde que validamente justificado¹¹⁶ e resguardando seu núcleo essencial.¹¹⁷ Nas palavras de Fernanda Palma, na perspectiva de um modelo de política criminal liberal-garantista, as restrições à liberdade só são justificadas para a garantia da própria liberdade, ou seja, para a proteção de direitos e interesses individuais.¹¹⁸

¹¹¹ Nesse mesmo sentido, ainda que referindo-se ao direito de liberdade em sentido lato, ver SSARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto alegre, 2015. p. 126-127. Para Pieroth e Schilink, “tanto a dignidade da pessoa humana como os conteúdos essenciais dos direitos fundamentais são declarados intocáveis pela Lei Fundamental [alemã] (Art. 1º, n. 1, frase 1; art. 19º, n. 2)” PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco, [E-book]. São Paulo: Saraiva, 2012. Primeira Parte, Doutrinas Gerais dos Direitos Fundamentais, § 6 Garantias e limitações aos direitos fundamentais, parágrafo 236.

¹¹² Cf. artigos 1.º e 2.º da CRP e art. 1º, III, da CFB.

¹¹³ Cf. BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**, Torino: G. Giappichelli, 1987. p. 30.

¹¹⁴ Esse é o entendimento de SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto alegre, 2015. pp. 149 e 157.

¹¹⁵ No mesmo sentido do que fora exposto, ver GGONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **Crime medidas de coação e prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador**. Coimbra: Almedina, 2015. pp. 53 a 55. Ainda que compreenda que os direitos do homem são variáveis (no tempo), heterogêneos (diversos entre si, por vezes incompatíveis) e que as tentativas de definição do que sejam esses direitos são tautológicas – e por isso prefira falar em “fundamentos”, diversos fundamentos desses direitos de acordo com o direito que esteja em jogo –, esse entendimento pode ser extraído das ideias de Norberto Bobbio: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pp. 15 a 24.

¹¹⁶ PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos e Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, espaço e quanto às pessoas**. 2 ed. rev. e ampl. 1 reimp. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 67.

¹¹⁷ Nesse sentido, ver item 14 do Acórdão n.º 595/2018 do Plenário do TC. Trata-se de entendimento há muito consagrado neste Tribunal, como se depreende do Acórdão do TC n.º 31/87.

¹¹⁸ PALMA, Maria Fernanda. Op. Cit.

Como afirma Norberto Bobbio, são poucos os direitos fundamentais que não concorram com outros direitos de igual categoria, como o direito a não sofrer tortura e o direito de não ser escravizado.¹¹⁹ Ainda que não esteja referindo-se à liberdade de locomoção, Stuart Mill reconhece que as ações humanas não detêm a mesma liberdade que as opiniões, mormente quando delas resultem algum ato danoso, afirmando que se deve limitar a liberdade quando alguém se tornar nocivo a outras pessoas: “Em resumo, quando houver um dano claro ou um risco de dano claro, seja a um indivíduo, seja ao público, o caso é retirado da província da liberdade e colocado na província da moralidade ou da lei.”¹²⁰

Assim como as demais declarações de direitos, em especial as editadas no pós-Segunda Guerra, as Constituições portuguesa e brasileira consagram direitos individuais – liberdades – e direitos sociais,¹²¹ os quais só podem ser implementados com a realização de obrigações positivas. A realização de ambas as classes desses direitos é contraditória, ou seja, não pode ser implementada concomitantemente¹²² pelo fato de que a realização plena de uma impede a realização total da outra.¹²³ Daí Palma afirmar que “seria idealmente sustentável que todas as funções de Direito Penal preventivas e reparadoras não tivessem lugar no Processo Penal.” Lembra, contudo, que “nem todas as funções preventivas do Processo Penal são antagônicas dos direitos fundamentais do arguido”.¹²⁴

Inobstante esse impasse, a realização dos direitos sociais – direitos da maioria – não pode significar o desprezo dos direitos individuais, mas sim a garantia de serem estes direitos respeitados pelo controle social.¹²⁵ Daí a dificuldade em proteger os inúmeros valores

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pp. 19 e 20.

¹²⁰ MILL, John Stuart. **A Liberdade**; Utilitarismo. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 85 ss.

¹²¹ Bobbio entende que a defesa dos direitos do homem compreende três bens que considera supremos: a vida, a liberdade e a segurança social, in BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 209.

¹²² PALMA, Maria Fernanda. O Problema Penal do Processo Penal, In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, Coimbra: Livraria Almedina, 2004. pp. 41 e 42.

¹²³ Esse é o entendimento de Norberto Bobbio para justificar que não há um fundamento absoluto dos direitos do homem, recordando que a ilusão do fundamento absoluto desses direitos foi responsável pelo retardo na concretização de novos direitos, exemplificando com os obstáculos à concretização dos direitos sociais impostos pelos direitos de liberdade. BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* pp. 21-22.

¹²⁴ PALMA, Maria Fernanda. *Ibidem*.

¹²⁵ Nesse sentido, PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Política criminal e os fins do direito penal no Estado Social e Democrático de Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 105. Nas palavras de Fernanda Palma, na perspectiva de um modelo de política criminal liberal-garantista, as restrições à liberdade só são justificadas para a garantia da própria liberdade, ou seja, para a proteção de direitos e interesses individuais. PALMA, Maria Fernanda. *Ibidem*.

fundamentais insculpidos nas Cartas de direitos, devendo-se buscar em cada caso concreto os fundamentos possíveis para a concretização em maior grau dos direitos em conflito.

O Tribunal Constitucional faz a seguinte interpretação do princípio da presunção de inocência, dentre outros dos princípios de defesa do arguido:

Nos Estados de Direito democráticos, o Direito penal apresenta uma série de limites garantísticos que são, de facto, verdadeiras “entorses” à eficácia do sistema penal; são reais obstáculos ao desempenho da função punitiva do Estado. É o que sucede, por exemplo, com o princípio da culpa, com o princípio da presunção de inocência, com o direito ao silêncio e, também, com o princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege certa*). Estes princípios e direitos parecem não ter qualquer cabimento na lógica da prossecução dos *interesses político-criminais* que o sistema penal serve. Estão, todavia, carregados de sentido: *são a mais categórica afirmação que, para o Direito, a liberdade pessoal tem sempre um especial valor mesmo em face das prementes exigências comunitárias que justificam o poder punitivo.*¹²⁶

No STF, o então Ministro Carlos Ayres Brito, afirmou que o princípio só pode ser mitigado pelo inciso LXI do art. 5º da CFRB, pois a prisão é tão grave que atinge o indivíduo em 4 esferas distintas: 1 - abala o psíquico, baixa a autoestima do indivíduo; 2 - abala sua situação familiar, com prejuízo no trabalho e no sustento da família; 3 - fator de desqualificação profissional; e, por fim; 4 - um desprestígio social.¹²⁷ Em suas palavras:

E, daqui, Senhor Presidente, tenho que me remeter para o inciso LXI do art. 5º para saber em que termos esse direito à presunção de não culpabilidade foi relativizado, foi mitigado, porque, somente em uma passagem é que a nossa Constituição quebra a força desse direito. Foi no inciso LXI: "ninguém será preso senão em flagrante delito..." É a confirmação do inciso LXI nessa parte inicial do enunciado normativo. Ou seja, a regra é a liberdade. Ninguém será preso. Esta é que a regra. Ninguém será preso senão em flagrante delito.

A presunção de inocência, como todo direito, não se reveste de caráter absoluto,¹²⁸ sendo passível, excepcionalmente, de limitação justificada por outros valores constitucionais e de maneira racional, proporcional e não arbitrária.¹²⁹

¹²⁶ Cf. Acórdãos n.ºs 324/2013, Plenário; e 183/2008.

¹²⁷ Voto do Min. Carlos Brito no HC 84.078/2009, pp. 1151-1154

¹²⁸ Nesse sentido, ver: SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 49.

¹²⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 342.

Isso se dá pelo fato de que os direitos fundamentais não correspondem apenas a direitos subjetivos (direitos de defesa), mas também espelham garantias objetivas para todo o corpo social, exigindo do Estado intervenção para a efetiva tutela dos direitos fundamentais. Não sendo mais o Estado-Juiz o Leviatã de outrora,¹³⁰ a Constituição consagra direitos ao mesmo passo que consagra deveres aos indivíduos. E, para a efetivação desses deveres, como correspondente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ao Estado é atribuída a função de prestar, adequada e eficientemente, a proteção desses outros valores, também fundamentais e de extração constitucional, mormente quando tenham como agentes violadores indivíduos titulares de direitos fundamentais.¹³¹

Nesse passo, sob o viés subjetivo dos direitos de defesa face ao ente estatal, postula-se uma abstinência de toda e qualquer ação estatal contrária ao direito, ao passo que sob a ótica objetiva de proteção face a violação de direitos por terceiros, extrai-se uma função protetiva do Estado que se vê obrigado a agir de maneira adequada e efetiva para a proteção do direito violado.¹³²

Assim, ainda que destinada ao indivíduo que está respondendo ou venha a responder um procedimento criminal, a garantia pessoal expressa no dispositivo constitucional em comento não corresponde mais a uma representação individualista, mas sim a um valor humanista, supraindividual, do sujeito em sua relação com a sociedade¹³³. Relevante, também, que qualquer medida passe pelo teste de proporcionalidade, conforme destacado pela Corte Constitucional portuguesa:

¹³⁰HASSEMER, Winfried. Processo Penal e Direitos Fundamentais, In: Palma, M. F. (coord). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 22. Ainda que esteja conduzindo seu discurso para uma crítica do momento que estamos vivendo, uma evolução consubstanciada na redução dos direitos fundamentais e agravamento do direito penal contrariamente à Constituição, afirma Hassemer que o Estado deixa de ser o Leviatã e passa a figurar ao lado da sociedade contra a criminalidade, passando os direitos fundamentais a ser um obstáculo na luta eficaz contra a criminalidade. Citando escrito de Isensee de Bona datado de 1983, afirma que surgiu na dogmática Alemã um direito fundamental à segurança, o que para o autor é algo semelhante a uma bomba, uma vez que para a concretização do direito fundamental à segurança exige-se a restrição de direitos fundamentais como a liberdade. Ibidem, ibidem.

¹³¹ Nesse sentido, ver BRANDÃO, Nuno, in "Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso", in: J. Faria Costa et al. (orgs.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, p. 239-266, pp. 245 e 246. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1462>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹³² Nesse sentido, ver BRANDÃO, Nuno. Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso. In: J. Faria Costa et al. (orgs.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. p. 239-266. *E-book*. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1462>. Acesso em: 13 abr. 2021

¹³³ Nesse sentido é a interpretação aos direitos fundamentais previstos na CRP de 1976 feita por QUEIROZ, Cristiane. **Direito Constitucional: As Instituições do Estado Democrático e Constitucional**. Coimbra Editora, 2009. pp. 364 ss.

No controlo da proibição do excesso, tem o Tribunal Constitucional seguido na análise da relação entre um meio e o respectivo fim (princípio da proporcionalidade em sentido amplo) uma metódica de aplicação assente num triplo teste, tal como sintetizado no Acórdão n.º 634/93. Existe violação do princípio da proporcionalidade se a medida em análise for considerada *inadequada* (convicção clara de que a medida é, em si mesma, inócua, indiferente ou até negativa, relativamente ao fim visado); ou *desnecessária* (convicção clara da existência de meios adequados alternativos, mas menos onerosos para alcançar o dito fim); ou *desproporcionada* (convicção de que o ganho de interesse público inerente ao fim visado não justifica nem compensa a carga coativa imposta; relação desequilibrada entre os custos e os benefícios da medida).¹³⁴

Para aproximação do problema de pesquisa proposto, é necessário conhecer a estrutura dos sistemas recursais português e brasileiro, o que se fará adiante. No caso do Brasil, excluiu-se da análise as causas submetidas aos Juizados Especiais Criminais, por se tratar de jurisdição voltada a crimes de menor potencial ofensivo¹³⁵, deles não decorrendo pena privativa de liberdade.

2.2. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O PAPEL DOS TRIBUNAIS

2.2.1. Direito Português

Conforme dito em linhas anteriores, a Constituição da República Portuguesa, assim como a Constituição Brasileira¹³⁶, traz em sua redação a previsão da presunção da inocência até o trânsito em julgado, entretanto, para compreendermos quando se dá o trânsito em julgado faz-se necessária a análise da estrutura do Poder Judiciário e da legislação infraconstitucional, uma vez que a Carta Fundamental não especifica o momento da implementação desse momento.

No que corresponde ao objeto da pesquisa (momento em que se torna possível a execução da pena privativa da liberdade), prevê a CRP a existência de quatro categorias de tribunais: o Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância,¹³⁷ existindo hierarquia entre estes três últimos.¹³⁸

O sistema recursal português passou por algumas reformas desde a aprovação do Código de Processo Penal em 17 de fevereiro de 1987 (Decreto-Lei n.º 78/87). Em sua redação original admitia-se apenas uma instância recursal: das decisões do tribunal singular recorria-se para as

¹³⁴ AC TC n.º 194/2017, Plenário.

¹³⁵ Artigos 60 e 61 da Lei n.º 9.099/95 e artigo 98, I da CF.

¹³⁶ “Art. 5º, LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

¹³⁷ Art. 209.º da CRP.

¹³⁸ Nesse sentido, ver item 14 do Ac. n.º 595/2018 do Plenário do TC.

Relações; ao passo que das decisões do tribunal do júri e do tribunal coletivo cabia recurso para o Supremo Tribunal de Justiça apenas relativamente à matéria de direito.¹³⁹ Com a Lei n.º 59/98, viabilizando o recurso das decisões do tribunal coletivo relativamente às matérias de fato para as Relações, introduziu-se a possibilidade de uma segunda instância recursal, para o Supremo, das decisões das Relações proferidas em sede de recurso, possibilidade essa desde então limitada a certos casos em razão da gravidade da pena e da regra da “dupla conforme”.¹⁴⁰ Nessa conjuntura de limitação da possibilidade do duplo recurso é que em 2007 e 2013 o sistema fora novamente alterado pelas Leis n.ºs 48/2007 e 20/2013, respectivamente. Esta última ampliou o âmbito de aplicação da norma do art. 400.º, n.º 1, alínea e), prevendo a irrecorribilidade ao STJ, além das decisões que impusessem pena não privativa de liberdade, das decisões das Relações que apliquem pena de prisão não superior a cinco anos, independentemente de existir conformidade entre as decisões do tribunal de 1.ª instância e da Relação.¹⁴¹

Daí que, em matéria recursal, no exercício de sua competência de guarda da Constituição por via do controle concreto, o Tribunal Constitucional português detém competência especificamente para “administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”.¹⁴² Como bem lembrado por Jorge Miranda, contudo, da amplitude da norma constitucional decorre que o Tribunal tem outras competências além da fiscalização da constitucionalidade e da legalidade, como por exemplo aquelas estatuída no n.º 2 do art. 223.º da CRP.¹⁴³

Desta feita, sua competência recursal – no exercício do controle jurisdicional, sucessivo, concreto, subjetivo e incidental¹⁴⁴ – restringe-se às questões de inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas. Nesse sentido, convém destacar que o exercício da competência recursal se caracteriza como *jurisdicional* pelo fato de ser exercido por um órgão jurisdicional; como

¹³⁹ Cf. artigos 427.º e 432.º. Tal como ainda hoje previsto, essa limitação quanto à matéria de direito não impedia a chamada revista alargada, nos termos dos números 2 e 3 do art. 410.º. Nesse sentido, na doutrina, ver DIAS, Jorge de Figueiredo. Por onde vai o Processo Penal Português: Por estradas ou por veredas?. In: **As Conferências do Centro de Estudos Judiciários**. Lisboa: Almedina, 2014. p. 79; e SILVA, Sandra Oliveira e. As alterações em matéria de recursos, em especial a restrição de acesso à jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça – garantias de defesa em perigo? In: LEITE, André Lamas (org.). **As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma “Cirúrgica”?**. Coimbra Editora, 2014. pp. 274 e 275. Na jurisprudência, ver Acórdão do TC n.º 429/2016, item 12, e evolução histórica-legislativa das disposições normativas nos itens 7, 8 e 9 do Acórdão n.º 595/2018.

¹⁴⁰ Cf. Artigos 400.º, n.º 1, alínea f), 427.º, 428.º, n.º 1, e 432.º, alínea b), do CPP).

¹⁴¹ Nesse mesmo sentido, ver o tópico c) do Acórdão 595/2018 do TC.

¹⁴² Cf. artigo 221.º da CRP.

¹⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo VI: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 4. ed., Coimbra Editora, 2013.

¹⁴⁴ Nesse sentido, ver QUEIROZ, Cristiane. **Direito Constitucional: As Instituições do Estado Democrático e Constitucional**. Coimbra Editora, 2009. pp. 298-299.

sucessivo por exercer-se sobre objeto ou ato já perfeito e acabado; como *concreto* por dizer respeito ao modo como exercido o controle, incidindo sobre um caso real e efetivo (art. 280.º da CRP); como *subjetivo* por estar em julgamento um caso pessoal, individual; e como *incidental* por se referir ao procedimento, apresentando-se como uma questão prejudicial em outro processo.¹⁴⁵

Com exceção dos recursos ao Tribunal Constitucional,¹⁴⁶ os recursos regulados pelo CPP são classificados em ordinários e extraordinários, consoante esteja-se diante de uma decisão transitada ou não em julgado, conforme será detalhado adiante.¹⁴⁷ Podemos extrair de uma interpretação conjunta dos artigos 619.º, n.º 1, e 628.º do CPC c/c os artigos 4.º, 400.º e 411.º do CPP que por decisão transitada em julgado compreendemos aquela decisão irrecurável e, sendo recorrível, transcorreu o prazo para a interposição do recurso cabível sem seu adequado manejo. Ou seja, trata-se de uma decisão insuscetível de impugnação nas vias ordinárias.¹⁴⁸

Nos termos do Título I do Capítulo XI do CPP, os recursos ordinários são interpostos aos Tribunais de Relação e ao Supremo Tribunal de Justiça, competindo àqueles conhecer de matérias de fato e de direito,¹⁴⁹ ao passo que ao STJ cabe conhecer apenas matéria de direito¹⁵⁰, sem prejuízo da análise por este Supremo Tribunal dos vícios constantes dos fundamentos de fato e evidenciados no texto da decisão recorrida e de nulidades.¹⁵¹

¹⁴⁵ Cf. artigo 223.º, 1., c/c artigos 277.º e 280.º, todos da CRP. Incide unicamente sobre normas jurídicas pelo fato de que não se trata de um controle sobre atos políticos ou atos de governo (não normativos), mas apenas sobre atos normativos. Nesse sentido, ver: QUEIROZ, Cristina. *Op. Cit.* pp. 299-300. Criticando sistema de controle concreto tal como posto constitucionalmente, Maria Lúcia Amaral, defendendo uma maior amplitude do objeto do recurso que não apenas às decisões judiciais. AMARAL, Maria Lúcia. *Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade: uma lição de direito público comparado*. In: **Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**, v. 1, Coimbra: Almedina, 2008. pp. 498-499. Nesse mesmo sentido, ver publicação anterior da autora: AMARAL, Maria Lúcia. **O Modelo Português de Justiça Constitucional**. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, Madri, n.º 11, 2007, pp. 38-39.

¹⁴⁶ Regulados pelo art. 280.º da CRP e pelos artigos 69.º e ss da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional-LOT, Lei n.º 28/82.

¹⁴⁷ Nesse sentido, ver CARVALHO, Paula Marques de. **Manual prático de processo penal**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 554.

¹⁴⁸ Nesse mesmo sentido, ver CARVALHO, Paula Marques de. *Ibidem*. pp. 554-555.

¹⁴⁹ Cf. art. 428.º do CPP.

¹⁵⁰ Cf. art. 434.º do CPP.

¹⁵¹ Cf. previsão do art. 410.º, números 2 e 3, do CPP, ainda que a análise pelo STJ esteja estrita à questões de direito, o Supremo pode analisar os recursos que tenham como fundamento a insuficiência da matéria fática comprovada, a “contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão”, o “erro notório na apreciação da prova” e “a inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada”, desde que esses vícios resultem do texto da decisão recorrida. Nesse mesmo sentido, ver declaração de voto do Conselheiro Fernando Vaz Ventura no Acórdão do TC n.º 595/2018. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f86724f30439d8ee802586790068f360?OpenDocument&Highlight=0,Princ%C3%ADpio,da,presunção,de,inocência>. Acesso em: 30 mar. 2021. Com a mesma interpretação, ver Ac. STJ de 27-01-2009 (n.º do Documento SJ20090127039783, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e7241a53f04b595580257563004e1914?OpenDocument&Highlight=0,SJ20090127039783>). Acesso em: 02 fev. 2019.

Funciona o Supremo Tribunal de Justiça como instância recursal nas hipóteses previstas pelo art. 432.º do CPP. Conforme previsão da Lei nº 48/2007, consagrando a possibilidade do triplo grau de jurisdição, hipótese essa que foi mantida pela reforma de 2013, ao STJ é possível recorrer em segunda instância recursal das decisões com força de condenatórias proferidas pelas Relações nos “casos de maior merecimento penal”¹⁵², quais sejam:¹⁵³ aplicação de pena de prisão efetiva quando reformadora de sentença absolutória e confirmação de decisões da primeira instância que aplicaram pena de prisão superior a oito anos. Na primeira hipótese – aplicação de pena de prisão efetiva – temos os casos em que, discordando da decisão proferida em primeira instância e inovando na esfera jurídica do arguido, o Tribunal da Relação reforma decisão absolutória, condenando-o à pena privativa de liberdade.¹⁵⁴ Já na segunda, temos a consagração da regra da *dupla conforme* que se dá quando o Tribunal da Relação, em recurso, confirma decisão condenatória proferida pela primeira instância.¹⁵⁵

Como primeira e única instância de recurso, ao STJ é possível recorrer das decisões proferidas pelas relações em primeira instância¹⁵⁶ e dos acórdãos finais do tribunal do júri ou do tribunal coletivo que apliquem pena de prisão superior a 5 anos, visando apenas a reforma de matéria de direito.¹⁵⁷ Albuquerque lembra que o poder de cognição à matéria de direito abarca o controle do *quantum* da pena, “uma vez que esta é matéria de direito e, designadamente, no que respeita não apenas à fixação dos limites máximo e mínimo da moldura penal, mas também à aplicação dos factores de determinação da pena”.¹⁵⁸

Em relação aos recursos ao Supremo Tribunal de Justiça, as alterações promovidas na legislação processual penal, iniciada em 2007 com a Lei 48/2007, bem como em 2013 – em especial a redação dada à alínea e) do n.º 1 do art. 400.º do CPP, prevendo a irrecorribilidade

¹⁵² Nesse sentido foi a motivação da proposta de lei n.º 109/X e é a opinião que extraímos do artigo escrito por SANTOS, Manuel José Carilho Simas. **A Reforma do Processo Penal na Área dos Recursos**. Disponível em <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/recursosprocessopenal.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019. Na jurisprudência, por todos, ver o Acórdão nº 104/2020 (processo n.º 474/2019) do Tribunal Constitucional.

¹⁵³ Cf. interpretação extraída dos artigos 432.º, n.º 1, al.ª b), c/c 400.º, n.º 1, als. e) e f), ambos do CPP.

¹⁵⁴ Consoante já informado, ainda que o art. 400.º, n.º 1, al. e), do CPP refira-se à pena privativa de liberdade não superior a 5 anos, a jurisprudência constitucional sedimentou-se no sentido de que é recorrível o acórdão condenatório proferido, em recurso, pelo Tribunal de Relação quando, de maneira inovadora, reforma decisão absolutória da primeira instância e aplique pena de prisão efetiva ao arguido, ainda que inferior a 5 anos, por ferir o direito ao recurso (art. 32.º, n.º 1, c/c art. 18.º, n.º 2, ambos da CRP). Nesse sentido, ver Acórdãos n.º 412/2015; 429/2016 e 595/2018, todos do Tribunal Constitucional.

¹⁵⁵ Trata-se de hipóteses consagradas como de “maior merecimento penal”, conforme aponta SANTOS, Manuel José Carilho Simas. *Ibidem*.

¹⁵⁶ Art. 432.º, 1, al.ª a), do CPP.

¹⁵⁷ Art. 432.º, 1., al.ª c), do CPP.

¹⁵⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia de Direitos do Homem**. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. p. 1178.

dos acórdãos proferidos em recurso pelas Relações que apliquem pena de prisão inferior a cinco anos – tiveram por objetivo, dentre outros, consagrar a interpretação mais restritiva à divergência existente no próprio STJ quanto à interpretação da norma extraída do art. 400.º, n.º 1, alínea e), c/c art. 432.º, n.º 1, alínea c), ambos do CPP,¹⁵⁹ bem como equilibrar a necessária celeridade e eficácia no combate ao crime para a defesa da sociedade com as garantias dos direitos do arguido,¹⁶⁰ Na interpretação do legislador reformador, o direito ao recurso e a presunção de inocência também devem ser ponderados com a necessária celeridade processual para a busca da verdade material,¹⁶¹ assegurando-se a eficiente organização do sistema judicial, mormente pela restrição do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, a quem, no entendimento do legislador infraconstitucional, caberia intervir apenas nas causas de maior merecimento penal.¹⁶²

No Acórdão n.º 429/2016,¹⁶³ proferido pelo Plenário do Tribunal Constitucional, restou sedimentado que, ainda que a restrição a uma dupla instância recursal encontre-se amparado por interesses dignos de proteção constitucional como a celeridade e a eficiência da administração da justiça, o direito constitucional ao recurso não estaria efetivamente protegido pela norma extraída do art. 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, no caso de condenação em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos proferida pela segunda instância após decisão primária absolutória, uma vez que não seria possível ao arguido questionar a decisão de primeiro grau para a Relação por lhe faltar interesse de agir. No confronto entre o quanto de compressão do direito ao recurso e o quanto de benefícios ao sistema de justiça provenientes da celeridade e

¹⁵⁹ Segundo extraímos da Fundamentação do Acórdão n.º 595/2018 do TC, antes mesmo da reforma de 2013, o STJ já vinha fazendo em alguns julgados uma “redução teleológica” da norma extraída da alínea e) do n.º 1 do art. 400, c/c a norma extraída da alínea c) do n.º 1 do art. 432, ambos do CPP, entendendo ser irrecorrível as decisões tomadas pelos Tribunais de Relação em recurso que aplicassem pena de prisão não superior a cinco anos (cf. Acórdão de 18 de setembro de 2009, Processo n.º 09P0102). Noutras oportunidades, contudo, optava por uma interpretação literal do art. 400.º, n.º 1, alínea e), admitindo recurso das decisões proferidas em recurso pelas Relações que, de maneira inovadora ao quanto decidido pela primeira instância, aplicassem pena privativa da liberdade inferior a cinco anos (cf. Acórdão de 25 de junho de 2008, Processo n.º 08P1879). Antes mesmo da reforma de 2013, o Tribunal Constitucional já havia julgado inconstitucional a norma extraída daquela interpretação restritiva do STJ, no sentido de ser irrecorrível o acórdão das Relações que, em recurso, tenha aplicado pena de prisão inferior a cinco anos quando o tribunal de primeiro grau não tenha aplicado pena privativa de liberdade, conforme Acórdãos n.º 591/2012 (1ª Secção) e n.º 324/2013 (Plenário).

¹⁶⁰ Cf. Acórdão TC 595/2018, na qual há menção à exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 77/XII que deu origem à reforma de 2013. Cf. SILVA, Sandra Oliveira e. As alterações em matéria de recursos, em especial a restrição de acesso à jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça – garantias de defesa em perigo? In: LEITE, André Lamas (org.). **As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma “Cirúrgica”?**. Coimbra Editora, 2014, p. 263.

¹⁶¹ Nesse sentido são os Acórdãos do Plenário do Tribunal Constitucional n.ºs 429/2016 e 595/2018.

¹⁶² Conforme constam dos Acórdãos do Plenário n.ºs 429/2016 e 595/2018.

¹⁶³ Item 21.

da racionalidade do sistema recursal com a limitação daquele direito, o direito ao recurso como garantia do arguido deve prevalecer.¹⁶⁴

Citando normas vinculativas para o direito português – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP),¹⁶⁵ da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH)¹⁶⁶ e de seu Protocolo n.º 7¹⁶⁷ – o Tribunal Constitucional julgou, contudo, desconforme ao direito ao recurso como garantia de defesa previsto no art. 32.º, n.º 1, conjugado com o art. 18.º, n.º 2, ambos da CRP, com força obrigatória geral, a norma extraída do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovadoramente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos.¹⁶⁸

Nesse julgado, na linha de inúmeras decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,¹⁶⁹ buscando privilegiar um processo justo e equitativo,¹⁷⁰ distinguindo-o do direito ao duplo grau de jurisdição, uma vez que o direito ao recurso é uma garantia específica prevista na moldura das garantias de defesa do arguido, com valor próprio e “não dissolúvel” em outras garantias,¹⁷¹ entendeu o Tribunal Constitucional ser inapropriado fazer uma interpretação

¹⁶⁴ No Acórdão n.º 595/2018, diferentemente do que consignado no Acórdão n.º 429/2016 – no bojo do qual entendeu-se que a limitação do direito ao recurso na hipótese de inovação pelo Tribunal da Relação reformando sentença absolutória e aplicando pena de prisão efetiva configuraria uma “ablação total” ao direito ao recurso –, entendeu-se que, independentemente de se considerar uma supressão total ao núcleo do direito previsto na parte final do n.º 1 do art. 32.º da CRP ou uma restrição excessiva a esse direito, restando este insuficientemente protegido o resultado seria o mesmo: a inconstitucionalidade da norma.

¹⁶⁵ Art. 14.º, n.º 5: “Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença em conformidade com a lei.” Aprovado pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho.

¹⁶⁶ O qual, ainda que não preveja expressamente o direito ao recurso, em seu art. 53.º estabelece a impossibilidade de suas disposições serem interpretadas no sentido de limitar ou prejudicar direitos e liberdades fundamentais reconhecidos. Aprovada pela Lei 65/78, de 13 de outubro.

¹⁶⁷ Em seu art. 2.º, n.º 1, estabelece o direito, a ser regulado por lei, de toda pessoa declarada culpada de uma infração penal a ver sua situação examinada por uma instância superior. Já no n.º 2 desse mesmo artigo, traz as possibilidades de restrição a esse direito: em casos de infrações menores, nos termos da lei; quando o julgamento tenha se dado em primeira instância pela mais alta jurisdição; e, quando tiver sua declaração de culpa em grau de recurso face sua absolvição.

¹⁶⁸ Acórdão n.º 595/2018, Processo n.º 273/2018, Plenário, Relatora Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros.

¹⁶⁹ Exemplificativamente, ver os acórdãos nos casos Sobko c. Ucrânia, n.º 15102/10, § 71, 17 de dezembro de 2015; Moinescu c. Roménia, n.º 16903/12, §§ 33 a 40, 15 de setembro de 2015; Marius Dragomir c. Roménia, n.º 21528/09, §§ 18 a 27, 6 de Outubro de 2015; Loni c. Croácia, n.º 8067/12, §§ 100 e 101, 4 de dezembro de 2014; Văduva c. Roménia, n.º 27781/06, § 41, 25 de fevereiro de 2014; Lacadena Calero c. Espanha, no 23002/07, § 38, 22 de novembro de 2011; Suuripää c. Finlândia, n.º 43151/02, § 44, 12 de janeiro de 2010; e Destrehem c. França, n.º 56651/00, §§ 39 a 47, de 18 de maio 2004.

¹⁷⁰ Art. 6.º, n.º 1, da CEDH.

¹⁷¹ Distinguindo o direito ao recurso previsto expressamente pela CRP da garantia ao duplo grau de jurisdição, ver fundamentação constante do item 16 do Acórdão n.º 429/2016, Plenário, e do item 14 do Acórdão 595/2018, também do Pleno do Tribunal Constitucional.

meramente formal do direito ao recurso quando o direito material subjacente for de ordem penal, devendo prevalecer um alto nível de garantias da posição processual do arguido quando tiver reformada sua declaração de inocência em sede recursal.

O TC faz uma associação do princípio da presunção com o direito ao recurso para aduzir que, quando o arguido não teve oportunidade de se manifestar nas contra alegações ao recurso à Relação sobre o objeto nele discutido, havendo inovação substancial e prejudicial ao arguido (quanto à determinação e à medida da pena), cabe recurso ao Supremo em razão de sua situação jurídica de inocente. Para o tribunal, esta situação jurídica de inocente perdura até a sua condenação que, no caso em comento, ocorreu apenas no Tribunal da Relação¹⁷²:

A razão para esta concepção é simples: na valoração axiológica subjacente à configuração do direito ao recurso consagrado no n.º 1 do artigo 32.º da CRP que aqui se adota, assume fundamental importância a diferença existente entre o *status* jurídico de *inocente* (que persiste até ao momento da condenação, em concretização do princípio da *presunção de inocência*) e *culpado*. A transposição dessa fronteira, por ação de um órgão de soberania – no caso, um tribunal da relação – comporta uma *alteração de significativa relevância para a pessoa do condenado*, quer num plano interno (da relação de cada cidadão consigo mesmo, do desenvolvimento da sua identidade e personalidade, direitos fundamentais pessoais, nos termos do artigo 26.º, n.º 1, da CRP), como num plano externo (o da relação com os seus concidadãos e com o Estado, no qual releva o direito ao bom nome e reputação, também protegido pelo n.º 1 do artigo 26.º da CRP). Assim, é o grau de afetação de diversos direitos fundamentais *por efeito da condenação penal em si mesma* que justifica a afirmação da existência de um *direito ao próprio recurso em caso de condenação*, entendido como *regra* e decorrente do disposto no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição; mas é, igualmente, a gravidade dessa situação que permite distingui-la de todas as outras, conduzindo a uma circunscrição clara – e muito restrita – do alcance desta dimensão nuclear do direito fundamental em causa, deixando todas as outras, nos termos acima explicados, no espaço da *concordância prática*. Ora, se quanto ao *teor* da condenação pode entender-se já ter tido o arguido possibilidade de se pronunciar, nas contra-alegações do recurso que origina a decisão do Tribunal da Relação, o mesmo não sucede quanto à determinação da pena e da sua medida concreta, que sempre constituirão *elemento novo*, relativamente ao qual impõe a Constituição que lhe seja dada oportunidade de defesa.

Aliada à previsão originária do texto constitucional quanto à presunção de inocência, revisões constitucionais buscaram aprimorar tanto as garantias do arguido como as garantias de celeridade e de efetividade processuais. A reforma de 30 de setembro de 1982 (Lei n.º 1/82), foi introduzida a segunda parte da redação atual hoje do dispositivo mencionado, objetivando garantir maior celeridade e efetividade aos julgamentos.

¹⁷² Acórdão n.º 100/2021, 2ª Secção, Processo n.º 140/17, item 12.

Por sua vez, com a finalidade de impingir a devida autonomia ao já então reconhecido direito ao recurso¹⁷³ dentro do amplo conjunto das garantias de defesa no bojo do processo criminal, a reforma constitucional de 1997 acrescentou à parte final do n.º 1 do art. 32.º o direito ao recurso.¹⁷⁴ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional,¹⁷⁵ trata-se positivamente expressa de garantia essencial destinada à esfera da defesa do arguido,¹⁷⁶ que impõe limite à liberdade conformadora do legislador no que tange às hipóteses de recursos, mormente das decisões restritivas de direitos.¹⁷⁷

Nos moldes das Constituições europeias promulgadas depois da II Guerra Mundial, a Constituição Portuguesa de 1976 trouxe o controle de constitucionalidade das normas jurídicas como elemento do próprio Estado Democrático de Direito. Daí a previsão de um Tribunal Constitucional como guardião supremo da Carta Constitucional.¹⁷⁸

Como órgão de controle jurisdicional, o Tribunal Constitucional não pode substituir a vontade do legislador no âmbito de seu espaço de conformação quando edite normas razoáveis, proporcionais e não arbitrárias. Cabe à Corte Constitucional apenas aferir se as normas decorrentes dessa vontade estão de acordo com a Constituição e com os princípios dela extraídos, sob pena de violação da Constituição por extrapolação dos limites de controle. Como se percebe, logicamente isso não retira do Tribunal a obrigação de analisar a razoabilidade dos atos normativos na esteira do primado da proporcionalidade, sempre respeitando e tendo como limite o núcleo essencial dos direitos envolvidos, mormente quanto estivermos diante de direitos fundamentais como o ora em comento.¹⁷⁹

¹⁷³ A título exemplificativo, colaciona-se os seguintes Acórdãos do Tribunal Constitucional que, na redação anterior do dispositivo, já extraíam da redação prevista no n.º 1 do art. 32.º da CRP (O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa) o direito ao recurso. Por todos, ver: item 6 do Acórdão n.º 322/93, 2.ª Secção; item 6 do Acórdão n.º 8/87, Plenário; e itens II.2 e 3 do Acórdão n.º 401/91, Plenário.

¹⁷⁴ Cf. art. 15.º, n.º 1, da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

¹⁷⁵ Itens 12 e seguintes do Acórdão n.º 595/2018, Plenário.

¹⁷⁶ Uma vez que fora positivada expressamente nas previsões das garantias de defesa do arguido. Isso, contudo, não significa ausência de garantias pela CRP ao Ministério Público para que possa cumprir seu papel (art. 219.º, n.º, 1), bem como ausência de proteção ao ofendido e o seu direito de intervir no processo (art. 32.º, n.º 7). Esse mesmo entendimento é extraído do item 22 do Acórdão n.º 429/2016 do Plenário do Tribunal Constitucional.

¹⁷⁷ Nesse ponto, de ser uma garantia da defesa não extensível à acusação, ver CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v.1.

¹⁷⁸ Nesse sentido, ver QUEIROZ, Cristiane. **Direito Constitucional: As Instituições do Estado Democrático e Constitucional**. Coimbra Editora, 2009. p. 292. Lembra a autora, contudo, que o Tribunal Constitucional só foi instituído em 1982, após o período de transição, com a primeira lei de revisão constitucional (Lei n.º 1/82, de 30 de setembro). Em sua redação original, nos termos dos artigos 280.º e 281.º, o controle era atribuído ao Conselho da Revolução. Tratava-se de um órgão sui generis que exercia uma fiscalização política e jurídica, aproximando-se de uma verdadeira jurisdição constitucional. Idem Ibidem.

¹⁷⁹ Esse também é o entendimento de Queiroz, para quem “a liberdade de conformação do legislador” é mais ampla do que a dos órgãos de controle, não cabendo a estes apreciar a discricionariedade dos atos daquele emanados, in QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da**

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais que atribui ao Estado o dever de garantir a concretização de quaisquer direitos quando violados por indivíduos, ainda que atribuída aos três poderes, é proeminentemente atividade do legislador. Em atenção à separação dos poderes, é o Poder Legislativo quem detém, em razão de sua legitimidade democrática, maior margem de liberdade decisória e conformativa para a correta e adequada definição de quando, como e em quais será adequado ao Poder Público agir para a garantia desses direitos fundamentais. Para tanto, conta o Legislativo com uma margem de condescendência e de autocontenção do judiciário. Essa autocontenção do Judiciário é expressamente reconhecida pela jurisprudência do TC.¹⁸⁰ Nesse sentido, apresenta-se o entendimento de Nuno Brandão, aduzindo que esse dever de autocontenção da jurisdição constitucional é “fruto da *judicial self-restraint* que por regra caracteriza a actividade de fiscalização da constitucionalidade.”¹⁸¹

O objeto do recurso ao TC não é a constitucionalidade ou a legalidade da decisão recorrida ou, ainda, o acerto ou não dessa decisão, mas tão somente a constitucionalidade ou a legalidade de uma norma,¹⁸² de uma fração desse julgado que recusou o emprego de uma norma por ser ela inconstitucional¹⁸³ ou valeu-se de uma norma cuja inconstitucionalidade fora suscitada¹⁸⁴. Trata-se de recurso de natureza não extraordinária que obsta, geralmente, o trânsito em julgado da decisão recorrida.¹⁸⁵

Criticando o atual modelo recursal ao TC, Amaral entende restar prejudicada a eficiência do sistema por deixar às partes o poder de decidir levar ao Tribunal Constitucional a

construção constitucional. Coimbra Editora, 2000. p. 181 ss. Jorge Miranda, fazendo a devida distinção com a discricionariedade administrativa, aduz que a margem de liberdade do legislador é muito maior que aquela discricionariedade, in MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo VI: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 4. ed., Coimbra Editora, 2013. p. 45. Esse mesmo entendimento, quanto à margem de apreciação do legislador na concretização das normas constitucionais, também é o sedimentado na jurisprudência do Tribunal Constitucional, conforme extrai-se dos Acórdãos números 595/2018 (Plenário), 429/2016 (Plenário), 664/2016 (2ª Secção) e 132/2018 (1ª Secção).

¹⁸⁰ Por todos, ver ponto 9 do Acórdão n.º 377/2015 (no qual o Tribunal ressalta que a ele compete verificar “se foram ou não cumpridos no caso os padrões legitimadores da constitucionalidade...”); ponto 6 do Acórdão n.º 634/1993; e ponto 7 do Acórdão n.º 347/1986.

¹⁸¹ BRANDÃO, Nuno. Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso. In: J. Faria Costa et al. (orgs.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. p. 246-247. *E-book*. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1462>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹⁸² “...reporta-se apenas à norma aplicada ou não aplicada no processo, não à qualquer outra questão.” Esse é o entendimento de MIRANDA, Jorge. *Ibidem*. p. 260.

¹⁸³ Recurso de decisões positivas de inconstitucionalidade.

¹⁸⁴ Recurso de decisões negativas de inconstitucionalidade.

¹⁸⁵ Esse é o entendimento de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedida, 2003. p. 989. Jorge Miranda afirma que o recurso das decisões que apliquem norma cuja constitucionalidade e legalidade tenham sido questionadas não reconduzem a recurso de amparo: “O direito de interpor pode ser considerado um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, mas os recursos não se configuram em si mesmos como meios específicos de defesa de direitos, liberdades e garantias.” In MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.* p. 249.

questão relativa à constitucionalidade das normas.¹⁸⁶ Jorge Miranda, por sua vez, citando Jorge Reis Novais e Maria Lúcia Amaral, acrescenta que o sistema português dificulta as relações entre as jurisdições constitucional e a comum uma vez que a decisão do TC, quando contrária à decisão recorrida, faz com que esta decisão tenha que ser revista – ao contrário do sistema comum europeu de suspensão da instância, no qual a decisão do Tribunal Constitucional é emitida antes de qualquer decisão sobre o mérito no processo originário.¹⁸⁷

O modelo de controle concreto exercido pelo Tribunal Constitucional português acaba por ser utilizado, por vezes, como expediente procrastinatório, mais uma instância ao dispor das partes para a resolução do litígio, deixando em segundo plano a função precípua do Tribunal relativa à interpretação constitucional.¹⁸⁸

De outra banda, defendendo o sistema recursal vigente, entende Fernanda Palma que alterar o atual modelo misto por um sistema concentrado, ainda que com eventual previsão de reenvio, resultaria na retirada da competência atribuída constitucionalmente a todos os juízes¹⁸⁹ de decidir de acordo com as normas e os princípios constitucionais, limitando a competência julgadora à competência de questionar, transformando a análise da constitucionalidade em um mero incidente na aplicação da norma, ocasionando uma inaceitável distinção entre juridicidade e constitucionalidade.¹⁹⁰

Nessa esteira, ainda que confessadamente incline-se ao sistema europeu de reenvio prejudicial, Jorge Miranda acaba concordando com Maria Fernanda Palma, Maria dos Prazeres Beleza e Carlos Blanco de Moraes no sentido de que o atual sistema tem funcionado de modo positivo.¹⁹¹ Não ignorando os desvios do sistema ocasionado por abusos de recursos dilatórios impetrados no Tribunal, propõe o autor, como solução, o agravamento dos requisitos e das sanções contra litigantes de má-fé, bem como a reconsideração da regra geral do efeito suspensivo dos recursos ao Tribunal Constitucional.¹⁹²

Entendendo que a abertura do sistema para a previsão de uma ação constitucional de defesa ao TC não superaria os inconvenientes daí decorrentes – como a lentidão dos

¹⁸⁶ AMARAL, Maria Lúcia. **O Modelo Português de Justiça Constitucional**. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, Madri, nº 11, 2007, pp. 39-40.

¹⁸⁷ MIRANDA, Jorge. 2013. Op. Cit. p. 282.

¹⁸⁸ Com entendimento semelhante, ver MIRANDA, Jorge. 2013. Ibid. pp. 283-284.

¹⁸⁹ Art. 204.º.

¹⁹⁰ PALMA, Maria Fernanda. Constitucionalidade e Justiça: novos desafios para a justiça constitucional. **Themis: Revista de Direito**, Almedina, Coimbra, ano 1, n. 1, 2000, pp. 21-31. p. 30. Também defendendo o atual sistema de controle, ver MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional: O direito do contencioso constitucional Tomo II**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 983 ss.

¹⁹¹ MIRANDA, Jorge. 2013. Id. p. 286.

¹⁹² MIRANDA, Jorge. 2013. Id. p. 287.

julgamentos e o considerável aumento de casos no Tribunal Constitucional e o consequente aumento da falibilidade das decisões da corte –, Rui Medeiros afirma que a previsão de recurso pelas partes ao Tribunal Constitucional já faz deste órgão um *tribunal do cidadão*.¹⁹³

Comentando as alterações normativas pela reforma processual penal de 2013, em especial as das alíneas *d)* e *e)* do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, citando Alberto Medina de Seíça, Sandra Oliveira e Silva afirma que o legislador finalmente cumpriu com seu objetivo a que se propusera em 2007 [constante da Proposta n.º 109/X/2 e afastada pela versão definitiva da Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto], restringindo o acesso ao STJ “aos casos com “maior merecimento penal” (aqueles a que tenha sido aplicada por alguma das instâncias pena de prisão superior a cinco anos)”, aduzindo ainda que “A maior seletividade no acesso ao STJ acentua a preferência atribuída aos recursos ‘normativos’ sobre os recursos meramente “hierárquicos” e reforça a função ‘nomofilática’ da jurisprudência dos supremos tribunais”.

2.2.2 Direito Brasileiro

Em que pese una e indivisível¹⁹⁴, relativamente à competência dos órgãos jurisdicionais brasileiros na égide constitucional de 1988, a doutrina costuma elencar o sistema jurisdicional da seguinte forma, dentre outras: relativamente ao objeto, em jurisdição penal e jurisdição civil; em relação aos órgãos que a exercem, em jurisdição especial e jurisdição comum; e, no que tange à hierarquia, em jurisdição superior e jurisdição inferior.¹⁹⁵

Em seu Capítulo III (Do Poder Judiciário) do Título IV (Da Organização dos Poderes), a Constituição Federal elenca os órgãos do Poder Judiciário, fixando normas gerais

¹⁹³MEDEIROS, Rui. **A decisão de Inconstitucionalidade**: Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei. Universidade Católica Editora, 1999. pp. 356 ss. (citado por Jorge Miranda, Direito Constitucional, 2013, tomo VI, p. 291 e 292. Com entendimento semelhante, ver MORAIS, Carlos Blanco de, Justiça Constitucional: O direito do contencioso constitucional, Tomo II, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 1057 ss.

¹⁹⁴ Como expressão da soberania estatal, aponta a doutrina que a jurisdição, a rigor, não pode ser dividida uma vez que a pluralidade de jurisdições sob uma mesma ordem jurídica significaria o mesmo que pluralidade de soberanias. Nesse sentido, ver CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 156. No mesmo sentido, Pacelli afirma existir apenas distribuição de parcelas da jurisdição, ou seja, distribuição de competências. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24 ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2019. p. 264. Nesse mesmo sentido, ver CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. item 15.5; MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*., Cap. 9, item 2.1; RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010. p. 32 e 291.

¹⁹⁵ Sobre o assunto, é clássica a obra de CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. 2006. Op. Cit.

relativamente à estrutura judiciária nacional visando a divisão racional dos trabalhos forenses. Desta feita, compõem o Poder Judiciário brasileiro os seguintes organismos: Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Justiça Militar (Federal), Justiças Estaduais ordinárias e as Justiças Militares dos Estados. Destas, apenas a Justiça Trabalhista não detém competência criminal, bem como as Justiças Militares não possuem competência civil. As demais exercem ambas as competências.¹⁹⁶

Desta pluralidade de organismos, atendendo à divisão de competência relativamente às matérias a serem julgadas, a doutrina divide a organização judiciária em Justiças comuns e Justiças Especiais.¹⁹⁷ Estas, que não são objeto da presente pesquisa, compreendem o julgamento de causas cujo objeto é expressamente extraído da Carta Federal e correspondem à Justiça Trabalhista, à Justiça Eleitoral e às Justiças Militares.¹⁹⁸ Por um critério residual, extrai-se da Constituição que as causas não afetadas às Justiças Especializadas competem à Justiça Comum, que compreende as Justiças ordinárias dos Estados e a Justiça Federal.

A Justiça Federal é composta pelos Tribunais Regionais Federais-TRFs¹⁹⁹ e pelos Juízes Federais, que correspondem ao segundo e ao primeiro grau de jurisdição, respectivamente. Relativamente às causas criminais afetadas à Justiça Federal, a CF elenca de forma taxativa e exaustiva sua competência tendo como critério os interesses tutelados em juízo.²⁰⁰ Como bem alertado por Pacelli, a distinção feita entre as justiças especializadas e a comum só se justifica em razão das diferentes matérias que a cada uma compete processar e julgar, sendo correto afirmar, portanto, que todas elas são, a seu modo, justiças especializadas em certas matérias. Daí que, em decorrência dessa especialização e da expressa previsão constitucional das causas atinentes à Justiça Federal, no concurso de competência entre a justiça federal e a estadual prevalece àquela (Cf. Súmula 122 do STJ), não por ser a Justiça Federal mais graduada ou

¹⁹⁶ Nesse sentido, ver CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. 2006. Op. Cit. p. 192.

¹⁹⁷ Cf. PACHELLI, Eugênio. 2019. Ibid. p. 306.

¹⁹⁸ Nesse sentido, ver CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. 2006. Ibid. p. 192.

¹⁹⁹ Atualmente são cinco: o TRF da 1ª Região, que engloba o Distrito Federal e os Estados do Acre, Amazonas, Amapá, Bahia, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. O TRF da 2ª Região, compreendendo os Estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro. O TRF da 3ª Região, que abarca os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. O TRF da 4ª Região, correspondente aos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. E, por fim, o TRF da 5ª Região, que abrange os Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/tribunais/>, acesso em: 13 mai. 2021.

²⁰⁰ Nesse sentido, ver PACHELLI, Eugênio. 2019 Op. Cit. p. 306-319.

especial, mas porque a CF atribuiu sua competência expressamente, ao passo que a competência da Justiça estadual é definida de maneira residual.²⁰¹

Desta feita, compete à Justiça Federal processar e julgar “os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.²⁰² Nessa linha, em razão de que à União Federal – na pessoa do Presidente da República e sujeitos a referendo do Congresso Nacional²⁰³ -, compete estabelecer tratados ou compromissos internacionais, também compete à Justiça Federal processar e julgar “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”.²⁰⁴ Igualmente, é da competência da Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho²⁰⁵ e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.²⁰⁶

Da mesma forma, é da competência da Justiça Federal julgar os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.²⁰⁷ Essa regra de competência é justificada pelo *interesse federal*, uma vez que os serviços de transportes aéreos e aquaviários dentro das fronteiras nacionais são atribuídos a órgãos federais. Quando se tratar desses transportes entre o Brasil e o estrangeiro, o interesse é *nacional*.²⁰⁸ E, por fim, também compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro no país.²⁰⁹

Fixadas a competência das justiças especializadas e da Justiça Federal na CF, consoante já ponderado, por exclusão temos as causas de competência da Justiça Comum estadual. Nos estados, a justiça criminal é atribuída aos Juízes de Direito, no primeiro grau, e aos Tribunais

²⁰¹ Idem.

²⁰² Cf. art. 109, IV, da CF.

²⁰³ Cf. art. 84, VIII, da CF.

²⁰⁴ Cf. art. 109, V, da CF.

²⁰⁵ Quando afetem as instituições do trabalho e/ou o direito dos trabalhadores coletivamente considerados consoante construção jurisprudencial. Nesse sentido, ver PACHELLI, Eugênio. 2019. Ibid. p. 328.

²⁰⁶ Cf. art. 109, VI, da CF. Nesses dois últimos casos, a competência justifica-se por ser de interesse nacional proteger a higidez do sistema financeiro e da ordem econômico-financeira, consoante leciona PACHELLI, Eugênio. Id. p. 329.

²⁰⁷ Cf. art. 109, IX, da CF.

²⁰⁸ Nesse sentido, ver PACHELLI, Eugênio. 2019. Op. Cit. p. 330.

²⁰⁹ Cf. art. 109, X, da CF.

de Justiça que, geralmente,²¹⁰ correspondem ao segundo grau jurisdicional. Cada uma das 27 unidades federativas, os 26 Estados e o Distrito Federal, possui um Tribunal de Justiça e inúmeros juízes de direito responsáveis pelo julgamento das causas criminais afetas à Justiça Comum estadual.

Sendo inerente à natureza humana a discordância relativamente às decisões desfavoráveis, é instituído o duplo grau de jurisdição como forma de impugnação aos julgados. Assim, no âmbito da Justiça Estadual, das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição pelos Juízes de Direito é possível recorrer ao Tribunal de Justiça pela via ordinária, sem quaisquer condicionamentos que não sejam unicamente os inerentes à sucumbência. Da mesma forma, no âmbito da Justiça Federal, é franqueado aos jurisdicionados recorrer das decisões proferidas pelos Juízes Federais, em primeiro grau, ao Tribunal Regional respectivo.

Dentro desse complexo sistema jurisdicional, estão o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) como órgãos de superposição. São assim nomenclaturados por não serem, ordinariamente, competentes para julgar recursos ordinários oriundos das Justiças comuns e especiais. Ressalvadas suas competências originárias e das excepcionais possibilidades de julgamento de causas em grau de recurso ordinário (em segundo grau de jurisdição)²¹¹, todas previstas constitucionalmente de maneira taxativa, julgam recursos e ações após exauridas todas as possibilidades recursais nas vias ordinárias pelas Justiças comuns e especiais.²¹²

Como tribunais de superposição, julgam recursos de índole extraordinária, marcados pela extrema excepcionalidade, permitindo a análise unicamente de questões de direito e, por serem Tribunais da União, sua competência restringe-se à apreciação do direito federal aplicável a todo o território nacional. Trata-se do Recurso Extraordinário, a cargo do STF, e do Recurso Especial, de competência do STJ. A distinção entre ambos os recursos reside no critério

²¹⁰ Isso pelo fato de haver possibilidade de processos criminais terem início diretamente nos Tribunais de Justiça – ou no Tribunal Regional Federal correspondente, em se tratando de crimes federais –, como nos casos de foro por prerrogativa de função dos prefeitos, cf. art. 29, X, da CF, e Súmula 702 do STF.

²¹¹ Em matéria criminal, ao STF compete julgar em recurso ordinário o *Habeas Corpus* e o mandado de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão (art. 102, II, a, da CF), e o crime político (art. 102, II, b, da CF). Ao STJ, por sua vez, compete julgar em recurso ordinário o *habeas corpus* e o mandado de segurança decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados e do Distrito Federal quando a decisão for denegatória (art. 105, II, alíneas a e b, da CF).

²¹² Nesse sentido, ver CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. 2006. *Ibid.* p. 194.

de atribuição de competências, uma vez que ao STF compete o julgamento das questões constitucionais²¹³ e ao STJ o julgamento das matérias de índole federal infraconstitucional.²¹⁴

A par da existência, grosso modo, de duas instâncias jurisdicionais ordinárias e duas extraordinárias, encontramos inúmeras espécies recursais à disposição dos jurisdicionados, recursos que podem ser interpostos desde a decisão de primeira instância até o posterior julgamento de eventuais recursos de índole extraordinária. A título exemplificativo, e sem adentrar no mérito de eventuais divergências sobre a natureza recursal ou de ação propriamente dita dos institutos à disposição da defesa em juízo, o sistema processual penal brasileiro prevê os seguintes instrumentos com utilidade recursal: recurso em sentido estrito (art. 581, CPP), a apelação (art. 593 do CPP), a correição parcial (art. 6º, I, da Lei 5.010/66), a reclamação (art. 103-A, §3º, da CF), o agravo em execução (art. 197 da Lei 7.210/84), o agravo (art. 39 da Lei 8.038/89), o agravo regimental (previsto no regimentos internos de cada tribunal), os embargos de declaração (art. 382 do CPP), a carta testemunhável (art. 639 do CPP), os embargos infringentes e de nulidade (art. 609, p.ú, do CPP), o recurso extraordinário (art. 102, III, da CF), o recurso especial (art. 105, III, da CF), o recurso ordinário constitucional (arts. 102, II, e 105, II, ambos da CF) e os embargos de divergência (art. 1.043 do CPC c/c art. 3º do CPP).

Em razão disso a doutrina aponta a caótica normatização do reexame das decisões judiciais, regidas por inúmeras fontes, como a Constituição, os Códigos Processuais, as leis especiais e os regimentos dos tribunais, apontando a ausência de sistematização recursal a possibilitar recursos sucessivos e complementares num emaranhado recursal sem precedentes, possibilitando a revisão da decisão penal condenatória proferida por qualquer instância a qualquer tempo e momento, levando parte da doutrina a afirmar que essa decisão “nunca fará coisa soberanamente julgada”,²¹⁵ seja em razão da existência de institutos de direito material (indulto, anistia e *abolitio criminis*) ou processuais (como a revisão criminal e o *habeas corpus*) passíveis de alterar essa decisão.²¹⁶

Inobstante a existência de inúmeras classificações possíveis quanto às espécies recursais,²¹⁷ a que nos interessa para fins da presente pesquisa é a que as divide em recursos

²¹³ Cf. art. 102, caput, da CF: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ...”

²¹⁴ Nesse sentido, ver CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. 2006. Ibid. p. 195.

²¹⁵ Conforme citado por Garcete, referindo-se a Pimenta Bueno, in ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. 2020. Ibid. p. 98. .

²¹⁶ Nesse sentido, ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. 2020. Ibid. p. 98-99.

²¹⁷ Por todos, ver LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1794 ss.

ordinários e extraordinários. Diferentemente do que acontece em Portugal, onde os recursos regulados pelo CPP são classificados em ordinários ou extraordinários consoante esteja-se diante de uma decisão transitada ou não em julgado²¹⁸, no Brasil essa classificação se dá por outros fatores, não havendo previsão legal do que seja ou se entenda por recurso de índole ordinária ou extraordinária. Em que pese a CF prever, no inciso III do art. 102, que compete ao Supremo julgar *mediante recurso extraordinário* determinadas causas ali elencadas, esse recurso de competência do STF é assim nomeado por *antonomásia*, uma vez que ao seu lado, por construção doutrinária e jurisprudencial, figura o *recurso especial* (art. 105, III) de competência do STJ, também como um recurso extraordinário.²¹⁹

Entende-se no Brasil por recursos ordinários aqueles que visam provocar o reexame da causa – seja de forma parcial ou integral – por um tribunal (juízo) superior, mais graduado, com o objetivo de tutelar interesse individual do recorrente, ainda que eventualmente esteja-se a defender a correta aplicação das normas, viabilizando-se ao tribunal *ad quem* analisar matéria de direito e de fato.²²⁰ Sem quaisquer requisitos especiais para sua admissibilidade,²²¹ os recursos ordinários possibilitam a revisão ampla de toda matéria fática e jurídica analisada em primeiro grau, como a caracterização dos fatos, sua tipificação com todas as circunstâncias fáticas e/ou jurídicas, a prova da culpabilidade e a determinação de pena.²²² São os principais exemplos dessa espécie recursal o recurso de apelação e o recurso em sentido estrito,²²³ interpostos perante os Tribunais de Justiça (nas causas afetas à Justiça Estadual) e os Tribunais Regionais Federais (nas causas afetas à Justiça Federal).

Por sua vez, os recursos extraordinários, sujeitos a regras estritas de cabimento,²²⁴ visam, principalmente, a correta aplicação e a estabilidade do ordenamento jurídico nacional. Tutelam apenas de maneira mediata o direito subjetivo do recorrente²²⁵ e a análise pelo órgão

²¹⁸ Cf. art. 438.º, n.º 2, do CPP, no tocante ao recurso para fixação de jurisprudência, e art. 449.º, n.º 1, do CPP, relativamente ao recurso de revisão. Nesse sentido, ver CARVALHO, Paula Marques de. **Manual prático de processo penal**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 554.

²¹⁹ Nesse sentido, por todos, ver CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. 2006. *Ibid.* p. 198.

²²⁰ Nesse sentido, LIMA, Renato Brasileiro de. 2020. *Ibid.* p. 1797.

²²¹ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. 2006. *Op. Cit.* p. 198.

²²² Nesse sentido, ver JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1074.

²²³ Previstos, respectivamente, nos artigos 593 e 581 do CPP.

²²⁴ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. 2006. *Op. Cit.* p. 198.

²²⁵ Nesse sentido, LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.* 2020. p. 1796.

jugador é restrita às questões de direito e à aplicação das normas jurídicas realizadas pela instância inferior.

É sobre essa divisão dos recursos em ordinários e extraordinários no complexo arcabouço processual brasileiro, juntamente com as inafastáveis garantias constitucionais à liberdade individual, que surgiu o problema amplamente debatido pela doutrina nacional e pelo Supremo Tribunal Federal após a promulgação da CF em 1988, consistente em definir o momento processual a partir do qual é possível a execução da pena privativa de liberdade decorrente de sentença penal condenatória. A questão posta na presente pesquisa tange às garantias constitucionais instituídas aos jurisdicionados, mormente as atinentes à liberdade de locomoção, e às normas constitucionais e legais que regem o processo penal, em especial os recursos contra decisões condenatórias. Em que pese a ausência de previsão expressa na CF quanto ao direito ao duplo grau de jurisdição, ele é extraído das garantias constitucionais do devido processo legal²²⁶ e da ampla defesa,²²⁷ bem como da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,²²⁸ sendo compreendido como a possibilidade de se requerer, a órgão jurisdicional de superior hierarquia, o reexame integral da matéria fática e/ou jurídica apreciada, ou não, pela instância inferior. Esse direito é exercido, em regra, pelo recurso de apelação.²²⁹

Além da garantia da ampla defesa e do direito ao recurso a ela inerente, a Constituição brasileira, na linha da Constituição de Portugal²³⁰, prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.²³¹ Sobre essa previsão constitucional cingiu-se, grosso modo, o debate objeto da presente pesquisa no ordenamento brasileiro.²³² A doutrina há muito já adverte sobre a impossibilidade, reconhecida expressamente pelo próprio Supremo²³³ e adotada ainda hoje após o julgamento das ADCs 43,

²²⁶ Art. 5º, LIV, da CF: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²²⁷ Art. 5º, LV, da CF: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²²⁸ Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, §2º, h: toda pessoa acusada de delito tem direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

²²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. 2020. Ibid. p. 1730.

²³⁰ Art. 32.º, n.º 2.

²³¹ Art. 5º, LVII.

²³² Em Portugal, por sua vez, debate semelhante teve como parâmetro constitucional, principalmente, o direito ao recurso previsto no art. 32.º, n.º 1, da CRP.

²³³ Por todos os julgados, ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). Recurso Extraordinário nº 452001. AgR, Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 de Junho de 2007, cuja ementa é a seguinte: **“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outros, configuram ofensa reflexa à Constituição**

44 e 54²³⁴ adiante comentado de, em recursos extraordinários, discutir a respeito da culpa, de fatos e de provas sobre o processo.²³⁵ Tal restrição cognitiva restou ainda mais restringida com a introdução, pela Emenda Constitucional 45/2004, do instituto da repercussão geral previsto no parágrafo 3º do art. 102 da CF, igualmente aplicável ao processo penal.²³⁶ A competência dos tribunais superiores (STF e STJ) restou bem delimitada na CF/88. Em matéria recursal, que aqui nos interessa, é oportuno transcrever os dispositivos constitucionais:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

[...]

da República. Precedentes. 2. Para se alcançar entendimento diverso do que assentado no acórdão recorrido, necessário seria o reexame dos elementos probatórios, o que é vedado em recurso extraordinário (Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal). 3. Agravo Regimental desprovido.” O STJ segue o mesmo entendimento quanto ao Recurso Especial, entendimento esse sedimentado na Súmula nº 7 de sua jurisprudência, com o seguinte teor: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

²³⁴ Por todos julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). ARE 1179765 AgR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 29 de maio de 2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020).. A questão também foi recentemente apreciada e julgada no mesmo sentido pela primeira turma (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). ARE 734964 AgR. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 04 de maio de 2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020) e pelo plenário do STF (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 839163 QO. Relator: Min. Dias Toffoli, 05 de novembro de 2014. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015).

²³⁵ Por todos, ver FISCHER, Douglas. A execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. Interesse Público - IP. **Fórum- Conhecimento Jurídico**. ano 21, n. 47, p. 75-93, jan./fev. 2008. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21340/49043>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²³⁶ Consoante sedimentado pelo plenário do STF na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664567/RS (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 664567/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 18 de junho de 2007, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28664567%2EENUME%2E+OU+664567%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydgcus4p>. Acesso em: 08 de jul.2020.) Nesse julgado, entendeu o Supremo que “Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. ... 6. **Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que "ultrapassem os interesses subjetivos da causa"** (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06). ... Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção - por remotas que sejam -, **há sempre a garantia constitucional do habeas corpus** (CF, art. 5º, LXVIII).” (grifo nosso) O instituto constitucional da repercussão geral tem o seguinte conteúdo: Art. 102, §3º: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Tratam-se, como da simples leitura das disposições constitucionais se extrai, de recursos de natureza extraordinária, que não visam a solução da causa subjetiva posta a julgamento, mas sim a resolução de matéria transcendente ao caso concreto.

Como bem alertado por Pacelli,²³⁷

Para uma adequada compreensão dos recursos de índole extraordinária, casos do recurso especial e do extraordinário, é preciso considerar que se trata de uma via excepcionalíssima de impugnação. A regra é, portanto, a solução das questões jurídicas nas instâncias ordinárias. A partir daí, ficará mais fácil entender por que os aludidos Tribunais Superiores (STF e STJ) fazem uma leitura restritiva das normas constitucionais que preveem o cabimento dos respectivos recursos.

Por previsão legal²³⁸, ambos os recursos possuem apenas efeito devolutivo. Nada impede, contudo, a concessão do efeito suspensivo nos casos excepcionais, nos quais haja risco de lesão grave a direito fundamental, por meio de tutela de urgência, desde que presente também o requisito da plausibilidade jurídica do pedido.²³⁹

Como percebe-se, e como bem advertido por Pacelli e Fischer²⁴⁰, não há possibilidade do reexame de provas em sede de Recurso Extraordinário – o que, por analogia, é estendido ao Recurso Especial de competência do STJ²⁴¹, recurso este também de índole extraordinária -, entendimento este sedimentado há muito tempo na súmula nº 279 do STF:

²³⁷ PACELLI, Eugênio. 2020. Ibid. p. 1.223.

²³⁸ Cf. art. 1.029, §5º, do CPC e 637 do CPP.

²³⁹ Nesse sentido, ver Ação Cautelar nº 1.550-RO, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, publicado no DJ em 18.5.2007; Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 15.044-DF, Rel. Min. Massami Uyeda, STJ, 3ª Turma, unânime, publicado no DJ em 18.2.2009; Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial no 1.262.099-RR, STJ, 3ª Seção, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 26.10.2016, publicado no DJ em 24.11.2016.

²⁴⁰ PACELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. 2017. Ibid. p. 1036.

²⁴¹ Nesse sentido, ver. HC nº 126.292, STF.

SÚMULA 279

Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.²⁴²

Confirmando essa restritividade e excepcionalidade recursal, a via extraordinária é acessível apenas após o esgotamento das instâncias ordinárias, consoante consolidado nas Súmulas 281 do STF e 207 do STJ.²⁴³

Além disso, faz-se necessário o prequestionamento da matéria impugnada (entendido como a manifestação expressa das instâncias ordinárias sobre as questões ventiladas nos recursos extraordinários)²⁴⁴, consoante entendimento sedimentado nas Súmulas 282 e 356 do STF, bem como a demonstração da repercussão geral das questões recorridas, que se trata da necessária demonstração da relevância da causa e de sua transcendência para outros casos além do interesse subjetivo do processo impugnado.²⁴⁵

A repercussão geral prevista é no §3º do art. 102 da CF e disciplinada pelo artigo 1.035 do Código de Processo Civil:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico **que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.**

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

(...)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Segundo entendimento pacificado pelo próprio STF²⁴⁶, “o requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06

²⁴² Logicamente, não há de se confundir a impossibilidade de reavaliação probatória com questões relacionadas ao direito probatório e à reavaliação jurídica das provas produzidas. Por todos, ver. PACHELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. 2017. Op. Cit. p. 1036.

²⁴³ STF-**Súmula 281**: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

STJ- **Súmula 207**: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem.

²⁴⁴No mesmo sentido, ver PACHELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. 2017. Ibid. p. 1041.

²⁴⁵ No mesmo sentido, ver PACHELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. Id.

²⁴⁶ Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664567/RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 18/06/2007, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28664567%2E+OU+664567%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydgcus4p>, acesso em: 08 jul. 2020.

e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais.” E complementa o Pretório Excelso:

Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. ... 6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que "ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06).²⁴⁷
7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção - por remotas que sejam -, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII). (grifo nosso)

Há ainda uma limitação ao acesso ao Supremo Tribunal Federal pela via extraordinária decorrente da Súmula 283 desse tribunal, segundo a qual o recurso não será admitido quando a decisão recorrida possuir mais de um fundamento suficiente para a sua confirmação e o recurso não abrangesse todas essas fundamentações:

Súmula 283: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Quanto ao Recurso Especial, de competência do STJ, por tratar-se de recurso de natureza extraordinária, também possui ele, grosso modo – mudando-se o que tiver que ser mudado em razão dos diferentes fundamentos em que é cabível –, as limitações inerentes ao Recurso Extraordinário.²⁴⁸ Exemplo disso é o quanto previsto na Súmula 07 do STJ, que repete a limitação da Súmula 279 do STF:

Esse segue sendo o entendimento pacificado de ambos os tribunais superiores brasileiros, conforme extrai-se dos seguintes julgados: Agravo Regimental no RE com Agravo no 964.295, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 17.5.2016, publicado no DJ em 1º.6.2016; Agravo Regimental no Habeas Corpus no 126.907-SP, STJ, Corte Especial, unânime, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3.2.2016, publicado no DJ em 25.2.2016; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no 797.944-SP, STF, 1ª Turma, veñime, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.4.2011, publicado no DJ em 11.5.2011; Questão de Ordem no Recurso Extraordinário no 583.937-RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, publicado no DJ em 19.11.2009; Questão de Ordem em Agravo de Instrumento no 664.567-2-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, sessão de 18.6.2007, publicado no DJ em 6.9.2007); Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no 702.088-7/GO, Relator Ricardo Lewandowski^a 1ª Turma, publicado no DJ em 21.11.2008; REXT no 514.331-7/RS, Rel. Min. Cezar Peluso^a 2ª Turmverunânime, julgado em 16.9.2008, publicado no DJ em 7.11.2008.

²⁴⁷ A referência é ao Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/73). Hoje a matéria é tratada no artigo 1.035 do estatuto processual civil, Lei 13.105/2015.

²⁴⁸ No mesmo sentido, ver PACELLI, Eugênio. 2020. Ibid. p. 1.229.

Súmula 7-STJ:

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Súmula 279-STF:

Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Com bem alertado pela doutrina sobre o Recurso Especial,²⁴⁹ seu “espectro é bastante limitado às expresas disposições constitucionais elencadas. Em síntese apertada, à Corte de Justiça Superior **competete a análise de questões eminentemente jurídicas** relacionadas à aplicabilidade das leis federais ou atos dos Poderes Executivos estaduais quando em confronto com as leis federais” (grifo nosso).

Há, ainda, as limitações estabelecidas nas súmulas 83 e 207 do STJ.²⁵⁰ Pela primeira, quando a decisão recorrida estiver em consonância com o entendimento do STJ, é inadmissível a interposição de recurso especial. A segunda, por sua vez, aduz que não cabe recurso especial quando passível de embargos infringentes o acórdão recorrido. Ou seja, na mesma linha do entendimento do STF consubstanciado na Súmula 281²⁵¹ de sua jurisprudência, exige-se o esgotamento das instâncias ordinárias para o acesso às vias extraordinárias.

Todas essas restrições não decorrem da malfadada jurisprudência defensiva, ainda que não seja equivocado admiti-la em certos casos. Isso porque, com bem lembrado pela doutrina²⁵², “indubitavelmente, o número de processos que aportam no STJ e no STF parece não ter comparativo em qualquer outro sistema judiciário, circunstância que – e não poderia ser diferente – acaba gerando uma demora excessiva no julgamento dos feitos (com reflexos graves especialmente no âmbito penal, quando não pela ocorrência da prescrição).”²⁵³

²⁴⁹ PACHELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. Ibid, p. 1048. Alertam os autores, contudo, que essa vedação ao reexame da prova não impede a reavaliação jurídica desta: “No reexame probatório, o que se realiza é um novo confronto entre as provas existentes nos autos para, somente se vencido esse obstáculo, se chegar à conclusão de se a decisão objurgada está correta ou não. Já na reavaliação jurídica da prova delineada nos autos, **não há dúvidas quaisquer sobre o que provado, pelo menos sobre o que se debruçou a conclusão do julgado. Os fatos são certos.** O que se discute é se o tribunal inferior procedeu corretamente ou não na aplicação da Lei ao caso concreto frente àquelas provas e só a elas (que não geram dúvidas quaisquer sobre sua essência). No Mesmo sentido, ver PACHELLI, Eugênio. 2020. Op. Cit. p. 1.123 ss.

²⁵⁰ Súmula 83: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Súmula 207: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.

²⁵¹ Súmula 281-STF: É inadmissível recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

²⁵² PACHELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. 2017. Ibid. p. 1058.

²⁵³ Esse entendimento é compartilhado por inúmeros outros doutrinadores. Por todos, ver NETO, Benedito de Oliveira Guedes. O sistema processual penal e sua efetividade no combate à corrupção. In: AZAMBUJA, Edson et al. **Combate à corrupção na visão do Ministério Público**, 2018, pp. 292-317.

Ademais, ainda que não houvesse a possibilidade, excepcional, de efeito suspensivo aos recursos de índole extraordinária, como bem lembrado por Fischer²⁵⁴:

Na sequência, vê-se o expreso reconhecimento – já vigente há muito naquela Corte, se ainda não percebido por muitos – de que, na pendência de admissibilidade ou análise de recurso extraordinário, para “obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção – por remotas que sejam –, há sempre a garantia constitucional do *habeas corpus* (CF, art. 5o, LXVIII)”.

Para o mesmo autor, ainda²⁵⁵:

Insiste-se, reportando-se ao precedente anterior do Supremo Tribunal Federal: por remotas que existam eventuais ilegalidades (ou até muitas, o que se diz apenas para fins de argumentação) praticadas pelos tribunais e juízes inferiores, são elas remediadas – pronta e eficazmente (até mais que via recursal própria) – por intermédio do *habeas corpus* (previsto constitucionalmente), que pode – é cediço – ser concedido inclusive *ex officio* pelos tribunais e em sede liminar (procedimento também decorrente de criação jurisprudencial) e de forma substitutiva aos próprios recursos, mesmo que na pendência de seus exames.

Esse debate é mais bem compreendido se o dividirmos em três marcos temporais pós-vigência da Carta Federal de 1988, em cada um dos quais preponderou determinado entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal: de 1988 até 2009; de 2009 até 2016; e de 2016 até 2019 em diante. Nesse interregno, houve algumas alterações legislativas que foram consideradas pela doutrina e pela jurisprudência e que também serão objeto de análise neste trabalho, pois, como se verá, todas as vezes que o legislador se manifestou houve uma certa influência pela decisão mais recente do STF.

3. A INSEGURANÇA JURÍDICA INSTALADA NO BRASIL COM A OSCILAÇÃO NOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sob a maior parte do período de vigência da atual CF prevaleceu o entendimento na jurisprudência de que a execução da pena poderia se dar antes do trânsito em julgado com o esvaziamento dos recursos nas vias ordinárias,²⁵⁶ sob o fundamento de que os recursos extraordinários não são dotados, em regra, de efeito suspensivo.²⁵⁷ Por exemplo, de 1988 até

²⁵⁴ PACELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. 2017. Op. Cit. p. 1082.

²⁵⁵ PACELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. Id.

²⁵⁶ Ressalvadas, como bem alertado por Fischer, as naturais divergências nos tribunais brasileiros. Ver PACELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. 2020. Ibid. p. 1600.

²⁵⁷ Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados: (i) no Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; (ii) na Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel.

2009 e de 2016 até 2019. São aproximadamente 24 anos dos 33 sob a atual Carta Constitucional. Esse fato também foi constatado, dentre outros, pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Afirmou o Ministro que “Somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2016, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado.”²⁵⁸ Deve-se acrescentar a este período ainda o posterior ao julgamento das ADC’s 43, 44 e 54 (julgadas em 07/11/2019).

Nesse sentido, vale citar decisão paradigmática da Corte Suprema com sua primeira composição pós 1988:

HABEAS CORPUS. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 5º, ITEM LXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O dispositivo no item LVII, do art. 5º da Carta Política de 1988, ao declarar que ‘ninguém será considerado culpado até o réu o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ não significa que o réu condenado não possa ser recolhido à prisão, antes daquela fase, salvo nos casos em que a legislação ordinária expressamente lhe assegura a liberdade provisória, o que decorre do disposto em outros preceitos da Carta Magna, tais como itens LIV, LXI e LXVI, do mesmo artigo 5º.
(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68037/RJ, Segunda Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. Brasília/DF, julgamento em 10 de maio de 1990.)

Do voto do relator no julgado acima extraímos:

Entendo que a tese de que a nova Constituição, em face do disposto no item LVII, do seu art. 5º, inadmita a prisão do réu antes de a sentença condenatória transitar em julgado não é de ser acolhida.

É certo que o aludido dispositivo legal dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, mas o preceito não pode ser considerado isoladamente, mas sim em harmonia com outros dispositivos constitucionais, inclusive os diretamente referentes à prisão, como o item LIV do mesmo art. 5º, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal”, e o item LXI, mente do art. 5º, que dispõe:

“Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou por crime propriamente militar, definidos em lei”.

Tais dispositivos já de si revelam que pode haver prisão independentemente de sentença transitada em julgado. No caso, houve processo legal que completou na fase de tramitação ordinária, havendo decisão condenatória, e em consequência houve a ordem de prisão, com atenção, portanto, ao disposto nos itens transcritos.

Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e (iii) na Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Veloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie. Confirmam-se, ainda, as Súmulas 716 e 717: Súmula 716 “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.” Súmula 717: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão ”special.”

²⁵⁸ Cf. voto do Ministro nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, p. 53 e ss.

Inobstante o entendimento acima colacionado, mormente pela redação do inciso LVII do art. 5º, a questão começou a ser levantada com mais frequência nos tribunais nacionais, chegando o tema a ser novamente debatido pelo Supremo em 2004 por conta da mudança da composição dos membros no Tribunal.²⁵⁹ Apenas em 2009, contudo, por 7 votos a 4, o Supremo Tribunal Federal mudou esse entendimento, passando a entender que, ressalvada a prisão de natureza cautelar, a execução da pena seria possível apenas após o esgotamento de todas as instâncias, inclusive as extraordinárias,²⁶⁰ conferindo, na prática, efeito suspensivo a todo recurso contra decisão penal condenatória.²⁶¹

Contudo, em fevereiro de 2016, também por 7 votos a 4, o STF retornou ao entendimento anterior, aduzindo que, esgotadas as instâncias ordinárias, a execução da pena seria a regra no sistema brasileiro.²⁶² Ainda em 2016 foram analisados pelo Supremo, conjuntamente, pedidos liminares em duas Ações Diretas de Constitucionalidade–ADCs, nas quais, por 6 votos a 5, manteve o Tribunal o entendimento que predominou pela maior parte do tempo em terras brasileiras, no sentido de ser possível a execução da pena privativa de liberdade após o esgotamento das instâncias ordinárias.²⁶³

Derradeiramente, em novembro de 2019, julgando o mérito dessas duas ADCs em conjunto com a ADC nº 54, o STF, pelo mesmo quórum de 6 a 5, julgou constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, entendendo ser inconstitucional qualquer execução de pena antes do trânsito em julgado, entendimento esse o qual vem sendo adotado até hoje.²⁶⁴

²⁵⁹ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Escola de Administração Judiciária – Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios-TJDFT, p. 117, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁶⁰ Essa mudança de entendimento ocorreu no julgamento do HC 84078 (BRASIL. Tribunal Pleno. HC 84.078/MG. Relator: Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

²⁶¹ Cf. BARBAGALO, Fernando Brandini. 2015. Op. Cit. p. 118.

²⁶² BRASIL. Tribunal Pleno. **HC n.126292**. Relator: Teori Zavascki, 17 de fevereiro 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 03 dez. 2021.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator: Min. Marco Aurélio, 05 de outubro de 2016. Brasília, DF, 2006. ROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018; ADC 44 MC PROCESSO ELETRÔNICO JULG-05-10-2016 UF-DF TURMA-TP MIN-MARCO AURÉLIO N. PÁG-250 DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018

²⁶⁴ Trata-se das ADCs nº 43, 44 e 54, cujos acórdãos não foram publicados até o dia 09/07/2020. O art. 283 do CPP, ao tempo do julgamento, possuía a seguinte redação: “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.” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) (grifo nosso). Posteriormente, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, deu nova redação ao artigo, não alterando em nada o conteúdo no que interessa à presente pesquisa: ”Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito

Como veremos detalhadamente, a divergência de entendimentos sempre operou em torno de dois principais fundamentos: contrariamente à execução penal antes do trânsito em julgado o argumento firmou-se em razão da garantia constitucional da presunção de inocência, ao passo que os favoráveis ao cumprimento de pena após o esgotamento das instâncias ordinárias firmavam-se na inexistência, em regra, de efeito suspensivo aos recursos extraordinários²⁶⁵ e pelo fato de que esses recursos não “se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.”²⁶⁶

Pois bem. Como já afirmado, desde a promulgação da Carta Federal em 1988 até 2009 preponderou o entendimento no STF de que a norma contida no seu inciso LVII – no sentido de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” – não era empecilho à execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário e especial.²⁶⁷

Ainda que a metodologia do presente trabalho se restrinja aos julgados paradigmáticos que mudaram a compreensão da temática no tribunal constitucional brasileiro, cabe fazer um breve histórico das decisões colegiadas da Corte sobre o tema até a mutação operada durante a decisão do HC 84.078, julgado em 2009. Sob essa perspectiva, ainda que a interpretação constitucional não se paute por estatísticas, é oportuno rememorar alguns dados trazidos pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto no julgamento do mérito das ADCs nºs 43, 44 e 54:

durante esses 31 anos de vigência da Constituição Federal, dos 34 (trinta e quatro) Ministros que atuaram na Corte, somente 9 (nove) Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. E, mesmo entre esses nove Ministros, quatro deles havia, em posicionamento anterior, considerado constitucional a possibilidade de execução provisória. A grande maioria, vinte e dois, sempre defendeu a atual jurisprudência da

ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de **condenação criminal transitada em julgado**”. (grifo nosso)

²⁶⁵ Nesse sentido, ver PACELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. 2020. Ibid. p. 1600.

²⁶⁶ Cf. consta do voto do Ministro Luís Eduardo Barroso no HC 126.292, p. 29 e 30.

²⁶⁷ Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados: (i) no Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; (ii) na Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e (iii) na Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; **RHC 84.846**, Rel. Min. Carlos Velloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie. Confiram-se, ainda, as Súmulas 716 e 717 da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Súmula 716: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Súmula 717: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.

CORTE (três Ministros não chegaram a se posicionar sobre o assunto: Rafael Mayer – aposentadoria em 14/5/89, Oscar Correa, aposentadoria em 17/1/89 e Carlos Madeira, aposentadoria em 1990).²⁶⁸

Após a vigência da atual Carta Federal, a primeira análise pelo STF a respeito da constitucionalidade da execução antes do trânsito em julgado tendo como parâmetro a presunção de inocência ocorreu em 29 de março de 1989. Na oportunidade, a Segunda Turma, no julgamento do HC 67.245/MG, em decisão unânime, julgou estar de acordo com a Constituição a execução da prisão após julgamento da apelação, mesmo sendo o réu primário e possuidor de bons antecedentes, de residência fixa e que, por isso, tenha aguardado o julgamento da apelação em liberdade. O fundamento desse julgado teve por base o fato de que o Recurso Extraordinário não possui efeito suspensivo, nos termos do art. 637 do CPP.²⁶⁹

Em sua composição plenária, o Supremo analisou essa questão pela primeira vez no HC 68.726/DF, em 28/06/1991, cuja decisão, também unânime, foi no sentido da possibilidade da execução penal após o exaurimento do julgamento nas instâncias ordinárias, ainda que o réu tenha apelado em liberdade.

Nessa linha, passados pouco mais de quatro anos, agora analisando a constitucionalidade de outro dispositivo do Código de Processo Penal sob o filtro constitucional da presunção de inocência, o plenário do STF, por maioria,²⁷⁰ julgou constitucional o art. 594 do CPP, hoje revogado, que possibilitava a prisão automática decorrente de sentença condenatória de primeiro grau aos réus reincidentes ou possuidores de maus antecedentes.²⁷¹

Em 1997, também de forma unânime e no julgamento de *Habeas Corpus*, o plenário do Supremo afirmou que a interposição de recursos extraordinários – Recurso Especial e

²⁶⁸ Cf. acórdão das ADCs n°s 43, 44 e 54, p. 42 e ss. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342> Acesso em: 15 jan. 2022.

²⁶⁹ Cf. Acórdão STF nas ADCs n°s 43, 44 e 54, p. 52 ss. CPP, Art. 637: O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72. 366. Relator: Min. Néri da Silveira, 13 de maio de 1995. DJ 26. 11. 1999.

²⁷¹ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. (Revogado pela Lei 11.719/2008) Consta da ementa do Acórdão: “... 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 condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. ...”

Extraordinário – não impedem o cumprimento da pena de prisão por não possuírem efeito suspensivo.²⁷²

Seguindo nessa linha temporal, em 24/97/2003, o plenário do Tribunal Supremo editou duas Súmulas (716 e 717) de sua jurisprudência que tinham como pressuposto a possibilidade de execução de pena após a decisão de 2º grau, adaptando-lhes, respectivamente, à seguinte redação: “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” e “não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.”²⁷³

Em 2005, a 2ª Turma do Supremo, por unanimidade,²⁷⁴ afirmou que a “sentença condenatória, mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo”.

Relativamente à mudança desse entendimento operada no julgamento do já citado HC nº 84.078, exposta no próximo tópico, é oportuno colacionar a legislação infraconstitucional que fora considerada e que estava vigente durante o julgamento:²⁷⁵

CPP,²⁷⁶ art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.²⁷⁷

CPP, art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

LEP,²⁷⁸ 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.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC nº 74.983. Relator: Min. Carlos Velloso, 30 de julho de 1997. DJ 29-08-1997 PP-40217 EMENT VOL-01880-02 PP-00261.

²⁷³ Com o mesmo entendimento, ver voto do Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do mérito das ADCs nºs 43, 44 e 54, p. 54.

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). HC 85886. Relator(a): Ellen Gracie, 06 de setembro de 2005. DJ 28-10-2005 PP-00061 EMENT VOL-02211-02 PP-00217 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, p. 454-461.

²⁷⁵ Ainda que não seja objeto direto da presente pesquisa, cabe citar entendimento sumulado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, editado pela 3ª Seção da Corte em 22/05/2002: **Súmula nº 267**: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

²⁷⁶ Código de Processo Penal, promulgado em 3 de outubro de 1941 pelo Decreto-Lei nº 3.689.

²⁷⁷ Redação ainda vigente desde a publicação do Código em 3 de outubro de 1941.

²⁷⁸ Lei de Execução Penal nº. 7.210, promulgada em 11 de julho de 1984.

Lei 8.038/90,²⁷⁹ art. 27, § 2º. Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

3.1. HABEAS CORPUS Nº 84.078/2009²⁸⁰

O julgamento em comento teve início na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 26/10/2004, tendo como relator originário o Ministro Nelson Jobim e, na sequência, o Ministro Eros Grau. Tratava-se de *Habeas Corpus* com pedido de liminar, substitutivo de recurso ordinário em *habeas corpus*,²⁸¹ no qual se atribuía constrangimento ilegal decorrente da decisão do Superior Tribunal de Justiça em razão da denegação do *Habeas Corpus* ali impetrado cujo julgamento extrai-se da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO, LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada. (grifo nosso)

Relativamente ao caso, o paciente fora julgado pelo Tribunal do Júri no Estado de Minas Gerais por tentativa de homicídio qualificado. O primeiro julgamento foi anulado e, no segundo, fora condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado. Após manutenção da condenação pelo Tribunal de Justiça Mineiro, foram interpostos recurso especial e recurso

²⁷⁹ Lei instituidora das normas procedimentais dos processos que tramitam no STF e no STJ, promulgada em 28 de maio de 1990. Esse artigo, juntamente com os demais que regulamentavam o trâmite do recurso especial e do recurso extraordinário, foi revogado pela Lei 13.015/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil-CPC, código este que tem aplicação subsidiária ao Processo Penal por força do art. 3º deste Código procedimental. Como será exposto mais a frente, a previsão atual do CPC também prevê, como regra, efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário.

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal Pleno. HC 84.078/MG. Relator: Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. O julgamento dividiu o Tribunal. A corrente vencedora, formada por 7 Ministros – Eros Grau, Carlos Brito, Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski – votou contrariamente à jurisprudência até então prevalente que possibilitava a execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias. Ficaram vencidos 4 Ministros – Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie –, que defenderam o entendimento até então predominante do Tribunal.

²⁸¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] II - julgar, em recurso ordinário:

a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;”

extraordinário. Antes da admissão do recurso especial, fora expedido mandado de prisão pelo Tribunal de Justiça Mineiro, cautelarmente decretada a pedido do Ministério Público, para assegurar a aplicação da lei penal em razão de que estaria o paciente, após a confirmação de sua condenação em segundo grau, liquidando seu patrimônio com o intuito de facilitar sua fuga.

Dessa decisão, e por ter sido indeferida a medida cautelar no recurso especial, fora interposto *Habeas Corpus* no STJ.²⁸² No julgamento do *Habeas Corpus* impetrado perante o STJ, em razão de que a condenação já teria sido confirmada em segundo grau após recurso de apelação, manteve o Tribunal Superior a prisão preventiva do paciente. Em que pese a prisão ter sido imposta em segundo grau a título *cautelar*, foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ao fundamento de que, uma vez confirmada a condenação em segundo grau, não haveria o que se falar em ofensa à presunção de inocência porquanto os recursos especial e extraordinário não são dotados, em regra, de efeito suspensivo.

Já no Supremo Tribunal Federal, postulou o paciente a anulação do decreto prisional pela inidoneidade de seus fundamentos a título cautelar, não questionando a possibilidade de execução da condenação na pendência de recursos extraordinários sem efeito suspensivo. Alegou constrangimento ilegal pelo fato de que havia respondido a todo o processo em liberdade e sua prisão não fora determinada no julgamento da apelação por ele interposta em segundo grau, mas sim em razão de que a prisão teria se baseado em meras conjecturas, sem prova concreta de que pretendia furtar-se à aplicação da lei penal, alegando que vendeu seu patrimônio com a finalidade de mudar de ramo comercial.

Logo de início, no Supremo Tribunal Federal, foram afastados os fundamentos acolhidos pelo segundo grau para a prisão cautelar – uma vez que o paciente comprovou ter alienado bens para a aquisição de outros a fim de desenvolver outra atividade profissional – e fora concedida liminar para sustar a prisão. Na sequência, assumindo a relatoria, o Ministro Eros Grau – na linha da jurisprudência da Corte – entendeu que se tratava de caso de execução automática da sentença em razão do exaurimento das instâncias ordinárias e, por não constar do acórdão que julgou a apelação mandado de prisão em decorrência da confirmação da sentença, deveria incidir a regra do art. 637 do CPP, no sentido de que os recursos de natureza excepcional não têm efeito suspensivo, devendo os autos originais serem remetidos à primeira instância para a execução da sentença.

Nessa toada, após voto pela denegação da ordem, cassando a liminar concedida pelo então relator, pediu vista o Ministro Carlos Brito que, em assentada posterior, propôs a remessa

²⁸² Para um histórico do caso concreto, ver BARBAGALO, Fernando Brandini. 2015. *Ibid.* p. 118.

dos autos ao Plenário do Tribunal em razão de que o entendimento de ambas as Turmas, com a composição de seus membros à época, não era uniforme quanto ao tema.

No Tribunal Pleno, em 09/04/2008, dizendo ser impossível a um intérprete da Constituição negar que a garantia do art. 5º, LVII, da CF²⁸³ proibiria a lei e a qualquer decisão judicial aplicar sanção penal antes do trânsito em julgado,²⁸⁴ o Ministro Relator concedeu a ordem para que o paciente aguardasse em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória, salientando a necessidade de modificação do entendimento até então adotado pelo Supremo em razão da expressa previsão do inciso LVII do art. 5º da CF.²⁸⁵

A interpretação da corrente vencedora apegou-se à literalidade da previsão do inciso LVII,²⁸⁶ ao seu significado e a sua construção histórica²⁸⁷ e às normas infraconstitucionais que regem os efeitos dos recursos extraordinários. Segundo o Ministro Carlos Brito,²⁸⁸ a CF só relativiza a prisão antes do trânsito em julgado nas hipóteses previstas no inciso LXI de seu art. 5º, ou seja, nos casos de “flagrante delito”, “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” ou “nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.” Fundamentou seu entendimento nos efeitos irreversíveis e na gravidade da prisão corporal, que se propaga sobre quatro esferas do indivíduo: psíquica, familiar, profissional e social.

Cabe salientar que, diferentemente do ordenamento português que explicitamente disciplina que os recursos extraordinários são interpostos após o trânsito em julgado, o direito brasileiro não trata do assunto. Daí o entendimento de que o trânsito em julgado só ocorreria após o encerramento do prazo para interposição de recursos com a inércia do sentenciado ou

²⁸³ Para o relator, mais do que “um princípio explícito de direito”, trata-se de “uma regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição”, ver p. 1062 do acórdão no HC 80.078, disponível em do Acórdão Publicado, disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>, acesso em: 01 out. 2018. No mesmo sentido, ver GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do direito. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 141 ss. Em sentido contrário, ver Voto de Edson Fachin no julgamento do HC 126.292, p. 21: “Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5o, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu.”

²⁸⁴ Cf. votos de Eros Grau, pp. 1057 e 1058; Celso de Melo, p. 1107. Nas palavras do relator, “apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena...” Pp. 1057 e 1058 do Acórdão Publicado, disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>, acesso em: 01 out. 2018. Nessa mesma linha, Celso de Mello afirma ser incompreensível essa repulsa à garantia da presunção de inocência, que tem fundamento incompatível com o regime democrático.

²⁸⁵ Cf. votos de Eros Grau, pp. 1057 e 1058; Celso de Melo, p. 1115.

²⁸⁶ Nos termos do voto do Ministros Carlos Brito, p. 1151, a presunção de inocência funcionaria “como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional”, direito material esse que pertence ao réu até a sobreveniência do trânsito em julgado de sua condenação.

²⁸⁷ Cf. voto de Cezar Peluso, pp. 1158 ss.

²⁸⁸ Cf. voto p. 1153.

com o esgotamento das instâncias extraordinárias, ou seja, após a condenação pautar-se em decisão irrecurável.²⁸⁹

Salientou-se que a CF estabelece limites bem definidos à atividade persecutória do Estado e, sendo a defesa e a supremacia da Constituição fundamentais para a vida do país, cabe ao STF a tarefa de afirmação das normas postas no texto constitucional.²⁹⁰ Ainda que não exista qualquer dúvida relativa à ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários²⁹¹ – decorrente de previsão legal –, pontuou-se não ter poder no processo penal face ao princípio constitucional,²⁹² mormente pelo fato de que, diferentemente do que acontece no processo civil, onde a execução provisória é possibilitada após a prestação de garantia em caso de eventual reversão do julgado, no processo penal a prisão possui efeitos irreversíveis.²⁹³

Lembrando que ambas as turmas do Tribunal já adotavam o entendimento de que as penas restritivas de direito só poderiam ser executadas após o trânsito em julgado,²⁹⁴ por questões de isonomia e coerência, afirmou-se que o disposto no art. 105 da Lei de Execução Penal, de 1984,²⁹⁵ é compatível com a previsão do inciso LVII do art. 5º da CF, conferindo concreção ao princípio e sobrepõe-se temporal e materialmente ao texto do art. 637 do CPP, com redação dada pelo Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Qualquer entendimento que contrariasse a previsão da LEP, no sentido de submeter o réu a uma situação gravosa que não fosse decorrência de questões cautelares, seria inconstitucional.

Mencionou-se a impossibilidade de o STF deixar de julgar um único caso que fosse de reforma da condenação, deixando preso um inocente, lembrando que o Tribunal tem concedido o *habeas corpus* em um terço dos casos²⁹⁶ e que as decisões nos recursos extraordinários têm sido favoráveis em quase 30% dos casos de condenação.²⁹⁷ Pontuou-se que a sociedade não estaria desguarnecida à espera do trânsito em julgado, uma vez que, para os casos de réus

²⁸⁹ Cf. voto de Celso de Melo, p. 1116.

²⁹⁰ Cf. voto de Celso de Melo, p. 1115-1117.

²⁹¹ Cf. Marco Aurélio, p. 1178. Para o Ministro, para alcançar tal efeito nos recursos extraordinários é necessário ajuizar ação cautelar ao Tribunal ou ao relator, cf. p. 1178.

²⁹² Cf. voto do Ministro Cezar Peluso, p. 1165.

²⁹³ Cf. Marco Aurélio, pp. 1178-1179.

²⁹⁴ Entendimento extraído da interpretação dada pelas Turmas ao art. 147 da Lei de Execução Penal com a seguinte redação: 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. Nesse sentido, voto de Eros Grau p. 1060 e Celso de Mello, p. 1129.

²⁹⁵ 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.

²⁹⁶ Cf. Cezar Peluso, p. 1133 e Gilmar Mendes, p. 1184 do HC 84078.

²⁹⁷ Cf. Celso de Mello, p. 1133 e 1134.

perigosos e para resguardar a integridade das vítimas e da coletividade, sempre estaria presente a possibilidade da prisão preventiva nas hipóteses previstas em lei.²⁹⁸

Em relação à superveniência da Lei 8.038/90, instituindo normas procedimentais aos processos perante o STJ e o STF com a previsão expressa no sentido de que os recursos especial e extraordinário seriam recebidos apenas no efeito devolutivo, pontuou que se trataria de uma legislação expressiva de uma política criminal extremamente repressiva,²⁹⁹ proveniente das disposições da Lei de Prisão Temporária e da Lei dos Crimes Hediondos³⁰⁰ e reflexo de um puro casuísmo reacionário por parte do legislador da década de 90 decorrente de uma violenta onda de crimes de extorsão mediante sequestro. Citando Alberto Silva Franco,³⁰¹ afirmou ser necessário denunciar essa postura ideológica, representativa de um movimento regressivo no direito penal, processual e de execução penal.

Colacionou ao seu voto o entendimento extraído do julgamento do Recurso Extraordinário nº 482006/MG³⁰², no bojo do qual o Colegiado declarou inconstitucional norma estadual que impunha a redução de vencimentos aos servidores públicos afastados em decorrência de estarem respondendo a processo penal pela suposta prática de crime funcional por violação à presunção de inocência. Aduziu que não seria razoável e coerente prestigiar essa garantia constitucional em favor do direito patrimonial e negá-lo diante da garantia da liberdade.³⁰³

Afirmou que entender o contrário relativamente à pena privativa de liberdade seria violar também o princípio da ampla defesa³⁰⁴, que não se esgota pelo julgamento das instâncias ordinárias e deve ser aplicável a todas as fases processuais, sob pena de desequilibrar a relação existente entre a pretensão estatal de aplicação do direito e a garantia do acusado de tentar elidir essa pretensão.³⁰⁵

²⁹⁸ Cf. Cezar Peluso, p. 1134 e 1135.

²⁹⁹ Nesse mesmo sentido, Voto de Eros Grau, 1058; Celso de Mello p. 1112.

³⁰⁰ Leis 7.960/89 e 8.072/90, respectivamente.

³⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90**. 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 98 e 99.

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 482006/MG**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 07 de novembro de 2007. DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=500990>, acesso em: 22 mai. 2021.

³⁰³ Nesse mesmo sentido, Eros Grau, p. 1065 e manifestação de Cezar Peluso, p. 1127.

³⁰⁴ Cf. art. 5º, LV, da CF: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

³⁰⁵ Cf. votos de Eros Grau, pp. 1070; Celso de Melo, p. 1120.

Argumentou que a antecipação da execução da pena para qualquer momento antes do trânsito em julgado só se justificaria em favor da conveniência do Judiciário,³⁰⁶ sendo inadmissível aprimorar o funcionamento das Cortes Superiores à custa de garantias individuais. Resultaria no fomento à jurisprudência defensiva caso fosse acolhido o argumento de que seriam o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal inundados por recursos especiais e extraordinários com subseqüentes embargos e agravos e, por isso, estar-se-ia a consagrar-se a impunidade em razão da prescrição.

Afastou o argumento de que, a prevalecer o entendimento de possibilidade de execução da prisão só após o trânsito em julgado, a sociedade ficaria desguarnecida, assentando-se a necessidade de prestigiar as instâncias ordinárias quando aplicarem medidas cautelares, uma vez serem essas instâncias que têm maior contato com os fatos, as provas e os sujeitos processuais, estando, destarte, mais expostos fisicamente. Só com o prestígio e com o respeito das decisões das instâncias de base em sede de medidas cautelares equacionar-se-iam dois valores constitucionais de “primeira grandeza” sem violação do devido processo legal: “a liberdade individual, de um lado, e a justiça eficaz, de outro.”³⁰⁷

Nesse ponto, o Ministro Gilmar Mendes aduziu que a prisão após o esgotamento das instâncias ordinárias na pendência de admissibilidade ou de recursos extraordinários violaria o princípio da proporcionalidade. Dentre os três critérios utilizados para aferição da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, não atenderia ao critério da necessidade, uma vez que seria desnecessária para alcançar o resultado desejado pelo fato de que os objetivos perseguidos com a execução provisória podem ser alcançados com a prisão preventiva.³⁰⁸

Reconheceu-se que as investidas em levar aos tribunais superiores mediante recursos extraordinários nulidades preclusas ou inexistentes com o intuito de se alcançar a prescrição configura verdadeiro desrespeito ao Poder Judiciário. Essa situação, juntamente com as demais

³⁰⁶ Em sentido contrário, ver voto de Joaquim Barbosa, ressaltando a finalidade das penas: “Por fim, deve-se considerar que os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão completamente perdidos se se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório. Com efeito, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, impede-se a real socialização do apenado e prejudica-se a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica.”, p. 1149 do Acórdão do HC 84.078.

³⁰⁷ Cf. Carlos Brito, pp. 1155 e 1156. Em sentido semelhante, aduziu o Ministro Gilmar Mendes que, como forma de solucionar o imbróglio da efetividade da justiça criminal, seria o caso de o próprio legislador redimensionar a amplitude da prisão preventiva, cf. p. 1183.

³⁰⁸ Cf. voto HC 84078 p. 1199.

críticas fundadas à toda sistemática recursal em conjunto com a ampla via do *habeas corpus*,³⁰⁹ em que pese significativa e que precisa ser levada em conta em eventual reforma processual, não pode ser generalizada a ponto de justificar a antecipação da execução da pena no atual plano normativo.

Concluiu-se que qualquer prisão antes do trânsito em julgado só se justificaria a título cautelar e nas hipóteses legalmente admitidas.³¹⁰

Os Ministros que ficaram vencidos no julgamento ora em comento aduziram que o inciso LVII do art. 5º da CF não tem o alcance pretendido pelo voto do Relator, não alcançando os recursos de índole extraordinária que têm como objeto a discussão de teses jurídicas e não matéria de fato. O esgotamento da análise da matéria fática ocorre nas instâncias ordinárias, concluindo-se o julgamento.

Para a Ministra Ellen Gracie,³¹¹ o princípio insculpido no inciso LVII do art. 5º do Texto Constitucional não tem o alcance pretendido pelos votos contrários à prisão após o esgotamento das instâncias ordinárias. Trata-se de uma garantia advinda do devido processo legal no sentido de que os acusados em geral sejam tratados como inocentes durante a instrução processual, cabendo unicamente à acusação o ônus probatório da imputação. Uma vez condenado e tendo sua sentença confirmada por um tribunal superior quando lhe fora garantido o contraditório e a ampla defesa, a presunção é substituída por um juízo de culpabilidade – ainda provisório, uma vez que está sujeito à revisão – por se tratar de uma mera predeterminação do sujeito de aceitar uma hipótese que, no caso, foi invalidada por provas confirmadas em juízo após o devido contraditório e o exercício da ampla defesa.

A restrição do acesso às instâncias extraordinárias, a limitação da matéria recursal possível de ser levada ao STJ e ao STF tem como objetivo não prolongar indefinidamente o andamento processual, justificando a inexistência de efeito suspensivo para não retardar as execuções dos julgados. No ponto, lembrou-se orientação firme na Corte no sentido de que esse entendimento funciona como mecanismo inibitório de manobras de toda a sorte destinadas à procrastinação indevida dos julgados a fim de impedir o cumprimento da pena na busca da prescrição,³¹² frustrando-se o direito também fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito às vítimas e ao próprio trabalho do Poder Judiciário.³¹³

³⁰⁹ Cf. Cezar Peluso p. 1136.

³¹⁰ Cf. Celso de Mello, p. 1107.

³¹¹ Cf. p. 1169 do Acórdão HC 84078.

³¹² Cf. Voto de Menezes Direito, p. 1098 ss.

³¹³ Cf. Voto de Joaquim Barbosa, p. 1143.

A presunção de inocência não alteraria, por via interpretativa, os efeitos dos recursos extraordinários, dotando-os de efeito suspensivo. Entender o contrário significaria atribuir aos recursos excepcionais natureza ordinária, condicionando o cumprimento da execução à mera interposição desses recursos.³¹⁴

Considerando o fato de que as sentenças e os acórdãos finais condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias consubstanciam a decisão na qual o magistrado mais exerce seu dever de ampla fundamentação, analisando em profundidade as provas colacionadas aos autos, a ordem de prisão dela emanada consubstancia ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos termos autorizados por outra garantia constitucional.³¹⁵ Considerando-se a idoneidade dos órgãos das instâncias ordinárias para o correto julgamento e análise das causas em sua plenitude, reputou-se necessário respeitar suas decisões, tornando-as dotadas de efetividade. Entendendo-se de maneira diversa, fazendo-se letra morta das decisões de primeiro e segundo grau, argumentou-se que seria preferível que todas as ações fossem processadas e julgadas diretamente pelo STF.³¹⁶

Uma vez que seria sempre possível à parte obter a suspensão da execução por outras vias amplamente conferidas aos réus, mormente o *Habeas Corpus*, não haveria o que se falar em lesão às garantias processuais.³¹⁷

Afirmando que o direito em questão seria o mesmo que o subjacente às prisões cautelares, ponderou-se o entendimento sedimentado de que a prisão cautelar, como forma de se assegurar o resultado do processo, não afronta o princípio da presunção de inocência. Desta feita, admitir a prisão cautelar em qualquer fase processual e não admitir a execução da pena após o esgotamento das vias ordinárias significaria atribuir ao bom andamento processual valor maior do que o próprio resultado buscado pelo processo: a sentença ou acórdão. Significaria admitir a *violação* ao princípio da presunção de inocência com base em um juízo sumário não exauriente para a garantia do processo penal, mas não admitir essa possibilidade tendo como base uma decisão na qual a cognição foi plena sobre todas as matérias fáticas e jurídicas controvertidas e exaustivamente analisadas pelas instâncias ordinárias.³¹⁸

³¹⁴ Cf. Voto de Menezes Direito, p. 1103.

³¹⁵ Trata-se do art. 5º, LXI, da CF: LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por **ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (grifo nosso)

³¹⁶ Cf. Voto de Joaquim Barbosa, p. 1142. Em sentido semelhante, ver voto de Hellen Gracie, pp. 1167 e 1168.

³¹⁷ Cf. voto de Menezes Direito, pp. 1124.

³¹⁸ Cf. voto do Ministro Menezes Direito, p. 1103 do Acórdão do HC. 84.078. No mesmo sentido, voto de Joaquim Barbosa, p. 1143 e Ellen Gracie, pp. 1172 e 1175.

Citando o que defendido por Dworkin,³¹⁹ ponderou-se que os princípios, tal como a presunção de inocência, não seguem a ideia do “tudo ou nada”; ora se aplicam, ora não,³²⁰ o que não justificaria, contudo, já na linha interpretativa de Alexy,³²¹ que a sua aplicação se dê de maneira diversa para situações idênticas. Na oportunidade, considerou-se inexistir razão para diferenciar a prisão decorrente de uma faculdade processual³²² e a decorrente da aplicação da lei penal.³²³

Citou-se também o art. 7º, nº 2, do Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos, que não assegura, irrestritamente, o direito de o réu recorrer em liberdade, não impedindo a prisão antecipada do condenado, desde que de acordo com o ordenamento jurídico interno.³²⁴ São os termos do dispositivo citado: "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis, de acordo com elas promulgadas"³²⁵.

Essa orientação decorre do próprio papel exercido pelas instâncias ordinárias e justifica-se como forma de uma resposta tempestiva às violações das normas jurídicas que têm reflexos em toda a ordem social de um modo geral. Tanto é assim que a própria Convenção Americana prevê que toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, não se referindo, necessariamente, a um recurso a tribunal ou juiz de superior hierarquia.³²⁶ Nesse ponto, as garantias previstas pela CF são muito mais abrangentes daquelas previstas pela Convenção Americana, uma vez que obriga a comunicação imediata ao juiz competente da prisão e do local onde se encontre qualquer pessoa presa para fins de avaliação quanto à legalidade da prisão.³²⁷

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 24.

³²⁰ Cf. voto do Ministro Menezes Direito, p. 1103 do Acórdão do HC. 84.078.

³²¹ Para quem os princípios exteriorizam critérios para tomada de decisões em casos concretos imprecisos. Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 105.

³²² Referia-se à redação do art. 312 do CPP sobre a prisão preventiva nos seguintes termos: A prisão preventiva **poderá ser decretada** como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) (grifo nosso)

³²³ Decorrente do art. 28, §2º, da Lei 8.038/90, que regulamentava à época os processos perante o STJ e o STF aduzindo não ter efeito suspensivo os recursos extraordinários, e do art. 637 do CPP com a seguinte redação: Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

³²⁴ Cf. voto de Menezes Direito, pp. 1124 e Ellen Gracie, p. 1173.

³²⁵ Cf. Convenção Americana de Direitos Humanos, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 jan. 2022.

³²⁶ Cf. art. 25, §1º, citado pela Ministra Ellen Gracie, p. 1174.

³²⁷ Cf. inciso LXII do art. 5º da CF, citado pela Ministra Ellen Gracie, p. 1174.

Aduziu-se também que a execução provisória se coaduna com a função preventiva da pena como elemento essencial e justificativo do sistema repressivo. Refutando-se a alegação de autoritariedade nessa compreensão, citou-se diversos sistemas onde a prisão se faz possível ainda que pendente a análise de recursos contra a decisão condenatória.³²⁸ Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa, “em todas as nações civilizadas é assim que se procede. Esgotada a instância ordinária, ou seja, julgado o réu por um juiz de primeira instância e examinado o seu recurso por um tribunal de apelação, a regra é o cumprimento imediato da decisão.”³²⁹ Lembrou-se da extensa gama recursal existente na legislação nacional, atribuindo-a o epíteto de extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro.³³⁰

Frisaram que o que estava sob julgamento não era a prisão para fins de apelação, mas sim saber se o sistema constitucional permite a execução da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias considerando-se que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo, pouco influenciando, portanto, para a resolução do caso a revogação do art. 594 do CPP, o qual dispunha que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. Sua revogação se deu mediante a Lei nº 11.719, de 2008, que entrou em vigor poucos dias antes do julgamento em comento.

Destacou-se que, após o esgotamento das instâncias ordinárias e a ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, a execução provisória faz-se possível e qualquer ilegalidade porventura ainda existente no julgado pode ser afastada por outros instrumentos próprios, a exemplo do *habeas corpus*. Esse entendimento foi reiterado pelos demais Ministros vencidos na ocasião, a exemplo do Ministro Joaquim Barbosa, p. 1147 do julgado. No ponto, consoante voto do Ministro Gilmar Mendes, no Tribunal, “em geral, as discussões, hoje, especialmente as discussões jurídicas, travam-se não em sede de recurso extraordinário, mas em sede de *habeas corpus*, dada a possibilidade de que se maneje esse instrumento.”

A partir disso, ponderou-se não ser possível conduzir, neste trabalho, o debate fazendo-se um paralelo do processo penal com o processo civil, uma vez que no processo penal o réu possui outros meios de impugnação não previstos no processo civil. Qualquer interpretação

³²⁸ Citou-se como exemplo Portugal, Espanha, Alemanha, Estados Unidos da América, Canadá e França. “Nos Estados Unidos, o sistema é bem claro ao admitir o imediato início do cumprimento da pena, sendo certo que a interposição de recurso de revisão de que decorreria a possibilidade de alteração não é suficiente para obstar seu imediato cumprimento.” Cf. p. 1104 do Acórdão 84.078.

³²⁹ P. 1147 do Acórdão. No mesmo sentido é o voto da Ministra Ellen Gracie, p. 1172.

³³⁰ Cf. p. 1172 do acórdão, voto da Ellen Gracie.

contrária a esse entendimento transformaria os Tribunais Superiores em nova instância regular, ignorando a característica da excepcionalidade e da limitação das questões levadas à análise das instâncias extraordinárias.

Citando doutrina,³³¹ afirmou-se que a execução provisória também se justifica como forma de proteção das vítimas e de seus familiares em casos de crimes graves. Nessa linha, analisando as garantias constitucionais de maneira sistêmica e global,³³² na linha do quanto defendido por Douglas Fischer,³³³ afirmou-se ser necessário superar a cultura que tende à proteção excessiva dos direitos fundamentais do réu e a proteção deficiente do *direito* fundamental da sociedade à garantia de proteção (segurança social, derivada diretamente do fundamento constitucional da cidadania) e da efetividade do Poder Jurisdicional, como forma de evitar a prescrição e a conseqüente impunidade,³³⁴ buscando-se, destarte, quando da extração do significado e da extensão das normas, inclusive previstas na Constituição, um equilíbrio revelador de uma atuação proporcional do Estado, a fim de que dessa interpretação não decorra uma inoperância do sistema que culmine com a desproteção de interesses sociais gerais igualmente garantidos constitucionalmente. Com esse balanceamento, seria possível a proteção dos direitos individuais dos réus condenados e os direitos de toda a sociedade a uma eficiente proteção estatal.³³⁵ Nas palavras do Ministro Menezes Direito, deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual

³³¹ Trata-se de artigo publicado na obra *Garantismo Penal Integral*, hoje em sua 4ª edição. Cf. FRISCHEISEN, Luiza C. F.; GARCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. *Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078*, In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª ed.. Verbo Jurídico, Porto Alegre, p. 431-452, 2017.

³³² Fato também levantado pelo Ministro Carlos Brito ao aduzir que “Temos, aqui, uma causa instigante, que se traduz, não em um tema de Direito Constitucional, mas em um verdadeiro temário, tantos são os institutos e figuras de direito subjacentes à impetração desse habeas corpus e à espera de nossa decisão. Por exemplo: o tema da liberdade de locomoção, do postulado da justiça penal eficaz, da necessidade de prisão cautelada do paciente, todos eles constitucionalmente enlaçados. São temas de matriz constitucional, a **exigir deste nosso Tribunal uma interpretação rigorosamente sistemática ou casada. Jamais solteira ou isolada.**” (grifo nosso) Cf. p. 1150 do Acórdão 8.078.

³³³ FISCHER, Douglas. 2009. *Ibid.* p.28. Conclui Fischer no referido artigo que “A análise sistêmica do ordenamento constitucional permite afirmar que não há violação do referido preceito em se permitir a execução da pena privativa de liberdade se pendentes (exclusivamente) os recursos extraordinário e/ou especial (ou então agravos de instrumento contra a denegação de seus processamentos), notadamente porque há meio constitucional (habeas corpus) muito mais amplo e apto (eficaz) a proteger, de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível, os direitos fundamentais dos réus condenados, não havendo, em decorrência, qualquer possibilidade de frustração da aplicação das sanções a quem foi devidamente condenado mediante a observância do devido processo legal;”.

³³⁴ No ponto, salientou Joaquim Barbosa que as estatísticas comprovam que, caso se entenda pela necessidade de se aguardar o esgotamento dos recursos especial e extraordinário, estar-se-ia criando um sistema de faz-de-conta. Cf. p. 1135.

³³⁵ Cf. voto de Menezes Direito, pp. 1105 e 1106.

permite.³³⁶ Mais a frente do acórdão, ao defender a execução imediata da pena, desde que o recurso não tenha efeito suspensivo, sustenta seu entendimento ao afirmar que não desconhece a amplíssima possibilidade de outros recursos suficientes que a legislação dispõe em grande quantidade para a suspensão do decreto prisional em caso de injustiça ou ilegalidade do julgamento.³³⁷ Nessa mesma linha, nas palavras de Joaquim Barbosa, com a nossa generosa teoria do *habeas corpus*, não há nenhum país que ofereça a um réu tantos meios de recurso como o nosso, não existindo nenhum país do mundo que ofereça tamanha proteção.³³⁸

Sendo a proporcionalidade uma “via de mão dupla”, não se restringe à proibição do excesso, exigindo do Estado igualmente um dever de proteção social relativamente às condutas violadoras de terceiros a bens jurídicos alheios, não havendo o que se falar em excesso quando se torna eficaz uma sentença confirmada por tribunal de segundo grau, enquanto não modificada.³³⁹

Sem desconhecer o histórico que precedeu à concretização do princípio – quando ao acusado cabia comprovar sua inocência, fato este felizmente superado e que deve ser lembrado constantemente como forma de advertência –, a presunção de inocência deve ser interpretada como um compromisso entre a garantia dos acusados contra o Estado-Acusação e a defesa dos cidadãos em geral contra comportamentos criminalmente reprimidos.³⁴⁰ Sob esse enfoque, o princípio incide de maneira preponderante sobre a matéria probatória, devendo ao imputado ser assegurada essa garantia durante toda a instrução criminal ainda que tenha praticado o delito perante câmeras televisivas assistidas por toda a sociedade e tenha confessado a prática criminosa, cabendo unicamente à acusação a prova do crime. Nas palavras da Ministra Ellen Gracie³⁴¹:

Não se exige do suspeito que colabore minimamente para a comprovação da veracidade das acusações que lhe são imputadas. Pode calar para ocultar fatos que lhe sejam desfavoráveis. Pode utilizar-se de todos os meios postos à sua disposição pela legislação para contrastar os elementos de prova produzidos pela Promotoria e mesmo para impedir o seu aproveitamento quando não sejam obtidos por meios absolutamente ortodoxos. O Ministério Público é que deverá se encarregar de fazer a prova mais completa de materialidade, autoria e imputabilidade [...]. Nessas circunstâncias, o país pode orgulhar-se de contar com uma legislação das mais garantidoras da liberdade e de uma prática jurisprudencial que lhe está à altura.

³³⁶ Cf. voto de Menezes Direito, p. 1106.

³³⁷ Cf. p. 1124 do acórdão.

³³⁸ Cf. p. 1136.

³³⁹ Cf. Voto de Ellen Gracie, HC 84078, p. 1175.

³⁴⁰ Cf. Voto de Ellen Gracie, HC 84078, p. 1170.

³⁴¹ Cf. Voto de Ellen Gracie, HC 84078, p. 1171.

Mesmo sendo a presunção de inocência uma relevante conquista histórica das mais valiosas, dela não pode resultar a inefetividade da persecução penal, a invalidade das sentenças condenatórias confirmadas em segundo grau, a total desproteção da sociedade que se vê acossada pela criminalidade e a corrosiva sensação de impunidade impregnada no meio social.³⁴² Destarte, a previsão constitucional da presunção de inocência deve harmonizar-se com outras garantias previstas no mesmo artigo 5º da CF: a possibilidade de privação da liberdade após o devido processo legal³⁴³ ou quando a lei inadmitir liberdade provisória,³⁴⁴ sob pena de se perpetuar a extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça provoca na sociedade brasileira.³⁴⁵

Para uma melhor compreensão da interpretação do princípio levada a cabo pelos votos vencidos, oportuno transcrever trecho do voto do então Ministro Francisco Rezek no julgamento do HC nº 71.026, citado pela Ministra Ellen Gracie:³⁴⁶

Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.

Citando Dinamarco³⁴⁷, o Ministro Joaquim Barbosa demonstrou preocupação com a racionalização da atividade jurisdicional e com a efetividade, a utilidade e a legitimidade do processo, sob pena de tornar-se socialmente ilegítimo.³⁴⁸ Considerando a existência de processos julgados em uma única instância perante a própria Corte Suprema, aduziu não existir garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, muito menos o direito a um triplo grau. Afirmou que o Pacto de São José da Costa Rica só garante o direito de recorrer da sentença

³⁴² Idem.

³⁴³ Inciso LIV do art. 5º da CF: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³⁴⁴ Inciso LXVI do art. 5º da CF: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Oportuno mencionar que há muito a jurisprudência do Supremo vem interpretando as legislações ordinárias que vedam a liberdade provisória contrariamente a esta previsão constitucional, admitindo a concessão da liberdade provisória nos casos em que estejam ausentes os requisitos para a prisão preventiva. Nesse sentido, ver RE 1.038.925 RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-8-2017, P, DJE de 19-9-2017; HC 94.157, rel. min. Celso de Mello, j. 10-6-2008, 2ª T, DJE de 28-3-2011; HC 92.824, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 18-12-2007, 1ª T, DJE de 9-5-2008; e HC 91.657, rel. min. Gilmar Mendes, j. 13-9-2007, P, DJE de 14-3-2008.

³⁴⁵ Cf. Voto de Ellen Gracie, HC 84078, p. 1172.

³⁴⁶ P. 1172 do HC 84078.

³⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, A reforma do Código de Processo Civil, 4ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 22.

³⁴⁸ Páginas 1144 ss do Acórdão.

condenatória,³⁴⁹ bem como que a Emenda Constitucional nº 45 reforçou esse entendimento ao condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário à estrita demonstração da presença da repercussão geral de cada caso concreto levado à Corte, ou seja, de casos que transcendam os interesses subjetivos do recorrente, contribuindo para a efetiva concretização da razoável duração do processo (que foi alçado a direito fundamental pela referida Emenda Constitucional, acrescentando o inciso LXXVII ao art. 5º da CF com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação). Essa modificação ressalta que a reforma demonstra a vontade do legislador em possibilitar a execução da pena de prisão após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Ademais, aduziu-se que na maioria esmagadora dos casos criminais que chegam à Suprema Corte para julgamento não se revestem da repercussão geral das questões constitucionais a serem discutidas no caso. Apresentou um levantamento dos Recursos Extraordinários em matéria criminal dos quais foi relator: de um total de 167 Recursos, apenas 36 foram providos. Destes, 30 versavam sobre progressão de regime em crimes hediondos que poderiam facilmente ser resolvidos por *habeas corpus*. Concluiu o Ministro que, extraíndo-se os trinta, foram providos menos de 4% dos Recursos Extraordinários criminais dos quais foi relator.³⁵⁰ Posteriormente, no julgamento do HC 126.292/2016, o Ministro Teori Zavascki, ao relembrar esses números apresentados pelo Ministro Joaquim Barbosa, afirmou ser importante³⁵¹:

[...] notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso.

Afirmou-se que a execução da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias teria caráter provisório em razão do estado de inocência do apenado considerando-se a ausência do trânsito em julgado, sendo este o entendimento extraído do art. 105 da Lei de Execuções Penais, que trata da guia de recolhimento definitivo sem opor qualquer óbice à expedição da guia de recolhimento provisório quando ainda não transitada em julgado a demanda, uma vez que o dispositivo menciona expressamente a possibilidade de o réu já estar preso quando da expedição

³⁴⁹ Cf. art. 8º, nº 2, h.

³⁵⁰ Cf. Voto de Joaquim Barbosa, p. 1145 do Acórdão. No mesmo sentido é o entendimento de Ellen Gracie, p. 1175.

³⁵¹ Cf. p. 13 do Acórdão.

da guia: “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.”³⁵²

Ponderou-se que esse entendimento não traria qualquer prejuízo ao réu, inibindo a possibilidade de arbitrariedades o fato de que não pode ser objeto de análise pelas instâncias extraordinárias fatos e provas discutidos nas instâncias ordinárias,³⁵³ razão pela qual não poderiam os recursos excepcionais serem interpretados como nova apelação.³⁵⁴ A possibilidade de haver algum vício formal ou exclusivamente jurídico em raríssimas vezes teria o condão de anular a condenação e, uma vez sendo o caso de anulação, estaria sempre à disposição do apenado a garantia célere do *habeas corpus* aos Tribunais Superiores.

A saber, é pacífico na jurisprudência nacional que nulidades relativas, quando não demonstrado o prejuízo à defesa, não acarretam a anulação do julgado. Como exemplo, podemos citar a Súmula 523 do STF, aprovada em 03/12/1969 e ainda citada em acórdãos e pela doutrina, com a seguinte redação:

No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Em sentido contrário, defendendo que a forma é garantia e, uma vez violada a forma, violada estaria a garantia da tipicidade dos atos processuais.³⁵⁵

A única exceção à regra do cumprimento da pena privativa de liberdade após o esgotamento das instâncias ordinárias seria na hipótese de a sentença condenatória assegurar ao réu o direito de responder em liberdade até o trânsito em julgado e desta decisão não haver recurso por parte do Ministério Público.³⁵⁶

Por fim, levantou-se o fato de ser necessário observar as finalidades preventiva geral e especial das penas, que serão completamente perdidas caso tenha-se que esperar o trâmite da infinidade de recursos passíveis de interposição pela defesa. Isso porque o grande lapso temporal que distanciaria os fatos do cumprimento da pena faria com que se perdesse a

³⁵² Cf. p. 1146 do Voto de Joaquim Barbosa.

³⁵³ Para a Ministra Ellen Gracie, p. 1171 do HC 84.078, a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância impede qualquer discussão posterior no tocante às questões fáticas comprovadas nos autos.

³⁵⁴ Reiterou o Ministro Joaquim Barbosa o fato de que a maioria dos recursos excepcionais sequer são admitidos, cf. p. 1146 do acórdão no HC 84.078.

³⁵⁵ JÚNIOR., Aury Lopes. 2019. Ibid. p. 15.

³⁵⁶ Nessa hipótese, no ponto, a decisão transitaria em julgado, não havendo possibilidade de *reformatio in pejus*, cf. p. 1149 do Acórdão.

lembança dos motivos que impuseram a reprimenda, impedindo-se a concreta ressocialização do apenado e a percepção da necessidade da pena para a estabilidade do convívio social.³⁵⁷

Cabe observar que, no presente julgado, como pode ser notado inclusive no voto da Ministra Ellen Gracie,³⁵⁸ não ficou bem claro se estavam definindo a possibilidade ou não da execução de pena após a confirmação da condenação pelo segundo grau ou simplesmente após o esgotamento das instâncias ordinárias, pouco importando se a condenação foi mantida ou imposta pela segunda instância. Ao menos para dois Ministros a questão restou esclarecida. O Ministro Menezes de Direito entendeu bastar o esgotamento das instâncias ordinárias uma vez que defendeu a ideia de que a pena pode ser executada imediatamente “desde que o recurso não tenha efeito suspensivo.”³⁵⁹ Nessa mesma linha, o Ministro Joaquim Barbosa defendeu ser viável a execução da pena privativa de liberdade após “esgotadas as duas instâncias ordinárias de jurisdição.” Essa situação foi esclarecida, como se verá, no julgamento do HC 126.292, julgado em 2016, quando o STF decidiu que, esgotadas as instâncias ordinárias, com a confirmação da condenação em segundo grau, não há contrariedade à presunção de inocência a execução da pena privativa de liberdade.³⁶⁰

3.2. HABEAS CORPUS Nº 126.292/2016³⁶¹

Na sequência dos julgados pelo plenário do STF, em 2016 houve alteração do entendimento – nova mutação constitucional em razão do drástico impacto da realidade social decorrente da mutação ocorrida em 2009 – ³⁶², retornando-se à jurisprudência que predominou

³⁵⁷ Cf. p. 1149 do Voto de Joaquim Barbosa no HC 84.078. Relativamente aos fins da pena, nesse mesmo sentido, ainda que se referindo à concepção retributiva da pena – que “...tende a justificar-se hoje pela eficácia preventiva geral...” – Maria Fernanda Palma afirma que “a defesa da ideia retributiva faz-se sobretudo na perspectiva de que a retribuição é o único modo de demonstrar a eficácia das penas e garantir as expectativas dos cidadãos relativamente à punição dos criminosos.” Ademais interpretando o princípio da necessidade da pena extraído do art. 18º, nº 2, da Constituição portuguesa, afirma a autora que a pena só se justifica “quando for necessária para a preservação da sociedade.” Refutando a ideia retributiva historicamente assimilada, aduz Palma que “O que há de universal e objetivo na pena é a ideia de reafirmação do Direito...”. Ao tratar especificamente da finalidade preventiva geral positiva, doutrina que a pena “justifica-se (...) pelo fortalecimento dos juízos de valor social dos cidadãos (...), das expectativas sobre a eficácia da justiça penal.” Cf. PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos e Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, espaço e quanto às pessoas**. 2 ed. rev. e ampl. 1 reimp. Lisboa: AAFDL, 2017.

³⁵⁸ P. 1169 do HC 84.078.

³⁵⁹ Justificando-se no fato da amplíssima possibilidade de inúmeros recursos suficientes para a suspensão do decreto prisional, cf. p. 1124 de seu voto no HC 84.078.

³⁶⁰ Cf. p. 11 42 de seu voto no HC 84.078.

³⁶¹ BRASIL. Tribunal Pleno. **HC n.126292**. Relator: Teori Zavascki, 17 de fevereiro 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 03 dez. 2021.

³⁶² Cf. voto do Ministro Barroso no HC 126.292, p. 32.

durante todo o período constitucional pós 1988 até 2009, ficando assentado que a sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição possibilitaria a execução provisória da pena sem comprometer o princípio da presunção de inocência:³⁶³

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Na linha interpretativa fixada nos votos vencidos do julgamento anterior,³⁶⁴ o Plenário entendeu que a questão da execução provisória das condenações após o esgotamento das instâncias ordinárias tangeria a análise do alcance do princípio da presunção de inocência e à necessária busca de um *equilíbrio* entre este princípio e a efetividade da justiça penal.

No ponto, considerando-se o prolixo sistema judicial brasileiro, esse *equilíbrio* só seria alcançado se atendessemos a importantes valores da sociedade como um todo, e não somente aos direitos dos acusados. O postulado da proporcionalidade, consoante interpretado e compreendido pela Corte Suprema, exige do Estado, além da proibição do excesso, atuação adequada e eficiente para tutelar bens jurídicos com relevo constitucional,³⁶⁵ sob pena de violação da Constituição por atuação inane ou insatisfatória à proteção do ordenamento constitucional.³⁶⁶ Relembrou-se que esse entendimento foi por muito tempo dominante na Corte, mesmo após a vigência do atual texto constitucional e estaria refletido não apenas nos julgados, mas inclusive em súmulas do Tribunal.³⁶⁷

³⁶³ Na ocasião, assim como no HC 84.078, o entendimento preponderante deu-se por 7 votos a 4. Votaram a favor da execução provisória da pena os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes (que modificou seu entendimento). Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Esse entendimento foi reafirmado, no mesmo ano de 2016 e por maioria de votos – no julgamento das Medidas Cautelares das ADCs 43 e 44, por 6 votos a 5, ficando vencidos os vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e, parcialmente, Dias Toffoli, e por 6 a 4, em sede de Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246, com repercussão geral reconhecida, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, não havendo pronunciamento, na ocasião, da Ministra Rosa Weber.

³⁶⁴ HC 84.078/2009.

³⁶⁵ Cf. ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 418376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa; HC 16212, Rel. Min. Marco Aurélio; e HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁶⁶ Cf. voto do Ministro Barroso no HC 126.292, p. 42.

³⁶⁷ Súmulas 716 e 717, já citadas.

Como justificativa para a reafirmação desse entendimento, estaria o emaranhado de regras e princípios garantidores de direitos individuais previstos em nosso sistema processual penal, sobretudo da liberdade do indivíduo, tais como:

Princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação, com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, a possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.³⁶⁸

Essa gama de garantias e regras protetivas dos acusados em geral demonstra o quão longe nosso ordenamento jurídico está do modelo inverso, aquele no qual caberia ao réu o ônus de comprovar sua inocência produzindo provas para refutar a acusação.

Citando voto da Ministra Ellen Gracie proferido no julgamento do HC nº 84078/2009, aduziu-se estar coberta de razão ao afirmar que “o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país”.³⁶⁹

Com essas considerações, entendeu-se que o princípio da presunção de inocência – enquanto princípio e não regra – deveria ser compreendido como um instituto jurídico de garantia institucional passível de determinados limites, podendo ser aplicado em maior ou menor intensidade. Desta feita, considerando-se que o réu fora tratado como inocente durante todo o transcurso processual ordinário – no qual foi observado assiduamente o atual modelo acusatório com os direitos e garantias a ele inerentes –, não haveria o que se falar em comprometimento do núcleo essencial do princípio,³⁷⁰ uma vez que fora demonstrado

³⁶⁸ Cf. Informativo de Jurisprudência nº 814, disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm#Presunção%20de%20inocência%20e%20execução%20provisória%20de%20condenação%20criminal%20-%201>. Acesso em: 14 dez. 2018.

³⁶⁹ Cf. voto do Ministro Teori Zavascki.

³⁷⁰ “No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.” ... “Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.” Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio. In: MELLO, Marco Aurélio. *Ciência e Consciência. Migalhas*, v. 1, p. 33–48, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em: 04. Jan. 2019. Ainda quanto ao conteúdo nuclear do princípio, Barroso afirma que “No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve

seguramente a responsabilidade criminal do acusado com o a exaustão da matéria fático-probatória em sua maior profundidade possível, as decisões das instâncias ordinárias teriam força declaratória da culpa e a prisão seria uma consequência necessária.³⁷¹

Desta feita, o princípio da presunção adquiriria peso menor do que os demais princípios envolvidos, em especial à efetividade da justiça criminal.³⁷² Nas palavras do Ministro Relator, citando a ex-Ministra Ellen Gracie,³⁷³ “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.³⁷⁴

Levantou-se o exemplo do julgamento atinente à Lei de Ficha Limpa,³⁷⁵ no qual fora assentada a constitucionalidade da norma que torna inelegível, por oito anos, os condenados por determinados crimes, desde que essa decisão seja proferida por órgão colegiado.

Relembrou-se que o entendimento em sentido contrário, a interpretar como absoluto o princípio da não culpabilidade – exigindo-se o trânsito em julgado, o transcurso de toda a gama recursal existente de natureza ordinária e extraordinária³⁷⁶ para o início do cumprimento de pena –, teria fomentado e possibilitado (1) o uso indevido e sucessivo de inúmeras espécies recursais com indisfarçáveis propósitos protelatórios visando fins espúrios para o prolongamento do processo até sua fulminação pela prescrição³⁷⁷ – sem real proveito para a

haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.” Cf. voto no HC 126.292, p. 40.

³⁷¹ Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 126.292, p. 68.

³⁷² Cf. Voto do Ministro Roberto Barroso, referindo-se aos artigos 5º, caput, e inciso LXXVII – que dispõem sobre os direitos e garantias fundamentais à inviolabilidade do direito à vida, (...) à segurança e à propriedade, bem como à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, respectivamente – e 144 – que traz a segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, ambos da CF.

³⁷³ Cf. voto proferido no julgamento do HC 85.886/2005.

³⁷⁴ Cf. voto do Ministro Teori Zavascki.

³⁷⁵ Lei Complementar nº 135/2010.

³⁷⁶ “...sendo certo que tais recursos [extraordinários] têm ínfimo índice de acolhimento”, cf. voto do Ministro Barroso, p. 33.

³⁷⁷ “Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos (...) não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.” Cf. voto de Teori Zavascki, p. 15. Cabe lembrar que, mesmo a Corte tendo reagido à essas condutas abusivas procrastinatórias ao determinar, em alguns casos, a imediata baixa dos autos para a execução da condenação, nas palavras do Ministro Barroso, isso não foi “suficiente para corrigir a disfuncionalidade existente no sistema recursal”. Citou inúmeros exemplos de casos concretos que repercutiram em âmbito nacional como forma de comprovar suas afirmações, cujo trânsito em julgado dos crimes ocorreu apenas após passados 11 a 23 anos da prática delitiva, alguns às vésperas da prescrição. Ainda segundo o Ministro, esses casos não constituem exceção, mas a regra do sistema processual brasileiro, exemplificando com outro caso de homicídio que, passados mais de 25 anos da prática do crime, ainda aguarda o trânsito em julgado da sentença condenatória em razão da interposição de mais de uma dúzia de

efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus³⁷⁸ —, transformando a justiça criminal em um sistema disfuncional e desequilibrado; (2) a seletividade e a desigualdade do sistema punitivo, fomentando a criminalidade organizada que possui recursos para a procrastinação processual indevida de maneira a evitar o cumprimento da pena;³⁷⁹ e (3) o reforço da sensação de impunidade sistêmica e o enorme distanciamento temporal entre a prática delitiva até a punição, enfraquecendo-se as finalidades da pena e aumentando significativamente a descrença do sistema jurisdicional.

Destacou-se os mandamentos constitucionais para proteção dos objetivos de prevenção geral e especial e dos valores como a vida, a segurança, a dignidade, a propriedade e a integridade física tutelados pelo direito processual penal aliados ao mandamento constitucional da razoável duração do processo a dar concretização àqueles outros valores e objetivos.³⁸⁰

Justificando a mudança de seu entendimento quando da análise do HC 84.078, em 2009, também o Ministro Gilmar Mendes referendou que aquele entendimento teria comprometido significativamente a efetividade da justiça em casos graves (citou, como exemplo, dentre outros, o autor/mandante dos homicídios de auditores fiscais do trabalho que, mesmo condenado a mais de 100 anos de prisão, *livra-se solto*), fomentando prisões provisórias nas instâncias ordinárias³⁸¹ já que, caso o indivíduo conseguisse um *habeas corpus*, demore ou talvez nem venha a ser preso na execução em razão das procrastinações que o sistema permite. Relembrou, também, a proposta do então Ministro Cezar Peluso no sentido de uma emenda à Constituição para tornar o sistema brasileiro semelhante ao alemão e ao espanhol, para que qualquer recurso após a apelação se desse após o trânsito em julgado.³⁸²

Pontuou o Ministro Gilmar Mendes que, mesmo tendo sido criado um setor no Tribunal para alertar os Ministros do risco de prescrição dos casos sob julgamento na Corte, isso não tem evitado a ocorrência desse fenômeno com frequência em razão da massa de recursos que são impetrados na Suprema Corte, fomentando esse quadro constrangedor de impunidade.

recursos, inclusive tendo-se esgotado as vias ordinárias e extraordinárias até a efetiva confirmação da sentença de pronúncia. Cf. voto no HC 126.262, p. 46.

³⁷⁸ Cf. voto do Ministro Barroso, p. 33.

³⁷⁹ Cf. p. 65 de seu voto no HC 126.292.

³⁸⁰ Cf. voto do Ministro Barroso, p. 40.

³⁸¹ Este último argumento — relativamente ao efeito dissuasório das prisões preventivas aplicadas pelos órgãos de 1º e 2º graus antes do exaurimento dessas instâncias com a indisfarçável finalidade de dar efetividade às penas —, também foi lembrado pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento das MC das ADCs nº 43 e 44, p. 135. Igualmente, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no HC 126.292, pp. 50ss, aduziu que o entendimento contribuiria ainda para diminuir o ímpeto dos órgãos ordinários de prenderem durante a fase instrutória, produzindo, destarte, um efeito republicano e igualitário sobre o sistema.

³⁸² Cf. voto no HC 126.292, pp. 63 e 64.

Desta feita, caberia à Corte Suprema – em especial, e ao Poder Judiciário como um todo –, resgatar a inafastável função do processo penal de efetivação do *jus puniendi* estatal, conferindo ao princípio da presunção de inocência uma compreensão mais harmônica com o restante do ordenamento constitucional, que também garante exigibilidade dos direitos à vida, à segurança, à tranquilidade, à integridade psicofísica e à propriedade, dentre outros. O papel da Corte Suprema, nos termos da CF, seria o dever de “guardiã da Constituição”, formulando teses jurídicas para garantir segurança e estabilidade das normas constitucionais e orientar as instâncias inferiores. De forma semelhante, ao STJ foi atribuído o dever constitucional de unificar a interpretação das normas infraconstitucionais.³⁸³ É a própria Constituição que impõe como pressuposto à interposição dos recursos extraordinários que a causa já esteja decidida, nos termos dos incisos III dos artigos 102 e 105. Segundo esses dispositivos constitucionais, compete ao STJ e ao Supremo julgar, respectivamente, os recursos especial e extraordinário das “causas decididas em única ou última instância”, sendo certo que, em virtude do quanto previsto no art. 637 do CPP, combinado com o art. 1.029, §5º, do Código de Processo Civil, tais recursos não são dotados de efeitos suspensivos.³⁸⁴

Inobstante essas restrições constitucionais, o acesso ao STJ e ao STF continua sendo demasiadamente amplo, não havendo em nosso ordenamento mecanismos eficazes para assegurar o devido equilíbrio entre a imensa demanda recebida e o dever de proferir respostas rápidas na formulação de teses jurídicas pelas Cortes Superiores. No ponto, a própria análise da repercussão geral para a rejeição/admissibilidade do recurso extraordinário, nas excepcionais circunstâncias em que cabíveis, demanda muito tempo e trabalho do Tribunal, fazendo com que o efetivo julgamento se prolongue por muito tempo, inclusive para os casos inadmitidos por ausência de relevância jurídica.³⁸⁵

O entendimento ora reafirmado, portanto, no sentido de conferir, em regra, apenas efeito devolutivo aos recursos de natureza extraordinária, seria legítimo para fins de harmonização da necessária efetividade jurisdicional com o princípio da presunção de inocência. Aduziu-se que com o esgotamento das instâncias ordinárias a execução penal consistiria em uma exigência para a preservação da ordem pública necessária à preservação da credibilidade do Poder

³⁸³ Cf. voto do Ministro Edson Fachin, p. 20 do Acórdão. Continua o Ministro, ao criticar o agigantamento das funções da Corte Suprema decorrente da forma como ela própria interpreta as normas constitucionais, afirmando que “...dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos.” Idem. p. 21.

³⁸⁴ Cf. voto do Ministro Barroso, p. 41. No mesmo sentido é o voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 68.

³⁸⁵ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 126.292, p. 71.

Jurisdicional e de todo o sistema processual-criminal.³⁸⁶ Ademais, atenderia à Recomendação do Sistema Interamericano que instou o Brasil a “implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção”.³⁸⁷

Quanto ao princípio especificamente, considerou-se não estarmos diante de uma norma absoluta. Ressaltou-se a necessidade de compreender, para todos os efeitos – sobretudo no que concerne ao ônus probatório –, como inocente o réu até a prolação da sentença condenatória. Uma vez proferida a condenação após ampla produção probatória sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a sentença condenatória estamparia juízo de culpabilidade e, para o juiz sentenciante, estaria substituída a presunção de inocência por um juízo de culpabilidade, ainda que não definitivo, em razão da possibilidade de recurso a um tribunal de hierarquia superior em liberdade, ressalvada a necessidade de eventuais medidas cautelares.

Após eventual confirmação da condenação por este tribunal, contudo, estaria definitivamente exaurido o exame fático/probatório e assentada a responsabilidade do réu após a concretização efetiva do duplo grau de jurisdição. Considerou-se o duplo grau em sua essência, como aquele destinado ao reexame da decisão em sua integralidade com a ampla devolutividade de toda a matéria atinente ao caso, ainda que eventualmente não tenha sido objeto de consideração pelo juiz de primeiro grau.

Salientou-se que o princípio, desde seu nascedouro, foi interpretado no sentido de se presumir inocente até a prova em contrário, compreendido exatamente como previsto na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas: “Toda a pessoa acusada de um acto 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.”³⁸⁸ Desta feita, seria impossível compreender que, após o recebimento da acusação e a condenação em primeiro grau, confirmada no segundo grau e mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, o sujeito fosse tratado como presumidamente inocente pela Suprema Corte.³⁸⁹

³⁸⁶ Cf. voto do Ministro Barroso, pp. 27 e 28.

³⁸⁷ Cf. voto do Ministro Barroso, p. 48. A recomendação originou-se da Vigésima Reunião de Peritos dentro do Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 10 a 14 de setembro de 2012, em Washington, DC. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

³⁸⁸ Cf. art. 11º, 1.

³⁸⁹ Cf. voto de Luiz Fux no HC 126.292, p. 58.

Após a confirmação da condenação pelo tribunal de segundo grau, superado e exaurido estaria o juízo da análise fática e probatória, concluindo-se pela fixação da responsabilidade penal do réu, porquanto os recursos extraordinários não se prestariam ao desdobramento do duplo grau jurisdicional, pois não possuem ampla devolutividade, não admitem análise da matéria fática e probatória, que estaria preclusa após o reexame pelo tribunal de segundo grau. Restaria ao réu, no ponto, unicamente a via da Revisão Criminal para eventual reanálise das circunstâncias fáticas e probatórias.

Insistiu-se que os recursos de natureza extraordinária – Recurso Especial e Recurso Extraordinário – não se prestam especificamente à análise da justiça ou injustiça das decisões em casos concretos, não se destinam a discutir acerca da culpa. Possuem âmbito de cognição restrito às matérias de direito, à análise de teses jurídicas e à preservação da higidez do sistema normativo, e não à reavaliação de fatos e provas.³⁹⁰ Relembrou-se orientação já firmada e reforçada pela EC 45/2004, que impôs como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a necessidade de demonstração de que a tese jurídica impugnada seja relevante e reverbere amplamente em todo ordenamento jurídico, não bastando ao recorrente demonstrar que houve violação de preceito constitucional no caso concreto. Igualmente, assim como o recurso extraordinário, o recurso especial tem sua fundamentação vinculada: no primeiro caso a questões constitucionais e no segundo, a questões federais. Considerando-se essas fundamentações restritas dos recursos extraordinários, ainda que necessitem da provocação do postulante, servem muito mais ao interesse coletivo e ao aperfeiçoamento da jurisprudência do que ao interesse do recorrente. Ou seja, admitem-se apenas causas constitucionais e federais que ultrapassam o interesse subjetivo do recorrente, pouco importando para o julgamento as peculiaridades do caso concreto.³⁹¹

Portanto, esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação do réu lastreada em fatos e provas insuscetíveis de reexame nas vias extraordinárias, estaria de acordo com o ordenamento jurídico – e plenamente justificável – a inversão do princípio no caso concreto,

³⁹⁰ Cf. entendimento sumulado do STF – Súmula nº 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” – e do STJ – Súmula nº 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” O Supremo Tribunal Federal reafirmou a tese da súmula 279 de sua jurisprudência e assentou em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral que não se presta o RE para o reexame de fatos e provas, cf. RE 593443, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO Dje-097 DIVULG 21-05-2014 PUBLIC 22-05-2014 RTJ VOL-00236-01 PP-00173. Nesse mesmo sentido, julgando a plena vigência da Súmula 279, ver voto de Cármen Lúcia no HC nº 126.292, p. 63.

³⁹¹ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 126.292, p. 68. O Ministro também defendeu esse mesmo entendimento em artigo doutrinário: MENDES, Gilmar Ferreira. A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio. In: MELLO, Marco Aurélio. Ciência e Consciência. **Migalhas**, v. 1, p. 33–48, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em: 04. Jan. 2019.

negando-se efeito suspensivo aos recursos extraordinários posteriores, na forma da legislação vigente. Relembrou-se que coisa julgada significaria imutabilidade da decisão ou indiscutibilidade de alguns de seus capítulos – o que é plenamente admitido pela jurisprudência do STF –, exatamente o que se verifica relativamente às questões fáticas e probatórias no processo penal após o esgotamento das vias ordinárias. Desta feita, ainda para os que entendam que a presunção perdura até o trânsito em julgado, o trânsito em julgado pertinente ao mérito da acusação e às provas produzidas no processo se implementa quando do esgotamento da jurisdição ordinária.³⁹²

O Ministro Roberto Barroso chegou a afirmar que a CF não condiciona a prisão ao trânsito em julgado, mas sim a culpabilidade. Em uma interpretação sistemática de dos incisos LVII e LXI³⁹³ do art. 5º da CF, entendeu que a exigência constitucional para a prisão é a existência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não a irrecurribilidade da sentença condenatória.³⁹⁴ Em sentido semelhante, entendeu a Ministra Cármen Lúcia que o que o princípio veda é que não seja fixada definitivamente a culpa antes do trânsito em julgado – considerando-se os efeitos extrapenais da sentença condenatória –, mas não a condenação e o efetivo cumprimento da pena, consoante previsto em documentos internacionais.³⁹⁵

Para chegar a essa conclusão, o Ministro Barroso³⁹⁶ lança mão de fundamentos pragmáticos, os quais possibilitam ao julgador, nos estreitos limites e possibilidades que possam ser extraídas do texto constitucional – sempre respeitando os direitos fundamentais em conflito –, proferir decisão que reflita os melhores efeitos realizáveis à sociedade. Os fundamentos pragmáticos, que seriam de três ordens, contribuíram para: (I) a garantia do equilíbrio e da funcionalidade do sistema penal; (II) a redução da seletividade³⁹⁷ do sistema;³⁹⁸ e (III) a ruptura

³⁹² Cf. voto de Luiz Fux no HC 126.292, pp. 58 e 59.

³⁹³ Art. 5º, LXI, da CF: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”.

³⁹⁴ Cf. p. 27 do Acórdão do HC 126.292.

³⁹⁵ Cf. voto no HC 126.292, pp. 61 e 62.

³⁹⁶ Cf. voto no HC 126.292, pp. 50ss.

³⁹⁷ No mesmo sentido, referindo-se a ideia de igualdade a fim de superar a velha crítica ao sistema de justiça criminal brasileiro no sentido de que ele só serve aos pobres e marginalizados, é o voto do Ministro Luiz Fux na MC nas ADCs 43 e 44, p. 146 e 147.

³⁹⁸ Evitando que apenas jurisdicionados com mais disponibilidade financeira para arcar com advogados não cumpram pena ou escolham quando a cumprir em decorrência da procrastinação da execução com a interposição sequencial de inúmeros recursos, contribuindo ainda para diminuir o ímpeto dos órgãos ordinários de prenderem durante a fase instrutória, produzindo, destarte, um efeito republicano e igualitário sobre o sistema. Este último argumento – relativamente ao efeito dissuasório das prisões preventivas aplicadas pelos órgãos de 1º e 2º graus antes do exaurimento dessas instâncias com a indistigável finalidade de dar efetividade às penas –, também foi

da arraigada impunidade em nosso aparato judicial. Evitando-se o retardamento da punição por décadas ou a prescrição, o sentimento de eficácia da lei penal é restaurado na sociedade. Citando passagem de obra doutrinária de sua autoria:

A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtivista, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa.³⁹⁹

Relembrou-se ainda que a eventual existência de erro nos juízos condenatórios proferidos das instâncias ordinárias seria também passível de cometimento pelas Cortes Extraordinárias, que não devem funcionar como terceiro e quarto grau de jurisdição. Nas palavras do Ministro Barroso, a apreciação dos processos singulares pelo STJ e pelo STF não é uma garantia assegurada pelo princípio do devido processo legal, tampouco constitui direito fundamental do recorrente, uma vez que o acesso a estas Cortes deve ser realizado apenas e tão somente em situações realmente extraordinárias que ultrapassem os valores subjetivos perseguidos pelo recorrente. Isso justifica-se, principalmente, por não se constituírem em tribunais ordinários de revisão, bem como por possuírem as Cortes tempo e recursos escassos para análise de recursos inadmissíveis e protelatórios.⁴⁰⁰

Para esses casos, contudo, estaria sempre à disposição do réu inúmeras ferramentas aptas a impedir eventuais violações de seus direitos com a suspensão da ordem executiva, tais como as medidas cautelares para concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinários e a própria ação constitucional do *habeas corpus*, muito mais ampla e com ordem preferencial relativamente aos julgamentos de outras vias processuais.

Por fim, é oportuno mencionar que no presente julgado não foi analisado o teor do art. 283 do CPP que exige o trânsito em julgado para a prisão, o que foi criticado pela doutrina. A saber, a redação do artigo vigente no julgamento – que não difere, na sua essência, da atual

relembrado pelo Ministro Teori Zavseki no julgamento das MCs das ADCs nº 43 e 44, p. 135 e pelo Ministro Gilmar Mendes, Cf. voto no HC 126.292, pp. 63 e 64.

³⁹⁹ Cf. voto no HC 126.292, pp. 49 e 50. Ver MENDES, Gilmar Ferreira. A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio. In: MELLO, Marco Aurélio. Ciência e Consciência. **Migalhas**, v. 1, p. 33–48, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em: 04. Jan. 2019.

⁴⁰⁰ Cf. p. 51 de seu voto no HC 126.292. Em sentido semelhante, ver voto de Luiz Fux, lembrando entendimento do Ministro Marco Aurélio, p. 58.

redação vigente – era a 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.”⁴⁰¹

Os votos com entendimento contrário aduziam ser necessária a manutenção do entendimento firmado no HC nº 84.078/2009 pelo histórico do princípio que fora construído para barrar ideias opressivas do poder estatal e por necessidade de manutenção da jurisprudência a fim de dar estabilidade às normas constitucionais. Na linha do julgamento apontado, interpretavam o princípio isoladamente como uma regra expressa de maneira a possibilitar a prisão antes do trânsito em julgado tão somente a título cautelar. Entender de maneira diversa significaria restringir a ampla defesa, que deveria abarcar todas as instâncias recursais. Reiterando o entendimento antes firmado no sentido de se tratar de uma regra absoluta, o Ministro Marco Aurélio chegou a afirmar que “o preceito insculpido no inciso LVII do art. 5º da CF, ao impor que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não comporta interpretações”.⁴⁰² Na mesma linha, o Ministro Ricardo Lewandowski diz que “o dispositivo é taxativo e categórico, não sendo possível sua interpretação”.⁴⁰³

3.3. MEDIDA CAUTELAR NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44

Na sequência de julgados do Plenário do Supremo Tribunal Federal tivemos, ainda no ano de 2016, dois julgamentos sobre o assunto. O Julgamento de medidas cautelares requeridas no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, julgadas em 05 de outubro de 2016, e o Agravo no Recurso Extraordinário nº 964.246, com repercussão geral reconhecida, julgado em 10 de novembro de 2016.

No julgamento da Medida Cautelar requerida no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44⁴⁰⁴, em 05 de outubro de 2016, que pugnavam pela

⁴⁰¹ Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011.

⁴⁰² Cf. p. 77 de seu voto no HC nº 126.292.

⁴⁰³ Cf. p. 97 de seu voto no HC nº 126.292.

⁴⁰⁴ A ADC nº 44 foi apensa à ADC 43 para julgamento conjunto ante a coincidência dos objetos.

constitucionalidade do art. 283 do CPP, o Plenário do Supremo, por maioria,⁴⁰⁵ manteve o entendimento fixado no HC 126.292, em fevereiro de 2016, indeferindo a cautelar.

Os autores de ambas as ADC's narravam que, do julgamento proferido no HC 126.292, teria advindo controvérsia jurídica relativamente à constitucionalidade do art. 283 do CPP que, aparentemente, seria incompatível com o resultado daquele julgamento.

O artigo 283 tinha a seguinte redação à época do julgamento:

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 (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, grifo nosso)⁴⁰⁶.

Pugnava-se nas ações a declaração pelo Tribunal da harmonia da redação do art. 283 do CPP ao texto constitucional, em especial ao seu art. 5º, LVII, que positiva o princípio da presunção de inocência e que, nos termos nas iniciais, teria sido esvaziado pela Corte no julgamento do HC 126.292, sendo aquele dispositivo do Código Processual Penal expressão da vontade do legislador, refletindo a norma Constitucional a não permitir ingerência do Judiciário.

Na primeira delas, pugnava-se a título subsidiário a depender do resultado do julgamento, a interpretação conforme do art. 637 do CPP – que, com redação anterior ao texto constitucional, não atribui aos recursos extraordinários o efeito suspensivo – para que fosse atribuído ao menos efeito suspensivo ao recurso especial interposto perante o STJ. Ademais, enquanto não declarada a inconstitucionalidade do art. 283 pela Supre Corte ou, incidentalmente, em todas as decisões condenatórias, estaria o dispositivo plenamente vigente a caracterizar a nulidade de toda e qualquer prisão que não o observasse. Para os autores das Ações Declaratórias, a norma do CPP questionada não fora objeto de análise no HC 126.292 e, mesmo que as decisões proferidas em *habeas corpus* pelo Tribunal Supremo não tenham efeito vinculante, a apontada decisão vinha repercutindo em todo o sistema processual penal.

O julgado teve como ementa o texto seguinte:

⁴⁰⁵ O Julgamento se deu por maioria de 6 votos a 5. Restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

⁴⁰⁶ Como veremos na sequência, após o julgamento do mérito das ADCs, a redação do artigo foi sutilmente modificada, mantendo, contudo, o comando do trânsito em julgado para fins de execução de pena: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de **condenação criminal transitada em julgado**. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Grifo nosso)

Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a **absolutamente todas** decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da **lei penal** no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na **existência ou intensidade do direito de punir**, mas, tão somente, no **momento de punir**. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida (ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018, grifo do autor).

Nos votos que restaram vencidos no julgamento da cautelar, como o do então Relator Ministro Marco Aurélio, concordando com as postulações de ambas as ações, insistiu-se na impossibilidade de interpretação do dispositivo previsto no inciso LVII do art. 5º da Carta Fundamental, ao aduzir que ele “não abre campo a controvérsias semânticas”.⁴⁰⁷ Defendeu o

⁴⁰⁷ Cf. voto, p. 14 do Acórdão.

Ministro que o texto normativo do CPP, alterado em 2011 pelo legislador pátrio, apenas refletiu o entendimento firmado pela própria Corte no julgamento do HC 84.078/2009, cumprindo em sede legislativa a garantia constitucional da presunção de inocência.⁴⁰⁸

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (pp. 183), ao referir-se à taxatividade do dispositivo constitucional. Em sentido semelhante, Celso de Mello aduziu que seria necessário negar valores constitucionais essenciais “para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescandível pragmatismo de ordem penal”, para a superação do “direito fundamental de se presumir inocente”.⁴⁰⁹

Eventual inefetividade do sistema criminal não poderia ser atribuída à presunção de inocência. A solução estaria na reformulação do sistema processual pelo Poder Legislativo para se atribuir maior racionalidade ao modelo recursal.⁴¹⁰

Relativamente ao pedido subsidiário formulado na ADC nº 43, no sentido de que ao menos fosse concluído o julgamento de eventual Recurso Especial interposto no STJ para o início da execução da pena, o Ministro Marco Aurélio concordou que – uma vez fosse vencido na extensão maior de seu voto, no sentido de se aguardar o trâmite de todos os recursos excepcionais, inclusive o Extraordinário perante o STF – o STJ, como intérprete final das normas penais infraconstitucionais previstas em leis federais, mesmo sendo-lhe vedado a incursão em matérias fático-probatórias, deve funcionar como Tribunal de Cassação. Fundamentou seu entendimento aduzindo que o Direito Penal não se limita à análise de fatos, abrangendo também normas essenciais para a configuração da culpa. A título exemplificativo, citou os seguintes entendimentos firmados pelo STJ: a) a necessidade de fundamentação concreta a indicar a extrapolação dos elementos do tipo penal para o aumento da pena base na primeira fase da dosimetria de pena; b) a necessidade do reconhecimento dos requisitos objetivos e subjetivos para a caracterização da continuidade delitiva, que é causa de aumento de pena a ser considerada na terceira fase da dosimetria; e c) a indispensabilidade de comprovação do nexos causal entre a conduta imputada e a prática de ato funcional no crime de corrupção passiva. Tudo isso, no entendimento do então Ministro Relator, promoveu a atenuação de reprimendas ao ser interpretada a norma penal em seu próprio significado, e não apenas sob o ângulo fático dos casos. Desta feita como responsável pela uniformização da

⁴⁰⁸ Cf. voto, Marco Aurélio, p. 15 do Acórdão. A redação anterior do artigo, originária desde a promulgação do CPP, era a seguinte: “Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”

⁴⁰⁹ Cf. p. 219 e 230 do voto nas MCs das ADCs 43 e 44.

⁴¹⁰ Cf. voto de Celso de Mello, p. 222 do voto nas MCs das ADCs 43 e 44.

jurisprudência infraconstitucional, só ao STJ caberia assentar a certeza jurídica após a análise dos recursos a ele interpostos a fim de evitar decisões conflitantes entre os 27 Tribunais de Justiça e os 5 Tribunais Regionais Federais existentes no país.⁴¹¹

O ministro Dias Toffoli, por sua vez, afirmou que o art. 283 do CPP tem perfeita compatibilidade com a Constituição e apenas concretizou a norma prevista no art. 5º, LVII, da CF.⁴¹² Inobstante, aduziu ser possível interpretar o princípio constitucional “como exigência de certeza na formação da culpa”.⁴¹³ Desta feita, não se prestando o recurso extraordinário para a reparação de ilegalidades de índole individual, não teria sentido obstar a execução da pena quando pendente análise apenas desse recurso à Corte Constitucional. De forma diversa, no seu entendimento, o recurso especial possibilitaria a correção dessas ilegalidades de cariz individual – ainda que não seja essa sua função precípua – nos casos em que a decisão impugnada ‘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).⁴¹⁴ Assentou seu entendimento afirmando que a certeza da culpa – quando se daria o trânsito em julgado – não se contentaria com o alto grau de probabilidade quanto a autoria e a materialidade delitivas, que restam definitivamente exauridas nas instâncias ordinárias. Essa certeza dependeria ainda de juízos valorativos relativos à tipicidade, à antijuridicidade, à culpabilidade da conduta e da própria aplicação da pena, cuja análise está a cargo do Superior Tribunal de Justiça ao qual a Constituição incumbiu o dever de tutelar a estabilidade e a uniformidade da interpretação da legislação federal.⁴¹⁵ Desta feita, julgou parcialmente procedentes os pedidos para dar interpretação conforme à CF a fim de possibilitar a execução da pena após o julgamento do recurso especial-REsp ou do agravo em recurso especial-AREsp perante o STJ.⁴¹⁶

A corrente vencedora aduziu que os direitos fundamentais devem abarcar a tutela de bens jurídicos fundamentais à toda a sociedade, afirmando que a Constituição Federal acolheu essa defesa, que cabe ao Estado, por meio do Direito Penal, como um instrumento de proteção de direitos humanos, como a vida, a segurança e a integridade física e moral da população.⁴¹⁷ Corroborou-se que o entendimento firmado no HC 126.292 foi no sentido de que a presunção

⁴¹¹ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio, pp. 21 ss. do Acórdão. Nesse mesmo sentido foi o voto do Ministro Dias Toffoli, pp. 162ss e do Ministro Ricardo Lewandowski, pp. 179 ss.

⁴¹² Cf. voto do Ministro Dias Toffoli, pp. 167ss.

⁴¹³ Cf. voto do Ministro Dias Toffoli, p. 171.

⁴¹⁴ *Idem*

⁴¹⁵ Cf. voto do Ministro Dias Toffoli, p. 172.

⁴¹⁶ Cf. voto do Ministro Dias Toffoli, pp. 173-179.

⁴¹⁷ Cf. Votos de Edson Fachin, p. 27, e Luís Roberto Barroso, p. 49, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

de inocência é *uma garantia de sentido processualmente dinâmico*, devendo sua intensidade ser avaliada de acordo com o âmbito de impugnação relativo a cada etapa recursal, mormente quando considerado o papel dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que se restringem a dois: a) a impossibilidade de revisão de fatos e provas; e b) a possibilidade de tutelar constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, em especial pelo *habeas corpus* –, cujo âmbito cognitivo é imensamente mais amplo que o dos recursos extraordinários. Foi tomando em consideração essas duas circunstâncias – a restritiva participação das cortes superiores relativamente à configuração da culpa e, em especial, a ampla receptividade do *habeas corpus* no sistema processual brasileiro – que o Supremo concluiu pela possibilidade do cumprimento da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias para dar sentido ao processo penal e não esvaziar o sentimento de justiça capaz de promover a finalidade última do processo criminal: a pacificação social.⁴¹⁸

Citou-se⁴¹⁹ voto do Ministro Gilmar Mendes proferido em outro procedimento, relembrando que o Supremo se tem utilizado do princípio da proporcionalidade para o afastamento da proteção insuficiente pelo direito em inúmeros casos:

A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.⁴²⁰

Nessa toada, argumentou-se que o princípio da presunção de inocência estaria em tensão com o restante do ordenamento constitucional que impõe a efetividade do sistema criminal para a concretização dos objetivos de prevenção geral e especial e dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, como a vida, a dignidade, a integridade física e moral etc.⁴²¹ Destarte, na ponderação dos interesses envolvidos, haveria diminuição do *peso* do princípio da não culpabilidade e aumento do *peso* atribuído à essas exigências constitucionais em razão da comprovação segura quanto à autoria e à materialidade dos fatos, com o esgotamento da

⁴¹⁸ Cf. voto do Ministro Teori Zavascki, pp. 112 e 113 no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴¹⁹ Cf. Votos de Edson Fachin, p. 28 no julgamento da MC nas ADC's 43 e 44.

⁴²⁰ Cf. voto vista do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 418.376/MS, referindo-se à doutrina de Lênio Streck e Ingo Sarlet.

⁴²¹ Cf. arts. 5º, caput, LXXVIII, e 144. No ponto, afirmou o Ministro Luiz Fux, p. 145 do voto no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44, que: "...nós estamos [novamente] discutindo isso, porque, no Brasil, as condenações são postergadas por recursos aventureiros... [...] "E nós estamos discutindo isso, porque nós estamos mais preocupados com o direito fundamental do acusado, nós estamos esquecendo do direito fundamental da sociedade, que tem, evidentemente, a prerrogativa de ver aplicada a sua ordem penal."

apreciação de fatos e provas.⁴²² O fundamento para a prisão nessas hipóteses, decorreria da própria Constituição Federal, limitando a esfera de liberdade do legislador para dispor de maneira diversa, como se pretende inferir do art. 283 do CPP.⁴²³

Quanto à ineficiência do sistema de justiça criminal brasileiro relativamente à proteção penal a direitos humanos básicos – e como forma de rechaçar as alegações de que o Supremo, no julgamento do HC 126.292, “sucumbiu aos anseios de uma criticável sociedade punitivista, comprimindo direitos humanos num ambiente de histeria” –, lembrou-se⁴²⁴ casos em que o Brasil tem sido acionado em organismos internacionais.⁴²⁵ Dentre eles, citou a sentença condenatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no bojo da qual extraímos de sua conclusão que:

⁴²² No mesmo sentido, ver voto de Cármen Lúcia, p. 246 no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴²³ Cf. Voto de Luís Roberto Barroso, pp. 73 e 74, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴²⁴ Cf. Voto de Edson Fachin no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44, p. 27.

⁴²⁵ Segundo o Ministro, o Brasil firmou compromissos reconhecendo a ineficiência da proteção criminal às vítimas, sendo o caso mais emblemático o Julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em abril de 2001 sobre inúmeras tentativas de homicídio praticadas contra Maria da Penha Fernandes que, mesmo após a denúncia criminal, passados mais de 17 anos dos fatos, já se aproximando da prescrição, o Poder Judiciário não havia proferido decisão definitiva. Cf. Voto de Edson Fachin no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44, p. 28. Em consulta ao relatório final do caso, a Comissão chegou às seguintes conclusões: “...a República Federativa do **Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial**, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a **obrigação geral de respeitar e garantir os direitos**, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento **pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso** de violência doméstica no Brasil. [...] Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, **particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil**, com respeito à violência contra a mulher. [...] Que o **Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres** segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, **por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida.**” (sem grifo no original) Como conclusão, a Comissão **reiterou** ao Brasil as seguintes conclusões: “1 **Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio** em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia. 2. **Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.** 3. **Adotar**, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, **as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização** civil. 4. **Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal** e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte: [...] b) **Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;** [...] 5. **Apresentar** à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **dentro do prazo de 60 dias** a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um **relatório sobre o cumprimento destas recomendações** para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana.” O último parágrafo do relatório conclusivo aponta que, mesmo após a notificação do Brasil para a apresentação do relatório acima referido, “Expirado esse prazo, a Comissão não recebeu resposta do Estado brasileiro.” Cf. Relatório nº 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 17 fev. 2020.

A Corte chegou à **conclusão de violação pelo Estado brasileiro** dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, o que **deve suscitar cuidados pelos Estados** partícipes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos **no sentido de fazerem reformas dos poderes judiciários para adequarem a tramitação do processo ao tempo querido pela norma e pelos cidadãos continentais, superando a fase de descumprimento crônico de prazos legais pelo Judiciário e pelo restante do sistema...** [...] **A demora inscreve-se entre os erros judiciários mais graves praticados pelo Estado, indenizáveis segundo a normativa internacional. A rapidez processual gera fluidez e respeito nas relações sociais, propícias ao patamar de desenvolvimento que as Nações americanas tanto querem experimentar.**⁴²⁶

Também fora lembrado casos emblemáticos de impunidade que, em sua maioria, não chegaram aos organismos internacionais, todos decorrentes da disfuncionalidade do sistema.⁴²⁷ Citou como exemplo um recurso extraordinário que estava na pauta para julgamento do Plenário no mesmo dia em que foi julgado o HC 126.292, que reverteu a jurisprudência sobre o assunto. Tratava-se de um homicídio qualificado praticado em 1991. O júri que condenou o réu só foi realizado em 1995 após infindáveis recursos da defesa. Em 2016, aproximadamente 25 anos após o fato, quando do julgamento do HC acima referido, a pena ainda não tinha sido executada em razão da interposição sucessiva de recursos descabidos.⁴²⁸

⁴²⁶ Cf. voto do juiz Roberto de Figueiredo Caldas, que acompanhou a Sentença da Corte em sua integralidade. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em: 17 fev. 2020. Relativamente às condenações do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana, que até fevereiro de 2018 somavam 8 casos, ver nosso artigo em PRESOTTO, Luiz A. A.. O diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal no domínio dos Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ana Maria Guerra. **A proteção multinível dos Direitos Fundamentais: estudos sobre diálogo judicial**. Lisboa, 2019, p. 91-141.

⁴²⁷ No mesmo sentido, ver voto de Cármen Lúcia, p. 247 no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴²⁸ Cf. Voto de Luís Roberto Barroso, pp. 57ss, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44. Para o Ministro, “O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e estimulava as pessoas a voltarem ao tempo da vingança privada e quererem fazer justiça com as próprias mãos.” Essa afirmação, feita em destaque no seu voto, foi formulada após citar um caso de homicídio praticado por famoso jornalista contra sua então namorada, o qual após mais de dez anos depois de sua condenação pelo Tribunal do Júri – onde confessou o crime – permanecia livre vivendo uma vida normal e frequentando os mesmos lugares que o pai da vítima. Nos termos do voto do Ministro, “Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai da vítima narra: “Um dia eu liguei para a casa dele e disse: ‘Você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar o seu pescoço’. Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar R\$ 5 mil a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados”. (pp. 87). Da mesma forma e em destaque – após dar o exemplo de um ex-Senador da República condenado pelo desvio de R\$ 169 milhões da construção de um fórum judicial e, gozando de uma vida luxuosa, só iniciou o cumprimento de sua pena após a interposição de 34 recursos, após 24 anos, quando transitou em julgado o processo –, afirmou que “O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e difundia a impressão de que neste país o crime compensa.” (p. 58.) Igualmente, aduziu que “O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era um golaço da impunidade.”, após mencionar o caso de um famoso jogador de futebol que matou 3 pessoas quando provocou um acidente na cidade do Rio de Janeiro após sair de uma balada dirigindo a mais de 120km/h e, condenado a pena de 4 anos e meio de prisão após 3 anos do fato, permaneceu impune por 16 anos até que teve sua punibilidade extinta por Ministro do STF após a interposição de 21 recursos só no STJ e mais inúmeros outros no STF (p. 59). Também destacou que “O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e funcionava como estímulo aos comportamentos mais bárbaros, ao primitivismo puro e simples.”, após citar caso de um suplente de Deputado Federal que, para ocupar sua cadeira no Congresso, matou a titular do cargo, o marido desta e mais duas pessoas no caso que ficou conhecido como Chacina da Gruta. O crime ocorreu em 1998, permanecendo em liberdade até

Reforçou-se a ideia também levantada no julgamento anterior no sentido de que, ao possibilitar a execução somente após o trânsito em julgado, fomentou-se a interposição sucessiva de recursos incabíveis e procrastinatórios, mas que são permitidos por nosso caótico sistema processual criminal. Desta feita, se não fosse limitado essa questão, considerando-se que o compromisso do advogado é com seu cliente dentro dos limites legais e éticos, não seria passível de críticas a interposição de infindáveis recursos previstos em lei pela defesa a fim de manter seu cliente em liberdade. Contudo, essa possibilidade transformou o sistema em um verdadeiro caos, em um modelo “não apenas ruim; mas também próximo ao ridículo, gerador de constrangimento a qualquer cidadão que tenha que explicar que o réu teve 25 recursos só no Superior Tribunal de Justiça, 25 recursos, todos descabidos, todos não conhecidos, sem que houvesse um mecanismo hábil a possibilitar o início do cumprimento da decisão”.⁴²⁹

Logo, relativamente ao papel recursal das Cortes Superiores, a CF as incumbiu da tutela de direito objetivo – da estabilização, uniformização e pacificação da interpretação das normas jurídicas –, o que justifica a atribuição de efeitos meramente devolutivos aos recursos a ela interpostos, excepcionais pela própria denominação constitucional a eles atribuída (especial e extraordinário), em total conformidade com o sistema constitucional em sua plenitude. Não é a finalidade perseguida constitucionalmente a possibilidade de o condenado utilizar-se dessas Cortes como terceira ou quarta instância recursal. Isso é decorrente da própria exigência constitucional de que o recorrente demonstre, para ter acesso à Suprema Corte, além de uma violação constitucional, a transcendência e a relevância da questão a ser analisada pelo STF, exigindo-se a efetiva demonstração da repercussão geral da questão controvertida, elevando o Tribunal Supremo a serviço, precipuamente, da ordem constitucional, pouco importando, para tanto, as circunstâncias do caso concreto.⁴³⁰ Desta feita, não havendo características de subjetividade no âmbito do Recurso Extraordinário, dificilmente será possível chegar ao Supremo por essa via, tendo em vista o filtro da repercussão geral e a natureza das normas

o julgamento pelo Tribunal do Júri mais de 13 anos depois em razão da interposição de recursos protelatórios. Condenado a 103 anos e 4 meses de prisão, só então fora decretada sua prisão preventiva, mas o processo ainda continuava pendente à espera de julgamento de recurso especial no STJ à época do julgamento das presentes Medidas Cautelares, em outubro de 2016 (p. 59). Após narrar o famoso assassinato de uma missionária a mando de um fazendeiro, condenado pelo Tribunal do Júri a 30 anos de prisão por fato ocorrido em fevereiro de 2005, cujo processo não transitou em julgado até o julgamento das presentes MCs pelo STF, destacou o Ministro (p. 60): “Isso não é garantismo. É a desmoralização do país perante a comunidade internacional, que acompanha o caso com interesse.”

⁴²⁹ Cf. Voto de Luís Roberto Barroso, pp. 91 e 92, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴³⁰ Cf. art. 102, §3º, da CF. Cf. voto de Edson Fachin, pp. 39ss, de Luís Roberto Barroso, p. 50, e de Dias Toffoli, p. 160, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

penais e processuais penais e considerando o entendimento consolidado do Supremo no sentido de que questões relativas ao contraditório e à ampla defesa são matérias infraconstitucionais.⁴³¹

Da mesma forma, é a própria Carta Federal que incumbe o STJ do dever de resguardar a ordem jurídica infraconstitucional ao vincular o cabimento do recurso especial à tutela da ordem jurídica infraconstitucional. Relembrou-se que a própria formulação dada pela Constituição aos Tribunais Superiores, com reduzida quantidade de julgadores, obstaculiza qualquer entendimento de lhes atribuir o papel de instâncias revisoras universais.⁴³²

Aduziu-se ainda que, quando do julgamento anterior – no qual se assentou pela possibilidade da prisão após o esgotamento das instâncias ordinárias –, estava em vigor o art. 27, §2º, da Lei 8.038/90, a impor que “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”, ao qual somava-se a norma extraída do art. 637 do CPP, afirmando que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Com a revogação do art. 27, §2º, da Lei 8.038/90, e das demais normas relativas aos recursos extraordinário e especial previstas nesse diploma, o Código de Processo Civil passou a regulamentar esses recursos, inclusive no âmbito do Processo Penal e de maneira semelhante às normas revogadas, por força do art. 3º do CPP,⁴³³ continuando a ter caráter de excepcionalidade a atribuição de efeito suspensivo aos recursos extremos, consoante depreende-se dos artigos 995 e 1.029, §5º, do Código de Processo Civil.⁴³⁴ Ou seja, “a regra

⁴³¹ Cf. art. 102, §3º, da CF. Cf. voto de Edson Fachin, pp. 39ss, de Luís Roberto Barroso, p. 50, e de Dias Toffoli, p. 160, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44. No ponto, em aparente contradição com a conclusão de seu próprio, esse entendimento foi endossado pelo Ministro Marco Aurélio, p. 160.

⁴³² Cf. Voto de Edson Fachin, pp. 39ss, e Luís Roberto Barroso, p.50, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44. Em sentido contrário, aduzindo ter o STJ um papel relevante para a uniformização da aplicação da lei federal a nível nacional, é o Voto do Ministro Dias Toffoli, pp. 160ss, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴³³ São os termos do citado artigo: Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

⁴³⁴ Art. 995. **Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.**

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: [...]

§ 5º **O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado** por requerimento dirigido:

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

II - ao relator, se já distribuído o recurso;

geral continua a ser o recebimento desses recursos excepcionais no efeito meramente devolutivo”.⁴³⁵

Desta feita, o disposto pelo art. 283 do CPP – ao disciplinar 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”, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011⁴³⁶ –, não pode conduzir o julgamento a resultado diverso.⁴³⁷

Fundamentou-se tal entendimento nos seguintes argumentos. Em primeiro lugar não há o que se falar em verdadeira antinomia entre o quanto previsto pelo art. 283 do CPP e a regra que atribui eficácia imediata às decisões dos tribunais de 2º grau. Isso porque a Lei 12.403/11, consoante sua própria ementa, alterou dispositivos do CPP “relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares...”,⁴³⁸ não sendo possível daí extrair a vedação de qualquer outra modalidade de prisão.⁴³⁹ Ainda que fosse utilizado o critério temporal para a solução de antinomias, previsto no art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB,⁴⁴⁰ o art. 283 do CPP não teria revogado o artigo 637 do mesmo diploma processual em razão da superveniente previsão do CPC de 2015 a manter a imposição, como regra, apenas do efeito devolutivo aos recursos extraordinários. Igualmente, a vigência do art. 637 teria permanecido íntegra pelo critério da especialidade previsto no §2º do art. 2º da LINDB.⁴⁴¹ Igualmente, não se pode afirmar que a previsão do art. 283 do CPP revogou as demais modalidades de prisão pelo fato de a própria CF prever a prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia e a prisão administrativa por transgressão militar,⁴⁴² que

III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037 . (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) [sem grifo no original]

⁴³⁵ Cf. Voto de Edson Fachin no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44, p. 36.

⁴³⁶ Essa redação foi revogada pela Lei 13.964/2019, mantendo-se, contudo, no que interessa à presente pesquisa, o teor da redação anterior nos seguintes termos: Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

⁴³⁷ Cf. Voto de Edson Fachin no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44, p. 36.

⁴³⁸ A redação originária do dispositivo até então vigente não se referia à qualquer modalidade de prisão em específico, e tinha a seguinte redação: “Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”

⁴³⁹ Nesse mesmo sentido foi o voto de Luís Roberto Barroso, p. 76, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴⁴⁰ Lei 4.657/42: Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

⁴⁴¹ Art. 2º, § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

⁴⁴² Cf. Art. 5º, LXVII e LXI, respectivamente.

continuam plenamente vigentes. Ou seja, a norma geral do 283 do CPP não é incompatível com a regra especial que confere apenas efeito devolutivo aos recursos excepcionais, não havendo violação ao princípio da reserva legal por se tratar de modalidade de prisão por decorrência lógica do próprio Código de Processo Penal, consoante o art. 637, a não conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinários.⁴⁴³

Desta feita, o disposto no art. 283 do CPP, a impor, como regra, o trânsito em julgado da decisão condenatória para a prisão, deve ser interpretado no sentido de que as sentenças de primeiro grau e os acórdãos não unânimes dos Tribunais de segundo grau – que ainda possibilitam a impugnação nas vias ordinárias: àquelas, pelo recurso de apelação e estes, por meio de embargos infringentes, ambos dotados de efeito suspensivo – só podem ser executados após o decurso dos prazos preclusivos para impugnação nas próprias vias ordinárias ou após esgotada sua jurisdição.⁴⁴⁴ Relembrou-se argumento anterior no sentido de que, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação do réu, a prisão na pendência de recursos extraordinários é exigência de ordem pública para a garantia da efetividade da justiça criminal a dispensar motivação específica dessa necessidade e a demonstração do não cabimento de medidas cautelares diversas, servindo a própria condenação em segundo grau como demonstração suficiente dessa necessidade, o que é reforçado pelo ínfimo índice de provimento dos recursos excepcionais. O entendimento contrário, a exigir o esgotamento das vias extraordinárias, impede que o direito penal *seja* sério, eficaz e capaz de prevenir crimes e dar satisfação à sociedade, exigindo-se interpretação do dispositivo que seja compatível com a imposição constitucional de um sistema de justiça efetivo que transpareça credibilidade a toda sociedade.⁴⁴⁵

Com o mesmo fundamento, afastou-se a possibilidade desse entendimento contrariar a presunção prevista no art. 5º, LVII, do texto constitucional. No mesmo sentido, o Ministro Dias Toffoli – que julgou parcialmente procedente a MC dando interpretação conforme ao art. 283 do CPP no sentido de ser possível o cumprimento da pena após decisão pelo STJ, ao fundamento de que o recurso extraordinário ao STF não tem caráter subjetivo, mormente após a criação do

⁴⁴³ Cf. Voto de Edson Fachin, pp. 37ss e de Luís Roberto Barroso, p. 49, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴⁴⁴ Cf. Voto de Edson Fachin no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44, p. 38.

⁴⁴⁵ Cf. Voto de Barroso no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44, pp. 49-50 e 77. No mesmo sentido, em razão das consequências advindas do julgamento do HC 84.078/2009, foi o voto do Ministro Gilmar Mendes na MC nas ADCs 43 e 44, pp. 202 ss.

instituto da repercussão geral introduzida pela EC nº 45/2004 – iniciou seu voto concordando que não há incompatibilidade entre o art. 283 do CPP e o texto constitucional.⁴⁴⁶

O apego excessivo à literalidade deste dispositivo, sem qualquer limite interpretativo quanto ao trânsito em julgado, iria de encontro com a própria previsão constitucional dos recursos às Cortes extraordinárias.⁴⁴⁷ Do contrário, significaria admitir que a execução da pena só seria possível na eventualidade de o recorrente se conformar com a condenação, deixando de interpor novos embargos declaratórios das decisões do STF, aceitando como verdadeira a tese de que a Constituição consagrou em caráter absoluto uma presunção de inépcia, de desconfiança, das instâncias ordinárias. Aduziu-se que, invariavelmente, quando existir um juízo acima de outro com poder revisional, haverá algum grau de reforma em razão da percepção das coisas sob diferentes pontos de vista por cada pessoa. O problema, contudo, é de competência – *quem é que vai dar a última palavra a ser executada* –, e não de justiça. De qualquer forma, a solução não pode ser aceitar a eternidade da delonga processual. Desta feita, sem olvidar da possibilidade de erro dos juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição,⁴⁴⁸ colocou-se em dúvida a metodologia empregada quanto ao levantamento dos números apresentados pelos *amici curiae* relativamente ao sucesso por parte da defesa – em especial das impugnações formuladas pelas Defensorias Públicas dos Estados – nos recursos aos Tribunais Superiores, mormente pelo fato de contrariar dados levantados pelas próprias Cortes e por se tratarem de dados que não digam respeito especificamente ao objeto sob julgamento – recursos excepcionais –, especialmente pela circunstância de que muitas das decisões favoráveis apresentadas foram concedidas em *habeas corpus* de ofício pelos Ministros.⁴⁴⁹ Com relação a

⁴⁴⁶ Cf. p. 153 de seu voto na MC das ADCs 43 e 44.

⁴⁴⁷ No ponto, o Ministro Luiz Fux reforçou essa ideia ao afirmar que não se pode interpretar a Constituição em tiras, mormente pelo fato de haver um dispositivo expresso, no mesmo artigo, sobre a prisão, o inciso LXI do art. 5º do Texto Constitucional, a exigir ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária para a efetivação da prisão. Desta feita, no seu entendimento, o inciso LVII do art. 5º não diz respeito à prisão e não a impede após a condenação confirmada pela segunda instância, cf. p. 146 de seu Voto na MC nas ADCs 43 e 44.

⁴⁴⁸ Que facilmente podem ser sanados com liminar em HC. Nesse sentido, ver voto de Gilmar Mendes, pp. 213-214, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44: “Claro, poderá haver erros. Sempre poderá, sempre poderá. É possível reverter? Todo dia pode ocorrer isso. Mas, também, não vamos esquecer, o sistema permite correção, permite até o impedimento do início da execução da pena com a obtenção de liminar em habeas corpus.”

⁴⁴⁹ Cf. Voto de Edson Fachin, pp. 42ss, Barroso, pp. 50, 63 e 64 e 90, e Gilmar Mendes, pp. 159-160 e 204, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44. Lembrou o Ministro Barroso dos dados fornecidos pelo próprio Tribunal quando do julgamento do HC 126.292 a contrapor as informações trazidas pelos *amici curiae*: “Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria. Em verdade, foram

eventual taxa mais elevada de provimento em recursos oriundos de algumas unidades federativas, argumentou-se ser necessário ajustes pontuais nas respectivas cortes estaduais – que seguem *recalcitrantes*, sugerindo um comportamento mais permissivo dos Tribunais Superiores quanto ao cabimento de *habeas corpus* provenientes dessas cortes a fim de permitir a correção célere de eventuais abusos e também para que observem a jurisprudência dos tribunais superiores –, não sendo fundamento, portanto, para desvirtuar toda a funcionalidade do sistema criminal.⁴⁵⁰

Afirmou-se que a ausência do direito penal igualitário e efetivamente aplicado fomentou a diversidade da criminalidade, criando-se um *locus* onde a prática delitiva compensa, mormente para os crimes de colarinho branco.⁴⁵¹ Nessa toada, lembrando os ensinamentos de Cesare Beccaria,⁴⁵² no sentido de que é a certeza da punição, e não a intensidade da pena, o grande motor da prevenção de delitos, o Ministro Roberto Barroso afirmou que:

Por ter uma história marcada pelo autoritarismo, quando não pela truculência, crescemos no Brasil, por justas razões, com grande desconfiança em relação à repressão estatal. Ainda assim, não é possível imaginar uma sociedade democrática, justa e de pessoas livres e iguais sem o respeito a determinados valores e bens jurídicos. Em toda sociedade democrática, o direito penal tem um papel importante a desempenhar. O mais destacado deles é o que a doutrina denomina de prevenção geral: as pessoas na vida tomam decisões baseadas em incentivos e riscos. Se há incentivos para a conduta ilícita – como o ganho fácil e farto – e não há grandes riscos de punição, a sociedade experimenta índices elevados de criminalidade.⁴⁵³

Acrescentou ainda ser desnecessário a tipificação excessiva de condutas e a imposição desmedida de penas; ao contrário, deve o sistema ser moderado, porém sério e efetivo.⁴⁵⁴

identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões [...]. Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.” P. 66 de seu voto no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44. Nesse mesmo sentido no mesmo julgamento, é o voto do Ministro Teori Zavascki, p. 139: “...dos processos distribuídos ao STF no período de 2009 a 2016 (período em que se afirmou a impossibilidade de execução provisória da pena), houve um total de 22.610 recursos criminais. Desses, foram interpostos pela Defensoria Pública 2.585 REs, AREs e AIs, ou seja, apenas 11,43%. E desses, apenas 1,54% alcançaram provimento, sendo que, isso é importante, invariavelmente envolvendo matéria não relacionada à culpabilidade do acusado (em geral, prescrição e obrigatoriedade do regime fechado para crime hediondo, matérias que poderiam, com maior celeridade e eficiência, ser suscitadas em habeas corpus). Aliás, nesse mesmo período, a Defensoria Pública foi responsável pela impetração de 10.712 habeas corpus, dos quais 16,15% foram concedidos, pelo menos parcialmente. Esses números reforçam a afirmação de que os habeas corpus, além de superarem, em muito, o número de recursos interpostos, representam meio mais eficiente para sanar eventuais ilegalidades ou arbitrariedades.”

⁴⁵⁰ Cf. Voto de Barroso, pp. 50 e 78-79, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴⁵¹ No mesmo sentido, ver voto de Cármen Lúcia, p. 247 no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴⁵² BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, 1979, p. 78.

⁴⁵³ Cf. voto de Barroso, p. 63, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴⁵⁴ Cf. voto de Barroso, p. 63, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

3.4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 964.246 COM AGRAVO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA

Continuando a ordem cronológica da formação do entendimento da Corte Constitucional brasileira quanto ao tema da pesquisa, fora julgado o Agravo proposto no Recurso Extraordinário 964.246, de 10/11/2016. O Tribunal, em sua composição plenária em meio virtual, por unanimidade, reconheceu estar presente a repercussão da questão constitucional controvertida, admitindo o recurso extremo e, no mérito, por maioria de 5 votos a 4,⁴⁵⁵ negou provimento ao recurso, reafirmando a jurisprudência até então dominante na Corte “no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.”⁴⁵⁶

A ementa do julgado foi publicada no seguinte sentido:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.⁴⁵⁷

O julgamento originou-se de Agravo interposto por condenado à pena de prisão em regime fechado que teve inadmitido, no Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Extremo por falta de repercussão geral da questão controvertida. Uma vez superada essa barreira, entenderam os Ministros da Corte estar presente matéria constitucional que transcende o

⁴⁵⁵ Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber. Os votos vencedores, conduzidos pelo Ministro Teori Zavascki, Relator, foram proferidos pelo Ministro Relator e pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

⁴⁵⁶ Cf. BRASIL. Tribunal Pleno. **ARE n. 964.246/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, 25 de novembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁴⁵⁷ Idem.

interesse individual do recorrente, qual seja, a constitucionalidade da execução de pena após o julgamento pelo tribunal de segunda instância, admitindo o recurso interposto, negando-o, contudo, provimento.

Reportou-se ao entendimento adrede firmado nos julgamentos do HC 126.292/2016 e das liminares no bojo das ADC's 43 e 44 pelo Tribunal Pleno, no sentido de se reafirmar a jurisprudência dominante na Corte até 2009, quando o entendimento fora alterado no bojo de julgamento do HC 84.078.

Afirmou-se que a presunção de inocência “é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade de revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante *habeas corpus*”.⁴⁵⁸

Levou-se em consideração para tanto – para se chegar ao entendimento de que o princípio da presunção de inocência não impede o cumprimento da pena na pendência de recursos de índole extraordinária após o segundo grau confirmar a condenação do juízo de primeira instância –, a ampla aceitação do *Habeas Corpus* pelo sistema processual pátrio e a restritividade do âmbito cognitivo relativo aos aspectos da culpa nos Tribunais Superiores. Referendou-se o entendimento de que as matérias suscetíveis de impugnação via *habeas corpus* são infinitamente mais amplas que as impugnáveis por recursos extraordinários – matéria constitucional com amplitude da repercussão geral para interposição do RExt e decisão que contrarie tratado ou lei federal ou dê interpretação contrária da atribuída por outro tribunal à lei federal para fins de interposição de REsp.⁴⁵⁹ A título corroborativo, aduziu o relator que a matéria ora impugnada no presente Agravo em Recurso Extraordinário “reproduz o pedido e a cauda de pedir já formulados no HC 126.292, em favor do recorrente e já decidido pelo STF”⁴⁶⁰.

Reputou-se que as garantias defensivas amplamente oportunizadas aos acusados deveria ser ponderada, processualmente, com as expectativas mínimas de realização da justiça

⁴⁵⁸ Cf. pg. 05 do Acórdão.

⁴⁵⁹ Cf. pp. 06 e 27 do Acórdão.

⁴⁶⁰ E continua o Ministro Relator: “O ‘habeas corpus’ foi protocolado em 15/1/2015, enquanto o recurso extraordinário só aportou nesta Corte em 16/4/2016, evidenciando que o HC, se comparado com o apelo extremo, é instrumento mais célere e eficaz para fazer cessar eventuais ilegalidades incorridas pelas instâncias anteriores. Não passa despercebido, nas circunstâncias do caso, que o recurso extraordinário configura hipótese típica de instrumento exclusivamente destinado a prolongar o curso do processo. Seu objeto não diz respeito ao mérito da condenação, nem evoca questões relacionadas à culpabilidade ou à fixação da pena. Visa, unicamente, evitar o trânsito em julgado.” Cf. p. 38 do Acórdão.

depositadas no complexo procedimento de jurisdição criminal brasileiro de modo a não esvaziar o sentido público de justiça e a finalidade última do devido processo penal: garantir a pacificação social.⁴⁶¹

Relativamente à peculiaridade dos julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores de natureza processual penal, ressaltou-se que:

Embora a ação de *habeas corpus* não deva ser utilizada para estimular técnicas defensivas *per saltum*, é inevitável reconhecer que a jurisdição dos Tribunais Superiores em relação a imputações, condenações e prisões ilegítimas é, na grande maioria dos casos, antecipada pelo conhecimento deste instrumento constitucional de proteção das liberdades, que desfruta de ampla preferencialidade normativa em seu favor, seja constitucional, legal ou regimentalmente. Isso vai a ponto de percebermos que, em qualquer Tribunal, há Câmaras, Seções ou Turmas cuja competência é integralmente (ou quase) dedicada ao julgamento dessa persona processual, formando verdadeiros colegiados de garantias, cujo âmbito de cognição é muito maior do que aquele inerente aos recursos de natureza extraordinária.⁴⁶²

Relembrou-se que o princípio da presunção de inocência tem como núcleo fundamental o sistema garantista do processo acusatório e, uma vez respeitadas todas as garantias inerentes a esse sistema, com o julgamento realizado em primeiro grau e com o exaurimento do duplo grau de jurisdição após a confirmação pelo tribunal de apelação, onde possibilitou-se ampla reavaliação da integralidade das matérias fático-probatórias deduzidas em juízo, é mais que coerente com a presunção de inocência o cumprimento da pena após o esgotamento das vias ordinárias.⁴⁶³

Externou-se ainda, a título justificativo para a manutenção do entendimento, que os recursos extraordinários possuem hipóteses restritas de cabimento, com poucos índices de provimento a favor da defesa,⁴⁶⁴ e não se prestam para rever a justiça ou a injustiça do caso concreto, destinando-se principalmente ao resguardo da higidez do sistema jurídico.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Cf. pg. 06 do Acórdão.

⁴⁶² Cf. pg. 03 do Acórdão.

⁴⁶³ Cf. pp. 07-14 do Acórdão.

⁴⁶⁴ Rememorou o Relator seu voto no julgamento dos Embargos de Declaração no HC 122.292, no qual trouxe pesquisa por ele determinada no âmbito do Tribunal no sentido de que, no período compreendido entre 2009 e março de 2016, somente obtiveram êxito a favor da defesa 0,48% dos recursos extraordinários e dos agravos em RExt. Julgados pelo Tribunal, todos eles atinentes a matérias passíveis de dedução na via expressa do *habeas corpus*: “Muitos foram providos por força da prescrição que se consumou no aguardo de seu julgamento. Apenas num julgamento (RE 755.565), o provimento do extraordinário resultou em absolvição do recorrente, em caso em que sequer havia pena privativa de liberdade (atipicidade em contravenção penal). Nos demais e raros casos de provimento, as matérias veiculadas, em geral, estavam relacionadas à execução de pena, e não ao estado de inocência do acusado (sem falar que, como já enfatizado, tais matérias poderiam ter sido julgadas, com igual profundidade e muito maior presteza, pela simples via do *habeas corpus*, a significar que, provavelmente, em muitos casos, o que se buscou com o recurso foi, justamente, os benefícios secundários da falta de presteza no julgamento!).” Cf. pg. 29 do Acórdão. No mesmo sentido, ver voto de Barroso, p. 44.

⁴⁶⁵ Cf. pg. 19 do Acórdão.

Por fim, concluiu-se que caberia ao Supremo resgatar a inafastável função do processo penal de garantir o *jus puniendi* estatal, atribuindo efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinários conforme previsto na legislação.⁴⁶⁶

Os votos vencidos quanto ao mérito reportaram-se às razões invocadas no julgamento do HC 126.292 e nas ADC's 43 e 44, MC.⁴⁶⁷

Após esse julgamento no Plenário Virtual, com a confirmação do entendimento em sede de repercussão geral, a questão parecia estar assentada no âmbito da Corte, com raras exceções,⁴⁶⁸ e na jurisprudência dos tribunais nacionais.⁴⁶⁹ Tanto é que a Procuradoria-Geral da República se manifestou pela perda superveniente do interesse e utilidade das referidas ações declaratórias. Alegou a PGR que, com a resolução da controvérsia no bojo do ARE 964.246, com eficácia vinculante em razão dos efeitos dos recursos submetidos ao rito da repercussão geral, confirmando a conclusão já assentada no julgamento do HC 126.292, estariam ausentes os pressupostos justificadores para o julgamento das Ações Declaratórias – a existência de controvérsia judicial sobre o assunto. Desta feita, afirmou que comprometeria a estabilidade, a coerência e a previsibilidade do Direito caso fossem pautadas as referidas ações para julgamento.⁴⁷⁰

Em sentido contrário à manifestação da PGR, e em razão da impetração de nova Ação Declaratória de Constitucionalidade com pedido liminar idêntico aos pedidos julgados nas MC's das ADC's 43 e 44,⁴⁷¹ o Ministro Relator pediu, em 19 de abril de 2018, dia para inclusão na pauta de julgamentos do Plenário a apreciação da liminar requerida no bojo da ADC nº 54. Por não ter sido colocado em pauta para julgamento antes do término do ano judiciário de 2018, o Ministro Marco Aurélio, relator, concedeu monocraticamente a medida liminar requerida, em 19 de dezembro de 2018, para, “reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do Código

⁴⁶⁶ Cf. pg. 23 do Acórdão. A legislação referida é a constante dos artigos 1.029, §5º, do CPC e 637 do CPP.

⁴⁶⁷ Cf. Voto de Celso de Mello, p. 40; e Marco Aurélio, p. 85.

⁴⁶⁸ O Ministro Marco Aurélio, relator das ADCs – mesmo após o julgamento pelo plenário do Supremo do HC 126.292, das MCs nas ADCs 43 e 44 e no ARE 964.246, com repercussão geral reconhecida, todos no sentido de admitir-se a execução das penas após o esgotamento da jurisdição de segundo grau – estava concedendo liberdade aos impetrantes de habeas corpus que estavam presos em razão de condenação em segunda grau, consoante mencionado em seu próprio voto no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, pp. 30-32.

⁴⁶⁹ A título exemplificativo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 14 de dezembro de 2016, promulgou uma súmula nos seguintes termos: “SÚMULA 122: Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.” Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4. Acesso em: 27 jan. 2019. Após o julgamento do mérito das ADCs nºs 43, 44 e 54 – que analisaremos na sequência –, contudo, a súmula fora cancelada em 14 de abril de 2020.

⁴⁷⁰ Cf. pp. 14 e 15 do Acórdão das ADCs nºs 43, 44 e 54.

⁴⁷¹ ADC nº 54, interposta pelo Partido Comunista do Brasil-PCdoB em 18 de abril de 2018, distribuída por prevenção ao Ministro Marco Aurélio, relator das ADCs nºs 43 e 44.

de Processo Penal, determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a soltura daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação”, ressalvados os casos de prisão preventiva fundamentados no art. 312 do CPP.⁴⁷²

Ato contínuo, no mesmo dia da decisão liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio, o Presidente do Supremo Tribunal, em razão da interposição de Suspensão de Liminar nº 1.188 promovida pela Procuradoria-Geral da República, deferiu pedido suspensivo da liminar concedida no bojo da ADC nº 54 até a apreciação, de forma definitiva, pelo Plenário da Corte.⁴⁷³

No dia pautado para o julgamento do mérito das três ADC's referidas, o Ministro Luiz Fux ainda reiterou, como questão preliminar ao julgamento, a necessidade de analisar o pedido da PGJ no sentido de ser inviável ao Supremo – por impossibilidade jurídica – modificar sua jurisprudência em um curto espaço de tempo, pugnando pelo não conhecimento das três ações.⁴⁷⁴ Como um dos responsáveis pela elaboração do Código de Processo Civil de 2015, fundamentou sua colocação em razão de que o novel código processual buscou enaltecer a função do Supremo Tribunal Federal como uma verdadeira Corte Constitucional de uniformização de jurisprudência, para que esta seja coerente, íntegra e estável.⁴⁷⁵ Igualmente, em consideração ao resultado do julgamento no ARE 964.246, com repercussão geral, no sentido de ser viável a execução da pena após o julgamento pela segunda instância, a Advocacia-Geral da União e o partido político autor da primeira Ação Declaratória de Constitucionalidade, a de nº 43, manifestaram-se na tribuna contrariamente aos pedidos por ele próprio formulados na inicial, requerendo, portanto, a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP.⁴⁷⁶

Inobstante essas tentativas, o desfecho, consoante demonstraremos a seguir, foi a mudança do entendimento até então dominante na Suprema corte.

⁴⁷² Cf. p. 18 do Acórdão das ADCs nºs 43, 44 e 54.

⁴⁷³ Cf. p. 18 do Acórdão das ADCs nºs 43, 44 e 54.

⁴⁷⁴ Consta do item 2 da ementa da manifestação da PGR: “Também não estão satisfeitos os pressupostos materiais que justificariam o ‘overruling’ do precedente vinculante ligado ao ARE n. 964.246/SP, a saber, a perda de congruência social e consistência sistêmica do julgado. Revogá-lo, mesmo diante de todos os argumentos jurídicos e pragmáticos que o sustentam, representaria triplo retrocesso: para o sistema de precedentes brasileiro, que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado pouco mais de um ano após a sua edição, perderia em estabilidade e teria sua seriedade desafiada; para a persecução penal no país, que voltaria ao cenário do passado e teria sua funcionalidade ameaçada por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas massivamente prescritas; e para a própria credibilidade da sociedade na Justiça, como resultado da restauração da sensação de impunidade que vigorava em momento anterior ao julgamento do ARE n. 964246/SP.” Cf. p. 49 do Acórdão das ADCs nºs 43, 44 e 54.

⁴⁷⁵ Cf. p. 23 do Acórdão das ADCs nºs 43, 44 e 54.

⁴⁷⁶ Cf. pp. 27 e 29 do Acórdão das ADCs nºs 43, 44 e 54.

3.5. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54

Em 07 de novembro de 2019, tornou o Plenário do Supremo a se debruçar sobre a presunção de inocência e sua compatibilidade com a prisão após o esgotamento das vias ordinárias. O julgamento se deu no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 que, por coincidência de objetos, teve a ela apensada para julgamento conjunto do mérito as ADC's nºs 44 e 54.

Na oportunidade, revendo o entendimento que predominou pela maior parte do tempo de vigência da Constituição Federal de 1988, decidiu o Supremo⁴⁷⁷ que:

Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.⁴⁷⁸

A decisão assentou ser constitucional a previsão do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 12.403/2011, nos seguintes termos:

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. (grifo nosso)⁴⁷⁹

Contrariando entendimento firmado nos julgamentos posteriores a 2009,⁴⁸⁰ aduziu-se que a prisão antecipada para cumprimento de pena consubstancia modalidade prisional não

⁴⁷⁷ O julgamento se deu por maioria de votos, 6 a 5, restando vencidos os Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo legal, e o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação. Os votos vencedores foram conduzidos pelo Ministro Relator, Marco Aurélio, acompanhado dos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, que mudou seu entendimento, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli.

⁴⁷⁸ Cf. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁴⁷⁹ Ainda no ano de 2019, após o julgamento ora em comento, o dispositivo foi alterado pela Lei 13.964/2019, sem, contudo, modificação do conteúdo objeto da presente pesquisa. São os termos do artigo atualmente vigente: “Art. 283. **Ninguém poderá ser preso senão** em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou **em virtude de condenação criminal transitada em julgado**” (grifo nosso).

⁴⁸⁰ HC nº 126.292/2016, MD nas ADCs nºs 43 e 44 e ARE nº 964.246 com Repercussão Geral.

prevista na legislação, sendo impossível ao Poder Judiciário, mediante decisão aditiva, exercer o poder normativo para tal finalidade.⁴⁸¹

Prevaleceu, nesta última assentada, o quanto aduzido nos votos vencidos dos julgamentos anteriores no sentido de que o inciso LVII do art. 5º da CF – princípio da presunção de inocência – não admite interpretações. Apontou-se que o texto do dispositivo que se pretende declarar constitucional – art. 283 do CPP – reproduz aquele princípio da Constituição Federal e foi alterado em 2011 pelo legislador para se adequar ao quanto decidido pelo próprio Supremo no julgamento do HC nº 84.078 em 2009.⁴⁸²

Reiterou-se nos votos vencidos o quanto fora exposto como razões pelos votos vencedores nos julgamentos anteriores, acrescentando-se a questão da segurança jurídica, a impedir a mudança de entendimento em pouco período de tempo sem alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas,⁴⁸³ bem como da necessidade de interpretação sistemática do ordenamento jurídico constitucional a impor uma adequação ao princípio constitucional da presunção de inocência com os demais princípios de mesma envergadura, em especial o da efetividade da jurisdição e os demais direitos fundamentais, também tutelados pelo direito penal. Reconheceu-se haver consenso na utópica expectativa de vivência em uma sociedade sem quaisquer tipos de violência, inclusive a do cárcere. A ordem constitucional, contudo, escolheu o direito penal como meio de proteção a inúmeros direitos fundamentais, ordenando verdadeiros mandados de criminalização.⁴⁸⁴ Relembrou-se decisões da Corte nas quais fora declarada a inconstitucionalidade de normas que frustravam a proteção penal de direitos fundamentais com base no princípio da proteção deficiente e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil por ineficiência do sistema penal para a proteção de direitos fundamentais.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ Cf. p. 07 do Acórdão.

⁴⁸² Cf. p. 32 do Acórdão.

⁴⁸³ Cf. pp. 23 e 58 ss. do Acórdão, voto do Ministro Alexandre de Moraes.

⁴⁸⁴ Cf. pp. 60 ss. do Acórdão, voto do Ministro Alexandre de Moraes; 66 ss. Do acórdão, voto do Ministro Edson Fachin. Como mandados expressos de criminalização previstos no texto constitucional citou-se os incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV do art. 5º “(impondo expressamente punição à qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos, ação de grupos armados)”, o inciso X do art. 7º, que ordena a tipificação penal da retenção dolosa dos salários de trabalhadores, e o §3º do art. 225, sobre a tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente. Cf. p. 66 do Acórdão.

⁴⁸⁵ Cf. pp. 66 e 67 do voto do Ministro Edson Fachin.

4. A CRISE DE EFETIVIDADE DA NORMA PENAL E A INSEGURANÇA JURÍDICA ADVINDAS DE SOLUÇÕES INTERPRETATIVAS NO BRASIL

Como se viu, diversas foram as mudanças sustentadas em Plenário do Supremo Tribunal Federal até o atual entendimento pela impossibilidade de execução da pena antes do esgotamento de todas as vias recursais. As sucessivas revisões de jurisprudência produzem instabilidade em todo o sistema de justiça criminal, além de consequências práticas à rotina forense que a interpretação incongruente tem em todo o ordenamento jurídico, fomentando ações contraditórias e fazendo com que os sujeitos processuais, notadamente juízes e Ministério Público, não consigam analisar a causa com cuidado e a devida profundidade.

As mudanças em curto espaço de tempo, sem transformação relevante no contexto social a ponto de provocar *overruling*, expõem o Supremo Tribunal Federal a incapacidade de manutenção da integridade de seus próprios precedentes e do exercício de sua função nomofilática. Vejamos um exemplo. Tentando justificar a necessidade do retorno ao entendimento adotado até 2009 pela Corte, Gilmar Mendes, no voto da Medida Cautelar das ADCs 43 e 44, afirmando que a decisão no HC 84.078 gerou um quadro de grande insegurança jurídica, declarou que “em função da própria realidade, da extensão, da complexidade do Sistema e da busca de paradigmas no Direito Comparado, entendi que era importantíssimo proceder à revisão dessa jurisprudência”.⁴⁸⁶

No julgamento da cautelar das ADCs 43 e 44, Mendes argumentou a favor da prisão justificando que a quantidade de prisões provisórias decretadas com nítida acepção de pena a fim de dar alguma efetividade ao processo penal seria evitada caso a jurisprudência fosse mantida para possibilitar a execução provisória. O Ministro chegou a apontar a atenção que passou a se dar contra as condições das prisões no Brasil nas quais se executam as penas de prisão como objeto de discussão que desfocou o debate sobre a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para possibilitar a execução.⁴⁸⁷ No entanto, as mesmas ponderações foram utilizadas pelo Ministro em seu último voto no julgamento do mérito dessas ações para reverter, novamente, seu entendimento.

⁴⁸⁶ Cf. voto de Gilmar Mendes, no voto da MC das ADCs 43 e 44, p. 210.

⁴⁸⁷ Cf. voto de Gilmar Mendes, no voto da MC das ADCs 43 e 44, pp. 211 ss, oportunidade em que ele se dirige ao famoso advogado criminalista *doutor Kakay*, no sentido de que “*se descobriu que se pode ir para a cadeia, doutor Kakay. É interessante: nunca ninguém tinha prestado atenção nas más qualidades de nossos presídios; mas agora se descobriu.*”, referindo-se aos presos por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro como *ilustres visitantes* das celas brasileiras, cliente do advogado referido.

Ainda por ocasião da apreciação da Medida Cautelar nas ADCs, do ponto de vista da efetividade, os Ministros Barroso e Gilmar Mendes defenderam a necessidade de mudança do entendimento em razão de consequências como o caos provocado pela dominação do Estado por organizações criminosas. Mendes chegou a afirmar, antes de mudar de entendimento pouco tempo depois, que a falta de efetividade do Direito Penal se deve ao Sistema de Justiça que não consegue lhe dar cumprimento:

Essa é a realidade: o Estado foi desterrado, o estado de direito falido. [...] A rigor, um dos grandes equívocos brasileiros, no que diz respeito ao tema da Segurança Pública, é tratar o tema da Segurança Pública como tema de Polícia. E, por isso, aparecem esses salvadores. No fundo, uma grande falha do sistema de Segurança Pública está exatamente na falha do sistema de Justiça Criminal, que envolve o Ministério Público, que envolve a própria Justiça Criminal.⁴⁸⁸

De fato a antecipação da execução da pena para qualquer momento antes do trânsito em julgado, desde que exercido o direito ao recurso, não representa conveniência do Judiciário, mas observância dos próprios fins das penas, como destacou no Acórdão do HC 84.078 o então Ministro Joaquim Barbosa:

Por fim, deve-se considerar que os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão completamente perdidos se se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório. Com efeito, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, impede-se a real socialização do apenado e prejudica-se a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica.⁴⁸⁹

Para termos uma noção da procrastinação que o atual sistema brasileiro permite, no HC 84.078, julgado em fevereiro de 2009, o crime de homicídio foi cometido em maio de 1991⁴⁹⁰ – 18 anos após o fato; no HC 126.292, julgado em fevereiro de 2016, tratava-se de crime de roubo cometido em junho de 2003⁴⁹¹ – quase 13 anos após o fato; Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em apenas dois anos – 2010 e 2011 –, prescreveram no Brasil 2.918 (duas mil novecentas e dezoito) ações penais por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.⁴⁹²

⁴⁸⁸ Cf. voto de Gilmar Mendes, p. 215, no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44

⁴⁸⁹ Cf. p. 1149 do voto.

⁴⁹⁰ Cf. consulta realizada no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&numeroUnico=1979335-92.2000.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁴⁹¹ Cf. voto de Luís Roberto Barroso, p. 29 do HC 126.292.

⁴⁹² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

Barroso destacou acerca do novo entendimento que condiciona a execução da pena ao julgamento dos recursos extraordinários:

contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.⁴⁹³

No caso do do HC 84.078 – no bojo do qual o STF mudou pela primeira vez o entendimento até então sedimentado – o paciente fora julgado pelo Tribunal do Júri em Minas Gerais por tentativa de homicídio qualificado. O primeiro julgamento foi anulado e no segundo fora condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado. Após manutenção da condenação pelo Tribunal de Justiça Mineiro, fora interposto Recurso Especial. Após a expedição do mandado de prisão, o réu interpôs habeas corpus no STJ, onde não obteve êxito, e sucessivamente, ao STF, onde obteve sua liberdade no bojo do julgamento paradigmático. Segundo Barbagalo, ao verificar no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do paciente beneficiado pela decisão do Supremo, constatou-se o seguinte: “...o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP N. 403.551/MG)” neste Tribunal Superior. Dessa decisão fora interposto agravo regimental, “o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido”, fora negado provimento. Dessa decisão fora interposto recurso de embargos de declaração, rejeitado liminarmente. Contra essa decisão fora interposto embargos de divergência, também indeferido. Deste indeferimento fora interposto agravo regimental, rejeitado. Fora interposto ainda mais um recurso de embargos de declaração que, rejeitado, fora impugnado novamente por embargos declaratórios. Antes, contudo, do julgamento desse último recurso pelo STJ, fora apresentado pedido da defesa para o reconhecimento da prescrição. Em 24 de fevereiro de 2014, acolhendo este pedido defensivo, o STJ, por decisão monocrática, declarou o desfecho seguinte: “Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do

⁴⁹³ Cf. voto de Luís Roberto Barroso, pp. 35-34 do HC 126.292.

condenado, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213”.⁴⁹⁴

A procrastinação da execução e seu incremento em impunidade também fomentam a decretação de prisões preventivas pelas instâncias ordinárias. Nas palavras de Barroso, após comentar o caso Dorothy:

A missionária norte-americana, naturalizada brasileira, Dorothy Stang atuava em projetos sociais na região de Anapu, no sudoeste do Pará. Foi morta aos 73 anos, em fevereiro de 2005, por pistoleiros, a mando de um fazendeiro da região. O júri realizou-se em setembro de 2013, com a condenação de Vitalmiro Bastos de Moura a 30 anos de prisão. Com muitas idas e vindas, passaram-se oito anos até o julgamento de primeiro grau. Vale dizer: se não tivesse sido preso preventivamente, o assassino ainda estaria aguardando em liberdade o trânsito em julgado, que não ocorreu até hoje. **Isso não é garantismo. É a desmoralização do país perante a comunidade internacional, que acompanha o caso com interesse.** E aqui cabe uma menção especial. O número de presos preventivamente no Brasil – isto é, pessoas que estão presas antes do trânsito em julgado da decisão – é de cerca de 40%, ao que se noticia. Uma das razões para a prisão antes do término do processo – o que, em rigor, constitui uma distorção – é, precisamente, a demora interminável para que cheguem ao fim. Para evitar a impunidade prolongada, quando não a prescrição, os juízes decretam a prisão antecipada.⁴⁹⁵

A necessidade de interpretação equilibrada do princípio da presunção de inocência frente a efetividade penal foi também destacada por Barroso em seu voto na MC das ADC's 43 e 44, sob pena de esvaziamento do Direito Penal:

Por ser um princípio, e não uma regra, a presunção de inocência é **ponderada e ponderável com outros valores do sistema, como a efetividade do sistema penal.** Mas **a efetividade do sistema penal não é um valor em si. A efetividade do sistema penal é o valor ou o instrumento que protege a vida das pessoas para não serem assassinadas, é a que protege a integridade física das pessoas para não serem agredidas, é a que protege a integridade patrimonial das pessoas para não serem roubadas.** Portanto, falar em efetividade do sistema punitivo não é falar numa abstração que envolva um Poder do Estado; é falar de um conjunto de direitos fundamentais que precisa ser protegido pelo Estado, como a vida, a integridade, a propriedade e a moralidade administrativa.⁴⁹⁶

O entendimento prevalente após a última decisão do STF representa retrocesso em matéria de direitos fundamentais e se confronta com a vedação de proteção deficiente dos Direitos Humanos, pois bens constitucionalmente resguardados como vida, dignidade humana e integridade física e moral de todo o corpo social passam a ser secundários, enfraquecendo o

⁴⁹⁴ Cf. BARBAGALO, Fernando Brandini. 2015. Ibid.

⁴⁹⁵ p. 60 da MC nas ADCs 43 e 44.

⁴⁹⁶ P. 94 do voto do Barroso na MC

Direito Penal.⁴⁹⁷ Como todos os direitos fundamentais, a não culpabilidade pode sofrer restrições, sobretudo quando os ganhos em proteção de outros direitos justifica.⁴⁹⁸ Escrivão Filho e Sousa Junior, citados por Fachin em seu voto na MC das ADCs 43 e 44 afirmam que

na medida em que os direitos humanos sejam compreendidos como produtos dos processos sociais de lutas por dignidade, identifica-se no conceito de exigibilidade uma condição de duplo efeitos essencial para os direitos humanos: de um lado, a delegação de legitimidade política e jurídica para a sociedade exigir a efetivação de seus direitos, e de outro, a noção imperativa de respeito e promoção ativa e contínua destes direitos por parte do Estado.⁴⁹⁹

A reprimenda, segundo Cesare Beccaria, só cumprirá seu papel social caso não seja algo tão distante a ponto de gerar uma certeza de impunidade.⁵⁰⁰ Essa percepção dos cidadãos acerca da jurisdição penal foi resumida por Luiz Fux, ao proferir seu voto na Medida Cautelar, quando também destacou a falibilidade a que está sujeito o STF:

Então, essas questões me conduzem a uma colocação **justilosófica** simples: a **jurisdição é uma função popular**. Então, ninguém entende, nenhum cidadão entende que a parte, o réu, ele tem uma denúncia recebida, ele tem uma denúncia acolhida numa sentença condenatória, ele é condenado pelo Tribunal de Apelação e ele entra inocente no Supremo Tribunal Federal. É hora de perguntar: quem somos nós? Quem somos nós, diante de todo o Judiciário, que já reapreciou todas essas questões?

Assim, o compromisso com a proporcionalidade e a interpretação sistemática geram impossibilidade de ler qualquer norma principiológica fora do contexto das demais constantes do mesmo diploma constitucional como se fosse um super princípio absoluto, retirando a eficácia das demais normas previstas no mesmo diploma⁵⁰¹.

4.1. A LEGITIMIDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA DECIDIR SOBRE O MÉRITO COMO EXPRESSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

⁴⁹⁷ Cf. Luciano Feldens, A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, 2005; Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, Inciso LVII do art. 5º da CF: uma presunção à brasileira, mimeografado, 2009.)” Cf. voto de Barroso no HC 126.292, p. 42.; Voto de Edson Fachin no julgamento da MC nas ADC’s 43 e 44, p. 27.

⁴⁹⁸ Cf. voto barroso, pp. 41-41 do HC 126.292.

⁴⁹⁹ GEDIEL, Gorsdorf et. al. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: De Plácido. 2016, p. 64. Além disso, ver voto de Fachin na MC das ADCs 43 e 44, pp. 31 e 32.

⁵⁰⁰ Cf. voto de Barroso no HC 126.292, p. 43.

⁵⁰¹ GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 86 apud Cf. voto de Edson Fachin no HC 126.292, p. 22.

Da análise dos ordenamentos português e brasileiro, podemos concluir que o trânsito em julgado – o termo *ad quem* da presunção de inocência – dá-se com o exaurimento dos recursos previstos pela legislação contra a decisão condenatória ou com a preclusão desse direito pelo seu não exercício dentro dos prazos e condições previstas pela legislação infraconstitucional. Destarte, em Portugal, grosso modo, ressalvados os casos de não impugnação das decisões condenatórias, esse termo pode ocorrer após o julgamento pelo Tribunal da Relação ou pelo STJ quando funcionam como primeira instância recursal ou após o julgamento pelo STJ quando funcione como Tribunal de segundo grau de recurso, ou seja, terceira instância judicial. No Brasil, por sua vez, existindo impugnação da decisão condenatória, esse termo final ocorre, prevalecendo atualmente o entendimento do STF, com o exaurimento de todas as vias recursais, seja a dirigida aos tribunais ordinários de segundo grau, seja as interpostas perante as vias extraordinárias: STJ (segunda instância recursal) e STF (terceira instância de recurso; quarta instância judicial).

Entretanto, o que se pretende é demonstrar a restritividade e excepcionalidade recursal das impugnações dirigidas ao STJ e ao STF, consideradas nos pressupostos dessa pesquisa como vias extraordinárias, acessíveis apenas após o esgotamento das instâncias ordinárias, consoante consolidado nas Súmulas 281 do STF e 207 do STJ.⁵⁰² Além disso, faz-se necessário o prequestionamento da matéria impugnada⁵⁰³, consoante entendimento sedimentado nas Súmulas 282 e 356 do STF, bem como a demonstração da repercussão geral das questões recorridas.⁵⁰⁴

O argumento é robustecido pelo artigo 988, §5º, II, do CPC que inadmite a reclamação a tribunal superior em caso de descumprimento de decisões para garantir o entendimento em Recurso Extraordinário com repercussão geral ou em Recurso Extraordinário e Recurso Especial repetitivos enquanto não esgotada a jurisdição ordinária:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
I - preservar a competência do tribunal;
II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

⁵⁰² STF-**Súmula 281**: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

STJ- **Súmula 207**: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem.

⁵⁰³ Entendido como a manifestação expressa das instâncias ordinárias sobre as questões ventiladas nos recursos extraordinários. No mesmo sentido, ver PACHELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. 2017. *Ibidem*. p. 1041.

⁵⁰⁴ Trata-se da necessária demonstração da relevância da causa e de sua transcendência para outros casos além do interesse subjetivo do processo impugnado. No mesmo sentido, ver PACHELLI, Eugênio, e FISCHER, Douglas. *Idem*.

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

[...]

§ 5º **É inadmissível a reclamação:** (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com **repercussão geral reconhecida** ou de acórdão proferido em **juízo de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.** (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

Como se vê, o posicionamento português após as reformas legislativas não só proporcionou maior efetividade como prestigiou os papéis de cada Tribunal integrante do sistema de justiça, deixando ao TC apenas as causas ligadas a violações mais graves, a exemplo das que atinjam diretamente a Constituição. A insistência brasileira em não valorizar as instâncias ordinárias gera descrédito no Poder Judiciário e incentiva manobras que não condizem com a boa-fé processual que deve ser exigida de todos os que figuram como partes, inclusive o acusado, sob pena de restar caracterizado abuso de direito, como ressaltou o Ministro Luiz Fux no julgamento das MCs nºs 43 e 44:

a **impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias** produziu **três consequências muito negativas** para o **sistema de justiça criminal**. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso **incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios**. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ Voto do Ministro Fux no julgamento das MCs nºs 43 e 44, p. 145 e 146 e prossegue: “Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria. Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.” Cf. voto de

A definição do momento em que se dá o trânsito em julgado, na lógica do devido processo legal, passa a ser um instrumento que se agrega aos demais mecanismos processuais de efetivação de direitos e interesses, sobretudo os coletivos, sem, no entanto, descuidar das garantias processuais do acusado, como o duplo grau de jurisdição. A revisão dos julgados, assim, deve ser conjugada com o estabelecimento de um momento específico em que se dá o trânsito em julgado (inclusive pela lei infraconstitucional), o que não viola a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional,⁵⁰⁶ pois tal princípio materializa-se como norma de natureza probatória, de juízo e de tratamento, condições estas todas respeitadas com a fixação de um termo para a execução da pena.⁵⁰⁷

Como norma probatória, presunção de inocência significa que o ônus da prova recai inteiramente sobre o órgão acusador, a quem incumbe demonstrar, de forma suficiente, a existência dos fatos em que se lastreia a hipótese acusatória. O acusado, portanto, não tem o ônus de provar sua inocência. Como norma de juízo, a presunção de inocência orienta e conforma o momento decisório, no qual o juiz analisa a suficiência ou a aptidão da prova da materialidade e da autoria de uma infração para formar seu convencimento. Um dos mais significativos desdobramentos da presunção de inocência como norma de juízo é o *in dubio pro reo*: a dúvida fática, em todas as decisões judiciais, deve favorecer o imputado. Por fim, como norma de tratamento, a presunção de inocência significa que, diante do estado de inocência que

Barroso no HC 126.292, p. 33. No voto do mérito das ADCs 43, 44 e 54, Barroso atualizou os números (p. 117 e 118): “E de novo me surpreendi com os dados oficiais da Presidência. Entre os processos que transitaram em julgado de 2009 a 2019, Presidente, 97,23% dos recursos criminais foram desprovidos e o índice de provimento foi de 2,77%, entre defesa e acusação. Não houve tempo de se fazer a separação de quantos eram da defesa e da acusação, mas, mesmo que se dividisse ao meio, o que não é fato, porque tem mais recurso provido para a acusação, nós estaríamos falando de 1,38% no total de recursos, e de novo vamos cair em 0,0 alguma coisa de absolvição.” No julgamento da MC nas ADCs 43 e 44, após o Ministro Ricardo Lewandowski trazer dados estatísticos relativos aos provimentos de REsp, AREsp e HCs, no STJ, bem como do STF relativamente ao provimento de RE, ARE e HCs (p. 179), os Ministros Barroso, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Teori Zavascki e Gilmar Mendes advertiram da necessidade de se separar o cômputo dos HCs dos recursos especiais e dos extraordinários bem como, relativamente a estes últimos, os providos em favor da acusação, que são a grande maioria, tudo a fim de dar maior credibilidade ao julgamento. Justificaram pelo fato de a admissibilidade do HC não seria afetada pelo julgamento; ao contrário, teria ele maior relevância com a possibilidade de execução após o esgotamento da jurisdição ordinária e, considerando-se o maior número de provimentos em HCs – remédio constitucional que tem por finalidade exclusiva tutelar a liberdade dos cidadãos –, justificaria a ideia de ser ele mais eficiente aos réus do que os demais recursos. Em relação aos recursos especificamente, afirmou-se que o percentual dos providos oriundos da acusação é muito superior dos impetrados pela defesa, até pelo fato de serem esses recursos a única forma de acesso da acusação às instâncias superiores. Reforçou-se também o fato de que nos recursos, em geral, não se postulavam absolvições, mas questões relativas à dosimetria de pena, ao regime prisional ou questões processuais, cf. debates de pp. 180-182.

⁵⁰⁶ P. 1151 do voto do Carlos Brito no HC 84078.

⁵⁰⁷ Cf. FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. No mesmo sentido, ver MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. pp. 358-364.

lhe é assegurado por esse princípio, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem equiparado. Em sua mais relevante projeção como norma de tratamento, a presunção de inocência implica a vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena.⁵⁰⁸

Aqui vale atenção ao argumento do Ministro Dias Toffoli na MC das ADCs 43 e 44⁵⁰⁹ de que a execução provisória da pena violaria a presunção de inocência em sua acepção enquanto norma de tratamento, pois, como já explicitado, não há admissão da prisão pena de maneira automática independente da interposição de qualquer recurso. Ao menos não como regra, pois, como se verá, uma das reações legislativas ao atual precedente do STF foi pela prisão automática em casos de condenação a pena igual ou superior a 15 anos pelo Tribunal do Júri. O que se propõe é o estabelecimento por lei, tal qual ocorre em Portugal, do momento do trânsito em julgado para fins de cumprimento da pena, sem qualquer violação à presunção de inocência.

Assim, considerando que o sistema brasileiro admite a revisão de fatos e provas somente por ocasião dos recursos ordinários, portanto, após o julgamento por um Tribunal em segunda instância, pressupõe-se uma estabilização do entendimento acerca da viabilidade da imputação no que diz respeito à autoria e materialidade do delito, sendo perfeitamente possível a indicação desse momento processual como adequado para a execução da pena, tendo em vista que somente violações à lei federal ou à Constituição poderão ser objeto de recursos de natureza extraordinária. Segundo manifestação da Advocacia Geral da União, no bojo das ADCs 43, 44 e 54:

A Constituição reserva tônicas normativas distintas para "presunção de inocência" (**tratamento processual justo**) e "vedação de prisões arbitrárias". A garantia do artigo 5º, LVII, não viabiliza, nem mesmo por intermediação legislativa, uma associação inflexível entre "execução antecipada da pena" e "prisão arbitrária". Fosse assim, o conceito de crime inafiançável não faria sentido. Conferir interpretação hipergarantista à presunção de inocência equivale a embotar os direitos fundamentais de vítimas e o valor do sistema de justiça para a coesão social. A revisão jurisprudencial de 2016 repõe senso de coerência normativa na proteção dos bens jurídicos básicos da sociedade.⁵¹⁰ (grifo nosso)

⁵⁰⁸ Ver voto do Toffoli na MC das ADCs 43 e 44, p. 166

⁵⁰⁹ Cf. MC das ADCs 43 e 44, p. 170

⁵¹⁰ ADCs 43, 44 e 54, p. 15 do acórdão do mérito.

Sobre a interpretação global das normas constitucionais e do alcance da condicionante do “trânsito em julgado”, bem como sobre a necessidade de *dupla conforme* da condenação, argumentou Alexandre de Moraes no Voto do mérito das ADCs nºs 43, 44 e 54, ressaltando, ainda, que na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem não há qualquer condicionante para que o cumprimento da pena ao esgotamento de todas as vias recursais, consagrando os referidos documentos o *princípio da presunção de inocência* “até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados”.⁵¹¹

O Ministro Roberto Barroso chegou a afirmar que a Constituição brasileira não condiciona a prisão ao trânsito em julgado, mas sim a culpabilidade – que resta ou não comprovada após o julgamento pelas instâncias ordinárias. Em uma interpretação sistemática dos incisos LVII e LXI⁵¹² do art. 5º da CF, resta claro que a CF difere o tratamento da culpabilidade do tratamento dado à prisão. Desta feita, a exigência constitucional para a prisão é a existência de *ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente*, e não a irrecorribilidade da sentença condenatória. Sendo a Constituição um *conjunto orgânico* de normas e princípios que necessitam ser interpretados sistematicamente – não havendo princípios absolutos –, descabe falar em interpretação isolada de um único princípio. Isso justifica-se em razão da unidade da Constituição que determina a análise conjunta de ambos os dispositivos constitucionais. Reforça esse argumento, nas palavras do Ministro, o fato de a Constituição autorizar a prisão em inúmeros casos durante e, inclusive, antes da instrução processual – como nas hipóteses de prisão cautelar em fase investigativa –, tudo a justificar que a presunção de inocência e a ausência do trânsito em julgado não obstam a prisão mesmo sem qualquer declaração de culpa, bastando para tanto a presença de meros indícios de autoria.⁵¹³

Mendes, por sua vez, chegou a sustentar em seu voto na MC das ADCs 43 e 44 a admissibilidade de uma gradação da noção de culpa no processo penal:

Então, estava extraindo disso que aqui é um espaço para conformação do legislador. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de

⁵¹¹ Cf. voto de Alexandre de Moraes no mérito das ADCs 43, 44 e 54, p. 63. Reforçando tal argumento de inexistência de vedação convencional, cf. voto de Gilmar Mendes, HC 126.292, pp. 69 e 70, no qual afirma que a presunção de inocência não pode impedir efeitos severos decorrentes da condenação antes do trânsito em julgado.

⁵¹² Art. 5º, LXI, da CF: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

⁵¹³ Cf. voto de Luís Roberto Barroso, pp. 35-37 do HC 126.292.

forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam fundadas razões; para tornar implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria. Percebemos isso, uma certa gradação, na própria legislação. Para condená-lo, é imperiosa a prova, além de dúvida razoável.⁵¹⁴

Mais a frente, após citar normas internacionais de direitos humanos (Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, II; Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 6º, II; na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França, de 1789; e na Carta Canadense de Direitos e Liberdade, art. 11), que afirmam que a culpa é formada de acordo com o direito, ressalta Gilmar Mendes, no referido voto que “todos escolhem como marco para cessação da presunção o momento em que a culpa é provada de acordo com o Direito, resta saber em que momento isso ocorre”. Ainda, sem citar acórdão ou o caso em que foi assim decidido, afirmou Gilmar Mendes que “o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, interpretando dispositivo da Convenção Europeia afirma que a presunção pode ser tida por esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância.”⁵¹⁵

Salientou o Ministro acerca da necessidade de considerar as peculiaridades do intrincado sistema recursal brasileiro que, mesmo após esgotadas duas instâncias com ampla e irrestrita competência para a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas, a amplitude do acesso às instâncias extraordinárias não permite que as Cortes superiores exerçam seu papel de desenvolvimento e estabilização da jurisprudência, mormente em razão da composição reduzida das Cortes que, a exemplo do STF, até para a rejeição do apelo extraordinário por falta de repercussão geral da causa impugnada – nas excepcionais hipóteses em que é cabível –, demanda paralização de todos os integrantes da Corte. Concluiu que, da forma como estruturadas, as Cortes superiores, estas não têm capacidade de responder às demandas em tempo hábil.⁵¹⁶

Observou-se no decorrer do julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade que foi evitada alusão a essa carga excessiva de trabalho das Cortes superiores em razão de que, em alguns votos contrários à execução provisória da pena, cogitou-se que a efetividade da pena antes do esgotamento de todas as vias impugnativas serviria ao favorecimento de uma jurisprudência defensiva para evitar a chegada de processos às Cortes. O Ministro Marco Aurélio sustentou que “*a comodidade, a melhor operacionalidade de*

⁵¹⁴ Cf. MC das ADCs 43 e 44, p. 120.

⁵¹⁵ voto MC ADCs 43 e 44, p. 205.

⁵¹⁶ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes nas MCs nas ADCs 43 e 44, pp. 206 e 207.

*funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço*⁵¹⁷. Resta-nos lembrar qual é a função do STJ e do STF no Brasil e do STJ e TC em Portugal, que não é precipuamente a de rever julgados, mas definir teses para homogeneizar a jurisprudência e manter a coerência do sistema com a Constituição, salvo raras exceções já descritas no decorrer da pesquisa. No mais, o congestionamento e inundação dos tribunais superiores deve ser sim objeto de considerações pelo STF, como bem ressaltou Barroso, ao descortinar a seletividade do sistema penal que não se mostra efetivo:

A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.⁵¹⁸

Desta feita, consoante alertado por Larenz, para evitar o caos e permitir aos Tribunais Superiores cumprirem suas funções, “ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento.”⁵¹⁹ A questão da viabilidade das atividades do STF já foi considerada pela própria Corte em outros precedentes que restringiram sua competência constitucionalmente prevista em matéria de Direito Penal, como nos casos de restrição do foro por prerrogativa de função somente aos crimes diretamente ligados ao exercício dos cargos e praticados no curso dos mandatos pelos detentores de foro privilegiado⁵²⁰. Nesse julgado o STF debateu exaustivamente a inviabilidade de manutenção de sua competência a todo e qualquer crime praticado pelos indivíduos processados diretamente na Corte Constitucional em razão das constantes prescrições criminais que ocorriam diante da ausência de estrutura do Tribunal para manejar a demanda, minando a efetividade do sistema penal e a credibilidade na Corte.

Acrescente-se que em outras ocasiões o Supremo Tribunal Federal decidiu pela superação do entendimento de que o princípio da presunção de inocência só restará observado se esgotadas todas as vias recursais, como no caso da Lei da Ficha Limpa, em que o candidato

⁵¹⁷ Nesse sentido, sendo contrário à prisão, ver voto de Marco Aurélio no julgamento da Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44, p. 15.

⁵¹⁸ Cf. voto de Luís Roberto Barroso, pp. 35-34 do HC 126.292.

⁵¹⁹ Cf. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Lisboa: [EDITORA], 1997, p. 517.

⁵²⁰ Ver acórdão da AP 937 QO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AP 937 QO. Relator(a): Min. Roberto Barroso, 03 de maio de 2018. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>. Acesso em: 15 jan. 2022).

a cargo eletivo se torna inelegível após condenação criminal por órgão colegiado, a exemplo dos Tribunais de Justiça Estaduais, a fim de valorizar a moralidade na administração pública, entre outros princípios constitucionalmente previstos⁵²¹.

Como reforço, a jurisprudência pacífica do Supremo no sentido de que pode o próprio Relator, monocraticamente, determinar a imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão, para que a pena seja imediatamente executada quando houver risco de prescrição ou quando da utilização por parte da defesa de recursos nitidamente protelatórios.⁵²² Essa possibilidade é decorrente da interpretação feita pela Corte do art. 21, §1º, do seu Regimento Interno⁵²³.

Ainda em matéria penal, desta vez ligada à fase de execução da pena, o STF também relativizou o princípio da presunção de inocência para fins de configuração de falta grave no caso de cometimento de crime durante execução penal em recente aresto com Repercussão Geral assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 758: NECESSIDADE DE CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA SE CONSIDERAR COMO FALTA GRAVE, NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO CARCERÁRIO, A PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. ARTS. 52, CAPUT, E 118, I, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (ART. 97 DA CF). PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CF). PRECEDENTES DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Os arts. 52, caput, e 118, inciso I, da Lei de Execução Penal, por regerem esfera distinta da formação de culpa no processo penal de conhecimento, não são incompatíveis com a norma inscrita no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Dessa forma, descabe condicionar o reconhecimento da sanção administrativo-disciplinar de falta grave consistente na prática de fato definido como crime doloso pelo Juízo da Execução Penal ao trânsito em julgado da condenação oriunda do Juízo de

⁵²¹ Ver acórdão da ADI 4578 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 4578. Relator(a): Luix Fux, 16 de fevereiro de 2012. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012, disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 15 jan. 2022).

⁵²² Cf. os seguintes julgados: RE no 839.163/DF, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/15; HC no 120.453/PR, DJe de 10/7/14; HC no 114.384/SC, DJe de 9/8/13; ARE no 752.970/DF-AgR-ED-ED, DJe de 5/2/14; HC no 107.891/SC, DJe de 21/5/14; ARE no 665.384/RJ-AgR-ED, DJe de 5/9/12; RMS no 26.168/DF-AgR, DJe de 13/10/14; AI no 858.084/MS, DJe de 21/5/13; ARE no 735.792/SP, DJe de 3/9/14; RE no 465.383/ES-AgR-AgR-EDv-ED, Tribunal Pleno, DJe de 7/6/11. Esse entendimento foi reafirmado pelos Ministros da Corte em todos os julgados objetos de análise na presente pesquisa.

⁵²³ Art. 21. São Atribuições do Relator: ... §1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/REGIMENTOINTERNO-C-1980.PDF>. Acesso em 20 mai. 2019.

Conhecimento. Independência das esferas de apuração e sancionamento de atos ilícitos. Juízes com competências diversas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. A apuração da falta grave, todavia, deve observar os postulados constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assegurado ao sentenciado defesa técnica e possibilidade de produção de provas. Tema de repercussão geral 941. Regras de Nelson Mandela das Nações Unidas. 3. Não se reconhece violação à cláusula de reserva de plenário quando o órgão fracionário do Tribunal de origem deixa de aplicar dispositivo infraconstitucional sem que o tenha declarado, expressa ou implicitamente, a inconstitucionalidade. 4. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com a **fixação da seguinte tese: o reconhecimento de falta grave consistente na prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal dispensa o trânsito em julgado da condenação criminal no juízo do conhecimento, desde que a apuração do ilícito disciplinar ocorra com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, podendo a instrução em sede executiva ser suprida por sentença criminal condenatória que verse sobre a materialidade, a autoria e as circunstâncias do crime correspondente à falta grave.**⁵²⁴ (grifo nosso)

Assim, o STF já reconheceu em diversos precedentes que a presunção de inocência não deve escamotear a impunidade, reconhecendo a possibilidade de graduar a noção de culpa à medida em que o processo avança pelas instâncias. O alcance do que se considera como trânsito em julgado está, assim como todas as demais definições em Direito, sujeito à vontade humana⁵²⁵ e à coerência com a ordem constitucional estabelecida. Espínola Filho nos dizia na linguagem singular que “a presunção de inocência é vária” e deve ser modulada “segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa”.⁵²⁶

4.1.1. A doutrina do *Habeas Corpus*

Como reforço às garantias do acusado, a denominada doutrina do *Habeas Corpus* possui largo alcance no Brasil, dando a esta ação constitucional a possibilidade de impugnar quaisquer espécies de decisões, inclusive a título preventivo. Todos os Ministros, incluindo os vencedores da tese do trânsito em julgado, reconheceram ser o HC a melhor arma substitutiva de qualquer recurso. Nas palavras do Ministro Carlos Brito, para a tutela do direito à liberdade,

foi aviado pela Constituição este remédio heroico chamado *habeas corpus*. *Habeas corpus* não por acaso topograficamente precedente de todos os outros remédios heroicos constitucionais ou das ações de urgência: mandado de segurança individual

⁵²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 776823. Relator(a): Edson Fachin, 07 de dezembro de 2020. PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-033 DIVULG 22-02-2021 PUBLIC 23-02-2021.

⁵²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁵²⁶ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Volume III. Campinas: Bookseler, 2000. p. 436.

e coletivo, mandado de injunção, **habeas data** e ação popular. Tudo vem depois do *habeas corpus*.⁵²⁷

No ponto, ver julgado do pleno do STF no HC nº 152.752/2018:

Execução provisória da pena e trânsito em julgado de sentença condenatória
O Plenário iniciou julgamento de “habeas corpus” no qual se pleiteia a vedação do início da execução provisória da pena de condenado em primeiro e segundo grau de jurisdição pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Inicialmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou preliminar de inadmissibilidade do “writ”, ante o suposto cabimento, na espécie, de recurso ordinário constitucional, na forma do art. 102, II, “a”, da Constituição Federal. No ponto, o Colegiado ressaltou que o remédio constitucional do “habeas corpus” sempre mereceu reverente tratamento por parte do Supremo Tribunal Federal, devendo-se considerar, inclusive, que foi precisamente nessa Corte que floresceu, sob a égide da Constituição Republicana de 1891, a doutrina brasileira do “habeas corpus”. Não seria o caso de reviver referida doutrina, mas, tão somente, de conferir expressão concreta ao direito inalienável de qualquer pessoa à proteção judicial efetiva, a qual, além de se qualificar como prerrogativa de índole constitucional, encontra suporte em diversos documentos internacionais. Por outro lado, não obstante o cabimento, no caso em comento, de recurso próprio — o recurso ordinário constitucional, a ser ajuizado em face da decisão denegatória exarada pelo Superior Tribunal de Justiça —, a Constituição vislumbra dupla possibilidade. Isso porque, ao mesmo tempo que prevê o referido recurso, a Constituição Federal, no art. 102, I, “i”, assenta a competência do STF para o processo e o julgamento de “habeas corpus” quando a autoridade coatora for Tribunal Superior. Há, portanto, uma opção aberta ao paciente para interpor o recurso ordinário ou mesmo ajuizar, diretamente, a ação constitucional de “habeas corpus” perante o STF.⁵²⁸

Gilmar Mendes⁵²⁹ afirmou que, “em geral, as discussões, hoje, especialmente as discussões jurídicas, travam-se não em sede de recurso extraordinário, mas em sede de *Habeas Corpus*, dada a possibilidade de que se maneje esse instrumento.” O Ministro Fux assegurou que o Tribunal pode conceder de ofício HC quando da impetração de Recurso Extraordinário, ainda que não haja pedido de cautelar de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, ou, ainda, conceder esse efeito suspensivo a título cautelar mesmo sem pedido.⁵³⁰

E continua Mendes⁵³¹, após aparte de Marco Aurélio que, referindo-se a existência de Recursos Extraordinários impetrados pela defesa nos Tribunais Superiores, na mesma linha do entendimento do ex-Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou não compreender a razão da escolha da via afunilada dos recursos de natureza extraordinária em vez do *Habeas Corpus*, pois, “em

⁵²⁷ Cf. p. 1152 do HC 84.078.

⁵²⁸ Informativo nº 895, disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo895.htm#Execução%20provisória%20da%20pena%20e%20trânsito%20em%20julgado%20de%20sentença%20condenatória>. Acesso em: 14 dez. 2018.

⁵²⁹ Cf. p.1183 do voto no HC 84078.

⁵³⁰ no voto das MCs nas ADCs 43 e 44, p. 149

⁵³¹ pp. 159 e 160 MCs das ADCs 43 e 44

geral, só se usa o Recurso Extraordinário ou o Recurso Especial quando o objetivo é meramente dilatório. É uma técnica da advocacia criminal para retardar o julgamento. Por quê? Porque aposta na prescrição ou coisa desse tipo. Se se quer, de fato, efetividade, opera-se com *habeas corpus*.⁵³²

Nessa mesma linha, Gilmar Mendes insistiu no uso do HC como forma de substituição aos recursos excepcionais, salientando sua maior efetividade:

Evidentemente, e nos deparamos com isso todo dia, poderá haver, sim, situações de abuso, que reparamos com o *habeas corpus*. Em geral, nem isso discutimos - e essa é experiência nossa -, em geral, esses casos não nos chegam por via do recurso especial, nem por extraordinário. Essas duas vias são usadas pelo Ministério Público. Hoje, usamos e recebemos o *habeas corpus*, que permite discutir todas as questões, inclusive, com a possibilidade de concessão de liminar. Nenhuma dúvida, estamos falando para advogados experientes e eles sabem disso. O ministro Pertence, até em tom um tanto quanto jocoso, dizia que a Defesa só usa o recurso extraordinário - e, claro, isso valia para o REsp - quando perseguia a prescrição. Quer dizer, queria que seu caso não fosse julgado, quer dizer, que fosse de fato retardado, se não usa o *habeas corpus*.⁵³³

Lembrou o Ministro Gilmar Mendes⁵³⁴ da singularidade do Direito Penal no sistema brasileiro, que – além da multiplicidade de recursos passíveis de interposição em todas as instâncias jurisdicionais – conta com a ação ampla do *habeas corpus* relativamente aos demais ramos da justiça, em especial o civil e o trabalhista, que não dispõem de um recurso com tamanha eficiência e abrangência relativamente ao objeto em discussão. Essas diferenças foram fatores reconhecidamente decisivos para obstar a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional apresentada pelo então Ministro Cesar Peluso, que daria aos recursos às Cortes Superiores efeito meramente rescisório, ou seja, seriam propostos após o trânsito em julgado da decisão em segundo grau. Seria uma mudança *cultural*, envolvendo todo o sistema judicial, muito significativa para ter seguimento. Tal Proposta de Emenda Constitucional foi apresentada pelo Ministro Peluso logo após o julgamento do HC 84.078/2009, que contou com seu voto para a formação do julgado, em razão das consequências que essa guinada jurisprudencial promoveria em todo o sistema processual penal.⁵³⁵

⁵³² pp. 159 e 160 MCs das ADCs 43 e 44

⁵³³ Voto na MC das ADCs 43 e 44, p. 204

⁵³⁴ Cf. voto da MC das ADCs 43 e 44, pp. 208-209

⁵³⁵ Cf. voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento dos ED do HC 126.292, pp. 7 a 10, repetido no voto do julgamento das MC nas ADCs nº 43 e 44, pp. 130-133, **aduzindo que O HC é o instrumento que tem maior amplitude e abrangência além de ser muito mais efetivo do que os recursos extraordinários.**

Ressalte-se, ainda, que o Habeas Corpus é garantia constitucional com status de cláusula pétrea e, como tal, não pode ser suprimido, o que faz com que referido instrumento esteja à disposição a qualquer tempo a fim de evitar ilegalidade tendente a ameaçar o direito à liberdade, funcionando como possibilidade de contenção, como vem sendo, aliás, utilizado atualmente, mesmo que haja alteração legislativa determinando o cumprimento de pena imposta ou confirmada após o exercício do duplo grau de jurisdição.

Aury Lopes Jr., ao tratar da duração razoável do processo, ainda que sob o aspecto de direito subjetivo processual do imputado, defende que “a lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo penal se dilata indevidamente.”⁵³⁶ Afirmar que a demora processual corresponde a uma “mora” do Estado em relação ao particular, equiparando a demora à negação de jurisdição, fulminando a presunção de inocência, uma vez que o transcurso de tempo aumenta a estigmatização do réu, degradando sua imagem. Aduz também que os direitos de defesa e do contraditório são afetados pela prolongação excessiva do processo, gerando custos e dificultando o “exercício eficaz da resistência processual”.⁵³⁷ Citando Beccaria, lembra o autor que “quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais perto estiver do delito, mais justa e útil ela será.”⁵³⁸ O interesse coletivo “no correto funcionamento das instituições, inerente à própria estrutura do Estado Democrático de Direito”, bem como a confiança na capacidade da justiça também são fundamentos trazidos pelo autor na defesa da razoabilidade da duração processual.⁵³⁹

Olvidam ou, deliberadamente, esquecem-se os defensores arraigados da necessidade do esgotamento de todas as vias recursais disponíveis para o cumprimento da pena que, diferentemente dos demais países ditos democráticos e respeitosos ao Estado de Direito não têm 4 instâncias jurisdicionais. A garantia à presunção – superável – da inocência sucumbe após o devido processo legal em dois graus de jurisdição.

O próprio STF, por meio de seu plenário e de suas turmas, admite a antecipação do trânsito em julgado quando nítido o abuso no direito de recorrer com fins procrastinatórios. Ora, se a esta altura toma-se tal decisão por entender que já houve (encerrou-se) o devido processo

⁵³⁶ JÚNIOR, Aury Lopes. O Direito de ser julgado em um prazo razoável na perspectiva einsteiniana da Teoria da Relatividade. In: D’ÁVILA, Fábio Roque et al. **Direito Penal e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 708.

⁵³⁷ *Idem*, pp. 699-726, p. 707 e 708.

⁵³⁸ *Idem*, pp. 699-726, p. 708.

⁵³⁹ *Idem*, pp. 699-726, p. 711.

legal, pq não admitir que já houve o exercício desse direito de defesa após o esgotamento de duas instâncias judiciais que analisaram com profundidade toda a matéria questionada pela defesa. Como dito, ao STF e ao STJ cabem a última palavra não porque são melhores que outros juízos, mas porque figuram na última fase da hierarquia judicial.

É de se afastar a compreensão de que o constituinte originário estava ciente de todo o trâmite do processo penal brasileiro quando optou por assegurar a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como quer entender Muniz.⁵⁴⁰Nenhum dos constituintes poderia imaginar que, com a facilitação do acesso à justiça por meio de vários instrumentos (informatização e digitalização dos procedimentos, gratuidade, assistência etc.), o sistema de justiça ficaria congestionado aos atuais patamares.

O entendimento pela valorização das instâncias ordinárias deve prevalecer até como fomento para que os tribunais superiores cumpram sua função de preservação e uniformização dos direitos federal e constitucional e tenham maior tempo para decidir o que realmente interessa à coletividade e não questões individuais e pontuais. Insiste-se que a Emenda Constitucional 45/2005, ao exigir dos tribunais superiores apenas conhecerem daqueles recursos que tratem de questões jurídicas que transcendam o interesse subjetivo do recorrente, intentou que às instâncias extraordinárias coubessem os recursos que revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.

4.2. A INSTABILIDADE REPRODUZIDA PELO PODER LEGISLATIVO E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Entre as diversas propostas legislativas que já tramitaram no Congresso Nacional visando a modernização do processo penal brasileiro, em especial no que diz respeito aos recursos, destaca-se o Projeto de Lei 10372/2018 da Câmara dos Deputados, que recebeu o nº PL 6341/2019 no Senado Federal, dando origem à Lei 13.964/2019 que alterou o CPP, por ter

⁵⁴⁰ MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. O princípio constitucional da presunção de inocência e a (im)possibilidade de execução provisória da pena após decisão condenatória de segundo grau. In: D'ÁVILA, Fábio Roque et al. **Direito Penal e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018. pp. 792-833 p. 807.

sido o aprovado após a última decisão do STF acerca da prisão em segunda instância.⁵⁴¹ De iniciativa do Deputado José Rocha, o Projeto tinha como objetivo inicial, segundo sua ementa:

Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal (grifo nosso).

Esse PL conjugou “parte da proposta encabeçada pelo Ministro Alexandre de Moraes e parte do chamado Pacote Anticrime”⁵⁴² encaminhado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro. Desse mesclado de proposições originou-se a Lei 13.964/2019, que trouxe como inovação e contribuição para a racionalidade e a efetividade do processo penal, a possibilidade de Acordo de Não Persecução Penal-ANPP, mesmo em sede de audiência de custódia, para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 anos.⁵⁴³

Ainda na Câmara dos Deputados, foi acrescentado às propostas originárias um novo parágrafo 2º ao art. 313 do CPP, prevendo a impossibilidade de decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena, dentre outras hipóteses. Também fora suprimido do texto do art. 283 do Código de Processo Penal a possibilidade de prisão prevista pelo Pacote Anticrime, após condenação criminal exarada por órgão colegiado. Essas alterações foram introduzidas pela Lei 13.964, publicada em 24/12/2019, ao Código Processual e se encontram em vigor, com as seguintes redações:

Art. 283. **Ninguém poderá ser preso senão** em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou **em virtude de condenação criminal transitada em julgado**.

...

Art. 313 [...] § 2º **Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena** ou como decorrência imediata

⁵⁴¹ Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL-10372-2018. Acesso em: 19 out. 2021.

⁵⁴² Consoante Parecer nº 163 de 2019 da Câmara de Constituição e Justiça do Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8053121&ts=1630441904205&disposition=inline>. Acesso em 20/10/2021.

⁵⁴³ Fora introduzido o art. 28-A ao CPP com a seguinte redação: Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente(...) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (grifo nosso)

Aqui já percebemos uma inclinação do legislador pela adoção do entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal no sentido de exigir-se o trânsito em julgado para a execução da pena privativa de liberdade. No ponto, relativamente à proposição de alteração legislativa formulada pelo “Pacote Anticrime” – que pretendia possibilitar a execução de pena após o julgamento por um órgão colegiado –, aduziu o legislador na análise da proposta legislativa que, “de fato o Pacote representa um recrudescimento da execução da pena em alguns casos”.⁵⁴⁴

Uma única ressalva a essa vedação constou expressamente do mencionado Projeto de Lei e foi introduzida no art. 492 do CPP. Trata-se da execução provisória e automática da pena privativa de liberdade igual ou superior a 15 anos de reclusão imposta pelo Tribunal do Júri,⁵⁴⁵ com a expressa previsão de que o recurso de apelação, nesses casos, não possui efeito suspensivo. Foram as seguintes as alterações no referido artigo:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação: [...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, **no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão**, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º **A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo**. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º **Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo**, quando verificado cumulativamente que o recurso: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - não tem propósito meramente protelatório; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁵⁴⁴ Cf. Parecer nº 163 de 2019 da Câmara de Constituição e Justiça do Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8053121&ts=1630441904205&disposition=inline>. Acesso em: 20 out. 2021.

⁵⁴⁵ Na proposta denominada “Pacote Anticrime” essa previsão, da prisão automática pela condenação em pena de reclusão pelo Tribunal do Júri, era a regra geral, sem a ressalva do quantitativo de pena igual ou superior a 15 anos. Cf. Parecer nº 163 de 2019 da Câmara de Constituição e Justiça do Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8053121&ts=1630441904205&disposition=inline>. Acesso em: 20 out. 2021.

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (grifo nosso)

Acerca de inovações legislativas radicais em decorrência da inconsistência da jurisprudência, inclusive constitucional, a Professora Doutora Inês Ferreira Leite já se manifestou ao comentar a norma portuguesa que previu o sigilo externo no curso do inquérito a fim de coibir exageros por parte dos meios de comunicação após julgados inconsistentes prolatados pelo TC:

As alterações introduzidas pela reforma do Código de Processo Penal de 2007 – aprovadas pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto – não correspondem a um mero capricho do legislador ou qualquer espécie de fúria legislativa de um Governo ou legislatura, embora se possa apontar alguma precipitação nos métodos escolhidos e, talvez, algum radicalismo nas soluções finalmente impostas. O certo é que estas alterações constituíram uma muito rogada resposta a um preocupante avolumar de jurisprudência contraditória em matérias fulcrais para a condução do processo penal e para a tutela da posição processual do arguido e do assistente e à extensa – e extremamente crítica – jurisprudência constitucional. Na verdade, uma considerável parte das alterações introduzidas pelo legislador de 2007 surge como uma solução in extremis para certos excessos jurisprudenciais e para os inúmeros abusos por parte dos meios de comunicação social.⁵⁴⁶

A Professora Doutora aponta, então, que mudanças legislativas guardam importância em certos momentos para viabilizar o sistema processual penal diante de uma vastidão de decisões jurisprudenciais, no entanto, tal reação legislativa brasileira, em que se admite a imposição de prisão pena automaticamente, mesmo sem o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, nos parece um retrocesso em matéria de direitos fundamentais e total incongruência com todo o sistema de garantias do acusado. Assim, esse ponto de reforma conduz a confirmação da hipótese levantada na pesquisa de que a instabilidade jurisprudencial do STF produz retrocessos legislativos. Como assentado nos pressupostos introdutórios, o que se defende como possibilidade de execução da pena após o julgamento pelas vias ordinárias não exclui o duplo grau de jurisdição e a exceção criada pela lei mencionada admite a execução

⁵⁴⁶ LEITE, Inês Ferreira. Segredo ou Publicidade: A Tentação de Kafka na Investigação Criminal Portuguesa. **Revista do Ministério Público**, v. 124, 2010. Disponível em: www.researchgate.net/publication/263276613_Segredo_ou_Publicidade_A_Tentao_de_Kafka_na_Investigao_Criminal_Portuguesa. Acesso em: 16 set. 21.

imediate a título de cumprimento de pena, tão logo seja o acusado declarado culpado em sessão de júri.

Em que pese a legislação referida ter mantido a alteração sugerida pela proposta do “Pacote Anticrime” à redação do art. 638 do CPP,⁵⁴⁷ que trata dos Recursos Extraordinários, não alterou a redação do art. 637 do mesmo capítulo, que segue com a seguinte redação: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

O art. 637 do CPP, que trata apenas do Recurso Extraordinário, é aplicável ao Recurso Especial, pois, quando de sua redação originária do CPP de 1941, não existia o STJ como Corte superior, uma vez que este tribunal é fruto da CF de 1988. Comprova isso a Súmula 267 do STJ: “*A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.*” Nesse sentido é o voto de Barroso no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44:

Tal dispositivo prevê que “*o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença*” e vale igualmente em relação ao recurso especial (sem previsão na CF/1937) nos termos da Súmula 267 do STJ. Tal preceito, antes mesmo da edição do art. 283 do CPP, funcionava como base legal da execução da pena após condenação em segundo grau, que vigorou desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009. Isso porque, não tendo o REsp e o RE efeito suspensivo (como afirma o art. 637, CPP), como decorrência lógica, já se pode iniciar a execução penal (ainda que em caráter provisório) e a prisão se dá como efeito da própria condenação.⁵⁴⁸

A manutenção da redação desse dispositivo,⁵⁴⁹ juntamente com a alteração feita no art. 638 do CPP, contudo, a aduzir que o julgamento dos Recursos Extraordinários e Especiais será procedido na forma prevista por leis especiais, pelo CPC e pelos regimentos internos do STF e do STJ, respectivamente, pode dar azo a perpetuação da discussão, uma vez que essas normas citadas – alteradas em 2015 – preveem que, geralmente, o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário não são dotados de efeito suspensivo. Esse argumento – o de que os recursos de índole extraordinária, nos termos do quanto previsto pelo art. 637 do CPP, mesmo após a

⁵⁴⁷ Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁵⁴⁸ Cf. voto de Barroso no julgamento da MC nas ADCs 43 e 44.

⁵⁴⁹ Que trata genericamente dos recursos de índole extraordinária, uma vez que quando da promulgação do CPP não existia ainda o STJ, criado pela CF de 1988 como Tribunal responsável pelo julgamento do Recurso Especial e da uniformização da jurisprudência infraconstitucional.

publicação do novo CPC em 2015, não possuem efeito suspensivo –, inclusive, foi mencionado de maneira insistente pelos Ministros do Supremo que defendiam a possibilidade da execução provisória da pena após o julgamento das instâncias ordinárias e reforça a relevância destas.

Vale frisar que da análise do Projeto encaminhado pelo Senado Federal à sanção do Presidente da República, consta menção expressa à proposta de prisão após o julgamento da causa em segunda instância:

Reconhecemos, de outro lado, que existem pontos polêmicos na proposição. Contudo, pedimos aos nobres Pares que não refutem, de plano, aquilo que é novo e tenham disposição para compreender que o processo penal no Brasil precisa realmente de reformas. Acreditamos, sinceramente, que o caminho adotado pelo projeto – embora tenha suprimido inovações que nos pareciam bastante meritórias – é o mais adequado para os tempos que vivemos. Concilia justiça com efetividade. Traz soluções jurídicas equilibradas. É claro que gostaríamos de avançar muito mais e resgatar algumas alterações legislativas que foram rechaçadas pelo texto da Câmara dos Deputados, especialmente relacionadas à prisão em segunda instância de jurisdição.⁵⁵⁰

Assim, a proposta rejeitada na Câmara dos Deputados, representava um avanço em efetividade e, a esse respeito, Élcio Arruda afirma:

O texto discorre acerca das respostas da dogmática e da política criminal às novas realidades inerentes à modernidade desenvolvida. Divisando a modernização do sistema penal como opção viável, o estudo discute como adequadamente fazê-lo e aponta exemplos de obstáculos a tanto. Ao cabo, a abordagem desvela a impunidade como resultado da recusa em modernizar e aperfeiçoar o sistema penal brasileiro.⁵⁵¹ (grifo nosso)

Entretanto, mesmo com a manobra legislativa acima descrita, a norma prevista no art. 283 do CPP, no sentido de que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”,⁵⁵² por si só não impediria a prisão para fins de cumprimento da pena após a condenação pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que a fundamentação da sentença condenatória confirmada em grau de recurso seria suficiente, reforçada pela demarcação do momento em que o trânsito em julgado se implementa.

Isso porque, ao possibilitar a prisão preventiva por fundamentos jurídicos puramente infraconstitucionais – como quando da imprescindibilidade às investigações policiais ou

⁵⁵⁰ Cf. Parecer nº 163 de 2019 da Câmara de Constituição e Justiça do Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8053121&ts=1630441904205&disposition=inline>. Acesso em: 20 out. 2021.

⁵⁵¹ ARRUDA, Élcio, Política Criminal (d)e Impunidade. **Revista Síntese Direito Penal Processual Penal**, Porto Alegre, v. 22, n. 130, p. 21-56, out./nov. 2021.

⁵⁵² Redação dada pela Lei 13.964/2019, após o julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

quando for conveniente à instrução processual –,⁵⁵³ também há de possibilitar a prisão quando houver certeza sobre a responsabilidade penal. A razão desse entendimento é evidente: deve-se interpretar o dispositivo infraconstitucional à luz das normas Constitucionais, não interpretar estas à luz daquele.⁵⁵⁴

Percebe-se que, no Brasil, tudo gira em torno da necessidade do **trânsito em julgado** que, nos termos da teoria geral do processo, só ocorre após esgotadas as possibilidades recursais à disposição do sucumbente ou com a sua inação durante o prazo recursal. Basta então, para resolver o imbróglio, que o legislador ordinário altere o CPP para dizer que os Recursos Extraordinários em matéria criminal serão interpostos após o trânsito em julgado, assim como ocorre em Portugal. Nesse sentido, nos termos do Voto de Teori Zavascki, no julgamento do ARE 964.246/2018 com Repercussão Geral:

Aliás, no âmbito do processo penal, o próprio conceito de trânsito em julgado merece reflexão. A Constituição não trata da matéria, razão pela qual a jurisprudência do STF tem afirmado, reiteradamente, que coisa julgada é matéria de conformação tipicamente infraconstitucional. Ora, o Código de Processo Penal não traz definição a respeito. A importação, para esse efeito, da legislação processual civil (... decisão de mérito não mais sujeita a recurso - CPC, art. 502), não pode ser acolhida em sua absoluta literalidade, até porque, no processo penal, a revisão criminal, que não tem prazo para proposição, está, literalmente, incluída no rol dos recursos (CPP, art. 621 e seguintes). Na verdade, em matéria penal, a jurisprudência do STF confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva. A expectativa do trânsito em julgado após o julgamento do recurso extraordinário no STF, por vezes, se aperfeiçoa em momento anterior ao do julgamento de recurso pendente. (...) **no âmbito do processo penal, (...) realmente não é a interposição de recurso dentro do prazo legal que impede o trânsito em julgado da decisão judicial, mas sim a interposição de recurso cabível**, pois (...) o recurso só terá o poder de impedir a formação da coisa julgada se o mérito da decisão recorrida puder ser modificado; (b) esse entendimento coaduna-se com o princípio constitucional da duração razoável do processo; (c) há argumentos de ordem prática relacionados à inevitável impunidade advinda do indiscriminado manejo de vias processuais protelatórias pelo acusado, no intuito de alcançar a prescrição; (d) haveria um desequilíbrio injustificável dos fins a que se presta o processo penal se, após sucessivas decisões negando ao recorrente o preenchimento dos requisitos legais e constitucionais para a continuidade da atividade recursal, pudesse, ainda assim, beneficiar-se do tempo naturalmente necessário para essa sucessão de atos decisórios se consumar. A conclusão é fortalecida ao rememorar-se que, a partir do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do HC no 84.078, não mais se tem como possível a execução provisória da pena, na pendência do Recurso Extraordinário ou Especial. Definiu-se, ainda, o momento da ocorrência do trânsito em julgado com fundamento na natureza jurídica eminentemente declaratória do juízo de inadmissibilidade recursal pelo tribunal local. Desse modo, deliberou-se que o trânsito em julgado retroagirá à data de escoamento do prazo para a interposição de recurso admissível.

Bem se percebe, dessa controvérsia, que o conceito de coisa julgada, em processo penal, não está, necessariamente, relacionado ao julgamento de todos os recursos e à

⁵⁵³ Cf. art. 1º, I, da Lei 7.960/89 e art. 312 do CPP, respectivamente.

⁵⁵⁴ Cf. voto de Luís Roberto Barroso, pp. 38-39 do HC 126.292.

absoluta preclusão de todas as questões debatidas no processo. Aliás, a afirmação de que há regular e contínua contagem do lapso prescricional, mesmo na pendência de recursos de natureza extraordinária, é indicativo de importante e coerente reforço à tese da legitimidade da execução provisória da pena imposta ao condenado após o julgamento da apelação. Realmente, não se poderia, logicamente, sustentar o decurso do prazo da prescrição da pretensão executória (que supõe omissão voluntária em promover a execução) e, ao mesmo tempo, negar a possibilidade de execução da pena no mesmo período. Registre-se, ademais, que não é novidade nesta Corte a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos (v.g.: RE 839.163-QO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJE de 10/2/2015, entre outros).⁵⁵⁵

Assim, diante das peculiaridades do processo penal, a cultura acerca do que se considera trânsito em julgado, conforme diversos precedentes citados, merece ser repensada, sem necessidade de Emenda Constitucional para a alteração do entendimento, pois, considerando que a Constituição brasileira de 1988 foi promulgada em período de redemocratização, após abusos praticados pela ditadura, vale lembrar as lições de Häberle de que a interpretação constitucional deve ser aberta e, para sua continuidade, faz-se necessário que *passado e presente* sejam associados:

O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve o agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados.⁵⁵⁶

Ademais, como afirma Bobbio, no âmbito do tratamento processual do indivíduo pelo Estado é onde verifica-se as diferenças entre regimes democráticos e ditatoriais⁵⁵⁷. Ocorre que, como visto, não há nenhum regime jurídico ocidental que franqueie ao acusado a quantidade de recursos e ações impugnatórias de sentença criminal como o brasileiro.

Para justificar a mudança do entendimento até então adotado pela Corte, que considerou correto até o momento do julgamento do HC 84078, citando o mesmo autor (Häberle, na mesma

⁵⁵⁵ ARE 964.246/2018 com Repercussão Geral, pp. 33-36. Cf. BRASIL. Tribunal Pleno. ARE n. 964.246/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, 25 de novembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁵⁵⁶ HABERLE, Peter. Zeit und Verfassung [Tempo e Constituição], in: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. **Probleme der Verfassungsinterpretation**. Baden-Baden: Nomos, 1976. p.295-296 (extraído do artigo “A influência do pensamento de Peter Häberle no STF”, de Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=7>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁵⁵⁷ BOBBIO, Norberto, *As Ideologias e o Poder em Crise*, Editora UnB, Brasília, 1988, p.p. 97-98.

obra), Gilmar Mendes⁵⁵⁸ copiou que “*O tempo nada mais é do que a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias...*”.⁵⁵⁹ Eis o ponto de discordância. A passagem do Estado Ditatorial para o Estado Democrático trouxe consigo inúmeras (*extravagantes*) possibilidade de impugnação das decisões condenatórias como forma de garantias ao acusado a justificar a possibilidade de prisão após o esgotamento das vias ordinárias.

Essa passagem do Estado Totalitário e abusivo para o Estado Democrático de Direito justifica, hoje, a manutenção do entendimento que durante a imensa maioria do atual cenário democrático vigorou, no sentido de se fazer eficaz as decisões das instâncias ordinárias após o seu exaurimento, desde que com o aval do legislador. Neste ponto, relativamente ao princípio constitucional de presunção de inocência, bastaria a vontade do legislador para que sua interpretação fosse adequada ao quadro normativo e social hoje existente, uma vez que toda interpretação legal tem um período de normatividade, de validade, transformando-se em outra norma quando permeado por novas circunstâncias.⁵⁶⁰

No ponto, ver colocação de Edson Fachin no julgamento do HC 126.292:

Sabem todos que **o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente**. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5o, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que **a execução da pena** privativa de liberdade **só poderia operar-se quando o réu se conformasse** com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.⁵⁶¹

Além dos fundamentos estritamente constitucionais para **justificar** a possibilidade da **execução** da pena após o esgotamento das vias ordinárias (a inexigibilidade do trânsito em julgado para a decretação da prisão; a necessidade de ponderar a presunção de inocência com outros princípios e valores constitucionais de igual relevância; e a necessidade constitucional de se evitar a tutela estatal insuficiente aos direitos fundamentais protegidos pelo direito penal),

⁵⁵⁸ Voto no HC 84078, p. 1186.

⁵⁵⁹ No mesmo sentido, Larenz justifica a possibilidade de mutação constitucional quando as circunstâncias fáticas que levou o legislador a editar uma norma modificaram-se a ponto de não mais atender às necessidades sociais. Cf. LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª Edição, Lisboa, 1997, p. 495.

⁵⁶⁰ Consoante aduzido por Gilmar Mendes, citando Häberle, “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (...), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-la no tempo ou integrá-la na realidade pública. Cf. HÄBERLE, Peter. 1976. *Ibidem*. p. 312-313.

⁵⁶¹ Cf. voto Edson Fachin no julgamento do HC 126.292.

o Ministro Barroso⁵⁶² apresentou como reforço um **fundamento de índole infraconstitucional**: a garantia da ordem pública.⁵⁶³ Após confirmada a condenação pelo tribunal de apelação, a execução da pena seria necessária como garantia da ordem pública,⁵⁶⁴ entendida como a exigência de se garantir a credibilidade das instituições públicas responsáveis pelo sistema penal, em especial a confiança dos jurisdicionados e da população no Poder Judiciário nacional.⁵⁶⁵ Esse fundamento justificar-se-ia pelo fato de que, com a confirmação da condenação em segundo grau, *algumas certezas jurídicas* estariam fixadas: a responsabilidade criminal do réu pelo fato e a impossibilidade de rediscutir fatos e provas. Desta feita, a procrastinação da prisão à espera do julgamento dos recursos às instâncias extraordinárias – com comprovado índice insignificante de provimento, *inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias* –⁵⁶⁶ confrontaria a ordem pública também entendida como a necessidade de o direito penal ser eficaz na proteção de todos os fins que o justificam, como a prevenção, a segurança, a vida e a integridade social.

⁵⁶² Cf. voto de Luís Roberto Barroso, pp. 44ss do HC 126.292.

⁵⁶³ Contra esse fundamento, ver Voto de Gilmar Mendes no HC 84.078/2009, p. 1193 a 1195 no qual comenta tese doutoral desenvolvida na Universidade Autônoma de Barcelona, Odone Sanguiné, bem como pelo TC espanhol, os quais refutam qualquer possibilidade de antecipação de pena ou de prisão preventiva para resguardar interesses de ordem pública.

⁵⁶⁴ Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.”

⁵⁶⁵ A Corte Suprema tem adotado esse entendimento quanto ao aspecto garantidor da credibilidade das instituições em inúmeras ocasiões, conforme se extrai dos acórdãos: “HC 89.238, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29.05.2007, onde se lavrou: “Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC’s 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.”; e (ii) HC 83.868, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.06.2008, Pleno, de cuja ementa extrai-se que: “A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal”. Cf. citados pelo Ministro Barroso no voto do HC 126.292, pp. 44 e 45.

⁵⁶⁶ Cf. voto de Barroso no julgamento do HC 126.292, p. 45.

5. CONCLUSÃO

O problema delineou-se a partir da constatação de que o Supremo Tribunal Federal do Brasil, na contramão do exercício de sua função nomofilática, em curto espaço de tempo alterou por diversas vezes seu entendimento acerca da possibilidade de execução da pena imposta em sentença condenatória após o pronunciamento de um órgão revisor. Pela redação do artigo 283 do CPP, desde 2011, o legislador exige o trânsito em julgado para a prisão pena como regra. A reforma do artigo em 2019, após o julgamento das ADCs, corroborou essa ideia. Os artigos 674 e 675, com vigência desde a promulgação do CPP, também exigem o trânsito em julgado. Entretanto, ao longo da pesquisa, constatou-se que não há nenhuma norma que explicita o momento em que se dá o trânsito em julgado no ordenamento brasileiro, ficando a compreensão desse termo a cargo da cultura jurídica influenciada pela teoria geral do processo e leitura do STF a esse respeito.

No primeiro capítulo, após contar a história do princípio da presunção de inocência e verificar de que forma os ordenamentos de Portugal e do Brasil o concebem, conclui-se que Portugal, após alterações legislativas, buscou efetivar as normas penais de maneira a não ferir o devido processo legal e, para tal, embora tenha mantido a regra da dupla conforme, estabeleceu restrições para acesso às vias extraordinárias de recurso, prevendo que o trânsito em julgado se dá, em regra, pelo esgotamento das vias ordinárias, a fim de melhor concretizar a tutela penal.

No segundo capítulo foi descrito o caminho labiríntico percorrido pelo STF para firmar uma posição quanto ao momento possível de execução da pena com o objetivo de conhecer os discursos dos Ministros que, eventualmente, justificassem as mudanças constantes de atitude. O que se mostrou como achado relevante foi a contradição nos discursos dos Ministros do STF ao longo das discussões dos precedentes, sobretudo pela ausência de detalhamento de técnicas concretas de superação dos precedentes, a exemplo do *distinguishing* e do *overruling*, o que pode gerar descrédito na instituição, situação apontada por Hassemer – principal marco teórico trabalhado – como um dos motivos para a redução da efetividade da tutela criminal e do avanço do Direito e do Processo Penal sobre garantias.

A relevância de observar os requisitos para superação de precedentes se deve ao fato de que a jurisdição constitucional possui características e métodos de interpretação, aplicação e alteração dos precedentes vinculantes muito próprias desse modelo de controle que pretende fazer com que as normas jurídicas não passem, em decorrência de desequilíbrios políticos, de veículos de garantias a negadoras dos próprios valores do Estado. O *stare decisis* não foi

observado, tornando os julgamentos do STF acerca da matéria pouco previsíveis. A inobservância da universalização do entendimento desfoca o motivo pelo qual o vínculo ao julgamento é crucial: a manutenção da imparcialidade do sistema judiciário.

Os votos prevalentes analisados nas ADCs centraram-se na circunstância da impossibilidade de cumprimento de pena previamente ao esgotamento de todas as vias recursais ante a previsão do texto constitucional de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. A ideia sustentada pelo STF de que não se pode visualizar a ampla defesa de modo restrito, o que englobaria seu exercício em todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, nos faz questionar a que tipo de defesa se refere o Pretório. Afinal, o acusado pode defender-se da acusação com base em garantias constitucionais, jamais do cumprimento da pena imposta de maneira justa. A noção de ampla defesa não inclui um “direito” de escolha ao acusado se vai cumprir a pena ou quando vai cumpri-la.

Tem-se por acertada a postura do Ministro Roberto Barroso quando afirma que a CF não condiciona a prisão ao trânsito em julgado, mas sim à culpabilidade. Em uma interpretação sistemática de dos incisos LVII e LXI do art. 5º da CF realizada no decorrer de seu voto nas ADCs, entendeu que a exigência constitucional para a prisão é a existência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não a irrecorribilidade da sentença condenatória.

Coaduna-se, ainda, com Joaquim Barbosa, que durante seu pronunciamento no HC 84.078, enfatizou a necessidade de racionalização da atividade jurisdicional com fins de gerar a efetividade, a utilidade e a legitimidade do processo penal, sob pena de tornar-se socialmente ilegítimo. O Brasil admite, inclusive, a existência de processos julgados em uma única instância perante a própria Corte Suprema, portanto, não há garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, muito menos o direito a um triplo grau, mas, certamente, é necessário o direito à revisão da decisão condenatória, como é garantido pelo Pacto de São José da Costa Rica.

A crise de efetividade do sistema brasileiro foi exposta no terceiro capítulo, onde se concentra o cerne da dissertação. O entendimento do STF significa que, após garantidos todos os direitos inerentes ao devido processo legal, o sistema de justiça não confia, ainda, nos seus julgadores que acompanharam todos os trâmites processuais e imergiram densamente sobre as provas dos fatos, visto que a comprovação dos pressupostos fáticos e jurídicos se exaure nas instâncias ordinárias que deveriam ser valorizadas, mesmo porque o STJ e o STF não estão sujeitos à infalibilidade.

O passado histórico repressivo e abusivo do sistema penal não deve significar uma barreira a impedir o seu uso moderado, eficiente e legítimo pelo Estado Democrático de Direito

alcançado no Brasil. Ademais, não há como esquecer-se da possibilidade de recorrer-se aos Tribunais Superiores nos casos de eventual abuso ou erro judicial das instâncias ordinárias mediante *Habeas Corpus*, sem olvidar também da possibilidade, em raríssimas situações, do requerimento de efeito suspensivo nos recursos extraordinários.

Outro achado importante foi o impacto desestabilizador dos julgados do STF refletido na postura do Poder Legislativo que, pouco mais de um mês após a deliberação de 07 de novembro de 2019 no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, aprovou, com modificações, o Pacote Anticrime, quando aparentemente teria acolhido a última posição do STF, sendo certo que avançou sobre direitos, criando escusa absoluta da presunção de inocência nos casos de condenação a pena igual ou superior a 15 anos pelo Tribunal do Júri.

Ressalte-se que o legislador, mesmo alterando a dicção do art. 283 do CPP, não o fez com relação à regra do art. 637 da mesma codificação, na qual se prevê que o Recurso Extraordinário não tem efeito suspensivo e que com sua remessa para julgamento, a sentença será executada em primeira instância, o que ressoa como vontade do Parlamento em manter o entendimento contrário ao do STF, pois, mesmo diante da possibilidade de alterar o efeito de recebimento dos recursos de natureza extraordinária, não o fez na oportunidade, devendo ser observado princípio democrático, sobretudo porque de acordo com o ordenamento jurídico.

Portanto, embora as inovações legislativas ocorridas não tenham sido mais incisivas a ponto de funcionar como total estabilização do sistema judicial em contrapartida a uma sucessão de decisões contraditórias do STF como seria de se esperar, no que diz respeito à possibilidade de execução da pena, manteve o Congresso Nacional tudo como estava antes do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Entretanto, a tendência de avanço sobre direitos individuais de forma arbitrária foi confirmada com a previsão de prisão automática no caso de condenação pelo Tribunal do Júri, a qual contraria a CF, além de precedentes firmados pela Corte Constitucional e que representaram grande progresso em termos de garantias dos acusados e de respeito ao devido processo legal no Brasil, pois impuseram ao julgador o ônus de fundamentar concretamente, no curso da análise do caso, a decretação de prisão antes do exercício do direito ao recurso. Acredita-se que a postura de inconsistência do STF em relação aos seus precedentes, admitindo a proteção deficiente de direitos da coletividade, encoraja o Poder Legislativo a também retroceder.

O Brasil já veio de um histórico legislativo recente de exigência da prisão como condição para o conhecimento do recurso de apelação, da impossibilidade de progressão de regime independentemente das condições subjetivas do agente, da vedação à liberdade provisória em certos tipos penais, todas essas previsões violadoras da presunção de inocência

como norma de tratamento do acusado. O STF, de maneira acertada, declarou a inconstitucionalidade de tais normas que, em síntese, desconsideravam a individualização da conduta do agente e colocavam todos em um mesmo patamar perante o sistema judicial por previsão legal desvinculada da igualdade, na acepção da proporcionalidade, difundida pela Constituição Federal.

Diante de tamanho retrocesso, incumbe mencionar que a história das alterações de entendimento do STF acerca do objeto da pesquisa e a própria reforma legislativa posterior estão permeadas pelos momentos de disputa política que circundam a Operação Lava Jato e que ainda geram consequências à própria noção de democracia no Brasil. Causa perplexidade o fato de que a presunção de inocência tenha sido completamente esquecida apenas com relação a crimes dolosos contra a vida. Diante de todo o contexto, parece algo bem pensado para blindar políticos acusados de corrupção que terão mais chances de acionar as esferas recursais extraordinárias diante da apontada seletividade do sistema recursal brasileiro, sem descuidar de uma falsa ideia populista de efetividade penal por meio da execução imediata exclusivamente de reprimendas aplicadas a delitos como o homicídio que, por sua natureza violenta, possuem apelo junto à sociedade. A segurança jurídica, então, não restou preservada, seja levando em consideração a produção política das normas, seja tomando por referência a criação judicial de regras.

A constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri já chegou ao STF por meio do Recurso Extraordinário nº 1235340 em que se discute, à luz do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal, se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença e se encontra, até o momento, pendente de julgamento. Será mais uma oportunidade de o STF atribuir coerência aos seus precedentes.

Quanto ao problema posto, muitas poderiam ser as soluções interpretativas satisfatórias a equilibrar o alcance da presunção de inocência com a efetividade do sistema punitivo no Brasil: manutenção do entendimento pelo esgotamento das instâncias ordinárias outrora prevalente no STF; reconhecimento da força impugnativa ampla do *Habeas Corpus*; atenção à necessidade de efetividade da tutela processual penal, que é ululante, mas nada disso foi suficiente tendo em conta o que se extraiu de interpretação de nosso texto constitucional.

Persiste, no entanto, a necessidade de segurança jurídica como condição para equacionar o poder estatal diante dos cidadãos e nada impede a regulamentação quanto ao momento de implementação do trânsito em julgado por legislação infraconstitucional. Basta alteração legislativa, devidamente ponderada com o exercício do contraditório e da ampla defesa,

definindo o limite proposto e apenas nos casos de confirmação da condenação em segundo grau, como em Portugal, que com sua evolução normativa nos facultava enxergar possibilidades de reformas e reforça o acerto de sua experiência pelo ganho em efetividade, nos proporcionando visão crítica acerca do conceito de *trânsito em julgado* no Brasil, sem que isso signifique uma transposição indevida de conceitos, pois a experiência não é alheia à cultura jurídica brasileira.

Tal escolha processual, como seu viú, já passou pelo filtro constitucional do STF e, inclusive, foi feita pelo legislador infraconstitucional para limitar direitos políticos daqueles que pretendem concorrer às eleições, mas se encontrem condenados criminalmente em segundo grau. A Lei da Ficha Limpa, marco legislativo historicamente relevante no Brasil por ter decorrido de iniciativa popular que visava moralizar a Administração, foi considerada constitucional pelo STF o que, somado a outros precedentes da Corte, aponta total ausência de ineditismo da relativização do trânsito em julgado.

Serve de substrato para essa conformação constitucional, ainda, a possibilidade de se fixar quando se dá o trânsito em julgado por lei ordinária, somente esclarecendo que o momento de implementação do trânsito em julgado se dá quando se esgotam as vias ordinárias de recurso, considerando a característica dos recursos extraordinários de não gerarem suspensão dos efeitos da sentença condenatória, nos termos do art. 637 do CPP, mantido integralmente pelo Parlamento após a última reforma legislativa.

Assim, com fundamento no princípio democrático, tendo em vista as oscilações jurisprudenciais, impende ao Poder Legislativo exercer de modo mais evidente sua liberdade de elaboração normativa para esclarecer definitivamente a questão por meio de lei ordinária, diante da desnecessidade de Emenda Constitucional para indicação de quando se dá o *trânsito em julgado* no ordenamento brasileiro. Sugere-se a alteração do Código de Processo Penal para definição da categoria *trânsito em julgado*, a fim de que se compreenda que tal estágio processual se implementará com decisão do Tribunal competente para revisão de decisão condenatória, diante da prudente experiência inferida do moderno ordenamento português por meio do recurso do direito comparado, garantindo-se o devido processo legal e seu equilíbrio com todo o sistema protetivo das liberdades coletivas, também pretendido pelo Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia de Direitos do Homem**. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

ALEXANDRINO, José Melo. Perspectivas dos direitos fundamentais em Portugal e no Brasil do século XXI. **Revista do Ministério Público**, nº 127, Lisboa, jul./set., 2011, p. 243-253.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. **Segurança Jurídica e a `prisão-pena antecipatória´: Reflexões sobre o caminho adotado pelo Brasil em face de elevados índices de violência urbana e o transplante do sistema common law**. Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para a obtenção do título de Pós-Doutoramento em Direito, Lisboa, 2020.

AMARAL, Maria Lúcia. **O Modelo Português de Justiça Constitucional**. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, Madri, nº 11, 2007, pp. 17-40.

AMARAL, Maria Lúcia. Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade: uma lição de direito público comparado. In: **Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**, v. 1, Coimbra: Almedina, 2008, p. 473-501.

ANTÓN, Tomás Vives. PALMA, Maria Fernanda. Almedina.(coord.). El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia. **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, 2004, p. 27-39.

ANTUNES, Maria João; COSTA, Joana Fernandes. Comentário à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em Tribunal em processo penal. In: **A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português**. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 21-43, Disponível em: http://ij.fd.uc.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

ARRUDA, Élcio, Política Criminal (d)e Impunidade. **Revista Síntese Direito Penal Processual Penal**, Porto Alegre, v. 22, n. 130, p. 21-56, out./nov. 2021.

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

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Escola de Administração Judiciária – Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios-TJDFT, p. 117, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**, Torino: G. Giappichelli, 1987.

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

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BELTRÁN, Jordi Ferri. **Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocência**. Universitat de Girona, p. 9. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393/2341>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BENTO, Ricardo Alves 2007 apud LIMA, Jair Antônio Silva de. A presunção de inocência: conteúdo histórico e relativismo. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 31 mai. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48306&seo=1>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BENTO, Ricardo Alves. SILVA, Marco Antonio Marques. (org.). **O Dogma Constitucional da Presunção de Inocência, Processo penal e garantias processuais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Nuno. Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso. In: J. Faria Costa et al. (orgs.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. p. 239-266. *E-book*. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1462>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A Garantia do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**, 2016, set./dez., n. 6, v.15, pp. 376-398, p. 382.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 4578. Relator(a): Luix Fux, 16 de fevereiro de 2012. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012, disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AP 937 QO. Relator(a): Min. Roberto Barroso, 03 de maio de 2018. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>. Acesso em 15 jan. 202

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm#:~:text=L7210&text=LEI%20N%C2%BA%207.210%2C%20DE%2011%20DE%20JULHO%20DE%201984.&text=Institui%20a%20Lei%20de%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Penal.. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.403/2011**. Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964/2019**. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 43.502 – SP (2005/0066163-1)**. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, 16 de agosto de 2005. Publicado em: 26 set. 2005. p. 426. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500661631&dt_publicacao=26/09/2005. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **HC 122.292**. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 01 mar. 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/870352726/habeas-corpus-hc-474079-sc-2018-0270563-1/decisao-monocratica-870352736>. Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72. 366. Relator: Min. Néri da Silveira, 13 de maio de 1995. DJ 26. 11. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator: Min. Marco Aurélio, 05 de outubro de 2016. Brasília, DF, 2006. ROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018; ADC 44 MC

PROCESSO ELETRÔNICO JULG-05-10-2016 UF-DF TURMA-TP MIN-MARCO AURÉLIO N. PÁG-250 DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 664567/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 18 de junho de 2007, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28664567%2ENUM E%2E+OU+664567%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydgcus4p>. Acesso em: 08 de jul.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). ARE 1179765 AgR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 29 de maio de 2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 126.292. EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 157.752/2018. Paraná. Min. Edson Fachin.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **HC 70.662**. Relator: Min. Celso de Mello, 21 de agosto de 1994. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747884/habeas-corpus-hc-70662-rn>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72. 366. Relator: Min. Néri da Silveira, julg. 13 de set. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **HC 72.061**. Relator: Min. Ilmar Galvão, 14 de março de 1995. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746514/habeas-corpus-hc-71723-sp>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 72.061**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso, 26 de abr. 1995. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746256/habeas-corpus-hc-72061-rj>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). HC 85886. Relator(a): Ellen Gracie, 06 de setembro de 2005. DJ 28-10-2005 PP-00061 EMENT VOL-02211-02 PP-00217 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, p. 454-461.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). HC 91.675. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 4 de setembro de 2007. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756171/habeas-corporus-hc-91675-pr>. Acesso em: 18 nov.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 74.983. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso, 30 de junho de 1997. DJ 29-08-1997 PP-40217 EMENT VOL-01880-02 PP-00261.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). ARE 1179765 AgR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 29 de maio de 2020. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 03-06-2020 PUBLIC 04-06-2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 776823. Relator(a): Edson Fachin, 07 de dezembro de 2020. PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-033 DIVULG 22-02-2021 PUBLIC 23-02-2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 839163 QO. Relator: Min. Dias Toffoli, 05 de novembro de 2014. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 839163 QO. Relator(a): Min. Dias Toffoli 05 de novembro de 2011. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015). Da Ementa desse último julgado extraímos: “[...]9. A pretensão do requerente é imprimir contornos constitucionais a controvérsia satisfatoriamente decidida à luz de normas subalternas. 10. É assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que “as alegações de ofensa a incisos do artigo 5º da Constituição Federal – legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e juiz natural –, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário (...)””

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). Recurso Extraordinário nº 452001. AgR, Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 de Junho de 2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00080 EMENT VOL-02283-06 PP-0108: “PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outros, configuram ofensa reflexa à Constituição da República. Precedentes. 2. Para se alcançar entendimento diverso do que assentado no acórdão recorrido, necessário seria o reexame dos elementos probatórios, o que é vedado em recurso extraordinário (Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal). 3. Agravo Regimental desprovido.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 482006/MG**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 07 de novembro de 2007. DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402. Disponível em

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=500990>, acesso em: 22 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078 MG. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade Da Chamada "Execução Antecipada Da Pena". Art. 5º, Lvii, Da Constituição Do Brasil. Dignidade Da Pessoa Humana. Art. 1º, Iii, Da Constituição Do Brasil.1. Min. Eros Grau. 5 de fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Pleno. HC 84.078/MG. Relator: Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

BRASIL. Tribunal Pleno. **ARE n. 964.246/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, 25 de novembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 03 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Pleno. **HC n.126292**. Relator: Teori Zavascki, 17 de fevereiro 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 03 dez. 2021.

BURY, John Bagnell. **A history of the roman empire from its foundation to the death of marcus aurelius**, Nova Iorque: Harper & Brothers Publishers, p. 527, 1893. Disponível em: <https://archive.org/stream/historyofromanem00buryuoft#page/n3/mode/2up> . Acesso em: 01 mar. 2018.

CÂMARA DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA DO SENADO FEDERAL . **Parecer nº 163 de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8053121&ts=1630441904205&disposition=inline>. Acesso em: 20 out. 2021.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. *E-book*.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedida, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

CARVALHO, Paula Marques de. **Manual prático de processo penal**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 138.

CASTRO, André Giovane de; SANTOS, Marcelo Loeblein dos. O Aspecto internacional e a efetivação dos direitos humanos no sistema interamericano a partir do Pacto de São José da Costa Rica. In: WERMUTH, M. D.(org.). **Ciências Criminais e Direitos Humanos**. Bento Gonçalves-RS: Associação Refletindo o Direito, 2015.

JÚNIOR, José Jesus Cazetta. **A ineficácia do precedente no Sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante**. Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutorado em Direito, São Paulo, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 54/01**. disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 17 Fev. 2020.

COSTA, Eduardo Maia. A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 92, 4º Trimestre, 2002.

D'ÁVILA, Fábio Roque et al. **Direito Penal e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

DIAS, Augusto Silva. A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português. In: PALMA, M. F. (coord). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 55-65.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A Proteção dos direitos do homem no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 26, 1981, mar./abr., p. 51-72.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a Vigência Tricenal do Código de Processo Penal Português. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal, IDPEE – Instituto de Direito Penal Económico e Europeu**, Coimbra, nº 1, p. 129-146, jan./abr., 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Por onde vai o Processo Penal Português: Por estradas ou por veredas?. In: **As Conferências do Centro de Estudos Judiciários**. Lisboa: Almedina, 2014, pp. 49-88.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a Vigência Tricenal do Código de Processo Penal Português. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal, IDPEE – Instituto de Direito Penal Económico e Europeu**, Coimbra, nº 11, p. 129-146, jan./abr., 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. **Sujeitos Processuais Penais: o Arguido e o Defensor**. Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, para obtenção do título de mestre em Ciências Jurídico-Forenses. Disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/2226>. Acesso em 07 mar. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 4 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (versão 2010). Madri: TC, 2010.

ESPANHA. **Constitución Española**. Tribunal Constitucional de España. Reforma del artículo 13, apartado 2, de la Constitución Española, de 27 de agosto de 1992. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Volume III. Campinas: Bookseler, 2000. p. 436.

FENOLI, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocencia. In: **InDret. Barcelona**. v. 01, p. 1-23, jan. 2016. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305701>. Acesso em: 21 dez. 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. Significados da Presunção de Inocência, In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

FISCHER, Douglas. A execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição”, **Revista de Direito Público**, v. 25, p.7-30, jan./fev. 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1442/913>. Acesso em: 20 set. 2019.

FISCHER, Douglas. A execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. Interesse Público - IP. **Fórum- Conhecimento Jurídico**. ano 21, n. 47, p. 75-93, jan./fev. 2008. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21340/49043>. Acesso em: 10 jul. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

Freedom in the World 2019. **Freedom House**, 2019. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/brazil>. Acesso em: 17 jun. 2019.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90**. 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 98 e 99.

FRISCHEISEN, Luiza C. F.; GARCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078, In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª ed.. Verbo Jurídico, Porto Alegre, p. 431-452, 2017.

GEDIEL, Gorsdorf et. al. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: De Plácido. 2016, p. 64.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89.

GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. G. et al (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. *E-book*.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **Crime medidas de coação e prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador**. Coimbra: Almedina, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 141 ss.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

GUEDES NETO, Benedito de Oliveira. O sistema processual penal e sua efetividade no combate à corrupção. In: AZAMBUJA, Edson; JÚNIOR, Octahydes Ballan, SILVA; Vinícios de Oliveira e (org.); JH, Mizuno. **Combate à corrupção na visão do Ministério Público**. p. 292-317, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020. *E-book*.

HABERLE, Peter. Zeit und Verfassung [Tempo e Constituição], in: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. **Probleme der Verfassungsinterpretation**. Baden-Baden: Nomos, 1976. (extraído do artigo “A influência do pensamento de Peter Häberle no STF”, de Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=7>. Acesso em: 12 dez. 2018.

HASSEMER, Winfried. Processo Penal e Direitos Fundamentais, In: Palma, M. F. (coord). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 15-25.

HITCHENS, Christopher. **Os Direitos do Homem de Thomas Paine (uma biografia)**. Trad. Sérgio Lopes, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2007.

ITÁLIA. Senato Della Republica. **Constituição Da República Italiana**. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentlichen Rechte. Aalen, Scientia, 1970, reimpr. da 2ª ed. de Tübingen, Mohr, 1905, p. 81.

JESUS, Vanubia Pereira de. O Princípio da Presunção de Inocência como Garantia Fundamental e o paradigma quanto à Execução Provisória da Pena pelo Supremo Tribunal federal. **Revista Jurídica do Centro Universitário de Salvador**, nº 01, fev./mai. 2020, pp. 350-377.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2. ed. rev. e atual. Natal: OWL, 2015.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1074.

JUNIOR. Aury Lopes. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

JÚNIOR, Aury Lopes. O Direito de ser julgado em um prazo razoável na perspectiva einsteiniana da Teoria da Relatividade. In: D'ÁVILA, Fábio Roque et al. **Direito Penal e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, pp. 699-726,

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Lisboa: [EDITORA], 1997, p. 517.

LEITE, Inês Ferreira. Segredo ou Publicidade: A Tentação de Kafka na Investigação Criminal Portuguesa. **Revista do Ministério Público**, v. 124, 2010. Disponível em: www.researchgate.net/publication/263276613_Segredo_ou_Publicidade_A_Tentao_de_Kafka_na_Investigao_Criminal_Portuguesa. Acesso em: 16 set. 21.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; COELHO, Marcial Duarte; SILVA RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e. A incompletude do “Garantismo Penal”: entre a salvaguarda do direito à liberdade e a vedação da proteção deficiente. **Revista da ESMAL**, Alagoas, n^a 07, p. 11-37, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MAGALHÃES F. F. A.; BASTOS, F. B.; NETO, J. D. B. Normas Garantidoras dos Direitos Fundamentais: Evolução Constitucional e a Crise da Eficácia, In: SANTOS, G. F.; ARAÚJO, M. L.C.; FELICIANO, I. C. (org.). **Direito em Dinâmica – 25 anos da Constituição de 1988**. Recife: Instituto Frei Caneca, 2014.

MAGALHÃES, Vlamir Costa, O Garantismo Penal Integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 52, p. 202-223, 2010.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1

MEDEIROS, Rui. **A decisão de Inconstitucionalidade**: Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei. Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio. In:

MELLO, Marco Aurélio. Ciência e Consciência. **Migalhas**, v. 1, p. 33–48, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em: 04. Jan. 2019.

MILL, John Stuart. **A Liberdade**: Utilitarismo. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki no HC nº 126.292/SP, p. 27. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 02 jul. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**. Editora Coimbra, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo VI: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 4. ed., Coimbra Editora, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional: O direito do contencioso constitucional Tomo II**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. O princípio constitucional da presunção de inocência e a (im)possibilidade de execução provisória da pena após decisão condenatória de segundo grau. In: D'ÁVILA, Fábio Roque et al. **Direito Penal e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018. pp. 792-833 p. 807

NETO, Benedito de Oliveira Guedes. O sistema processual penal e sua efetividade no combate à corrupção. In: AZAMBUJA, Edson et al. **Combate à corrupção na visão do Ministério Público**, 2018, pp. 292-317.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1964.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed, São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24 ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2019.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

PALMA, Fernanda. A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal – O direito ao silêncio do arguido. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 60, p. 101-110, 1995.

PALMA, Maria Fernanda. Constitucionalidade e Justiça: novos desafios para a justiça constitucional. **Themis: Revista de Direito**, Almedina, Coimbra, ano 1, n. 1, 2000, pp. 21-31.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos e Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, espaço e quanto às pessoas**. 2 ed. rev. e ampl. 1 reimp. Lisboa: AAFDL, 2017.

PALMA, Maria Fernanda. O Problema Penal do Processo Penal, In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 41-53.

PALMA, Maria Fernanda.(coord.). El Processo Penal de la Presunción de Inocencia. **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 27-39.

PATRÍCIO, Rui. **O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido na Fase do Julgamento no atual Processo Penal Português: Alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português**. Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000.

PENNINGTON, Kenneth. **Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim**, p. 124, 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=scholar>. Acesso em: 03 jan. 2018.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Política criminal e os fins do direito penal no Estado Social e Democrático de Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

PORTUGAL. **Lei Constitucional n.º 1/82 de 30 de Setembro de 1982**. Diário da República. n.º 227/1982, Série I .Primeira Revisão da Constituição: A Assembleia da República, no uso dos poderes de revisão constitucional previstos na alínea a) do artigo 164.º e no n.º 1 do artigo 286.º da Constituição. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei-constitucional/1-1982-375254>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PORTUGAL. **Lei n.º 1/97 de 20 de setembro de 1997**. Diário da República. n.º 218/1997, Série I-A . Artigo 1º: A Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976, na redacção que lhe foi dada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, e pela Lei Constitucional n.º 1/92, de 25 de Novembro, é alterada nos termos dos artigos seguintes. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei-constitucional/1-1997-653562>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PORTUGAL. **Lei n.º 29/78 de 12 de junho de 1978.** Diário da República. n.º 133/1978, 1º Suplemento, Série I. É aprovado para ratificação o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, assinado em Nova Iorque em 7 de Outubro de 1976, cujo texto, em português e francês, é publicado em anexo à presente lei. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/33332/lei-29-78-de-12-de-junho>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PORTUGAL. **Lei n.º 401/91 de 8 de janeiro de 1992.** Diário da República. n.º 6/1992, Série I-A. Declarada inconstitucionalidade da norma do art. 665º, pelo AC.401/91.1991.10.30.TCS, DR.IS-A [6] de 08/Jan/1992, na interpretação que lhe foi dada pelo Assento do Tribunal de Justiça de 29-Jun 1934. Disponível em: <https://dre.pt/dre/analise-juridica-associacoes/modificacoes/401-1992-568276/33641127>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PORTUGAL. **Lei n.º 65/78 de 13 de outubro de 1978.** Diário da República. n.º 236/1978, Série I. É aprovada, para ratificação, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, concluída em Roma em 4 de Novembro de 1950, cujo texto em francês e respectiva tradução em português acompanham este decreto. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/33358/lei-65-78-de-13-de-outubro>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PORTUGAL. **Lei n.º 8/87 de 9 de fevereiro de 1987.** Diário da República. n.º 33/1987, 1º Suplemento, Série I. Declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 561.º e 651.º, § único, do Código de Processo Penal, e do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Outubro, e do Assento do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/79, de 28 de Junho, segundo a qual, em processo sumário, o recurso restrito à matéria de direito tem de ser interposto logo depois da leitura da sentença. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/42592/acordao-8-87-de-9-de-fevereiro>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão do TC n.º 595/2018.** Relator: António Clemente Lima, 11 de fevereiro de 2021. Processo n.º 381/16.4GAMMC.C1.S1. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f86724f30439d8ee802586790068f360?OpenDocument&Highlight=0,Princ%C3%ADpio,da,presunção,de,inocência>. Acesso em: 30 mar. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 377/2015 de 12 de Agosto de 2015.** Diário da República. N.º 156/2015, Série I. Pronuncia-se pela inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º do Decreto n.º 369/XII da Assembleia da República (crime de enriquecimento injustificado) por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/1136639/acordao-do-tribunal-constitucional-377-2015-de-12-de-agosto>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 100/2021.** Processo n.º 140/17. 2ª Secção, item 12. Relatora Conselheira Marina Canotilho. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210100.html>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 132/2018.** Processo n.º 725/2017. 1.ª Secção. Relator: Conselheiro José António Teles Pereira. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180132.html>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 347/86**. Processo 56/84. 2ª Secção. Relator: Conselheiro Cardoso da Costa. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860347.html>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 634/93**. Proc. n.º 94/92. 2ª Secção. Rel.: Cons. Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930634.html>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 172/2021**. Relator Lino Rodrigues Ribeiro, 24. mar. 2021. Disponível em : <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/172-2021-162159139>. Acesso em: 19 jan. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 183/2018**. Diário da República n.º 29/2008, Série II, 9 de fev.2013. Disponível em : <https://dre.tretas.org/dre/3240779/acordao-183-2018-de-9-de-fevereiro>. Acesso em: 19 jan. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 324/2013**. Diário da República n.º 145/2013, Série II, 30 de jul.2013. Disponível em : <https://dre.tretas.org/dre/3240779/acordao-183-2018-de-9-de-fevereiro>. Acesso em: 19 jan. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 429/2016**. Processo n.º 1002/14. 1.ª Secção. Relatora Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160429.html>. Acesso: em 19 jan. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 591/2012**. Processo n.º 87/12. 1.ª Secção. Relatora: Conselheira Maria João Antunes. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120591.html>. Acesso em: 19 jan. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 595/2018**. Diário da República n.º 238/2018, Série I, 11 dez 2018. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/3549637/acordao-do-tribunal-constitucional-595-2018-de-11-de-dezembro>. Acesso em: 19 jan.2022.

PRESOTTO, Luiz A. A.. **Medidas Cautelares em Crimes de Corrupção Praticados por Detentores de Mandato Eletivo**. Relatório de conclusão de disciplina (Mestrado em Direito Penal e Ciências Criminais), Universidade de Lisboa. Lisboa, 2018.

PRESOTTO, Luiz A. A.. O diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal no domínio dos Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ana Maria Guerra. **A proteção multinível dos Direitos Fundamentais: estudos sobre diálogo judicial**. Lisboa, 2019. p. 91-141.

QUEIROZ, Cristiane. **Direito Constitucional: As Instituições do Estado Democrático e Constitucional**. Coimbra Editora, 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra Editora, 2000.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18 ed. rev. amp. e atual. Saraiva, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

ROCHA, Álvaro Oxley. Direito Penal e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In: D'AVILA, Fábio Roque et al. **Direito Penal e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal**. Boutique Jurídica: Porto Alegre, 2018. v.1, p. 31-44.

ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. 59, p. 1-29, 1983.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SANTOS, Manuel José Carilho Simas. **A Reforma do Processo Penal na Área dos Recursos**. Disponível em <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/recursosprocessopenal.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto alegre, 2015. p. 126.

SCHMIDT, Eberhard. **Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Lerner Editora SRL: Córdoba, 2008.

SILVA, Germano Marques. **Curso de Processo Penal**. Lisboa, 2000. v.1. 83 p.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Sandra Oliveira e. As alterações em matéria de recursos, em especial a restrição de acesso à jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça – garantias de defesa em perigo? In: LEITE, André Lamas (org.). **As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma “Cirúrgica”?**. Coimbra Editora, 2014, pp. 259-297.

STRECK, Lenio Luiz, BRENDA, Juliano (coord.). Decisão de segundo grau esgota questão de fato? O Dia em que a Constituição Foi Julgada. A história das ADCs 43, 44 e 54. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2020. p. 96.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Documento SJ20090127039783, de 27 de janeiro de 2009**. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e7241a53f04b595580257563004e1914?OpenDocument&Highlight=0,SJ20090127039783>. Acesso em: 02 fev. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TF. Plenário. **ADC 43/DF, ADC 44/DF, ADC 54/DF**, Relator: Min. Marco Aurélio, 07 de novembro de 2019.

TARUFFO, Michele. **La prueba, artículos y conferencias**. Metropolitana, 2009.

TRF-4. Suspende súmula que determinava prisão em 2ª instância. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4. Acesso em: 15 jan. 2022.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra Editora, 2000.

WHITMAN, James Q. Presumption of Innocence or Presumption of Mercy?: Weighing Two Western Modes of Justice. In: **Texas Law Review**, ed.5 vol. 94, p. 933-993, Abr. 2016.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.