



**LISBOA**

---

**UNIVERSIDADE  
DE LISBOA**

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA

ESPECIALIDADE DE DIREITO PENAL E CIÊNCIAS CRIMINAIS

**A PRISÃO DO CONDENADO ANTES DO  
TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA  
PENAL CONDENATÓRIA**

Mestrando

**FÁBIO UCHÔA PINTO DE MIRANDA MONTENEGRO**

Orientadora

**Senhora Professora Doutora Maria Fernanda Palma**

2019

**A PRISÃO DO CONDENADO ANTES DO  
TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA  
PENAL CONDENATÓRIA**

Lisboa, abril de 2019.

## **A PRISÃO DO CONDENADO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

**Abstract:** *The Imprisonment of the Convict before Res Judicata in the Final Judgment - Introduction; The Presumption of Innocence - Concept, Historical Origin, Brief Notes on the Thinking of Classical and Positivist Schools and Effects; The Presumption of Innocence - International Conventions, Treaties, Pacts, Charters and Declarations - Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789, Universal Declaration of Human Rights, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, International Covenant on Civil and Political Rights, American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica), Charter of Fundamental Rights of the European Union; The Presumption of Innocence in the Constitutions of Several Countries; The various hypotheses of imprisonment prior to the passing of the Sentencing Penalty - Flagrant Prison, Temporary Detention, Preventive Detention, Preventive Detention for extradition purposes; The Imprisonment in Criminal Matter Sentence before Res Judicata - The Imprisonment of the Convicted by the Court of the Jury and before the Appeal, The Imprisonment after the Confirmation or Condemnation by the 2nd Instance and before the Judgment of Possible Special and Extraordinary Appeals; The Interpretation of the Constitutional Disposition of the Presumption of Innocence; Interpretation of Constitutional Principles and Rules; 9. The Importance and Necessity of Effectiveness of Judicial Decisions - The Application of the Principle of Proportionality; Special and Extraordinary Resources - Purposes and Effects; The Misuse of Purpose in the Special and Extraordinary Appeal; Statitic of Appeal Judgments in the Supreme Federal Court and in the Superior Court of Justice; The reasonable length of the proceedings and the improper permissiveness of the appeal phase to the commencement of execution of the sentence, The delay in the execution and execution of decisions, besides producing a discredit in the state judicial system, removes the effectiveness of justice producing disastrous consequences, which can generate a potential and unnecessary social chaos; The possibility of decreeing pre-trial detention - ensuring public order; The Habeas Corpus as a legal instrument to safeguard the rights of the condemned; Comparative Law – countries*

**Keywords:** presumption of innocence, imprisonment, conviction, recourse, countries.

**Resumo:** A Prisão do Condenado antes do Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória – Introdução; A presunção de Inocência - Conceito, Origem Histórica, Breves Notas Sobre o Pensamento das Escolas Clássica e Positivista e Efeitos; A Presunção de Inocência – Convenções, Tratados, Pactos, Cartas e Declarações Internacionais - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; A Presunção de Inocência nas Constituições de Diversos Países; As Diversas Hipóteses de Prisão antes do Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória - Prisão em Flagrante, Prisão Temporária, Prisão Preventiva, Prisão Preventiva para efeito de extradição; A Prisão em Decorrência aa Sentença Penal Condenatória antes do Trânsito em Julgado - A Prisão do Condenado pelo Tribunal do Júri e antes da Interposição de Recurso, A Prisão depois da Confirmação ou Condenação pela 2ª Instância e antes do Julgamento de Eventuais Recursos Especial e Extraordinário; A Interpretação da Disposição Constitucional da presunção de inocência; Interpretação dos Princípios e Regras Constitucionais; 9. A Importância e a Necessidade da Efetividade das Decisões Judiciais - A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade; Recursos Especial e Extraordinário - Finalidades e Efeitos; O Desvio de Finalidade na Prática da Interposição dos Recursos Especial e Extraordinário; Estatística dos Julgamentos dos Recursos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, A duração razoável do processo e a indevida permissividade alargada da fase recursal para o início da execução da sentença; A demora no cumprimento e execução das decisões, além de produzir um descrédito no sistema judiciário estatal, afasta a efetividade da justiça produzindo consequências desastrosas, podendo gerar um potencial e desnecessário caos social;

A possibilidade da decretação da prisão preventiva – garantia da ordem pública; O Habeas Corpus como instrumento jurídico para salvaguardar os direitos do condenado; Direito Comparado – países

**Palavras-chave:** presunção de inocência, prisão, condenação, recurso, países.

# Índice

INTRODUÇÃO .....	8
CAPÍTULO I .....	12
1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CONCEITO, ORIGEM HISTÓRICA E EFEITOS .....	12
1.1 Conceito .....	12
1.2 Origem Histórica .....	15
1.2.1 Breves Notas Sobre o Pensamento das Escolas Clássica e Positivista .....	18
1.3. Efeitos .....	22
CAPÍTULO II .....	30
2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CONVENÇÕES, TRATADOS, PACTOS, CARTAS E DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS .....	30
2.1 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 .....	30
2.2 Declaração Universal dos Direitos do Homem .....	31
2.3 Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais .....	31
2.4 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos .....	32
2.5 Convenção Americana sobre Direitos Humanos .....	33
2.6 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia .....	34
CAPÍTULO III .....	38
3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES DE DIVERSOS PAÍSES.....	38
3.1. A Constituição dos Estados Unidos da América.....	38
3.2. A Constituição da Inglaterra.....	39
3.3. A Constituição da França.....	41
3.4. A Constituição da Alemanha .....	43
3.5. Constituição Europeia .....	44
3.6. A Constituição da Espanha.....	44
3.7. A Constituição de Portugal.....	46
3.8. A Constituição da Itália .....	46
3.9. A Constituição da Suíça .....	47
3.10. A Constituição da África do Sul .....	47
3.11. A Constituição da Venezuela.....	47
3.12. A Constituição do Paraguai .....	48
3.13. A Constituição do Peru.....	48
3.14. A Constituição do Chile .....	49
3.15. A Constituição da Argentina .....	49

3.16. A Constituição do México .....	50
3.17 A Constituição do Brasil .....	50
CAPÍTULO IV .....	52
4. AS DIVERSAS HIPÓTESES DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA .....	52
4.1. A Prisão em Flagrante .....	53
4.1.1. No Brasil .....	54
4.1.2., Em Portugal.....	55
4.2. Prisão Temporária.....	55
4.3 Prisão Preventiva .....	58
4.3.1. No Brasil .....	58
4.3.2. Em Portugal.....	63
4.4 Prisão Preventiva para Efeito de Extradicação .....	65
4.4.1. No Brasil .....	65
4.4.2. Em Portugal.....	67
CAPÍTULO V .....	70
5. A PRISÃO EM DECORRÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO .....	70
5.1. A Prisão do Condenado pelo Tribunal do Júri e antes da Interposição de Recurso.....	70
CAPÍTULO VI .....	96
6. A INTERPRETAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL QUE ESTABELECE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	96
CAPÍTULO VII .....	114
7. INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS.....	114
CAPÍTULO VIII .....	126
8. A IMPORTÂNCIA E A NECESSIDADE DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS ....	126
8.1. Proteção Eficiente e Efetividade do sistema penal.....	130
8.2. A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade .....	135
CAPÍTULO IX .....	138
9. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO - FINALIDADES E EFEITOS .....	138
9.1. Recurso Extraordinário - Finalidades .....	138
9.2. Recurso Especial - Finalidades .....	141
9.3. Recursos Extraordinário e Especial – Efeitos .....	142
CAPÍTULO X .....	148

10. O DESVIO DE FINALIDADE NA PRÁTICA DA INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO .....	148
CAPÍTULO XI .....	154
11. ESTATÍSTICAS DOS JULGAMENTOS DOS RECURSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	154
CAPÍTULO XII .....	160
12. O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA .....	160
CAPÍTULO XIII .....	170
13. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A INDEVIDA PERMISSIVIDADE ALARGADA DA FASE RECURSAL PARA O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA.....	170
13.1. A demora no cumprimento e execução das decisões, além de produzir um descrédito no sistema judiciário estatal, afasta a efetividade da justiça produzindo consequências desastrosas, podendo gerar um potencial e desnecessário caos social .....	174
CAPÍTULO XIV .....	180
14. A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA .....	180
CAPÍTULO XV .....	194
15. O HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA SALVAGUARDAR OS DIREITOS DO CONDENADO .....	194
CAPÍTULO XVI .....	202
16. DIREITO COMPARADO .....	202
16.1. Inglaterra.....	203
16.2. Estados Unidos da América.....	205
16.3. Canadá .....	208
16.4. Alemanha .....	209
16.5. França.....	211
16.6. Espanha .....	213
16.7. Argentina.....	214
16.8. Itália.....	216
16.9 Portugal.....	217
CONCLUSÃO .....	228
REFERÊNCIAS.....	242

# INTRODUÇÃO

A sociedade atual vive em uma complexa e conflituosa crise de valores morais, éticos, sociais e culturais, que acabam, por via de consequência, repercutindo no mundo jurídico e cada momento surge a necessidade da criação de novas leis, ou mesmo, não apenas da legislação, em sentido amplo, mas, também, da própria Lei fundamental, através das conhecidas Emendas Constitucionais.

Ocorre que o processo legislativo, não é simples e nem acompanha os reclames sociais, muitas vezes estimulados e fomentados pela mídia, cuja velocidade de um e de outro são completamente diferentes, o que coloca o Poder judiciário numa posição de proeminência na aplicação do direito ao caso concreto, pois, muitas vezes precisa desenvolver o conhecido princípio da mutação constitucional, a fim de que sejam abandonados os precedentes jurisprudenciais anteriores, para a adoção de um novo sentido na dicção da Lei Maior, de modo, que o texto fundamental, não fique estacionado no momento em que foi elaborado e progressivamente se vá adaptando as mudanças e aos anseios da sociedade, na busca da celeridade da tramitação processual, da duração razoável do processos, da efetividade das normas e do sistema judiciário, da segurança pública, etc., de modo que o sistema jurídico do Estado, possa, pelo menos, tentar acompanhar a velocidade com que se transforma a sociedade, inclusive, com o surgimento de novos crimes, com mecanismos sofisticados e globalizados e que demandam uma efetiva e eficaz atuação estatal, para minimizar a atuação criminosa.

De um modo geral, a criminalidade sempre está na frente das leis, pois quando se estabelece um determinado preceito legal, para se evitar a prática de determinado ilícito penal, logo surgem novos ilícitos ou diferentes formas de atuação, para tentar burlar aquela nova disposição legal.

Assim, se faz importante destacar que a mutação das interpretações jurisprudenciais, não é uma novidade jurídica e é sempre bem-vinda, acontecendo em todos os países, inclusive, naqueles afetos a sistema *common law*.

Essa mutação da interpretação, não se confunde, obviamente, com o ativismo judicial e nem mesmo transita na esfera da prática da ilegalidade dos meios

para justificar determinado fim, mas simplesmente, trazer uma interpretação mais atual e racional, de acordo com as modificações e alterações de paradigmas da sociedade, que vão surgindo ao longo do desenvolvimento social.

A presente investigação tem por objetivo examinar, os aspectos mais sensíveis, relativamente as garantias decorrentes da presunção de inocência ou de não culpabilidade, com outros princípios constitucionais, também, importantes para o equilíbrio de uma sociedade juridicamente organizada, que anseia por uma justiça, célere e efetiva e que não se permite a procrastinação desnecessária da prestação jurisdicional, já agredida pela prática de uma ação criminosa.

Nesta conformidade, esse estudo depois de conceituar a presunção de inocência, como uma questão eminentemente de natureza probatória e que foi se configurando da forma como é hoje, em razão das arbitrariedades e da presunção de culpa que normalmente acontecia na Idade média, na Inquisição, até que pela primeira vez, com a Revolução Iluminista surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que foi o primeiro texto a consignar expressamente a referida garantia.

A partir de então, em praticamente todos os documentos internacionais – Tratados, Convenções, Pactos, Cartas e Declarações, que trataram de matéria alusiva aos direitos humanos, estabeleceram em seu texto a garantia da presunção de inocência e, na sequência, as Constituições de praticamente todos os países, de forma implícita ou explícita, direta ou indireta, estabeleceram a referida garantia e em alguns casos raros, como os Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, a presunção de inocência foi integrada aos respectivos direitos interno, através de construção jurisprudencial através dos precedentes ou por adesão a documentos internacionais que previam essa garantia.

É muito interessante observar o fato de que em todos os documentos internacionais que preveem a presunção de inocência, todos eles asseguram a força dessa garantia até prova em contrário e nenhum deles estabelece que sua eficácia deve protrair no tempo até o trânsito em julgado, salvo, como, excepcionalmente, fizeram as Constituições do Brasil, Portugal e Itália, por exemplo.

Na presente investigação, foram trazidas, a título de exemplo, as mais diversas modalidades de prisão provisória – prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão preventiva para extradição e que em nenhuma delas ocorre o encarceramento do indiciado/acusado, sem praticamente nenhum juízo consistente de sua culpabilidade (exceto as prisões decorrentes da sentença condenatória), o que já caminha no sentido de demonstrar que a presunção de inocência ou de não culpabilidade, na verdade, se insere como valores de um princípio constitucional e que, portanto, deve ser ponderado com outros princípios do lado oposto, como a segurança pública, o direito à vida, a efetividade das normas e a eficácia do sistema judiciário, etc.

A presunção de inocência, indiscutivelmente, orbita na esfera da questão probatória e em nenhuma hipótese traz reflexos quanto as questões prisionais do acusado, pois a dicção do dispositivo constitucional que trata da referida garantia, diante de outras regras, também constitucionais, que tratam da prisão, não pode ser interpretado literalmente, sob pena de outros princípios perderem a sua eficácia e aplicação, já que a Lei não contém palavras inúteis.

Assim, consoante a realidade das disposições constitucionais do Brasil, apenas com uma acurada e desapaixonada interpretação sistemática e teleológica, se poderá extrair melhor sentido e abrangência da presunção de não culpabilidade, a fim de que todo o sistema possa conviver harmonicamente, sem que um princípio ou regra possa se sobrepor ou anular o outro, ou mesmo criando direitos absurdos, que afrontam a lógica e o bom senso.

No que se refere a prisão após a sentença penal condenatória, houve a diferenciação entre os processos dos crimes dolosos contra a vida, que são julgados pelo Tribunal do Júri e dos processos relativos aos crimes comuns que são julgados pelo Juízo Criminal singular. Essa separação se mostra bastante didática, porque, enquanto nos processos do Júri a dilação probatória se encerra com o veredicto soberano do Conselho de Sentença e, portanto, insuscetível de qualquer outra valoração pelo Juiz togado, ou por qualquer outro Tribunal, nos processos do crime comum, a análise e discussão probatória se encerra com o julgamento do recurso de apelação pelo 2º grau de jurisdição.

Um outro aspecto importante para o desvendar a melhor interpretação jurídica da matéria, se insere não apenas na expressa vedação dos Tribunais superiores em adentrarem na discussão quanto a matéria de fato, em decorrência da presença da preclusão *pro judicato*, que ocorre com o encerramento do julgamento pelas vias ordinárias, mas também e principalmente, porque os recursos para as instâncias superiores não têm efeito suspensivo.

As estatísticas, por outro lado, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, mostram à sociedade, que os diminutos casos de provimento desses recursos, cujas questões, na prática, bem poderiam ter sido levadas aos Tribunais superiores, através do Habeas Corpus, bem demonstram o caráter supérfluo desses recursos para justificar a postergação do início da execução da pena.

Ainda assim, na hipótese de estar ocorrendo a execução da sentença/acórdão recorrido e surgir alguma ilegalidade, inconstitucionalidade, nulidade, excesso, ou mesmo de algumas situações especiais, além do remédio heroico, antes referido, poderá ser postulada pelo condenado a imediata sustação de sua prisão, a fim de o réu aguarde em liberdade julgamentos dos recursos excepcionais.

A presente abordagem também aponta as disfunções da possibilidade quase infundável de recursos e a possibilidade sempre presente de eternização dos feitos criminais, em detrimento, inclusive da ordem pública, já que vulnerada pelo crime e pela possibilidade do surgimento de práticas reprováveis de se “fazer justiça pelas próprias mãos”, surgimento de grupos de extermínio, etc.

O Direito comparado, por sua vez, mostra que em grande parte dos países, a prisão do condenado é efetivada logo após a condenação em em primeira instância, ou no máximo quando do julgamento do recurso pelo 2º grau de jurisdição, exceto Portugal e Itália que fazem uma interpretação mais rígida da presunção de inocência.

# CAPÍTULO I

## 1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CONCEITO, ORIGEM HISTÓRICA E EFEITOS

### 1.1 Conceito

Inicialmente, se faz oportuno aduzir que o sentido jurídico do vocábulo inocência, está diretamente ligado a ausência de mácula ou de culpa, ou mesmo da ausência de pecado ou de alguém ter cometido algum ilícito ou algo contrário ao direito em seu sentido mais amplo.

WALBER CARLOS DA SILVA<sup>1</sup>, ao discorrer sobre o tema, trazendo a doutrina de Cretela Junior e Ulhoa Cintra, aduz que, *verbis*:

“O significado de presunção origina-se do latim *praesumptio*, no qual, o verbo é *praesumere*, como bem observa os notáveis, Cratela Junior e Ulhoa Cintra (1944, p. 896) ao afirmar que: “significa antecipar, tomar antes ou por primeiro, prever, imaginar previamente”. Portanto, esse termo de origem latina, significa antecipar algo que ainda não aconteceu.

Por outro lado, ainda sob a interpretação dos mesmos autores, inocência, que também provem do latim, *innocentia*, e seu significado está ligado intimamente a práticas religiosas. No campo canônico, a inocência era referida àquele que nunca pecou, ou seja, que não infringia as regras divinas, mas com o passar do tempo foi adquirindo uma significação mais filosófica influenciada pelas as ideias iluministas que incorporou uma perspectiva mais racional, na qual uma pessoa não poderia ser apontada como culpada sem antes haver uma comprovação que a incriminasse.

Ao final do século XVI e início do século XVII, o mundo pode vislumbrar uma nova era que se enunciava. Sob a influência do Movimento Iluminista surgia para o homem o sentimento de liberdade e um total desprendimento ao Estado que, até então, possuía um posicionamento controlador sobre os cidadãos. Esse governo absolutista ruía-se por completo com o advento da Revolução Francesa que veio portando a bandeira do Liberté,

---

<sup>1</sup> SILVA, Walber Carlos da. *O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/64135/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-ou-nao-culpabilidade>>. Acesso em: 01 mar.2019.

Égalité et Fraternité, consagrando assim, a Declaração dos Direitos do Homem de do Cidadão.

Já àquela época o grande filósofo italiano Césare Beccaria<sup>2</sup> aludia que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tirar-lhe a pública proteção, a menos que ele tenha violado os pactos estabelecidos”

Por conseguinte, a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, consagrou de vez o princípio da presunção de inocência trazendo expressamente no seu art. 9º, na qual, estabeleceu que, “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

TOMÁS VÍVES ANTÓN, ao proferir conferência com o título “El Proceso Penal de La Presunción de Inocencia”, afirmou que, *verbis*:

*“...La presunción de inocencia es la expresión abreviada de esse conjunto de derechos fundamentales que definen el estatuto jurídico del imputado, estatuto cuyo respeto há de ser el primer criterio rector del contenido y de la estructura del proceso penal. En esse sentido cabe hablar de un proceso penal de la presunción de inocencia: como un proceso penal que se inspira en ella como primer postulado, esto es, como momento inicial de una perspectiva en la que los derechos fundamentales del imputado pasan a ocupar el primer plano. “Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituída en Estado de Derecho”, dice el Tribunal Constitucional español “los derechos fundamentales substantivos adquieren una dimensión procedimental: Son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legitimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones>. Y esa afirmación, continúa diciendo, se aplica de modo especialmente rotundo al proceso penal en el que el Estado esgrimiendo una pretensión punitiva que, al comportar una injerencia máxima en la libertad del imputado y en el núcleo más sagrado, de sus derechos fundamentales”, exige -que el procedimiento para su eventual satisfacción sea especialmente respetuoso com tales derechos.”<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> \_\_\_\_\_. Apud BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo, WVC Editora, 2002 71).

<sup>3</sup> PALMA. Maria Fernanda. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Editora Almedina, 2004. fls. 30/31.

O Livro Verde da Comissão das Comunidades Europeias<sup>4</sup>, editado em Bruxelas, 26.4.2006, destinado a consultar os Estados-membros da EU e uniformizar os conceitos para aplicação homogênea no direito interno de cada Estado, define, para efeitos de consulta, que a presunção de inocência deve ser entendida nos seguintes termos, *verbis*:

“A "presunção de inocência" é mencionada no n.º 2 do artigo 6.º da CEDH (direito a um julgamento equitativo): "Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada" e no artigo 48.º da Carta (Presunção de inocência e direitos de defesa): “1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa. 2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.”

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”) compreende orientações respeitantes aos elementos constitutivos da presunção de inocência. Apenas a pessoa "objecto de uma acusação penal " dela pode beneficiar. Os arguidos devem ser tratados como inocentes até que o Estado, através das autoridades responsáveis pela acção penal, reúna elementos de prova suficientes para convencer um tribunal independente e imparcial da sua culpabilidade. A presunção de inocência "exige [...] que os membros de um tribunal não partam da ideia pré-concebida de que o arguido cometeu a infracção que lhe é imputada". O órgão jurisdicional não pode declarar um arguido culpado antes de estar efectivamente provada a sua culpabilidade. Um arguido não deve ser detido preventivamente excepto por razões imperiosas. Se uma pessoa for sujeita a prisão preventiva, deve beneficiar de condições de detenção compatíveis com a sua inocência presumida. O ónus da prova da sua culpabilidade incumbe ao Estado e todas as dúvidas devem ser interpretadas a favor do arguido. Este deve ter a possibilidade de se recusar a responder a quaisquer perguntas. Normalmente o arguido não deve contribuir para a sua própria incriminação. Os seus bens não devem ser confiscados sem um processo equitativo.”

LUIS FUX<sup>5</sup>, quando do, sem divergir, preleciona que, *verbis*<sup>6</sup>:

---

<sup>4</sup>PORTUGAL. O livro verde da comissão das comunidades europeias. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/DOC/?uri=CELEX:52006DC0174&from=PT>> Acesso em 04 jan.2019.

<sup>5</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal.

<sup>6</sup> STF HC 152752 fls. 262.

“Juridicamente, o conceito de “presunção” está associado ao de prova. Cuida-se de dispensar a prova de determinado fato, que se presume verdadeiro com base na sua aparência. A presunção de inocência, portanto, significa que não se exige que alguém prove que é inocente. O acusado, portanto, não pode ser obrigado a provar que é inocente, porque a inocência se presume. Cuida-se, porém, diante da unidade do Direito, de presunção *juris tantum*, ou seja: presume-se que o réu é inocente, mas admite-se prova em contrário. Daí porque parte da significação do princípio em análise liga-o à sua eficácia como regra processual, voltada a “garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 46. Ou seja: “para quebrar tal regra [da presunção de inocência], torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu” (NUCCI, 2012, p. 46).

## 1.2 Origem Histórica

Assim, não obstante a primeira positivação do instituto da presunção de inocência ter ocorrido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cuja a referia cláusula mais tarde ter sido positivada em diversas Convenções internacionais e, depois, incorporada ao direito interno de grande parte dos países, já havia discussões a seu respeito e muitos autores apontam sua origem no Direito Romano através da conhecida regra *in dubio pro reo*<sup>7</sup>, que com o passar do tempo acabou sendo enfraquecida e perdendo forças com a Inquisição da Idade Média, cujo imputado é quem passou a ter que demonstrar a sua inocência.

Com efeito, muito embora não houvesse no Direito Romano a presunção de inocência, no sentido de que o acusado não é considerado culpado até prova em contrário, o *The Corpus Iuris Civilis*, que foi elaborado por ordem do Imperador Justiniano em 529-534, é dividido em quatro partes: i) primeira parte, o *Codex*, , também chamado de *Codex Justinianus* que foi uma compilação de todas as constituições existentes do tempo de Hadrian, além do *Codex Theodosianus* and private collections such as the *Codex Gregorianus* and *Codex Hermogenianus*; ii) segunda parte, a *Pandectae* ou *Digesto*, in 533, onde foram compiladas escritas de grandes juristas romanos como Ulpiano e Paulus ; iii) terceira parte, *as*

---

<sup>7</sup> LOPES JÚNIOR. Aury. *Direito processual penal*. 9.ed. São Paulo, Saraiva, Edição 2012.

*Institutiones*), que era a legislação destinada aos estudantes e; iv) Por último, as *Novellae*, onde constavam várias leis, escritas em sua maioria em grego, *verbis*<sup>8</sup>:

*“The Corpus Iuris Civilis was issued in three parts, in Latin, under the direction of the imperial questor Tribonian at the request of Emperor Justinian in 529-534. The first part was the Codex Justinianus compiled all of the extant imperial constitutiones from the time of Hadrian. It used both the Codex Theodosianus and private collections such as the Codex Gregorianus and Codex Hermogenianus. The second part, the Digest (Digesta) or Pandects (Pandectae), was issued in 533 : it compiled the writings of the great Roman jurists such as Ulpian along with current edicts. The third part, the Institutes (Institutiones), was intended as a sort of legal textbook for law schools. Later, Justinian issued a number of other laws, mostly in Greek, which were called Novels (Novellae).”*

Assim, a *Pandectae* ou Digesto, entre outras disposições e pensamentos provenientes de grandes juristas romanos, estabelecia uma parte destinada às provas e às presunções e justamente nessa parte, surge a basilar regra do ônus da prova, no sentido de que a obrigação de fazer prova de suas alegações é de quem afirma e não de quem as nega, cuja vigência deste enunciado, vem correndo séculos e, ainda hoje, constitui uma garantia processual, positivado em inúmeras legislações mundo afora, *verbis*<sup>9</sup>:

*“22.3.0. De probationibus et praesumptionibus.*

*22.3.2*

*Paulus libro 69 ad edictum*

*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.”*

Assim, muito embora a obrigação de fazer prova das afirmações incumbe a quem alega e não a quem a nega, na verdade esse enunciado não apresenta o alcance da presunção de inocência ou de não culpabilidade, porém, guarda estreita relação com essa garantia e, portanto, é perfeitamente admissível que muitos

---

<sup>8</sup> FRANÇA. The Roman Law Library. Disponível em: <<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>>. Acesso em 04 dez.2018.

<sup>9</sup> Ibid.

considerem essa disposição constante da *Pandectae* ou Digesto, como parte do *Corpus Iuris Civilis*, um marco originário daquela presunção.

LUIGI FERRAJOLI<sup>10</sup> corroborando essa assertiva, acrescenta que, *verbis*:

“...apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse de subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semi culpabilidade e uma semi condenação a uma pena mais leve. Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: “eu não entendo”, escreveu Hobbes, “como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia.”

AURY LOPES JÚNIOR<sup>11</sup> sem divergir, aduz ainda, que, *verbis*:

“no Directorium Inquisitorum, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semi prova e isso é suficiente para uma condenação.”

CESARE BECCARIA<sup>12</sup> destaca, também, o uso da tortura em larga escala, sublinhando que, *verbis*:

“Uma crueldade que o uso consagrou na maior parte das nações é a tortura do réu enquanto se prepara o processo, quer para forçá-lo a confessar um delito, quer por ele ter caído em contradição, quer ainda para descobrir os cúmplices ou sabe-se lá por qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer, finalmente, por outros delitos de que o réu poderia ser o autor, mas dos quais não é o acusado”

CELSO DE MELLO<sup>13</sup>, traz a colação texto de renomado jurista, onde aponta que a presunção de inocência, teve sua origem remota no direito romano, com regras probatórias constantes do Digesto, na própria Bíblia – Livro de

---

<sup>10</sup>FERRAJOLI. Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

<sup>11</sup> LOPES JÚNIOR, op.cit., p.235.

<sup>12</sup> BECCARIA. Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo, WVC Editora, 2002, p. 47.

<sup>13</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Deuteronômio, sendo que, já se referia a mencionada garantia Tomás de Aquino, em sua “Suma Teológica”, afirmando que, *verbis*:

“...a um texto de Sérgio Azevedo publicado em 02/04/2018 (<https://ionline.sapo.pt>) –, que a questão da presunção de inocência, “com origem remota no direito romano, com as regras probatórias que constam do Digesto, na Bíblia – Livro de Deuteronômio – e no direito comum medieval, continua ainda hoje a ser um tema tanto fulcral como controverso no seu conteúdo e contornos. A sua consagração explícita num texto legal apenas foi conseguida com a Revolução Francesa de 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, profundamente influenciada pela obra de Beccaria (‘Dos Delitos e das Penas’, que Voltaire apelidou de ‘Código da Humanidade’), não só no pensamento jurídico europeu, mas também no pensamento jurídico norte-americano, transferindo-se esta perspectiva para alguns textos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11n. 1), o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14 n. 2), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6) e a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (art. 48 n. 1)” (grifei).

Na realidade, a presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “Suma Teológica”, constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776). A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.”<sup>14</sup>

### **1.2.1 Breves Notas Sobre o Pensamento das Escolas Clássica e Positivista**

Importante destacar, entretanto, que apesar do desenvolvimento da Humanidade e, inclusive, a positivação da presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, inspirada pelos ideais iluministas e totalmente contrária ao Absolutismo, até então dominante, logo vieram outras teorias para confrontar aqueles ideais, notadamente a Escola Positivista, que, em

---

<sup>14</sup> STF HC 152752, fls. 387/388, v. também voto Celso de Mello HC 126292, p. 80.

síntese, afirmava que competia ao acusado o ônus de provar a sua inocência, surgindo, assim, uma verdadeira guerra ideológica entre as Escolas Clássica e Positivista.

RAFAELA DA FONSECA LIMA ROCHA FARACHE<sup>15</sup>, em excelente abordagem discorrendo sobre o tema e trazendo lições de renomados juristas, aduz que, *verbis*:

“A Escola Clássica teve sua importância histórica, posto que representou uma reação aos excessos cometidos pela justiça penal da época, impondo limites ao poder de punir do estado, divergindo da ferocidade das penas corporais e infames. Esta Escola pregava a proteção às garantias individuais durante o trâmite processual e a aplicação da Pena.

Cesare Beccaria e Francesco Carrara são os principais representantes, tendo aquele escrito obra de grande valor histórico, qual seja o livro *Dos Delitos e das penas* de 1764.

No que se refere à Escola Positivista, tem como idéia cerne o fato de não mais bastar ao Direito Penal reagir contra crime, mas deve antecipar-se ao mesmo, ainda que para isso tenha que intervir na esfera de liberdade dos cidadãos.

Cesare Lombroso foi o responsável pelo início da Escola Positivista com a obra *L'uomo delinquente*, em 1876,

---

<sup>15</sup> Notas referidas pela autora. [1] NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.36-37.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p.18.

FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002. p.37.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29ed. São Paulo: Saraiva. Vol. I. 2007. p.62

“Art.11. *Everyone charged with a penal offense has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has all the guarantees necessary for his defense*”

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Revista do Advogado. AASP. N.º 42. Abril de 1994. p. 31.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.190.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. p.61.

REIS, Diego Pessoa Costa. *Presunção de inocência e liberdade de imprensa*. Recife: Bagaço, 2007, p. 59.

VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal. Coimbra: Coimbra editora. 2000. p.42-47. Mestranda em Direito pela UNIMEP-SP. *Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos - Redação e ortografia de acordo com o texto*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html>>, Acesso em 11 mar. 2019.

considerado a certidão de nascimento da Criminologia empírica científica. Sua tese arrimava-se na etiologia do crime no que se refere ao fator de ordem antropológica. No seu entendimento, havia seis grupos de delinquentes: nato (atávico), o louco moral (doente), o epilético, o louco, o casual e o passional.

Analisando as idéias das Escolas, Luiz Flávio Gomes e Antônio Molina[7] fazem a seguinte consideração:

Ao contrário da criminologia clássica, que tinha conotações com pensamento iluminista e que adotou uma postura crítica frente ao jus puniendi estatal, o positivismo criminológico carece de tais raízes liberais, é dizer, propugna por um claro antiindividualismo inclinado a criar obstáculos à ordem social, e se caracteriza ademais por sobrepor a rigorosa defesa da ordem social frente aos direitos do indivíduo e por diagnosticar o mal do delito com simplistas atribuições a fatores patológicos (individuais) que exculpam de antemão a sociedade.

Em consonância com tudo que foi dito pelos citados mestres, observa-se que a Presunção de Inocência foi angariada pela Escola Clássica, sofrendo significativa mitigação por parte da Escola Positivista.

Beccaria, na sua obra *Dos Delitos e das Penas* já dizia que “um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do Juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela foi outorgada”[8].

Enrico Ferri, representante da Escola Positivista, em contraposição a aquilo que foi mencionado pelo ilustre Beccaria, aduz que só deveria ser presumida a inocência de um indivíduo, caso se estivesse diante de meros indícios, averiguados nos procedimentos de instrução ou período preparatório do juízo[9]. Entretanto, o autor assevera que nas situações de flagrante delito ou confissão do acusado, ou em se tratando de reincidência, não caberia a presunção de inocência, ao contrário sua culpabilidade era evidente.

Além de Luiz Flávio Gomes e Molina, a autora Alexandra Vilela, portuguesa, sempre citada nos livros relativos ao presente tema, ensina as divergências entre as escolas no que se refere ao Princípio da Presunção de Inocência:

A escola positivista, e mais tarde com maior acuidade, a escola técnico-jurídica, rejeitam o princípio da presunção de inocência concebido nos moldes da doutrina clássica, baseando-se em argumentos de política criminal, revelando uma preocupação com o enfraquecimento de medidas de defesa social contra a delinquência. Daqui decorre ainda que estas escolas rejeitem qualquer instituto que possa ser relacionado com o princípio do

favor rei, uma vez que enfraqueciam a acção processual do Estado. Visa-se evitar o número de crimes punidos por falta ou insuficiência de indícios, com vista a obtenção de uma justiça penal eficaz e, ao mesmo tempo uma política criminal efectiva contra a criminalidade. (...)

Assim, enquanto a escola clássica dirige os objectivos do processo para a tutela da liberdade individual em relação ao poder punitivo do Estado, as restantes escolas, preocupadas com o enfraquecimento daquele poder, constroem o processo penal destinado a reprimir a criminalidade verificando-se nelas uma propensão para um Estado forte e autoritário[10].”

CELSO DE MELLO, sem dissentir e retratando, igualmente, o conflito entre as Escolas Clássica e Positivista, afirma que, *verbis*:

“Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da doutra lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 12/17, 1991, Saraiva), que esse conflito ideológico entre o valor do princípio democrático, que consagra o primado da liberdade, e o desvalor do postulado autocrático, que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal: a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram, no entanto, os adeptos da Escola Positiva, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, finalmente, a refletir o “espírito do tempo” (“Zeitgeist”) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, responsáveis, entre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção segundo a qual não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de VINCENZO MANZINI (“Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) reflete, com exatidão, essa posição nitidamente autocrática, que repudia “A chamada tutela da inocência” e que vê, na “pretendida presunção

de inocência”, algo “absurdamente paradoxal e irracional” (“op. cit.”, p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.”<sup>16</sup>

### 1.3. Efeitos

O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, traz a ideia intrínseca de que não cabe ao imputado provar sua inocência, mas sim que esse ônus cabe ao Órgão acusador, o qual por acaso não consiga fazer a prova de suas alegações incriminadoras, diante da presunção de inocência, se impõe a absolvição do réu, sendo certo, ainda, que decorre da referida presunção direta ou indiretamente, inúmeras outras garantias processuais, sempre voltadas ao processo, notadamente, a questão probatória.

GILMAR MENDES <sup>17</sup>, discorrendo sobre os efeitos da garantia da presunção de inocência, notadamente no que se refere a sua direta interligação com a matéria probatória, afirma que, *verbis*:

“A presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio. Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal e possui quatro básicas funções: (a) limitação à atividade legislativa; (b) critério condicionador das

---

<sup>16</sup> STF HC 126292, fls. 82/84.

<sup>17</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal.

interpretações das normas vigentes; (c) critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente); (d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador. , ao se manifestar no julgamento do STF.’<sup>18</sup>

LUIZ FUX, corroborando o entendimento da estreita ligação entre a presunção de inocência ou de não culpabilidade com a matéria processual de cunho eminentemente probatório, salienta que, *verbis*:

“é importante considerar que o princípio da presunção de inocência – ou de não culpabilidade – tem como raiz histórica a superação dos abusos do processo inquisitorial, no qual era o acusado quem deveria provar sua inocência.

Com efeito, durante a Idade Média, sempre que não houvesse provas da prática criminosa, procedia-se ao uso da ordália como prova judicial: submetia-se o acusado a testes extremos, aos quais somente triunfaria mediante intervenção divina, que era então interpretada como um sinal de sua inocência. Caso sucumbisse ao teste, estava selada sua culpa. Atualmente, o quadro é absolutamente diverso. A garantia de um processo justo, em que o acusado é considerado inocente até o trânsito em julgado da condenação, é resguardada por todo um conjunto de normas constitucionais, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e a vedação da tortura – à qual a Constituição Federal reconheceu a qualidade de crime inafiançável (art. 5º, XLIII) – e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). No plano infraconstitucional, a presunção de inocência exige a atribuição do ônus da prova à acusação, impede que o silêncio seja interpretado como sinônimo de culpa e garante o exercício do direito de defesa, que se manifesta sempre depois da acusação e tem ao seu dispor todo um instrumental recursal e de writs que eliminam a possibilidade de arbítrio ou ilegalidade por parte das autoridades que intervêm no curso do processo.”<sup>19</sup>

LUIZ FUX prossegue, ainda, afirmando que, *verbis*:

“Considera-se a presunção de inocência um “desdobramento do princípio do devido processo legal, no qual são assegurados o contraditório, a ampla defesa e que ninguém seja privado de sua

---

<sup>18</sup> STF HC 152752 fls. 139.

<sup>19</sup> STF HC 152752 fls. 262/265.

liberdade sem o devido processo legal (artigo 5º, LIV e LV, da CF/88)” (SCHMITT, Ricardo Augusto.

Prisões provisórias: espécies, natureza e alcance. In: MOREIRA, Rômulo (Org.). Leituras complementares de processo penal. Salvador: Editora Jus Podium, 2008, p. 327/342). O princípio da presunção de inocência, como regra processual, desdobra-se em dois aspectos distintos: 1) regra de tratamento, em que a pessoa deve ser considerada inocente durante todo o decorrer do processo, até que haja o trânsito em julgado da condenação; e 2) regra probatória, incumbindo à acusação o ônus de produzir provas lícitas e cabais, suficientes para alterar a qualidade inicial de inocente para a de culpado. Em resumo, “o princípio da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante ao banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar, etc.” (GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processual penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 114). Conseqüentemente, a melhor interpretação do princípio da presunção de inocência é a que garante ao acusado da prática criminosa os seguintes direitos: 1) não ser obrigado a produzir prova de sua inocência nem a submeter-se a procedimentos voltados a produzir prova contra si mesmo, até o trânsito em julgado da condenação; 2) não ser obrigado a se recolher à prisão para interpor recursos; e 3) direito à absolvição em caso de dúvida razoável quanto à verossimilhança da acusação formulada, não se podendo interpretar em desfavor do acusado o silêncio da defesa ou a ausência de prova de que o réu é inocente.”<sup>20</sup>

CELSO DE MELLO, em outra manifestação e sem divergir, acrescenta que, *verbis*:

“O fato indiscutivelmente relevante, no domínio processual penal, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica a formulação, seja por antecipação ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo, assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade,

---

<sup>20</sup> STF HC Cit., fls. 267/268.

o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado.

Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, em sede processual penal, de idoneidade jurídica. Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade. É sempre importante advertir, na linha do magistério jurisprudencial e em respeito aos princípios estruturantes do regime democrático, que, “Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal” (RT 165/596, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO – grifei).

Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer comportamento estatal transgressor do dogma segundo o qual não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (RT 690/390 – RT 698/452-454).<sup>21</sup>

ELLEN GRACIE<sup>22</sup>, discorrendo sobre a importância do princípio da presunção de inocência, traz a colação uma curiosa sátira da crônica literária da antiga União Soviética, referente ao encontro de uma lebre com uma doninha, que bem ilustra a ausência da garantia da não culpabilidade ou da presunção de inocência, *verbis*:

“Segundo entendo, a prática da doutrina da presunção de inocência há de corresponder a um compromisso entre (1) o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado (acusador e juiz). Longe estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Naquele tempo, nem tão distante, mas felizmente superado, o recolhimento à prisão era a regra. A simples suspeita levantada contra alguém podia levá-lo à prisão por tempo indefinido. Foi este o uso, por exemplo, na França pré-revolucionária, onde o encarceramento, mais que uma política de

---

<sup>21</sup> STF HC 126292, fls. 91/92.

<sup>22</sup> Ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal.

controle da criminalidade, servia como hábil método de coerção sobre a vontade de devedores relapsos e até mesmo de filhos rebeldes. A rica literatura da época nos oferece excelentes relatos a esse respeito.

Mais recentemente, o direito soviético também optou por esse “privilégio da acusação”, e a crônica literária, ainda aqui, nos dá conta das violações de direitos decorrentes. No campo mais ameno da sátira, é conhecida a história da lebre que, ao cruzar a fronteira da ex-URSS, encontrou-se com uma doninha. Esta lhe perguntou: “Por que você está fugindo?” Diz a lebre: “Mandaram prender todos os camelos.” E a outra, atônita: “Mas você não é um camelo!” “Claro”, remata a lebre, “mas como é que eu faço para provar isso?” O Ministro Celso de Mello, no brilhante voto proferido no HC 73.338, lembrou que entre nós o Estado Novo “com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, criou para o réu a obrigação de provar a sua própria inocência.” Ora, se aos simples acusados, o direito de então não resguardava do encarceramento, menos ainda aos condenados em processos conduzidos muitas vezes sem oportunidade para o contraditório e o exercício efetivo do direito de defesa....

Entendo que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova (CF, art. 5o, LIV). 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. Por isso mesmo, o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação. 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.”<sup>23</sup>

CELSONO de MELLO, em oportuna lembrança, sublinha momentos autoritários, com resquícios inquisitoriais, que o Brasil viveu, sob a égide do Estado Novo, quando foi editado o Decreto-lei nº 88/37, onde estabelecia expressamente

---

<sup>23</sup> STF HC 84078, fls. 1170/1171.

que “presumia-se provada a acusação, cabendo ao réu a prova em contrário, ou seja, caberia ao réu o ônus de provar a sua inocência, *verbis*:

“Lembro-me de que, no passado, sob a égide autoritária do Estado Novo, editou-se o Decreto-lei nº 88/37, que impunha ao acusado o dever de provar, em sede penal, que não era culpado !!!

Essa regra legal – como salientei no julgamento do HC 83.947/AM, de que fui Relator – consagrou uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente, o Ministério Público, nos processos por delitos contra a segurança nacional, de demonstrar a culpa do réu.

O diploma legislativo em questão, com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação de o réu provar a sua própria inocência!!!

Com efeito, o art. 20, n. 5, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, estabeleceu, nos processos por delitos contra a segurança do Estado, uma regra absolutamente incompatível com o modelo democrático, como se vê da parte inicial de seu texto: “presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário (...)” (grifei).

É por isso que o Supremo Tribunal Federal tem sempre advertido que as acusações penais não se presumem provadas, pois – como tem reconhecido a jurisprudência da Corte – o ônus da prova referente aos fatos constitutivos da imputação penal incumbe, exclusivamente, a quem acusa.

Isso significa que não compete ao réu demonstrar a sua própria inocência. Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, em plenitude, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos da própria imputação penal pertinentes à autoria e à materialidade do delito (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.<sup>24</sup>

Por outro lado, se faz oportuno destacar, que não basta que a presunção de inocência ou de não culpabilidade esteja presente em documentos internacionais,

---

<sup>24</sup> STF HC 126292, fls. 90/91.

constituições políticas e no sistema processual penal dos diversos países, cuja a origem remonta aos tempos mais longínquos, se não for dada a ela a efetiva compreensão dentro do sistema jurídico onde se pretenda aplicá-la, pois não se pode conceber que uma garantia de tamanha importância, não tenha a devida atenção dos operadores do direito e não passe de um mero cliché sem qualquer aplicabilidade.

MARIA FERNANDA PALMA<sup>25</sup>, prelecionando sobre o “O Problema Penal do Processo Penal”, faz uma crítica que muitas vezes tem absoluta procedência e a presunção de inocência acaba por não passar de palavras vazias constantes do sistema judiciário, *verbis*:

“O Processo Penal real, diferentemente do da literatura, não tem, no entanto, grandes possibilidades de cumprir essa função por duas razões fundamentais: uma excessiva formalização da presunção de inocência transfigurada por vezes em cliché e que nunca corresponde a uma presunção de que se não é culpado mas apenas de que se não é autor e um quadro legal em que a culpabilidade é praticamente esvaziada e reduzida a um Juízo negativo de valor.

No Processo Penal, só se discute, verdadeiramente, a não confirmação da culpa inerente ao facto ilícito. O arguido tem principalmente de demonstrar que não é culpado e raramente o tribunal tem oportunidade e condições de analisar a culpa do arguido como problema central.

Este sistema, porém, só se legitima no pressuposto de uma inerente censurabilidade ética prévia indiscutível do facto ilícito – o que acontecerá em crimes do núcleo clássico como os homicídios, ofensas corporais, roubos, etc., mas é imensamente discutível nas áreas novas do Direito Penal...

“São, na verdade, duas dimensões que devem ser separadas. No que respeita à prática dos factos, há, sobretudo, uma tendência difícil de controlar: a ausência de todas as condições processuais para proteger o arguido de uma pré-condenação. Essa ausência traduz-se em uma falta de meios processuais capazes de evitar o julgamento e de impedir a estigmatização do arguido. Exemplo dessa falta é a conjugação já rejeitada pelo Tribunal Constitucional, da impossibilidade de recurso do indeferimento pelo juiz de diligências probatórias solicitadas pelo arguido e do despacho da pronúncia, bem como a fraqueza do contraditório (por exemplo, no interrogatório do arguido) ou os excessivos condicionamentos do acesso aos autos. A isto acresce a

---

<sup>25</sup> Professora da Faculdade de Direito de Lisboa, Juíza do Tribunal Constitucional.

dificultação processual do exercício de um direito à contra-estigmatização através de limitações impostas ao arguido sujeito a medidas de coacção mais graves quanto à promoção pública positiva da sua imagem.

No que se refere à culpa propriamente dita, a presunção de inocência há-de ter de se exprimir num nível mais complexo, abrindo o Processo Penal concreto ao chamado diálogo de culpa em que os critérios de autoritarismo moral não devem ter lugar bem como as concepções niveladoras e massificadoras da responsabilidade que anulam a dialéctica entre a responsabilidade colectiva e a social. A presunção processual da inocência sem uma base de Direito Penal de culpa suficientemente intensa é um mero roteiro formal que assegura apenas o ónus da prova do poder punitivo quanto à autoria dos factos. Uma concepção substantiva da presunção de inocência remeteria, porém, o Processo Penal para aquele lugar que lhe é assinalado por PAUL RICOEUR<sup>26</sup> Aí, o grande filósofo europeu enuncia os pressupostos da desmitificação da acusação implicadas no pensamento contemporâneo.<sup>27</sup>

A crítica é absolutamente pertinente e não há como se discordar, no entanto, importante também acrescentar que dar efetiva e plena eficácia do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, não afasta que essa garantia seja vista juntamente com outros princípios constitucionais que também são caros à sociedade em geral e a própria organização política do Estado, notadamente a efetividade do sistema judiciário, pois havendo conflito entre princípios caberá aos operadores do direito, se valerem do mecanismo de freios e contrapesos e, assim, fazer uma interpretação sistemática com outras normas, além da ponderação dos valores de cada um dos princípios em aparente conflito, de modo que um não se sobreponha ao outro ou retire a sua aplicabilidade, já que sabidamente a lei não contém palavras inúteis.

Assim, todos os princípios constitucionais poderão ter sua devida importância no sistema político vigente de determinado Estado e conviverem em plena harmonia, o que não aconteceria com uma simples e isolada interpretação literal.

---

<sup>26</sup> Démythiser l'accusation. Ensaio inserido em *Le conflit des interprétations – essais d'hermeneutique*, Paris, 1969, pp.330 a 346.

<sup>27</sup> PALMA. Maria Fernanda, op. cit., fls. 46/47.

## CAPÍTULO II

### 2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CONVENÇÕES, TRATADOS, PACTOS, CARTAS E DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS

#### 2.1 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Assim, depois de longos anos de vigência das barbaridades da Inquisição e dos regimes políticos absolutistas, em 1789, surgiu, com os ideais iluministas e “considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral”, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Essa Declaração repercutiu por todo o mundo ocidental e ainda hoje é lembrada como um marco das garantias e liberdades individuais, assim como foi o primeiro texto a positivar a presunção de inocência, *verbis*:

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>28</sup>

“Artigo 9º

Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.”

---

<sup>28</sup> BRASIL. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)> – Acesso em:.25 jan. 2019.

## **2.2 Declaração Universal dos Direitos do Homem**

Após esse valoroso instrumento de liberdades e garantias (Declaração francesa de 1789), em 1948 e depois de superadas as duas sangrentas e dramáticas guerras mundiais, com as atrocidades relatadas pela História, foi proclamada, através da Assembleia Geral da ONU – Organização das Nações Unidas, a também e sempre lembrada, Declaração Universal dos Direitos do Homem, “como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.”

Importante acrescentar, que essa Declaração não apenas manteve as garantias e direitos individuais consagrados na Declaração francesa de 1789, como acrescentou outras garantias, também, importantes à sociedade em geral, *verbis*:

### **Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>29</sup>**

#### **“Artigo 11º**

1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”

## **2.3 Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**

No mesmo sentido e também inspirado pela Declaração Universal, os Estados-membros do Conselho da Europa, reunidos em Roma, em 4 de novembro de 1950, decidiram editar a Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e

---

<sup>29</sup>BRASIL, op. cit., nota 28.

das Liberdades Fundamentais, onde também destaca em seu art. 6º, entre outras garantias, a presunção de inocência, *verbis*:

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>30</sup>

“ARTIGO 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei...

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

#### **2.4 Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos**

Com a finalidade de dar plena eficácia a Carta das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, os Estados-Signatários resolveram celebrar o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos<sup>31</sup>, estabelecendo inúmeras e diversas garantias, entre as quais e mais uma vez, a presunção de inocência, destacando, preambularmente que, *verbis*:

“...de acordo com os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo constituem o fundamento do reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis. Reconhecendo que estes direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, não se pode realizar o ideal do ser humano livre, gozando das liberdades cíveis e políticas, libertos do terror e da miséria, a menos que se criem condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos cíveis e políticos, assim como dos seus direitos económicos, sociais e culturais,

---

<sup>30</sup> PORTUGAL. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em:

<[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention\\_por.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf)> Acesso em: 01 mar.2019.

<sup>31</sup> PORTUGAL. *Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos*. Disponível em: <[http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2\\_pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf)>. Acesso em: 01 mar.2019.

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades humanos,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres quanto aos outros indivíduos e à comunidade a que pertence, tem a obrigação de se esforçar pela consecução e observância dos direitos reconhecidos neste Pacto”,

#### Artigo 14º

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil.....

Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei....”

## 2.5 Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Do mesmo modo, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, Costa Rica, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, foi assinada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica<sup>32</sup>, onde restou afirmado que, *verbis*:

“Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

“Os Estados americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

---

<sup>32</sup> BRASIL. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 01 mar.2019.

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos;

....

#### Artigo 8. Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

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

## **2.6 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**

Por fim, em 1999, o Conselho Europeu considerou oportuno consagrar numa Carta os direitos fundamentais em vigor ao nível da UE, de forma a conferir-lhes uma maior visibilidade.

A Carta foi formalmente adotada em Nice, em dezembro de 2000, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão e, em dezembro de 2009, a Carta tornou-se juridicamente vinculativa para a UE com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, tendo agora o mesmo valor jurídico que os Tratados da UE.

A citada Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (A Carta) reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da UE e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos países da UE, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades

Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela UE e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Conferindo, assim, visibilidade e clareza aos direitos fundamentais. A Carta, cria, por conseguinte, segurança jurídica dentro da UE.

Ademais, a referida Carta é aplicável às instituições europeias no respeito pelo princípio da subsidiariedade, não podendo de modo algum alargar as competências e as funções que lhes são conferidas pelos Tratados. A Carta é igualmente aplicável aos países da UE sempre que apliquem a legislação da UE.

Assim, se algum dos direitos corresponder aos direitos garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, esses direitos deverão ter um sentido e âmbito de aplicação iguais aos determinados pela convenção, embora a legislação da UE possa prever uma proteção mais abrangente, *verbis*:

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>33</sup>

“Artigo 48º

Presunção de inocência e direitos de defesa

1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.”

GILMAR MENDES, prelecionando sobre a presunção de inocência salienta que a referida garantia muito embora não esteja prevista expressamente em nem todos documentos internacionais, aqueles que a preveem contemplam a inocência até que seja provada a culpa e não a partir do trânsito em julgado da condenação do acusado, destacando, ainda que nos países que adotam o sistema *common law*, cujos julgamentos se dividem na fase do veredito (*verdict*) e de aplicação da pena (*sentencing*), sendo que na primeira, é deliberado acerca da culpa do implicado, enquanto na segunda, caso tenha sido declarada a culpa, passa-se à fase seguinte, de escolha e quantificação das penas, *verbis*:

---

<sup>33</sup> PORTUGAL. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em 05 mar. 2019.

“Como reforço, acrescenta-se que uma análise do direito comparado permite verificar que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante. Nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade. Em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Disposições semelhantes são encontradas no direito francês (artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), canadense (seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e russo (artigo 49 da Constituição). Todas 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. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, interpretando o dispositivo da Convenção Europeia, afirma que a presunção pode ser tida por esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância. Alguns países, notadamente os do sistema “common law”, dividem os julgamentos nas fases de veredito (verdict) e de aplicação da pena (sentencing). Na primeira, é deliberado acerca da culpa do implicado. Se declarada a culpa, passa-se à fase seguinte, de escolha e quantificação das penas. No caso *Matijašević v. Serbia*, n. 23037/04, julgado em 19.9.2006, o Tribunal reitera já longa jurisprudência no sentido de que, declarada a culpa na fase de veredito, o dispositivo não mais se aplica. Ou seja, com a declaração da culpa, cessa a presunção, independentemente do cabimento de recursos.”<sup>34</sup>

Nessa conformidade, a partir da Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em praticamente todas as Convenções, entre outros documentos internacionais (Tratados, Pactos, Cartas) sobre direitos humanos e garantias individuais, aparece positivada a presunção de inocência, que de uma forma implícita ou mesmo explícita, direta ou indiretamente, passou a afetar e a incorporar ao direito interno de todas as nações ocidentais.

---

<sup>34</sup> STF HC152752, fls. 69/70.

Por outro lado, muito embora a presunção de inocência ou de não culpabilidade esteja sempre presente nos mais diversos documentos internacionais, jamais se apontou que a referida garantia processual deve ter aplicação até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. De fato, *ex vi* de todos aqueles documentos que vinculam o direito interno de cada Estado-membro signatário, a presunção de inocência deve ter aplicação até que venha prova da culpabilidade do acusado e não da respectiva decisão condenatória, muito menos do seu trânsito em julgado.

## CAPÍTULO III

### 3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES DE DIVERSOS PAÍSES

Inspirados nas diversas Convenções e Pactos internacionais que se sucederam após a Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, grande parte dos países ocidentais trouxeram seus ideais para suas respectivas Constituições.

#### 3.1. A Constituição dos Estados Unidos da América

Importante desde logo destacar que a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, surgiu em 1787, decorrente do movimento de independência e, portanto, anterior aos ideais iluministas da Revolução Francesa e da própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, conforme já mencionado, foi a primeira vez em que a garantia da presunção de inocência foi positivada. Assim, a Carta norte-americana, não sofreu as influências daquele estatuto e, conseqüentemente, não previu a presunção de inocência em seu texto.

No entanto, posteriormente, apesar de a Constituição norte-americana, não ter previsto a garantia da presunção de inocência, essa garantia passou a incorporar o direito interno estadunidense, como princípio fundamental do processo penal por decisão jurisprudencial, pela primeira vez, no caso envolvendo *Coffin v. US*.

Com esse julgamento, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América passou a considerar que o princípio da presunção de inocência é basilar, axiomático, indubitável, sendo um pilar da fundação do Direito Processual Penal, que se identifica com um meio de prova a favor do acusado que cabe à acusação afastar, para além de uma dúvida razoável.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> (Como aliás se refere no Acórdão *Estelle v. Williams*, embora o Acórdão *Coffin v. US* seja genericamente o marco histórico nesta matéria, a formulação mais antiga na jurisprudência conhecida é do General Court of Massachusetts Bay Colony em 1657 – “in the eye of the law every

Importante destacar que a partir de então, os Estados Unidos nunca mais se afastaram do aludido princípio universal e básico, que acabou sendo reforçado com maior imperatividade ao direito interno, com as Diversas Convenções, Declarações e Pactos internacionais, dos quais essa nação é signatária.

### 3.2. A Constituição da Inglaterra

Na verdade, o Reino Unido não dispõe de uma constituição escrita, a exemplo do que ocorre em outros países, entretanto, a Magna Carta de 1215 *Magna Charta Libertatum*, de João Sem Terra, na sua posterior versão de 1225, é o considerado o primeiro estatuto inglês, que foi revisto várias vezes, de modo a garantir amplos direitos a um número cada vez maior de pessoas, sendo certo que, ainda hoje, aquele estatuto político ainda sobrevive de forma introdutória e esparsa no atual direito inglês.

Necessário assinalar, que na referida Magna Carta<sup>36</sup> já surgiam umas das mais importantes garantias individuais do direito inglês à época, *verbis*:

*“39. No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.”*<sup>37</sup>

*“40. To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice.”*<sup>38</sup>

---

man is honest and innocent, unless it be proved legally to the contrary “, apud, QUINTARD-MORENAS, “The Presumption of Innocence in French and Anglo-American Legal Traditions “, American Journal of Comparative Law. Vol. 58, Issue 1 (2010), p. 131), referido por Cláudia Marina Verdial Pina na dissertação - *A Presunção de Inocência nas Fases Preliminares do Processo Penal: Tramitação e Actos Decisórios* – Disponível em:<[https://run.unl.pt/bitstream/10362/16492/1/Pina\\_2015.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/16492/1/Pina_2015.pdf)>, Acesso em 12 jan.2019.

<sup>36</sup> INGLATERRA. *The Magna Carta (The Great Charter)*. Disponível em:<<https://www.constitution.org/eng/magnacar.pdf>>. Acesso em: 12 jan.2019.

<sup>37</sup> Em tradução livre: "Nenhum homem livre será levado, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de qualquer jeito destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, exceto pelo julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra."

<sup>38</sup> Em tradução livre: "A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça."

Assim, apesar de a ausência no Reino Unido de uma Lei Fundamental em sentido formal, nem por isso a referida garantia da presunção de inocência não está assegurada em seu ordenamento jurídico.

De fato, a presunção de inocência estabelecida doutrinariamente como elemento do Common Law não resulta expressamente dos seus textos legais fundamentais, no entanto veio a ser incorporada no Reino Unido, por construção jurisprudencial, a partir do julgamento entre *Woolmington v. DPP*.

Assim, muito embora a a presunção de inocência no Reino Unido, não tenha surgido das normas escritas, com o julgamento do caso *Woolmington v. DPP.*, por força dos precedentes, a referida garantia passou a incorporar o direito interno.

CLÁUDIA MARINA VERDIAL PINA<sup>39</sup>, prelecionando sobre esse precedente, destaca em suas precisas lições que, *verbis*:

“Quanto ao Acórdão *Woolmington v. DPP*, que aprecia um caso de homicídio, a Câmara dos Lordes 21 , estabeleceu que a presunção de inocência é o fio dourado que atravessa a teia do Direito britânico, correspondendo este ao dever da acusação de provar a culpa para além de uma dúvida razoável, não cabendo ao acusado convencer o júri da sua inocência. Conclui o acórdão que, caso a prova apresentada pela acusação e pela defesa não seja suficiente para formar a convicção do Júri, para além de uma dúvida razoável, deve o acusado ser absolvido e nenhuma outra conclusão é possível, independentemente da gravidade do crime.....a presunção de inocência é um princípio basilar das respectivas ordens jurídicas em processo penal, segundo o qual todo o cidadão se presume inocente enquanto esta presunção não for afastada por meios de prova, apresentados pela acusação, a quem cabe provar a culpa e afastar todos os argumentos que não sejam absurdos e improváveis.

Salienta-se porém que, ao contrário do que uma análise superficial pudesse levar a entender, os sistemas jurídicos anglo-saxónicos não têm por fonte apenas a jurisprudência mas também a Lei e que esta tem vindo a impor limites ao princípio da

---

<sup>39</sup> PINA. Cláudia Marina Verdial. *A Presunção de Inocência nas Fases Preliminares do Processo Penal: Tramitação e Actos Decisórios* - Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito - Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa Disponível em: -<[https://run.unl.pt/bitstream/10362/16492/1/Pina\\_2015.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/16492/1/Pina_2015.pdf)>, Acesso em 15 jan.2019.

presunção da inocência nos termos acima estabelecidos, mediante a criação, que terá de se cingir a limites estritos de proporcionalidade e necessidade e quanto a crimes de menor gravidade, de exceções legais à concepção geral de que o ónus da prova em Direito Penal cabe apenas à acusação.

Em suma, perante o sistema jurídico anglo-saxónico, a matéria do princípio da presunção de inocência encontra-se interligada com o princípio do processo equitativo e ao direito a um julgamento justo, ligada à prova e respectivo ónus, transferindo-se esta perspectiva para alguns textos internacionais como se pode observar nos textos da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>25</sup>, art. 11.º nº 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 14.º nº 226, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 6.º e na recente Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, art. 48.º nº 1, possuindo por excelência aplicação apenas em sede de julgamento. Pode assim afirmar-se que tal perspectiva é alheia à forma como o suspeito é tratado em momento prévio ao julgamento e à própria obtenção da prova, reportando-se tão só à apreciação dos indícios reunidos em julgamento, maxime perante o Júri instruído pelo Juiz a respeitá-la, sob pena de anulação do julgamento, destinando-se a garantir ao acusado um julgamento justo e a contrabalançar o imenso poder do Estado perante o indivíduo.”

### **3.3. A Constituição da França**

Não obstante a excepcionalidade própria das Constituições de países anglo-saxões, decorrentes do sistema *common law*, nomeadamente dos Estados Unidos da América do Norte e do Reino Unido, grandes partes dos países ocidentais positivaram em suas respectivas Constituições a presunção de inocência.

Do mesmo modo, a atual Constituição francesa com a reforma de 2008, não previu expressamente a presunção de inocência em seu texto-base, não obstante de forma histórica e até mesmo mais enfática, se reportou logo no primeiro parágrafo de sua parte preambular, a vigência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, reforçando, inclusive, expressamente, ao preambulo da Constituição de 1946, onde já estabelecia aquela Declaração de Direitos de 1789, especialmente no que toca aos direitos humanos e a soberania, restando, desse modo inserido em seu texto, a presunção de inocência; *verbis*:

“Constitution<sup>40</sup>

*Préambule*

*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.”<sup>41</sup>*

“Constitution de 1946<sup>42</sup>

*Préambule*

*Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.”<sup>43</sup>*

---

<sup>40</sup> FRANÇA. Texte intégral en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Disponível em: <[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/constitution/constitution.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf)> Acesso em 15 jan. 2019.

<sup>41</sup> Em tradução livre: Preâmbulo O povo francês proclama solenemente o seu compromisso com os direitos humanos e os princípios da soberania nacional, conforme definido pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como com os direitos e deveres definidos na Carta Ambiental de 2004. Em virtude desses princípios e da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios ultramarinos que expressam a vontade de aderir a eles instituições novas fundadas sobre o ideal comum de liberdade, de igualdade e de fraternidade, e concebido com o propósito da sua evolução democrática.

<sup>42</sup> FRANÇA. Constitutions. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>> Acesso em 15 jan.2019.

<sup>43</sup> Em tradução livre: “Preâmbulo da Constituição de 27 De outubro De 1946 1. No dia seguinte à vitória conquistada pelos povos livres sobre os regimes que tentaram dominar e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama novamente que qualquer ser humano, sem distinção de raça, de religião nem de crença, possui direitos inalienáveis e consagrados. Reafirma solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração dos direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.” Disponível em: <[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf)> Acesso em: 15 jan.2019.

### 3.4. A Constituição da Alemanha

A Constituição alemã, por sua vez, também não se preocupou em positivar expressamente a presunção de inocência, entretanto se tem entendido, que a conjugação dos arts. 1e 25, com as Convenções, Tratados e Pactos Internacionais dos quais a Alemanha é signatária e que preveem aquela garantia, notadamente *ex vi* do disposto no art. 6º, II, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a presunção de inocência passou a integrar a ordem constitucional positiva do sistema jurídico alemão; *verbis*:

#### Constituição da Alemanha

“Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

#### Artigo 2 [Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

#### Artigo 25 [Preeminência do direito internacional]

As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepoem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal.<sup>744</sup>

---

<sup>44</sup> PORTUGAL. Constituição Alemã. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em 18 jan.2019.

GILMAR MENDES, se referindo a Constituição alemã (Lei Fundamental) afirma que, *verbis*:

“A presunção de inocência não está prevista expressamente na Lei Fundamental. Ela corresponde, porém, à convicção geral associada ao Estado de Direito e integra a ordem positiva da RFA por força do disposto no art. 6º., II, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.”<sup>45</sup>

Ademais, importante aduzir, ainda, consoante a doutrina de Javier Llobet Rodriguez Ll.M., embora a presunção de inocência não conste expressamente no texto a Constituição da República alemã, tal enunciado está previsto em diversas Constituições Estaduais.<sup>46</sup>

### 3.5. Constituição Europeia

Por outro lado, em 29 de outubro de 2004, na cidade de Roma, foi assinado o texto do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, cuja publicação ocorreu no Jornal Oficial da União Europeia, em 16 de dezembro de 2004 (Série C, n.º 310).

Constituição Europeia

“Artigo II-108º

Presunção de inocência e direitos de defesa

1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.
2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.”<sup>47</sup>

### 3.6. A Constituição da Espanha

A Constituição espanhola, por seu turno, muito embora preveja aquela garantia não o fez de forma tão clara como acontece em outros ordenamentos

---

<sup>45</sup> STF HC 84.078 fls. 1195.

<sup>46</sup> RODRIGUEZ. Javier llobet. *La Presunción de Inocencia y la Prisión Preventiva – (según doctrina alemana)*, Revista de Derecho Procesal. N. 2, Madri: Eredersa, p. 550.

<sup>47</sup> PORTUGAL. *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*. Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe\\_pt.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf)> Acesso em 23 jan.2019.

jurídicos, también contempla expressamente a presunção de inocência, conforme se pode observar pelo respectivo texto, *in verbis*:

*“CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*

*Artículo 24*

*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales com el ejercicio de sus derechos e inocência 45 legítimos, sin que, com ningún caso, pueda producirse indefensión.*

*Asimismo, todos tienen derecho al Juez inocência predeterminado por la ley, a la defensa y a la inocência45a de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a com inocência público sin dilaciones indebidas y com todas las inocência, a utilizar los inocên de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocência.”<sup>48</sup>*

---

<sup>48</sup> “(Sinopsis artículo 24 Título I. De los derechos y deberes fundamentales Concordancias: Artículos 53, 117, 118, 119, 120, 161, 162. Sinopsis La presunción de inocencia "ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos lo poderes públicos y que es de aplicación inmediata" (STC 31/1981). Estamos por tanto ante una presunción de la denominadas *iuris tantum*. Esto significa que toda persona se presume su inocencia hasta que no quede demostrada su culpabilidad. Es una presunción que por tanto admite prueba en contrario, pero lo relevante es que quien acusa es quien tiene que demostrar la culpabilidad, el acusado pues no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte. La carga de la prueba es así de quien acusa. La presunción de inocencia se basa en dos principios claves: primero, el de la libre valoración de la prueba, que corresponde efectuar a jueces y Tribunales por imperativo del artículo 117.3 CE; segundo, para desvirtuar esta presunción es preciso que se den medios de prueba válidos y lícitamente obtenidos utilizados en el juicio oral, dando siempre lugar a la defensa del acusado (SSTC 64/1986 y 82/1988). En resumen, siguiendo el fundamento jurídico noveno de la STC 124/2001: "en definitiva, nuestra doctrina está construida sobre la base de que el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones. En palabras de la ya citada STC 81/1998 (F. 3) la presunción de inocencia opera... como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable". Se pueden citar también las SSTC 117/2002, 35/2006 y 1/2010. Concluye el artículo 24.2 con una exclusión específica al deber constitucional de colaborar con la justicia que contempla el artículo 118 CE. El fundamento de la exclusión es doble, por un lado no obligar a declarar contra un familiar por el evidente condicionamiento que el parentesco produce, por otro, la salvaguarda del derecho al secreto profesional que disfrutan los abogados, médicos, sacerdotes, etc. Téngase presente que los periodistas tiene reconocido su derecho al secreto profesional específicamente en el artículo 20.1. d) CE. Realmente la exclusión del artículo 24.2 in fine no contempla un derecho o un mandato al legislador, parece lo más acertado, a tenor de la redacción empleada por los constituyentes, que estamos ante una simple habilitación para que el legislador regule esta materia, y la regule respetando los términos y las limitaciones que el propio constituyente marca en el artículo citado. Entre la muy abundante bibliografía sobre el contenido de este artículo se ha procurado hacer una selección básica y significativa. Sinopsis realizada por: David Ortega Gutiérrez, Profesor Titular. Universidad Rey Juan Carlos. Diciembre 2003. Actualizada por Ángeles González Escudero,

### 3.7. A Constituição de Portugal

A Constituição da Portuguesa, semelhante a outras Cartas Fundamentais estabeleceu diversas garantias e liberdades individuais, entre as quais e expressamente a presunção de inocência.

“Constituição da República Portuguesa<sup>49</sup>

Artigo 32.º

(Garantias de processo criminal)

O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.

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.”

### 3.8. A Constituição da Itália

A Constituição italiana dispendo sobre a matéria, estabelece a garantia da presunção de inocência, mas dispôs em seu texto no sentido que o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva, *verbis*:

*COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA*

“Art. 27

*La responsabilita ` penale e ` personale.*

*L'imputato non e ` considerato colpevole sino alla condanna definitiva.”<sup>50</sup>*

---

*Letrada de las Cortes Generales. Enero, 2011”*)”Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>> Acesso em 02 fev.2019.

<sup>49</sup> PORTUGAL. Constituição Federal. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>50</sup> Em tradução livre – *O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva.* Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>> Acesso em:01 fev.2019.

### 3.9. A Constituição da Suíça

Do mesmo modo, a Constituição Suíça garante claramente a presunção de inocência, só que apenas até o julgamento com a consequente condenação do réu, *verbis*:

“CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA CONFEDERAÇÃO SUÍÇA DO 18 DE ABRIL DE 1999<sup>51</sup>

Título II: Direitos fundamentais, cidadania e objectivos sociais  
Capítulo I: Direitos fundamentais

Art. 32º Processos penais

1 Toda pessoa é considerada inocente, até a condenação com a causa julgada.”

### 3.10. A Constituição da África do Sul

Igualmente, a Constituição da África do Sul, também, positiva em seu texto, o referido princípio da presunção de inocência de forma bastante clara, *verbis*:

“*CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1996*<sup>52</sup>

*CHAPTER 2*

*BILL OF RIGHTS (ss 7-39)*

*35 Arrested, detained and accused persons*

*(3) Every accused person has a right to a fair trial, which includes the right-*

.....

*(h) to be presumed innocent, to remain silent, and not to testify during the proceedings;”*

### 3.11. A Constituição da Venezuela

A Constituição da República da Venezuela, no mesmo sentido, também prevê expressamente em seu texto, a mencionada garantia da presunção de inocência, nos seguintes termos, *verbis*:

---

<sup>51</sup>PÓRTUGAL. *Constituição Federal da Confederação Suíça*. Disponível em: <[https://www.ccisp-newsletter.com/wp\\_docs/Bundesverfassung\\_PT.pdf](https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf)>, Acesso em 15 fev.2019.

<sup>52</sup>AFRICA DO SUL. *Constitution of the republic of South Africa* Disponível em:<<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1996-108.pdf>>, Acesso em 15 fev.2019.

*“CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA<sup>53</sup>*

*Capítulo III*

*De los Derechos Civiles*

*Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:*

*2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.”*

### **3.12. A Constituição do Paraguai**

A Constituição paraguaia, no mesmo sentido, estabelece expressamente a presunção de inocência, como uma garantia constitucional, *verbis*:

*“CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY, 1992<sup>54</sup>*

*Artículo 17 - DE LOS DERECHOS PROCESALES*

*En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:*

*1. que sea presumida su inocencia;”*

### **3.13. A Constituição do Peru**

A Carta Política peruana, igualmente, assegura entre os direitos fundamentais, o basilar princípio da presunção de inocência, *verbis*:

*“CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERU DE 1993<sup>55</sup>*

*Artículo 2. - Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho:*

*.....*

*24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*

*e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”*

---

<sup>53</sup> VENEZUELA. *Constitución de la República bolivariana de Venezuela*. Disponível em: <[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp\\_ven-int-const.html](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html)>, Acesso em 15 fev.2019.

<sup>54</sup> PARAGUAY. *Constitución Política de la república do Paraguay*. Disponível em: <[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp\\_pry-int-text-const.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf)> Acesso em: 15 fev.2019.

<sup>55</sup> PERU. *Constitución Política del Peru*. Disponível em: <[https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion\\_1993.pdf](https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf)>, Acesso em: 15 fev.2019.

### 3.14. A Constituição do Chile

A Constituição chilena também prevê expressamente a presunção de inocência, porém, utiliza uma expressão inversa, ou seja, ao invés de presumir a inocência do imputado, nega a presunção da responsabilidade penal, sugerindo que a responsabilidade penal precisa ser provada, o que na prática corresponde, ainda que de uma forma obliqua, a decantada presunção de inocência, *verbis*:

*CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE CHILE*<sup>56</sup>

*“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*3°....*

*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.”*

Por outro lado, reforçando esse entendimento, o Código processo penal chileno, dispôs claramente sobre a presunção de inocência, espancando e esgotando, assim, qualquer discussão a respeito da inusitada norma constitucional, *verbis*:

*"CODIGO PROCESAL PENAL*<sup>57</sup>

*Libro Primero*

*Disposiciones generales*

*Título I*

*Principios básicos*

*Artículo 4°.- Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”*

### 3.15. A Constituição da Argentina

A Constituição Argentina, por seu turno, apesar de não ter tratado expressamente da presunção de inocência em seu texto básico e nem mesmo nas reformas constitucionais, cuja a derradeira aconteceu no ano de 1994, estabelece

---

<sup>56</sup> CHILE. Constitución Política de la república de Chile <[https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Chile.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf)> Acesso em: 15 fev.2019.

<sup>57</sup> CHILE. Código Procesal Penal. Disponível em: <[https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma\\_plana?org=&idNorma=176595](https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=176595)> Acesso em: 15 fev.2019.

uma norma genérica, reconhecendo as garantias e direitos decorrentes de Tratados internacionais, o que, obviamente, traz para o direito interno daquele país a referida garantia, *verbis*:

*“CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA<sup>58</sup>*

*Artículo 31- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859.”*

### **3.16. A Constituição do México**

A Constituição mexicana, por sua vez, reconhece expressamente a presunção de inocência de toda pessoa acusada, *verbis*:

*“CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS<sup>59</sup>*

*ARTÍCULO 20.*

*B. De los derechos de toda persona imputada:*

*I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;”*

### **3.17 A Constituição do Brasil**

Finalmente, a Constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, devido a diversidade de inúmeros direitos e garantias estabelecidos, também previu a presunção de inocência, mas optando pelo emprego da expressão de que “ninguém será considerado culpado” e, exatamente por isso, fala-se em presunção de não culpabilidade e não em presunção de inocência, como dispôs grande parte das Constituições internacionais, *verbis*:

---

<sup>58</sup> ARGENTINA. Constitución Política de la Argentina. <[https://es.wikisource.org/wiki/Constitución\\_de\\_la\\_Nación\\_Argentina\\_\(1994\)](https://es.wikisource.org/wiki/Constitución_de_la_Nación_Argentina_(1994))> Acesso em: 15 fev.2019

<sup>59</sup> MEXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em:<[http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo\\_2014\\_constitucion.pdf](http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf)> Acesso em 15 fev.2019.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL<sup>60</sup>

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo I

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

LVII. ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Assim, além dessas Constituições enunciadas exemplificativamente, existem muitas outras Cartas políticas de diversas nações, que se preocuparam em positivar a presunção de inocência em seu texto, enquanto que outras, preferiram adotar essa garantia por remissão a outros textos internacionais, sendo certo, entretanto, que de uma forma ou de outra, implícita ou explicitamente, praticamente todos os países ocidentais adotaram a presunção de inocência ou de não culpabilidade em seu ordenamento jurídico interno, de modo que, em decorrência desse basilar princípio, cabe sempre ao Estado fazer a prova da imputação que é dirigida ao réu e em nenhuma hipótese se presume a culpa do indiciado/acusado, ou seja, não compete ao arguido provar a sua inocência - *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Desse modo, se o Órgão acusador não provar as suas imputações, a solução devida é a absolvição do acusado.

---

<sup>60</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

## CAPÍTULO IV

### 4. AS DIVERSAS HIPÓTESES DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Com efeito, apesar de praticamente todos os países ocidentais, de uma forma ou de outra terem aderido, implícita ou explicitamente, a presunção de inocência (ou de não culpabilidade), prevista em tratados, pactos ou convenções internacionais, ou mesmo em suas respectivas Constituições, na verdade, nunca se olvidou sobre a possibilidade da custódia do indiciado ou imputado, antes da sentença penal condenatória, seja cautelarmente, ou até mesmo após o *decisum* condenatório, ainda que recorrível, conforme acontece em grande parte dos países ocidentais.

Para tanto, porém, se faz oportuno mostrar, a título de exemplo, que em todas as hipóteses que se faz necessária a prisão do imputado/indiciado antes das sentença condenatória final, não há necessidade de provas quanto a culpabilidade do imputado e, conseqüentemente, que fique afastada a presunção de inocência, pois em praticamente todas as legislações, bastam indícios da autoria do crime imputado e as vezes, até mesmo simples suspeitas de autoria ou da prática do crime, obviamente, para se minimizar a possibilidade de ocorrer um erro judiciário, muito embora essa possibilidade, aparentemente, crie uma situação especiosa, quando se coloca alguém presumidamente inocente no cárcere com tão superficiais elementos de prova.

Essa situação, já demonstra que o princípio da presunção de inocência não é absoluto e, portanto, deve ser interpretado a luz de outros princípios e regras constitucionais, de modo que não fique desconfigurado o sistema político e judiciário de determinado país.

Aliás, muitas vezes esses indícios, isto é, esse começo de prova, sem um juízo maior de certeza ou de forte probabilidade do cometimento de um crime, é o

suficiente para justificar o encarceramento provisório (cautelar) do indiciado/acusado, sendo certo, inclusive, que muitas vezes essa prisão é decretada pelo juiz, antes mesmo do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e, portanto, sequer iniciada a ação penal.

Assim, sem adentrar em outras discussões referentes aos demais requisitos exigíveis para cada espécie de prisão provisória, o que fugiria do tema do presente estudo, importa sublinhar que no Brasil, assim, como em praticamente todos os países, que têm a previsão da presunção de inocência em seu sistema processual penal, existem diversas formas de custódia antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como por exemplo a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão preventiva para extradição, bem como a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Necessário destacar, que a prisão para efeito de expulsão ou deportação, antes prevista na Lei nº 6.815/80, foi abolida pela nova Lei de Migração Brasileira – Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que não previu nenhum tipo de custódia para essas hipóteses, muito embora, em outros países ainda subsista essa espécie de prisão, como Portugal, por exemplo, onde se encontra presente a possibilidade da decretação da prisão preventiva para efeito de expulsão, conforme o Art. 202º. 1 f) do Código de Processo Penal Português.

Assim, em nenhuma daquelas situações que se permite a prisão, há necessidade de se aguardar a preclusão ou o trânsito em julgado do respectivo *decisum* para o seu efetivo cumprimento, muito embora se tem entendido, que no caso do réu condenado em 1ª instância, somente poderá ser recolhido ao cárcere em decorrência de sua condenação, após a confirmação da sentença pelo 2º grau de jurisdição e o respectivo trânsito em julgado, o que longe de ser uma regra entre os mais diversos países, já que, excepcionalmente, apenas alguns poucos, admitem a possibilidade da execução da pena, após a formação da coisa julgada.

#### **4.1. A Prisão em Flagrante**

#### 4.1.1. No Brasil

A prisão em flagrante no Brasil, ocorre quando o indivíduo está praticando o crime, acaba de cometê-lo, é perseguido ou é encontrado logo após a prática do delito, consoante estabelece o at. 302<sup>61</sup> e segs. do Código de Processo Penal, *verbis*:

“Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

...

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005)

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.”

Desse modo, a simples leitura do § 1º antes mencionado, já se pode perceber que mesmo na prisão em flagrante, uma das modalidades de prisão cautelar e, obviamente, antes da sentença penal condenatória, que uma das condições para o recolhimento do indiciado (conduzido) ao cárcere é a presença de fundada suspeita contra o conduzido de que ele seja o autor da infração penal.

---

<sup>61</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>. Acesso em: 16 jan. 2019.

#### **4.1.2., Em Portugal**

Em Portugal, igualmente, o Código de Processo Penal Português<sup>62</sup>, também se preocupa, entre outros requisitos, com a existência de indícios da prática de crime para a lavratura do respectivo auto de prisão em flagrante, *verbis*:

“Artigo 256.º

Flagrante delito

1 - É flagrante delito todo o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer.

2 - Reputa-se também flagrante delito o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar.

3 - Em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar.”

Assim, em ambos os países, cuja redação dos respectivos dispositivos legais é bem semelhante, há sempre presente uma preocupação com o preso, nomeadamente se foi ele ou se pelo menos existe um mínimo de probabilidade de que tenha sido o autor da prática delituosa.

#### **4.2. Prisão Temporária**

No caso da prisão temporária, a regra é que, além de outros requisitos exigíveis a decretação da medida (incisos I e II da lei de regência), também existam fundadas razões da autoria ou de participação do indiciado nos crimes taxativamente elencados na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, *verbis*:

“Lei nº 7960/89

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

---

<sup>62</sup> PORTUGAL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>. Acesso em: 16 jan. 2019.

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);<sup>63</sup>
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);<sup>64</sup>
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);<sup>65</sup>
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.<sup>66</sup>

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do

---

<sup>63</sup> (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940).

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> Idem.

<sup>66</sup> (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016).

Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.”

Oportuno ressaltar, que se a hipótese versar sobre crime considerado hediondo, o prazo previsto na referida lei, que é de apenas 5 dias, prorrogável por igual período, é estendido para 30 dias, prorrogável pelo mesmo prazo, conforme dicção da Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, *verbis*:

“Lei nº 8.072/90

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994)<sup>67</sup>

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);<sup>68</sup>

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;<sup>69</sup>

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);<sup>70</sup>

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);<sup>71</sup> IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);<sup>72</sup>

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);<sup>73</sup>

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

---

<sup>67</sup> (Vide Lei nº 7.210, de 1984).

<sup>68</sup> (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015).

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994).

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> Idem.

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);<sup>74</sup>

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);<sup>75</sup>

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).  
(Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).<sup>76</sup>

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).<sup>77</sup>

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados.<sup>78</sup>

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.”<sup>79</sup>

Assim, facilmente se pode perceber, que nessa modalidade de prisão cautelar, também se encontra presente a necessidade de um mínimo de provas de que o indiciado seja o autor ou partícipe da ação delituosa, para que seja levado ao cárcere.

### **4.3 Prisão Preventiva**

#### **4.3.1. No Brasil**

No que se refere a prisão preventiva no direito brasileiro, o Código de Processo Penal estabelece no Art. 312 que a prisão preventiva poderá ser decretada

---

<sup>74</sup> (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994).

<sup>75</sup> (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

<sup>76</sup> (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998).

<sup>77</sup> (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014).

<sup>78</sup> (Redação dada pela Lei nº 13.497, de 2017).

<sup>79</sup> (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007).

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, além de estabelecer outras regras relativas a essa forma de prisão cautelar. Poderá, também, ser decretada a custódia cautelar do indiciado ou acusado, quando as medidas cautelares não detentivas se mostrarem insuficientes ou quando estas tenham sido descumpridas pelo agente, *verbis*:

“Art. 312. 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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV -<sup>80</sup>

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente

---

<sup>80</sup> (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

Do mesmo modo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil, independentemente de qualquer princípio constitucional, especialmente o da presunção de inocência ou da não culpabilidade, tem admitido todas as modalidades de prisão provisória previstas na legislação pátria, com a preocupação, sempre presente, de haver indícios mínimos e suficientes de autoria do crime em apuração.

Assim, apenas para exemplificar, eis algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS MANEJADO NO STF CONTRA DECISÃO DO STJ EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NÃO CABIMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em habeas corpus cabível o recurso extraordinário previsto no art. 102, III, da Constituição Federal, e não o manejo de novo recurso ordinário, como no presente caso, o que conduz a seu não conhecimento. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a prisão preventiva quando as circunstâncias concretas da prática do crime revelam o risco à ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus não conhecido.”<sup>81</sup>

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUGA DOS RÉUS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. 1. A periculosidade do agente, aferida pelo modus operandi na prática do crime, consubstancia situação concreta a autorizar a prisão preventiva para garantia da

---

<sup>81</sup> (STF - RHC: 123002 MS, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 30/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014).

ordem pública. 2. Fuga dos réus após a decretação das prisões temporárias, a evidenciar nítida intenção de frustrar a aplicação da lei penal. Segregação cautelar justificada. Ordem indeferida.<sup>82</sup>

CELSO DE MELLO, muito embora não admita mais a prisão por força de sentença condenatória recorrível, conforme sua manifestação no julgamento do STF HC nº 152.752<sup>83</sup> alterando, desse modo, diametralmente suas posições anteriores, continua aceitando sem qualquer objeção a prisão cautelar, *verbis*:

“...cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétrea, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então, em razão de seu novo “status poenalis”, a ostentar a condição de culpado.

Cumpra também esclarecer, ainda, por necessário, que a presunção de inocência não impede a imposição de prisão cautelar, em suas diversas modalidades (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão resultante de decisão de pronúncia e prisão fundada em condenação penal recorrível), tal como tem sido reiteradamente reconhecido, desde 1989, pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal:

“PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO- - CULPABILIDADE – GARANTIA EXPLÍCITA DO IMPUTADO – CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS – COMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL. – O princípio constitucional da não-culpabilidade, que sempre existiu, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo, impede que se atribuam à acusação penal conseqüências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação irrecorrível. Trata-se de princípio tutelar da liberdade individual, cujo domínio mais expressivo de incidência é o da disciplina jurídica da prova. A presunção de não-culpabilidade, que decorre da norma inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição, é meramente relativa (‘*juris tantum*’). Esse princípio, que repudia presunções contrárias ao imputado, tornou mais intenso para o órgão acusador o ônus substancial da prova. A regra da não-culpabilidade – inobstante o seu relevo – não afetou nem suprimiu a decretabilidade das diversas espécies que assume a prisão cautelar em nosso direito positivo. O instituto da

---

<sup>82</sup> (STF - HC: 100899 SP, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 02/02/2010, Segunda Turma, Data de Public.30-04-2010).

<sup>83</sup> STF HC nº 152.752.

tutela cautelar penal, que não veicula qualquer idéia de sanção, revela-se compatível com o princípio da não-culpabilidade.”<sup>84</sup>

“PRISÃO PROCESSUAL. NÃO A IMPEDE O ART. 5º, ITEM LVII, DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o disposto no item LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao dizer que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, não revogou os dispositivos do Código de Processo Penal que preveem a prisão processual.”<sup>85</sup> (HC 67.841/SC, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 05/04/1991 – grifei)

“PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO- - CULPABILIDADE E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – COMPATIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL, DESDE QUE SE EVIDENCIE A IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXCEPCIONAL. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir o princípio constitucional da não-culpabilidade, desde que a privação da liberdade do sentenciado – satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes – encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. Precedentes. – A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado o direito de (sempre) recorrer em liberdade, pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao ‘status libertatis’ do réu, estabelece, em seu Artigo 7º, nº 2, que ‘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’, admitindo, desse modo, a possibilidade de cada sistema jurídico nacional instituir os casos em que se legitimará, ou não, a privação cautelar da liberdade de locomoção física do réu ou do condenado. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal – embora admitindo a convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a presunção constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro – tem advertido sobre a necessidade de estrita observância, pelos órgãos judiciários competentes, de determinadas exigências, em especial a demonstração – apoiada em decisão impregnada de fundamentação substancial – que evidencie a imprescindibilidade, em cada situação ocorrente, da adoção da

---

<sup>84</sup> HC 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989.

<sup>85</sup> HC 67.841/SC, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 05/04/1991 – grifei).

medida constritiva do 'status libertatis' do indiciado/réu, sob pena de caracterização de ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual.<sup>86</sup>

Importante grifar, que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase processual, antes do trânsito em julgado, ou seja, i) antes da denúncia, ainda na fase do inquérito; ii) depois de oferecida a denúncia, no curso da ação penal propriamente dita e; iii) até mesmo depois da sentença e a qualquer momento antes do trânsito em julgado, mostrando assim, que essa modalidade de prisão, não desafia a presunção de inocência e ostenta caráter nitidamente e provisório. Da mesma forma que a prisão preventiva e outras modalidades de prisão, aquela decorrente de sentença penal condenatória antes de transitar em julgado, também apresenta caráter nitidamente provisório, isto é, tanto uma como quaisquer outras podem ser revogadas a qualquer tempo e de acordo com as circunstâncias que por ventura estiverem ocorrendo em cada caso, o que será visto no curso do presente.

#### **4.3.2. Em Portugal**

Em Portugal, o instituto da prisão preventiva, em linhas gerais, não é diferente e, da mesma forma que no Brasil, também, apresenta a possibilidade da decretação da prisão cautelar preventiva, nas diversas fases da persecução penal, depois de afastadas ou descumpridas as medidas de coação alternativas à prisão, sempre que houver fortes indícios de prática de crime.

#### **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS<sup>87</sup>**

“Artigo 202.º

Prisão preventiva

1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva quando:

- a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos;
- b) Houver fortes indícios de prática de crime doloso que corresponda a criminalidade violenta;

---

<sup>86</sup> HC 89.754/BA, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

<sup>87</sup> PORTUGAL, op. cit., nota 62.

c) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de terrorismo ou que corresponda a criminalidade altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;

d) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de ofensa à integridade física qualificada, furto qualificado, dano qualificado, burla informática e nas comunicações, receptação, falsificação ou contrafacção de documento, atentado à segurança de transporte rodoviário, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;

e) Houver fortes indícios da prática de crime doloso de detenção de arma proibida, detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos ou crime cometido com arma, nos termos do regime jurídico das armas e suas munições, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;

f) Se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.

2 - Mostrando-se que o arguido a sujeitar a prisão preventiva sofre de anomalia psíquica, o juiz pode impor, ouvido o defensor e, sempre que possível, um familiar, que, enquanto a anomalia persistir, em vez da prisão tenha lugar internamento preventivo em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento análogo adequado, adoptando as cautelas necessárias para prevenir os perigos de fuga e de cometimento de novos crimes.”

Oportuno ressaltar que, em relação a prisão preventiva, diferentemente do que acontece no Brasil, a República Portuguesa foi até mais longe, permitindo a prisão cautelar, quando se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.

Ademais, da mesma forma como se exige no Brasil, a lei Portuguesa estabelece as condições para aplicação das medidas, cujos requisitos gerais para a aplicação de medida de coação (prisão preventiva) se encontram elencadas no art. 204 da Lei Adjetiva Penal Portuguesa, *verbis*:

“Artigo 204.<sup>o88</sup>

Requisitos gerais

---

<sup>88</sup> PORTUGAL, op. cit., nota 62.

Nenhuma medida de coacção, à excepção da prevista no artigo 196.º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida:

- a) Fuga ou perigo de fuga;
- b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou
- c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.”

Nessa conformidade, salta aos olhos que também no caso da prisão preventiva, houve sempre a preocupação do legislador, em não levar para o cárcere uma pessoa que não tenha sido, pelo menos o autor ou partícipe da infração penal, evitando, assim, erros judiciários, que às vezes e por diversas razões podem ocorrer.

No entanto, mesmo assim, jamais se obstaculizou a possibilidade da decretação das medidas cautelares à prisão, como forma de efetivação da justiça criminal, em detrimento da presunção de inocência que, na verdade, são situações diferentes e que não se confundem, eis que enquanto a primeira diz respeito a prisão em suas diversas modalidades, a segunda se refere as garantias processuais no que diz respeito à prova.

#### **4.4 Prisão Preventiva para Efeito de Extradicação**

##### **4.4.1. No Brasil**

Sabidamente, a extradicação é uma das formas de cooperação judiciária internacional na qual se solicita ou se entrega a um Estado estrangeiro de pessoa contra quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução do processo, conforme disposições da Lei nº 13.445/2017, *verbis*:

“Lei de Migração – Lei nº 13.445/17<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> BRASIL. Lei nº 13.445/2017 24 De maio de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

Art. 81. A extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.

§ 1º A extradição será requerida por via diplomática ou pelas autoridades centrais designadas para esse fim.

§ 2º A extradição e sua rotina de comunicação serão realizadas pelo órgão competente do Poder Executivo em coordenação com as autoridades judiciárias e policiais competentes.”

Ademais, o pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro, pode se iniciar com alegação de urgência e o consequente requerimento de prisão cautelar, com o objetivo de assegurar a exequibilidade da medida de extradição e, após efetivada a prisão do extraditando, o pedido será encaminhado à autoridade judiciária competente para prosseguimento do processo de extradição, *verbis*:

“Art. 84. Em caso de urgência, o Estado interessado na extradição poderá, previamente ou conjuntamente com a formalização do pedido extradicionário, requerer, por via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, prisão cautelar com o objetivo de assegurar a exequibilidade da medida de extradição que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, deverá representar à autoridade judicial competente, ouvido previamente o Ministério Público Federal.

§ 1º O pedido de prisão cautelar deverá conter informação sobre o crime cometido e deverá ser fundamentado, podendo ser apresentado por correio, fax, mensagem eletrônica ou qualquer outro meio que assegure a comunicação por escrito.

§ 2º O pedido de prisão cautelar poderá ser transmitido à autoridade competente para extradição no Brasil por meio de canal estabelecido com o ponto focal da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) no País, devidamente instruído com a documentação comprobatória da existência de ordem de prisão proferida por Estado estrangeiro, e, em caso de ausência de tratado, com a promessa de reciprocidade recebida por via diplomática.

§ 3º Efetivada a prisão do extraditando, o pedido de extradição será encaminhado à autoridade judiciária competente.<sup>90</sup>

Na verdade, nesse caso, a justiça brasileira assim como a de outros países, se atém aos aspectos formais do pedido e a certeza da identidade física do extraditando, não questionando aspectos de direito interno das medidas eventualmente adotadas pelo Estado Requerente.

#### 4.4.2. Em Portugal

Com efeito, da mesma forma como no Brasil, além de diversos requisitos e condições para o processo de extradição, a lei portuguesa também não adentra nos aspectos de direito interno do país Requerente, limitando-se a análise dos aspectos formais do pedido e a identidade física do extraditando e, em nenhum momento, tanto em Portugal quanto no Brasil, há questionamentos sob provas, presunção de inocência, etc., junto ao Estado Requerente, *verbis*:

“Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto<sup>91</sup>

TÍTULO II

Extradição

CAPÍTULO I

Extradição passiva

SECÇÃO I

Condições da extradição

Artigo 31.º

Fim e fundamento da extradição

1 - A extradição pode ter lugar para efeitos de procedimento penal ou para cumprimento de pena ou medida de segurança privativas da liberdade por crime cujo julgamento seja da competência dos tribunais do Estado requerente.

2 - Para qualquer desses efeitos, só é admissível a entrega da pessoa reclamada no caso de crime, ainda que tentado, punível

---

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> PORTUGAL. . Disponível em: <  
[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=295&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=295&tabela=leis) > Acesso em 18 fev.2019.

pela lei portuguesa e pela lei do Estado requerente com pena ou medida privativas da liberdade de duração máxima não inferior a um ano.

3 - Se a extradição tiver por fundamento vários factos distintos, cada um deles punível pela lei do Estado requerente e pela lei portuguesa com uma pena privativa de liberdade e se algum ou alguns deles não preencherem a condição referida no número anterior, pode também conceder-se a extradição por estes últimos.

4 - Quando for pedida para cumprimento de pena ou medida de segurança privativas da liberdade, a extradição pode ser concedida se o tempo por cumprir não for inferior a quatro meses.

5 - O disposto nos números anteriores é aplicável, com as devidas adaptações, à cooperação que implique a extradição ou a entrega de pessoas às entidades judiciárias internacionais a que se refere o n.º 2 do artigo 1.º deste diploma.

6 - O disposto no presente artigo não obsta à extradição quando sejam inferiores os limites mínimos estabelecidos em tratado, convenção ou acordo de que Portugal seja parte.

.....

#### Artigo 38.º

##### Detenção provisória

1 - Em caso de urgência, e como acto prévio de um pedido formal de extradição, pode solicitar-se a detenção provisória da pessoa a extraditar.

2 - A decisão sobre a detenção e a sua manutenção é tomada em conformidade com a lei portuguesa.

3 - O pedido indica a existência do mandado de detenção ou decisão condenatória contra a pessoa reclamada, contém um resumo dos factos constitutivos da infracção, com indicação do momento e do lugar da sua prática, e refere os preceitos legais aplicáveis e os dados disponíveis acerca da identidade, nacionalidade e localização daquela pessoa.

4 - Na transmissão do pedido observa-se o disposto no artigo 29.º

5 - A detenção provisória cessa se o pedido de extradição não for recebido no prazo de 18 dias a contar da mesma, podendo, no entanto, prolongar-se até 40 dias se razões atendíveis, invocadas pelo Estado requerente, o justificarem.

6 - A detenção pode ser substituída por outras medidas de coacção, nos termos previstos no Código de Processo Penal.

7 - O disposto no n.º 5 não prejudica nova detenção e a extradição, se o pedido for ulteriormente recebido.

8 - O pedido de detenção provisória só pode ser atendido quando não se suscitarem dúvidas sobre a competência da autoridade requerente e contiver os elementos referidos no n.º 3.

Artigo 39.º

Detenção não directamente solicitada

É lícito às autoridades de polícia criminal efectuar a detenção de indivíduos que, segundo informações oficiais, designadamente da INTERPOL, sejam procurados por autoridades competentes estrangeiras para efeito de procedimento ou de cumprimento de pena por factos que notoriamente justifiquem a extradição.”

Assim, em todos esses casos de prisão provisória, citados a título de exemplo, não há necessidade de se adentrar sobre a discussão sobre a presunção de inocência ou de não culpabilidade, o que, aliás, é a regra, em praticamente todos os países, mesmo porque, a questão da culpabilidade ou não é de índole probatória e não de encarceramento provisório do indiciado/imputado.

# CAPÍTULO V

## 5. A PRISÃO EM DECORRÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

### 5.1. A Prisão do Condenado pelo Tribunal do Júri e antes da Interposição de Recurso

Importante desde logo frisar que no Brasil, a competência do Tribunal do Júri do Brasil e as diretrizes básicas referentes ao seu funcionamento estão previstas entre os direitos e garantias fundamentais, no inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição da República<sup>92</sup>, *verbis*:

“Art. 5º

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;”

Necessário fazer uma pequena digressão sobre o funcionamento do Tribunal do Júri no Brasil, o qual é composto por um juiz togado que o preside e sete jurados leigos que decidem quanto a matéria de fato. Terminado os debates em plenário, o juiz-presidente formula os quesitos de acordo com as teses acusatórias e da defesa, que deverão ser respondidos sigilosamente pelos jurados. Em seguida, recolhidos os jurados incomunicáveis em “sala secreta”, sob a presidência do juiz e a fiscalização do Ministério Público, da parte assistente de acusação, se houver e do advogado do réu, são tomados os votos dos jurados relativamente aos quesitos que lhes foi formulado. Terminada a votação dos quesitos e de acordo com o veredito do Conselho de Sentença (jurados) tomado majoritariamente, passa então

---

<sup>92</sup> BRASIL, op. cit., nota 60.

o juiz a proferir a sentença, aplicando o direito aos fatos reconhecidos pelo Júri, retornando todos a sala das sessões, onde a sentença é lida para o réu publicamente.

Desse modo, a matéria de fato, como autoria e materialidade, por exemplo, é reservada, com exclusividade, à apreciação dos jurados e nem mesmo o juiz de 1ª instância é permitido apreciar a referida matéria fática. Assim, como a presunção de inocência se refere a matéria probatória, a partir da do veredito dos jurados, nenhum outro Órgão ou instância do Poder Judiciário poderá se contrapor aquilo que foi decidido pelo Júri.

O recurso para a superior instância (recurso de apelação) nos processos do Júri é restritíssimo e em nenhuma hipótese o Tribunal de 2º grau, bem como qualquer outro de outras instâncias, como o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, poderão apreciar ou valorar a matéria de prova, que se encontra encerrada com o veredito dos jurados.

Consoante se depreende pela leitura do art. 593<sup>93</sup>, inciso III do Código de Processo Penal, somente há possibilidade de recurso das decisões do Tribunal do Júri, em 4 hipóteses e a única que se refere propriamente a decisão dos jurados é a alínea d do citado dispositivo legal, *verbis*:

“Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.”

Com efeito, excetuando a parte referente a decisão dos jurados, o Tribunal *ad quem*, poderá alterar, modificar ou corrigir a fundamentação e mesmo a decisão

---

<sup>93</sup> BRASIL, op. cit., nota 61.

do juiz-presidente, no entanto com relação ao que foi decidido pelos jurados, ou seja, a matéria de fato, o Tribunal de 2º grau, poderá, no máximo, caso entenda, que a decisão é manifestamente contrária a prova dos autos, dar provimento ao recurso para sujeitar o réu a novo julgamento, ficando assim, vedada, em homenagem a garantia constitucional da soberania dos veredictos, qualquer possibilidade da instância recursal adentrar em discussões referentes a prova que foi decidida pelo Júri. Desse modo, caso venha ocorrer outro julgamento pelo Tribunal do Júri e por ventura o Conselho de Sentença insista em decidir da mesma forma como havia decidido anteriormente, não será mais possível, pelo mesmo motivo, uma segunda apelação. Os parágrafos do mencionado dispositivo legal, especialmente o terceiro parágrafo, bem esclarecem essa situação, *verbis*:

“Art. 593.

“§ 1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal ad quem fará a devida retificação.

§ 2º Interposta a apelação com fundamento no III, c, deste artigo, o tribunal ad quem, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança.

§ 3º Se a apelação se fundar no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.<sup>94</sup>”

Nessa conformidade, facilmente se pode concluir que com a decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, fica totalmente afastada a presunção de inocência ou de não culpabilidade, já que o Tribunal do Júri, quando valorou as provas e proferiu seu veredito, que resultou na condenação do acusado, atuou legitimamente e em absoluta harmonia com praticamente todos os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, entre os quais, a sempre lembrada Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não havendo mais espaço tanto probatório quanto jurídico, para se discutir por via recursal qualquer situação que

---

<sup>94</sup> BRASIL, op. cit., nota 61.

envolva matéria de fato, isto é, a própria presunção de inocência ou de não culpabilidade.

Assim, aguardar o julgamento do esgotamento da via recursal junto aos Tribunais superiores, ou mesmo a decisão relativa ao recurso de apelação junto a 2ª instância, que em nenhuma hipótese podem reverter a matéria fática, é protelar indevidamente e sem qualquer objetividade, o cumprimento da sentença penal condenatória, em detrimento da credibilidade e da efetividade do provimento judicial, pois é inconcebível, que após o réu ser julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, cujas penas são elevadas e podem mesmo alcançar trinta anos de reclusão, saia em liberdade pela porta da frente do Tribunal que lhe condenou, ao lado de familiares da vítima, do Juiz, do promotor e dos próprios jurados que o condenaram, causando uma indevida situação de constrangimento e até de medo para alguns.

Ademais, se é verdade que é possível ao réu discutir outras questões na esfera recursal, como nulidades, erros, etc., nada impede que seja interposto o recurso cabível, sendo certo, entretanto, que também é verdade que essas questões não dependem da interposição de recurso junto a esfera recursal para serem apreciadas, pois sabidamente, pela natureza das questões, que são de direito, poderá ser impetrado Habeas Corpus que apresenta o mesmo alcance e muitas vezes até maior, e com muito maior celeridade do que o recurso de apelação, eis que se houver alguma situação mais sensível que poderá beneficiar o acusado e acarretar a sua liberdade, o Tribunal *ad quem*, poderá, simplesmente, conceder efeito suspensivo ao recurso ou mesmo determinar a colocação do réu em liberdade. Com efeito, em nenhuma hipótese o acusado, condenado e preso por ocasião do seu julgamento pelo Júri, poderá ser prejudicado, por ainda não existir o trânsito em julgado da condenação.

Nesse sentido, o autor do presente estudo, por diversas vezes no exercício de suas funções jurisdicionais como Juiz-Presidente do 1º Tribunal do Júri da Capital do Estado do Rio de Janeiro, teve a oportunidade de enfrentar essa questão,

determinado a prisão, ainda, em plenário, com o imediato recolhimento do réu ao cárcere, logo após o acusado ter sido condenado pelo Tribunal do Júri.

No primeiro caso, foi decretada a prisão preventiva do acusado para a garantia da ordem pública e em razão da soberania da decisão dos jurados, enquanto que no segundo, foi determinada a prisão do acusado, não apenas em decorrência da decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, ainda em plenário, mas também em decorrência do afastamento da presunção de inocência ou da não culpabilidade e da impossibilidade das instâncias recursais reverem a matéria de fato, em absoluta harmonia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual foi incorporada ao direito brasileiro, *verbis*:

#### “SENTENÇA

**Vistos, etc.**

.....

**ISTO POSTO** e considerando a decisão do E. Conselho de Sentença, julgo **PROCEDENTE** o pedido deduzido na denúncia para **CONDENAR**...(omissis)...., qualificado nos autos, como incurso no Art. 121 § 2º inc. I e IV do Código Penal n/f do Art. 29, à pena privativa de liberdade total de **15 (quinze) anos de reclusão**, a ser cumprida inicialmente em regime **FECHADO**.

Condeno o Réu, ainda, ao pagamento das custas processuais e da taxa judiciária, consoante o disposto no Art. 804 do Código de Processo Penal.

O Réu encontra-se respondendo ao processo em liberdade, entretanto, observa-se que a decisão dos Jurados é soberana e as hipóteses recursais são restritíssimas e, ainda que haja recurso e que este venha a ser acolhido, voltaria o réu a novo Júri, não podendo o Tribunal substituir a decisão dos Jurados, ainda que haja outro entendimento. Oportuno salientar que estamos diante de um crime de homicídio duplamente qualificado pela torpeza e com recurso que impossibilitou a defesa da vítima, cujo crime foi praticado em concurso, revelando todas essas circunstâncias uma gravidade extremada do crime no qual o réu foi condenado. Por outro lado, facilmente se observa que não há qualquer nulidade na tramitação do processo e a decisão dos Jurados encontra-se totalmente de acordo com a prova dos autos e, tanto isto é verdade, que a própria defesa com seu brilhantismo, não apresentou qualquer tese que pudesse importar na absolvição do réu, restringindo a defesa na discussão da quantidade de pena,

tanto que buscou o afastamento das qualificadoras. Assim, percebe-se que a hipótese da condenação do réu na participação do homicídio é indubitosa. Ademais, observa-se que, após o réu ter participado decisivamente no crime ora em apuração e antes mesmo de esfriar o cadáver da vítima, cerca de um mês após voltou a ser preso em flagrante portando arma de fogo, o que, inclusive, resultou em condenação. Desse modo, a segregação do acusado neste momento se torna imperiosa, inclusive, para resguardar o meio social e a ordem pública na prática de novos crimes, nos precisos termos do Artigo 312 do CPP. Ademais, o fato do réu se encontrar supostamente exercendo atividade laborativa, não impressiona e nem afasta a sua periculosidade, já que, segundo suas próprias palavras, desde à época do crime trabalha no mesmo local (Casas Bahia). Isto posto, com fundamento no Artigo 312 do CPP e, ainda, considerando a soberania das decisões dos Jurados, decreto a PRISÃO PREVENTIVA do réu para a garantia da ordem pública.

Efetivada a prisão do réu, expeça-se carta de execução provisória nos termos das Resolução do CNJ e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Transitada em julgado a presente, lance-se o nome do Réu no rol dos culpados, façam-se as anotações e comunicações pertinentes, expeça-se a respectiva Carta de Sentença, nos termos do Art. 105 da LEP e, finalmente, archive-se, observando-se as demais formalidades legais. Publicada esta em Plenário às 19 horas e intimados os presentes, registre-se.

Sala das Sessões, 09 de maio de 2013.

**FÁBIO UCHÔA PINTO DE MIRANDA MONTENEGRO**

**Juiz-Presidente**<sup>95</sup>

(grifos do original)

**SENTENÇA**

**Vistos, etc.**

.....

**ISTO POSTO** e considerando a decisão do E. Conselho de Sentença, julgo **PROCEDENTE** o pedido deduzido na denúncia para **CONDENAR** o réu.....(omissis)....., qualificado nos autos, como incurso no Art. 121 § 2º incisos II e IV e Art. 61 inc. II alínea “f” ambos do Código Penal, à pena privativa de liberdade

---

<sup>95</sup> BRASIL. 1º Tribunal do Júri da Capital do Estado do Rio de Janeiro, Processo nº: 0085249-96.2009.8.19.0001.

total de **24 (vinte e quatro) anos** de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime **FECHADO**.

Condeno o Réu, ainda, ao pagamento das custas processuais e da taxa judiciária, consoante o disposto no Art. 804 do Código de Processo Penal.

O Réu embora tenha respondido o processo em liberdade, a análise detalhada e pormenorizada dos fatos, revela que a forma como o crime foi praticado pelo réu, contra a sua própria mulher, revela uma periculosidade exacerbada e justifica a sua segregação cautelar, para a garantia da ordem pública, conforme vem decidindo reiteradamente os Tribunais superiores.

O E. Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, em razão do modus operandi da prática delitiva, a revelar a periculosidade *in concreto* do réu:

"Processual penal. Habeas corpus. Homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, inciso I). Prisão preventiva. Modus operandi da prática delituosa. Base empírica idônea justificadora da prisão preventiva. Excesso de linguagem da pronúncia. Tema não examinado pelo Tribunal de Justiça nem pelo Superior Tribunal de Justiça. Dupla supressão de instância. 1. O modus operandi da prática delitiva, a revelar a periculosidade *in concreto* do réu, constitui justificativa idônea da prisão preventiva para garantia da ordem pública: HC 102.475/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ o acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 16/09/11; HC 104.522/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 16/09/11; HC 105.725/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 18/08/11; HC 103.107/MT, 1ª Turma, Relator o Min. Dias Toffoli, DJ de 29.11.10; HC 104.410/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 30/06/11; e HC 97.891/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 19/10/10. 2. *In casu*, o paciente disparou cinco tiros contra a vítima, ceifando-lhe a vida em plena via pública, e efetuou mais dois ou três disparos contra os policiais que tentaram prendê-lo, circunstâncias reveladoras da periculosidade social do paciente e, por conseguinte, justificadoras da prisão cautelar e de sua manutenção na sentença de pronúncia pela afirmação judicial de que a "... premeditação do crime e da violência empregada na sua prática, a periculosidade do réu emana do modus operandi, fator que legitima a manutenção da custódia cautelar como garantia da ordem pública". 3. O tema atinente ao excesso de linguagem na sentença de pronúncia não passou pelo crivo do Tribunal estadual nem do Superior Tribunal de Justiça, por isso não pode ser conhecido nesta Corte, sob pena de dupla supressão de instância. 4. Habeas corpus conhecido, em parte, e denegada a ordem nessa extensão" (HC 109006 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator: Min. LUIZ FUX.

Julgamento: 29/05/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 - grifei).

Nesse sentido também decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, I E III E § 4º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 1º, II, DA LEI N.º 9.455/97. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO. I - Eventual retardamento na conclusão da formação da culpa em razão de pedido de exame de insanidade mental, quando provocado pela defesa, não caracteriza constrangimento ilegal. (Enunciado n.º 64 da Súmula do STJ). II - Tendo restado evidenciado as circunstâncias concretas ensejadoras da prisão preventiva da paciente, na sua periculosidade, concretamente demonstrada através do *modus operandi* que o delito atribuído a esta foi perpetrado e do motivo torpe que ocasionou a empreitada criminosa, resta suficientemente demonstrada a necessidade da manutenção de sua custódia cautelar, com base na garantia da ordem pública. (Precedentes.) Writ denegado, com recomendação" (HC 32626 / SP HABEAS CORPUS 2003/0232974-5. Relator Ministro Félix Fischer. Órgão Julgador Quinta Turma. Data do Julgamento 01/04/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 31/05/2004 p. 337 - grifei).

Outrossim, o E. Supremo Tribunal Federal já reconheceu a regularidade da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, em razão da comoção social decorrente do fato de o filho assassinar o próprio pai e evidenciada pela prática de homicídio perpetrado contra pessoa da própria família, *in verbis*:

"HC SUBSTITUTIVO - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - FUGA DO DISTRITO DA CULPA - CLAMOR PÚBLICO - PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, TRABALHO E RESIDÊNCIA FIXOS - IRRELEVÂNCIA. 1 - A fuga do distrito da culpa, tão logo cometido grave delito, justifica a custódia "ante tempus" do acusado, como forma de manter a regularidade da instrução processual e garantir a futura aplicação da lei penal. 2 - Ademais, o assassinato do pai pelo próprio filho, gera uma inegável e extensa comoção pública, mormente em pequena cidade do interior, sendo a prisão preventiva uma resposta à indignação da comunidade. 3 - Não é obstáculo à segregação "ante tempus", o fato do custodiado ser primário, possuir bons antecedentes, ter trabalho e residência fixos, bem como ter-se apresentado espontaneamente à autoridade policial, se as razões do confinamento superam tais qualificações. 4 - Ordem denegada" (HC 7721/MS. HABEAS CORPUS 1998/0050288-2. Relator Ministro Anselmo Santiago. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data

do Julgamento 15/09/1998. Data da Publicação/Fonte DJ 09/11/1998 p. 172 - grifei).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. COLHEITA DE PROVAS. PARENTESCO. RISCO DE INTERFERÊNCIA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, com base em elementos concretos dos autos que demonstram a real periculosidade do paciente, evidenciada pela prática de homicídio.

Ademais, observa-se que o réu foi condenado a uma pena privativa de liberdade bastante elevada e superior a 12 anos de reclusão, o que não permite qualquer substituição por qualquer outra modalidade de pena menos rigorosa e, obviamente, que o réu não irá espontaneamente se submeter à prisão que lhe foi imposta, tanto que após o brutal assassinato da vítima, afastou-se do local e somente chegou aos autos depois de passado o momento flagrantial para obviamente obstaculizar a sua prisão em flagrante, o que também contribuiu decisivamente para procrastinação do andamento das investigações e, evidentemente, o desfecho do processo.

Aliás, importa sublinhar que a intensão de fuga daqueles que são condenados ao regime fechado é tão evidente, que o seu encarceramento é sempre feito, ordinariamente, em penitenciárias de segurança máxima, com grades e mecanismos de contenção de fugas, o que já demonstra, também, que aquele que vem a ser condenado por um crime a uma pena grave, no mínimo sofrerá tentações de se esquivar ao cumprimento de sua pena, ou depois de preso, fugir, o que já é o bastante para a decretação de sua prisão preventiva.

Por outro lado e ainda que não estivesse presente algum motivo para a decretação da prisão preventiva do Réu, conforme acima demonstrado, o item 2 do Art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como **Pacto de São José da Costa Rica**, da qual o Brasil é signatário sem quaisquer reservas, sempre citada por aqueles que se dizem “garantistas”, estabelece expressamente que a presunção de inocência deve ter valor até que seja comprovada a culpa do acusado, *verbis*:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, **enquanto não for legalmente comprovada sua culpa**. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (grifei)

.....

Assim, a presunção de inocência prevista na nossa Constituição Federal, quando literalmente estabelece que a presume-se o réu inocente até o trânsito em julgado, pode e deve ser relativizada, para afastar a impropriedade do sentido literal que vem sendo a ela emprestado, pois a toda evidência disse mais do que efetivamente pretendia dizer e portanto, deve se harmonizar e ser interpretada de acordo com a referida **Convenção Americana de Direitos Humanos**, da qual o Brasil é signatário e sem reservas e que através de Ato legislativo foi regularmente aprovada pelo Poder Legislativo e se encontra em pleno vigor no nosso ordenamento jurídico constitucional.

*In casu*, a prova produzida no curso da presente ação penal, onde sempre foi observada à plenitude da defesa e produzida sob o crivo do contraditório, não deixa qualquer dúvida sobre a Autoria, a materialidade e a culpabilidade do acusado, hoje expressamente reconhecidas pelo Tribunal do Júri, quando firmou o seu veredito condenatório, o que categoricamente afasta a sempre lembrada presunção de inocência.

Oportuno, ainda, lembrar que nos processos relativos aos crimes dolosos contra a vida, como o homicídio qualificado, que são julgados pelo do Tribunal do Júri, a possibilidade recursal são restritíssimas, não cabendo ao Tribunal *ad quem* valorar a prova produzida nos autos ou tecer qualquer consideração ou juízo de valor sobre o conteúdo probatório, cabendo, no máximo, anular o julgamento, quando as provas existentes forem **manifestamente** contrárias à prova dos autos e mesmo assim, no novo julgamento, se o Tribunal Popular voltar a condenar o réu, com base naquelas provas, não caberá mais recurso e a instância recursal nada mais poderá fazer e aquelas provas tornam-se eficazes, certas e indiscutíveis.

Assim, provada a prática criminosa pelo arcabouço probatório produzido nos presentes autos e, de acordo com *o due process of law*, por conseguinte, ficou categoricamente afastada a presunção de inocência, impondo-se o imediato recolhimento do réu ao

cárcere, ainda que não estivessem presentes os relevantes fundamentos processuais acima e que, por si só, já justificariam a decretação da prisão preventiva do réu, nos termos do art. 312 do CPP.

Desse modo, com fundamento no Art. 312 do Código de Processo Penal e no Art. 8º n. 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, decreto a prisão preventiva do réu, Renato Cesar de Souza, em razão de ter ficado afastada a sua presunção de inocência e, também, para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, não se mostrando cabível a substituição da prisão do réu por qualquer das medidas cautelares introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, as quais se mostram absolutamente inadequadas, insuficientes e insatisfatórias para garantir a ordem pública, ou para assegurarem a aplicação da lei penal, já que aquelas medidas não trazem maiores garantias à sociedade e ao processo.

Expeça-se mandado de prisão.

Expeça-se Carta de Execução Provisória, nos termos da Resolução nº 19, de 29/08/2006, do Conselho Nacional de Justiça c/c Art. 6º da Resolução nº 19, de 22/06/2010 do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Transitada em julgado a presente, lance-se o nome do Réu no rol dos culpados, façam-se as anotações e comunicações pertinentes, expedindo-se Carta de Sentença, nos termos do Art. 105 da LEP e, após, archive-se, observando-se as demais formalidades legais.

Publicada esta em Plenário às **15:30 horas**, e intimados os presentes, registre-se.

Sala das Sessões, 13 de março de 2015

**FÁBIO UCHÔA PINTO DE MIRANDA MONTENEGRO**

**Juiz-Presidente”**

(grifos do original)<sup>96</sup>

Posteriormente e da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, já teve oportunidade de se pronunciar sobre a possibilidade do réu ser preso, nos processos de julgamento pelo Tribunal do Júri, tão logo proferido o veredito pelos jurados, *verbis*:

---

<sup>96</sup> BRASIL. 1º Tribunal do Júri da Capital do Estado do Rio de Janeiro, Processo nº: 0037836-53.2010.8.19.0001 .

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. DUAS TENTATIVAS DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Não se admite a impetração de habeas corpus em substituição ao agravo regimental. 2. A orientação firmada pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292 e do ARE 964.246-RG, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, é no sentido de que a execução provisória da pena não compromete o princípio da presunção de inocência. Ademais, o julgamento condenatório em segundo grau de jurisdição impõe a prisão preventiva como medida de garantia da ordem pública. 3. Habeas corpus não conhecido, revogada a liminar.”<sup>97</sup>

Muito embora essa decisão supra não tenha sido unânime, oportuno destacar que no mencionado Habeas Corpus, o voto condutor do LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>98</sup>, assim, dispôs, *verbis*:

“Em primeiro lugar - e já há mais de um precedente da Turma -, nas condenações pelo Tribunal do Júri, sequer é necessário aguardar o julgamento de recurso em segundo grau de jurisdição, até porque o Júri é soberano e, conseqüentemente, o Tribunal de Justiça não tem como substituir a decisão do Júri. Eventualmente pode anulá-lo, como aliás foi o caso aqui relatado da tribuna, mas as estatísticas documentam que é irrisório o número de condenações pelo Júri anuladas pelos tribunais de justiça. O contrário até acontece com mais frequência, absolvições que venham a ser anuladas, mas condenações que venham a ser anuladas é um número irrisório. Portanto, diante do princípio da soberania do Tribunal do Júri, o meu entendimento - aqui já esposado pelo Ministro Alexandre, acompanhado pelos demais, e também a posição do Ministro Dias Toffoli, hoje Presidente, que a defendeu publicamente - é de que a condenação pelo Tribunal do Júri já significa a possibilidade de execução da pena. Até porque imagino poucas coisas mais constrangedoras para a Justiça do que uma condenação pelo Tribunal do Júri, como acontecia regularmente, e depois o homicida, já reconhecido, saía livre do tribunal juntamente com a família da vítima, numa desmoralização para o sistema de Justiça Penal. Aqui, pedindo todas as vênias ao eminente Relator, por se tratar de condenação pelo Tribunal do Júri e por considerar o Júri soberano, considero que não se aplica sequer a exigência do julgamento pelo segundo grau de jurisdição. No tocante à questão da execução da pena após o segundo grau, o eminente advogado, professor e jurista,

---

<sup>97</sup>STF HABEAS CORPUS 140.449 RIO DE JANEIRO RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO.

<sup>98</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal.

da tribuna, suscita uma questão que considero muito interessante e muito relevante, que é a questão da execução provisória ou não, porque a provisória pressupõe alguma coisa que possa ser reconstituída sem perda substantiva, e penso que a liberdade não seria uma delas. Quem tiver chance de ler o meu voto na questão da execução de pena após o segundo grau, uma das minhas teses centrais é a de que, depois da condenação em segundo grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade, a permanência do réu em liberdade, sem a concretização da sanção aplicada, é altamente lesiva à ordem pública e à credibilidade da Justiça. O meu convencimento é que, após a condenação em segundo grau, impõe-se a prisão preventiva, quando tenha sido essa a decisão. É uma situação diferente, a meu ver, do que seria a prisão provisória. Seja como for, neste caso concreto, por se tratar de julgamento pelo Tribunal do Júri, eu sequer exigiria o julgamento em segunda instância.”<sup>99</sup>

No mesmo sentido se posicionou o Ministro LUIZ FUX, acrescentando que, *verbis*:

“Presidente, também relembro que a nossa Turma tem jurisprudência no sentido de que a absolvição pelo Júri não impede que o tribunal, em recurso próprio, possa modificar essa decisão e impor a condenação para reverter aquela decisão do Tribunal Popular, porque, se assim o fosse, não haveria a previsão de recurso contra as decisões do Júri, contrárias à prova dos autos, e haveria qualquer tipo de recurso pela soberania própria do Tribunal do Júri. O Júri é soberano no sentido de que decide, por meio de uma jurisdição, digamos assim, popular, mas as suas decisões são reversíveis pelo Tribunal. E, uma vez condenado pelo Tribunal, impõe-se, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a execução provisória da pena. Só lembrando que essa denominação de execução provisória significa decisão provisória. A decisão é provisória, mas se for injusta, a própria Constituição, que permite a execução da pena, prevê também indenizações por prisões injustas, no mesmo capítulo dos Direitos e Deveres Individuais.”<sup>100</sup>

LUIZ FUX, em outra ocasião, voltou a tratar sobre o tema aduzindo que, *verbis*:

“E aqui uma conclusão, e penso imprescindível, se tirar desse caso - e nós já resolvemos na Primeira Turma -, é o entendimento de que condenação pelo Tribunal do Júri tem execução imediata, porque o Júri é soberano. O Ministro Toffoli manifestou esse entendimento, eu decidi assim na Primeira Turma e o Ministro

---

<sup>99</sup> STF HC 140.449. fls. 10/11.

<sup>100</sup> Idem.

Alexandre também. Acho que esse é um entendimento que vem se consolidando por evidente. Um sujeito não pode matar alguém, ser condenado pelo Júri, e continuar morando na mesma casa e na mesma comunidade da vítima. É uma vergonha, uma afronta ao senso mínimo de justiça de qualquer pessoa. A justiça - creio - está para a alma como a alimentação está para o corpo, temos de ser capazes de saciar essa demanda. E não é com espírito punitivo, sou contra vingadores mascarados, punitivismos em geral, é preciso cumprir o devido processo legal e respeitar o direito de defesa. Mas é muito importante que se estabeleça isso no Brasil, porque palavras perderam o sentido: devido processo legal não é o que não acaba nunca e garantismo não significa que ninguém nunca é punido por coisa nenhuma, não importa o que tenha feito. Portanto, é preciso restabelecer o sentido de devido processo legal e o sentido do que seja garantismo.”<sup>101</sup>

DIAS TOFFOLI<sup>102</sup>, da mesma maneira, concorda expressamente com a prisão imediata nos casos de condenação pelo Tribunal do Júri, quando salienta que, *verbis*:

“Ministro Luís Roberto, eu comungo de todas essas manifestações de Vossa Excelência e - inclusive Vossa Excelência fez referência a isto - entendo que, quando há decisão do Júri, por mandamento constitucional de soberania do júri, é um escárnio mesmo o cidadão condenado sair livre, porque a família da vítima, geralmente, está ali acompanhando o Estado fazer justiça em nome dela, para que não haja a realização de justiça pelas próprias mãos. Mas a questão do homicídio no Brasil vai muito além do Poder Judiciário, porque, veja bem, em 2016, foram sessenta mil casos de mortes violentas no Brasil - grande parte dessas mortes, mais de trinta mil, homicídios. Nem 8% são apurados! Nem 8%. Isso é culpa do Poder Judiciário? O Poder Judiciário não faz investigação. Veja a questão da Marielle, já vai para um mês. E os outros sessenta mil mortos? O Brasil está entre os dez países mais violentos do mundo! Se pegarmos os últimos dez anos, isso chega a mais de meio milhão de homicídios. É mais do que a guerra no Iraque, é mais do que a guerra na Síria.”<sup>103</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO, sem divergir, também admite claramente a prisão imediata do réu, quando condenado pelo Tribunal do Júri, *verbis*:

---

<sup>101</sup> STF HC 152752, fls. 168.

<sup>102</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal.

<sup>103</sup> STF HC 152752, fls. 168/169.

“A observação do Ministro Toffoli é totalmente pertinente e extremamente relevante. O número de homicídios no Brasil - eu até estudei isso como uma palestra ontem no Ilanud, que é o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente - é de 66 mil. O Brasil é o país de maior número de homicídios no mundo, não é um dos dez. Nesse momento, é mais do que a guerra da Síria. É impressionante! E, como observou o Ministro Dias Toffoli, são pobres, negros e, geralmente, trata-se de morte violenta por arma de fogo. É uma tragédia brasileira.<sup>104</sup>

Desse modo, muito embora a questão sobre a possibilidade da prisão imediata do réu condenado pelo Tribunal do Júri, ainda não esteja pacificada, já se pode perceber uma tendência a mudança de paradigma do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, pois uma de suas duas únicas Turmas, já tem se posicionado totalmente favorável a essa possibilidade, tão logo seja proferido o veredito condenatório pelo Tribunal do Júri, antes e independentemente de qualquer recurso, mesmo porque a questão probatória, onde se situa a presunção de inocência ou de não culpabilidade, é matéria reservada, com exclusividade ao Conselho de Sentença e nem mesmo o juiz togado que preside o Tribunal do Júri e muito menos qualquer instância superior, poderão se imiscuir nessa questão. Essa situação bem demonstra não existir o menor sentido em se esperar o trânsito em julgado de uma condenação, que pode levar, muitas vezes, mais de uma década para acontecer, quando não há mais nenhuma presunção de inocência ou de não culpabilidade a ser discutida, já que encerrada a análise e a valoração da prova pelo Tribunal Popular.

## **5.2. A Prisão depois da Confirmação ou Condenação Pela 2ª Instância e antes do Julgamento de Eventuais Recursos Especial E Extraordinário**

Importante destacar inicialmente, que muito embora a também chamada Constituição Federal de 1969 (Emenda Constitucional nº 1, de 1969), não tenha previsto expressamente em seu texto a presunção de inocência ou de não culpabilidade, consta expressamente em seu art. 153 § 36, que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

---

<sup>104</sup> STF HC 140.449. Fls. 170.

## EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 1969<sup>105</sup>

Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.

### CAPÍTULO IV

#### DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

Necessário lembrar que, naquela época o Brasil já era signatário de diversos Tratados internacionais, entre os quais, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece de forma cristalina o princípio da presunção de inocência.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, em 17 de novembro de 1976, quando do julgamento do RE nº 86297-SP, referente uma hipótese de natureza eleitoral (inelegibilidade), apesar de ter entendido não se aplicar àquela situação o princípio da presunção de inocência, por não se tratar de matéria penal propriamente dita, entendeu que o princípio de inocência estava consagrado no direito brasileiro.

Nesse sentido, se posicionaram diversos Ministros que participaram daquele julgamento, merecendo destaque, entretanto, a parte do voto do Ministro LEITÃO DE ABREU<sup>106</sup>, que bem dimensionou a questão, *verbis*:

“E não posso admitir porque estou lidando com princípios eternos, universais, imanes, que não precisam estar inscritos em Constituição nenhuma. Mas, por acaso, esse princípio, se não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, está inscrito, de modo o mais veemente e peremptório, na famosa “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que é capítulo de uma inexistente, mas evidente Constituição de todos os povos.

---

<sup>105</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)> Acesso em 22 fev.2019.

<sup>106</sup> ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal.

O Brasil contribuiu, com sua participação e voto, para que a Terceira Assembléia Geral das Nações Unidas, há mais de 25 anos, aprovasse uma “Declaração Universal dos Direitos do Homem”; e essa declaração insculpiu, no primeiro inciso do seu artigo 11, esta regra da verdadeira moral e do mais límpido Direito: “Todo homem 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”. Este princípio é inerente ao nosso regime, pois está compreendido entre aqueles que a Constituição adota. Não precisa ele estar explicitado, em letra de forma. Basta que o comparemos com o regime da Constituição brasileira, que é democrático, tanto que ela o inscreve como um daqueles bens jurídicos que se devem preservar no estabelecimento das inelegibilidades.... Basta que comparemos o princípio com o regime, e vemos se há entre eles coincidência ou repulsa. É evidente que a coincidência é a única alternativa. O Brasil proclamou, um documento internacional e no regime que adotou, essa verdade universal, que, insisto, não precisa estar inscrita em lei nenhuma, porque é princípio ético e jurídico, imanente. O Fato de alguém responder a processo criminal adere, objetivamente, à sua vida. Ninguém, que repondeu um processo criminal, retira jamais esse episódio da sua história pessoal. Mas não pode ele, por si só, comprometer a moralidade do cidadão, que deve ser presumido inocente enquanto não for julgado culpado.

4. Creio na validade dos princípios constantes da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, estabelecido pela Terceira Assembléia Geral das Nações Unidas, que o Gal. Charles de Gaulle, com rabugens de ceticismo, chamou de “Nações Desunidas”. Da mesma forma, creio, firmemente, como toda gente, na validade dos postulados enunciados, de modo divino, no “Sermão da Montanha”. Não duvido, porém, quer da validade dos direitos, enunciados naquela Declaração, quer da validade dos dogmas revelados no “Sermo in Monte...”<sup>107</sup>

Assim, mesmo a Constituição de 1967, emendada em 1969 não ter previsto expressamente a presunção de inocência ou de não culpabilidade, a qual em nenhum momento elencou tal garantia entre os direitos e garantias individuais, as decisões do Supremo Tribunal Federal, entre outras dos Tribunais inferiores, jamais se descuidaram do tema e nunca se questionou aquela presunção nos processos de natureza penal.

---

<sup>107</sup> STF RE 86.297, Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, Acesso em 26 jan 2019.

Aliás, o próprio Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, em suas disposições preliminares, já estabelecia de forma imperativa a aplicação de tratados, convenções e regras de direito internacional, o que veio posteriormente a ser reafirmado pela Constituição Federal de 1969 (Emenda Constitucional Nº 1 de 1969), em seu art. 153 § 36 antes referido dispõe que, *verbis*:

Código de Processo Penal<sup>108</sup>

“DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;”

No mesmo sentido, independente da adoção de qualquer Ato internacional, mas privilegiando a existência da presunção de inocência ou de não culpabilidade, a mencionada Lei Adjetiva penal, traz elementar regra de direito, no sentido de que o ônus da prova incumbe a quem alega - *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* - e, destarte, sempre se exigiu que a acusação fizesse a prova de suas imputações, o que enseja uma consequência básica de que se a imputação acusatória não for provada, o réu deverá ser absolvido.

E, tanto isso é verdade que o mesmo Código de Processo Penal brasileiro, estabelecido através Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, previu diversas hipóteses de absolvição do réu, especialmente quando não houvesse provas para a sua condenação, *verbis*:

“Código de Processo Penal<sup>109</sup>

art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

---

<sup>108</sup> BRASIL, op. cit., nota 61.

<sup>109</sup> Ibid.

III - não constituir o fato infração penal;

...

VI - não existir prova suficiente para a condenação.”

Oportuno salientar que, mais recentemente a citada redação original do art. 386 do CPP foi alterada, deixando mais clara as garantias do acusado no processo, notadamente, as situações absolutórias previstas nos incisos V e VII daquele Codex, cujo texto atual, se encontra vazado nos seguintes termos, *verbis*:

“CODIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO<sup>110</sup>

art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;<sup>111</sup>

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;<sup>112</sup>

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;<sup>113</sup>

VII – não existir prova suficiente para a condenação.”<sup>114</sup>

Assim, a presunção de inocência no direito brasileiro não é nova e sempre foi admitida plenamente em seu ordenamento jurídico, pelo menos desde a vigência do código de processo penal de 1941, especialmente, nos processos de natureza penal, mesmo quando ainda não constava expressamente nos textos das constituições, que antecederam a atual “Constituição de Cidadã” de 1988.

---

<sup>110</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 61.

<sup>111</sup> (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

<sup>112</sup> (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

<sup>113</sup> (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

<sup>114</sup> (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Nessa conformidade, com o advento da atual Constituição da República de 1988, que positivou a presunção de não culpabilidade expressamente em seu texto, os Tribunais continuaram com o mesmo entendimento anterior, não deixando dúvidas de que o referido texto constitucional não inviabilizava a prisão do réu antes do trânsito em julgado, desde que sua condenação tivesse sido confirmada pelo 2º grau de jurisdição, uma vez que os Recursos Especial e Extraordinário, dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente, não dispõem de efeito suspensivo, por expressa disposição legal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, se posicionou de forma dominante, por mais de duas décadas, conforme se pode observar em diversos arestos, *verbis*:

“EMENTA: PROCESSO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. EFEITO DEVOLUTIVO. I. - Ausência de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. II. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, a apreciação das questões constitucionais não prescinde do exame de norma infraconstitucional. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. V. - Precedentes do STF. VI. - Agravo não provido.”<sup>115</sup>

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO AINDA PENDENTE DE RECURSO. CF, ART. 5º, LVII. I. - Não configura constrangimento ilegal o fato de o réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos que interpôs. II. - O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não

---

<sup>115</sup> AI 539291 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG. REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 04/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 11-11-2005.

fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. III. - H.C. indeferido.”<sup>116</sup>

“HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO À PENA DE RECLUSÃO EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL. RECOLHIMENTO DO PACIENTE À PRISÃO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO DA LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Preliminar de perda de objeto suscitada pela Procuradoria-Geral da República afastada, tendo em vista a existência, no STJ, de decisão em embargos de declaração ainda pendente de publicação do acórdão, o que afasta, por hora, a irrecurribilidade da decisão condenatória impugnada; 2. No tocante ao mérito, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o recolhimento à prisão do réu condenado pelo Tribunal estadual não configura constrangimento ilegal, ainda que interposto recurso extraordinário ou especial, que são desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes: HC nº 72.102, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 20.04.95 e HC nº 81.392, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 01.03.2002; 3. Habeas Corpus indeferido.”<sup>117</sup>

“EMENTA: Recurso ordinário em "habeas corpus". - A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que, para a validade desse ato, não é necessária a presença de advogado - e, portanto, não há necessidade de intimação dele -, porque o interrogatório judicial é ato pessoal do juiz, não estando sujeito ao princípio do contraditório (assim, nos HCs 69372 e 68.882). - Improcedência da alegação de que a sentença não examinou todas as teses sustentadas pela defesa. - Já se firmou nesta Corte o entendimento de que o princípio constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória não é óbice à prisão do condenado quando existente apenas, pendente de julgamento, o recurso especial ou o recurso extraordinário (ou ambos), por não terem eles efeito suspensivo (assim, nos HCs 72.102 e 69.039, entre outros). Recurso ordinário a que se nega provimento.”<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> RHC 84846 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 19/10/2004, Órgão Julgador: Segunda Turma, publicação DJ 05-11-2004.

<sup>117</sup> RECURSO EM HABEAS CORPUS HC 80939 / MG - MINAS GERAIS, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 06/08/2002, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJ 13-09-2002.

<sup>118</sup> RHC 80091 / SP - SÃO PAULO RECURSO EM HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 25/04/2000, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJ 16-06-2000.

“HABEAS CORPUS - CONDENAÇÃO PENAL SUJEITA A RECURSO DE INDOLE EXTRAORDINÁRIA AINDA PENDENTE DE APRECIÇÃO - POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA PRISÃO DO CONDENADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DOS REUS, FUNDADO NO ART. 5., LVII, DA CARTA POLITICA, NÃO SE QUALIFICA COMO OBSTACULO JURÍDICO A IMEDIATA CONSTRIÇÃO DO STATUS LIBERTATIS DO CONDENADO. - A EXISTÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL (STJ) OU DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (STF), AINDA PENDENTES DE APRECIÇÃO, NÃO ASSEGURA AO CONDENADO O DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DE QUALQUER DESSAS MODALIDADES DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL, PORQUE DESPOJADAS, AMBAS, DE EFICACIA SUSPENSIVA (LEI N. 8.038/90, ART. 27, PAR. 2.). O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - QUE PODE SER EVENTUALMENTE RECONHECIDO EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL - NÃO SE ESTENDE, CONTUDO, AOS RECURSOS DE INDOLE EXTRAORDINÁRIA, POSTO QUE NÃO DISPOEM ESTES, NOS TERMOS DA LEI, DE EFEITO SUSPENSIVO QUE PARALISE AS CONSEQUENCIAS JURIDICAS QUE DECORREM DO ACÓRDÃO VEICULADOR DA CONDENAÇÃO PENAL. PRECEDENTES.”<sup>119</sup>

Ocorre, entretanto, que numa repentina guinada de cento e oitenta graus, o Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2009, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, em que figurou como Relator o Ministro Eros Grau<sup>120</sup>, alterou sua posição até então absolutamente prevalente e passou a entender, por apertada maioria de votos, que a prisão antes do trânsito em julgado, constituía verdadeira antecipação de pena e, assim, violava a dignidade da pessoa humana, *verbis*:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao

---

<sup>119</sup> HC 72102 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 14/02/1995, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJ 20-04-1995.

<sup>120</sup> ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal.

trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia

o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.”<sup>121</sup>

A partir da citada decisão, se passou a entender que a prisão do réu condenado em 1ª instância, mesmo quando a sua condenação tivesse sido confirmada em grau de recurso (2ª instância), deveria se aguardar o trânsito em julgado da condenação, esgotando todas as vias recursais, inclusive as dos recursos especial e extraordinário, que não ostentam de efeito suspensivo.

Essa situação perdurou por apenas cerca de seis anos, até que em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, que figurou como Relator o Ministro Teori Zavascki<sup>122</sup>, voltou atrás e mais uma vez, resgatando o anterior posicionamento que permaneceu intocável por mais duas décadas após a nova Carta da República de 1988, voltou a admitir, também, por maioria de votos, a possibilidade da prisão do réu, confirmada por tribunal de segundo grau, independentemente de se aguardar os julgamentos de eventuais recursos especial e extraordinário, cuja ementa do respectivo Acórdão, está lançada nos seguintes termos, *verbis*:

“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

---

<sup>121</sup> STF Habeas Corpus nº 84.078.

<sup>122</sup> ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, falecido recentemente em acidente aéreo.

pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.”<sup>123</sup>

Diante desse novo marco da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e até o presente momento, a situação brasileira é no sentido de se permitir a prisão do condenado em 1º instância, independentemente do trânsito em julgado, desde que haja confirmação do decreto condenatório pelo 2º grau de jurisdição.

Importa lembrar, que o ex-presidente do Brasil, Lula da Silva, se encontra atualmente recolhido ao cárcere, em decorrência de sua condenação ter sido confirmada pelo 2º grau, muito embora sua defesa tenha apresentado recursos especial e extraordinário.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal endossou a sua prisão, após a confirmação de sua condenação pelo tribunal de 2ª instância, quando do julgamento do Habeas Corpus impetrado por sua defesa, cuja respectiva ementa se encontra colocada nos seguintes termos, verbis:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do

---

<sup>123</sup> STF Habeas Corpus nº 126.292.

caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada.”<sup>124</sup>

Um ponto bastante interessante e que foi importante para o *decisum*, é aquele que estabelece que os recursos Especial e Extraordinário, não ostentam caráter suspensivo, além de não se destinarem a discussão sobre a matéria de fato, permitindo, assim, a execução da condenação antes mesmo do julgamento desses recursos, que muitas vezes levam anos, senão décadas, para a sua conclusão, sendo certo, ainda, que a chamada execução provisória da sentença, está plenamente de acordo com os princípios constitucionais.

---

<sup>124</sup> STF – HC 152752, Releitor Ministro Edson Fachin, julg. em abril de 2018.

## CAPÍTULO VI

### 6. A INTERPRETAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL QUE ESTABELECE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Importante desde logo salientar, que toda celeuma interpretativa, sobre a possibilidade do réu ser preso antes do trânsito em julgado, decorre do alcance de uma interpretação literal do dispositivo que trata da presunção de não culpabilidade (inocência) constante da Carta de 1988, que em seu art. 5º, inciso LVII<sup>125</sup> estabelece que, *verbis*:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

De fato, conforme já visto anteriormente, a referida garantia, se refere exclusivamente a matéria de índole probatória e nada tem a ver, pelo menos diretamente, com a questão da prisão do acusado antes do trânsito em julgado e somente se chega a esse entendimento, numa equivocada interpretação extensiva do alcance do dispositivo constitucional, no sentido de que, se ainda não há culpa definitivamente formada, não haveria como se impor uma prisão decorrente de uma condenação provisória, uma vez que o cumprimento da pena, tem como pressuposto a culpabilidade do acusado e essa hipótese não acontece, enquanto a presunção de inocência não for afastada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando, então, e só assim, estaria afastada a referida presunção, não se admitindo, portanto, dentro dessa ótica, a antecipação do cumprimento da pena.

ELLEN GRACIE, prelecionando sobre o tema, aduz que o referido texto constitucional, trazido pela Carta de 1988 se refere a matéria eminentemente probatória e garante aos acusados o devido processo legal, especialmente no sentido de que o ônus da prova incumbe a acusação, *verbis*:

“Com efeito, entendo que a presunção posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal - e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 88,

---

<sup>125</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 60.

pois já figurava nas redações dos textos constitucionais anteriores - é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.

De fato, esse princípio de direito processual penal traduziu-se na regra, há muito observada, de caber à parte acusadora a prova da responsabilidade penal do acusado. Todavia, a sentença condenatória que seja mantida pelo tribunal após o devido contraditório e a ampla defesa não deixa a salvo tal presunção. Porque presunção é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe a juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória. Logo, a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão.”<sup>126</sup>

Nesse sentido, merece destacar que essa lógica aparente, decorrente da interpretação literal do referido comando constitucional, na verdade se choca com diversos dispositivos da própria Constituição e, desse modo, não deve ser interpretado em sua literalidade, a fim de que um dispositivo constitucional não afaste ou se sobreponha a aplicabilidade do outro e diante da tensão entre várias disposições constitucionais, a melhor forma para se interpretar de forma harmônica todos os comandos da constituição, é através da interpretação sistemática, preservando assim a vigência das disposições constitucionais e o sentido do conjunto dos princípios e normas constitucionais, que seria desfigurado, com interpretações pontuais e isoladas de um determinado dispositivo da Lei Maior.

Destarte, se faz oportuno examinar outras disposições constitucionais que acabam por afastar completamente aquele inaplicável e impreciso entendimento de que a presunção de inocência afasta a possibilidade da prisão anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isso porque, quando o legislador constituinte originário, quis tratar, especificamente, das possibilidades e modalidades da prisão o fez expressamente.

---

<sup>126</sup> STF HC 84078, fls. 1169.

De fato, no próprio capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição estabelece no próprio art. 5º, inciso LXI<sup>127</sup>, situações que se relacionam com a prisão propriamente dita e não com a presunção de inocência, *verbis*:

“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;”

Assim, a simples leitura de ambos os dispositivos constitucionais, salta aos olhos que são absolutamente independentes e autônomos, pois enquanto em um dispositivo foi tratada a presunção de não culpabilidade e se refere exclusivamente as questões inerentes a matéria de prova, o que, aliás, encontra respaldo no próprio conceito do alcance da presunção de inocência ou de não culpabilidade, como também, se harmoniza de maneira absoluta com praticamente todos os tratados internacionais já editados no mundo ocidental, entre os quais e principalmente aqueles que o Brasil foi signatário, o outro se refere às hipóteses de prisão propriamente ditas, sendo certo, entretanto, que esse dispositivo, em nenhum momento, faz a mais tênue alusão a necessidade de eventual trânsito em julgado da condenação, para que o acusado possa ser preso ou mesmo iniciar o cumprimento da pena.

Ademais, ainda que não bastasse essa nítida separação de situações, há uma outra disposição constitucional que reforça o entendimento de que a presunção de inocência nada tem a ver com a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Desse modo, conforme se pode observar claramente pela dicção do disposto no art. 86 § 3º<sup>128</sup> da Constituição da República, até mesmo o Presidente da República poderá ser preso, sem que haja trânsito em julgado da condenação, cujo dispositivo exige, tão somente, que haja uma sentença penal condenatória,

---

<sup>127</sup> BRASIL, op. cit., nota 60.

<sup>128</sup> BRASIL, op. cit., nota 60.

obviamente que recorrível, já que o referido texto constitucional, além de falar em sentença, que é a decisão final proferida em 1ª instância e portanto, passível de recurso, em nenhum momento condiciona à prisão do Chefe da Nação ao trânsito em julgado de uma condenação, *verbis*:

“Art. 86 ...

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.”

Nessa conformidade, por todos esses fundamentos, resta cristalino que o princípio da presunção de não culpabilidade, trata exclusivamente de matéria probatória e não de prisão como se poderia inicialmente imaginar à primeira vista em uma análise perfunctória e literal.

Oportuno sublinhar, que o simples cotejo dos incisos LVII e LXI do art. 5º reforçado pelo § 3º do art. 86, todos da Carta da República, já se pode afirmar, sem qualquer dificuldade, que a presunção de não culpabilidade ou de inocência tratado no primeiro inciso antes referido, nada tem a ver com as modalidades de prisão mencionadas no segundo, uma vez que, enquanto o primeiro se refere exclusivamente a culpabilidade, que envolve exclusiva e necessariamente matéria de prova, propriamente dita, o outro diz respeito as diversas possibilidades da imposição de prisão ao indiciado/acusado.

Quando o inciso LXI do at. 5º da Constituição aduz que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, na verdade está dispondo das diversas modalidades que envolvem a prisão do indiciado/acusado, não apenas na fase inquisitorial ou do inquérito policial, como também na fase processual, consoante anteriormente mencionado. E, assim, com certeza, uma das possibilidades prisionais, é a prisão do réu após a confirmação da sentença condenatória, antes de seu trânsito e julgado.

LUÍS ROBERTO BARROSO, sem divergir e prelecionando sobre a hermenêutica das disposições constitucionais antes mencionadas, defendeu com absoluta propriedade, o entendimento através do qual, o pressuposto para a

decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, *verbis*:

“I. O PRESSUPOSTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO NÃO É O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA, MAS ORDEM ESCRITA E FUNDAMENTADA DA AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE

14. Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente conforme se extrai do art. 5ª, LXI, da Carta de 198810.

15. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

16. Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Este requisito, por sua vez, está intimamente relacionado ao monopólio da jurisdição, buscando afastar a possibilidade de prisão administrativa (salvo as disciplinares militares). Tal regra constitucional autoriza (i) as prisões processuais típicas, preventiva e temporária, bem como outras prisões, como (ii) a prisão para fins de extradição (decretada pelo STF), (iii) a prisão para fins de expulsão (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para

execução penal) e (iv) a prisão para fins de deportação (decretada por juiz federal de primeiro grau). 17. Em todas as hipóteses enunciadas acima, como parece claro, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente.”<sup>129</sup>

Ademais, corroborando, explicitando e dando maior ênfase a disposição constitucional relativa à prisão antes referida (art. 5º LXI da CF), o art. 283<sup>130</sup> *caput* do Código de Processo Penal brasileiro, praticamente repetindo a dicção daquele texto, assim dispõe, *verbis*:

“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.”

Nessa conformidade, facilmente se pode extrair do referido texto legal, as diversas modalidades de prisão: i) prisão em flagrante; ii) prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; iii) prisão em decorrência de sentença transita em julgado e; iv) prisão no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Assim se pode concluir que, a possibilidade da prisão do réu antes do trânsito em julgado de sua condenação, está respaldada pela sua dicção genérica,

---

<sup>129</sup> STF HC 126292, fls 35/37.

<sup>130</sup> BRASIL, op. cit., nota 61.

no sentido de que o réu pode, também, ser preso, em outras circunstâncias, desde que “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.”

LUIZ FUX, por sua vez, corroborando com maestria o aludido entendimento, sublinha que, *verbis*:

“O artigo 283 não tem nenhuma menção à presunção de inocência, que, aliás, para uns, é regra, para outros, é princípio, mas, efetivamente, já não tem mais a mesma concepção que detinha quando foi, digamos assim, proclamada essa garantia. Então, o que diz o artigo 283 - no meu modo de ver, à luz dessa autorização constitucional, uma interpretação que ele admite:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito. Ninguém poderá ser preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Ninguém poderá ser preso senão por força de sentença condenatória transitada em julgado. Ninguém poderá ser preso no curso da investigação do processo em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Então, eu subdivido o dispositivo autorizado pela Constituição Federal em quatro orações. Nessas quatro orações, nessas quatro hipóteses, é que se pode prender. Assim, não há nenhuma vedação a que se efetive a prisão do condenado depois da condenação pelo Tribunal de Apelação. Mercê de coexistir, ainda, no Código de Processo Penal, o dispositivo que não só afirma que os recursos especiais, os recursos extraordinários não têm efeito expressivo, e a Lei acrescenta: os autos devem baixar para a execução do julgado. Então, tudo isso nos leva à consideração de que, realmente, essa liminar não pode ser deferida.”<sup>131</sup>

CARMEM LÚCIA <sup>132</sup>, sem divergir e com absoluta propriedade se manifesta no mesmo sentido, *verbis*:

“A norma mostra-se compatível com a interpretação conferida à matéria pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 126.292 (Pleno, Dje 17.5.2016), devendo ser aplicada de modo a conjugar (sem suprimir) as diferentes hipóteses de prisão. Ao contrário do que defende o Impetrante, a norma não institui (nem poderia instituir) a exclusividade dos provimentos transitados em julgado para a execução de pena privativa de liberdade.

22. Nessa perspectiva, tem-se o art. 283 do Código de Processo Penal como uma reiteração das hipóteses legais de prisão

---

<sup>131</sup> Julg. da liminar na STF ADC 44 MC Fls. 148/149.

<sup>132</sup> Ministra do Supremo Tribunal Federal.

admitidas na Constituição da República, especialmente em seu art. 5º, inc. LXI, em modalidades distintas, não excludentes de custódia, quais sejam: a) prisão em flagrante delito; b) prisão decorrente de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (aqui incluídas aquelas para as quais não haja recurso com efeito suspensivo, como tratado na espécie); c) prisão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; d) prisão temporária ou preventiva havida no curso da investigação ou do processo.”<sup>133</sup>

EDSON FACHIN<sup>134</sup>, do mesmo modo e fazendo considerações mais abrangentes sobre o tema, no sentido de que os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo, o que por via de consequência, não impede a execução da decisão condenatória após o julgamento pela 2ª instância, afirma que, *verbis*:

“Não é adequada a interpretação segundo a qual o art. 283 do CPP varreu do mundo jurídico toda forma de prisão que não aquelas ali expressamente previstas, quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. É indisputável que as demais prisões reguladas por outros ramos do direito, como é o caso da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e a prisão administrativa decorrente de transgressão militar, permanecem com suas regulamentações intactas, a despeito da posterior entrada em vigor do disposto no art. 283 do CPP. Vale dizer, fosse correta a afirmação segundo a qual depois da entrada em vigor da regra do art. 283 do CPP, toda e qualquer modalidade de prisão não contemplada expressamente no referido dispositivo estaria revogada, ter-se-ia de admitir que as demais modalidades de prisão civil e administrativa teriam sido igualmente extintas. Ainda que se possa objetar ter o art. 283 do CPP tratado exclusivamente do fenômeno da prisão penal e processual penal, não haveria a propalada incompatibilidade entre a regra do art. 283 do CPP e aquela que atribui efeito meramente devolutivo aos recursos excepcionais. Como dito, houvesse incompatibilidade a ser sanada pelo critério temporal (segundo o qual regra posterior revoga regra anterior com ela incompatível), prevaleceria a regra do efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, dada a vigência posterior dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC. Da forma como concebo referidas normas, no que diz respeito à condenação, o disposto no art. 283 do CPP impõe, como regra, o trânsito em julgado do título judicial. Vale dizer, sentenças de Juízos de primeiro grau, acórdãos não unânimes (ainda passíveis de impugnação por meio dos

---

<sup>133</sup> STF HC 152752, fls. 449/450.

<sup>134</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal.

embargos infringentes) de Tribunais locais, como regra, não podem produzir seus efeitos antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de decorridos os prazos preclusivos.<sup>135</sup>

TEORI ZAVASCKI, igualmente acrescenta que, *verbis*:

“Além de considerar ausente qualquer incompatibilidade insuperável entre os termos do entendimento do Plenário no HC 126.292 e o art. 283 do CPP, penso que as demais razões intituladas pelos requerentes tampouco devem recomendar hesitações quanto à eficácia dessa interpretação. Em primeiro lugar, porque, ao contrário do que vem sendo sustentado, a decisão no HC 126.292 não representou aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, mas apenas entendimento relativo a dinâmica processual de execução das penas privativas de liberdade, proveniente de interpretação sistemática da ordem constitucional vigente. É de se reafirmar que, a partir da restauração do regramento do sistema recursal penal tradicionalmente adotado pelo STF, por ocasião do julgamento do HC 126.292 (Pleno, minha relatoria), os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para as instâncias extraordinárias (art. 637 do Código de Processo Penal e art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990, este último revogado pelo novo Código de Processo Civil, o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos, nos arts. 995 e 1.029, § 5º) são plenamente passíveis de serem invocados para determinar-se a imediata execução da reprimenda. Decisões de igual teor, emitidas sob o pálio do referido HC 126.292, têm a chancela deste Supremo Tribunal Federal: HC 134.814, Rel. Dias Toffoli, Dje de 6/6/2016; HC 134.545, Rel. Min. Luiz Fux, Dje de 2/6/2016; HC 133.862, Rel. Min. Rosa Weber, Dje de 31/5/2016; HC 131.610, Rel. Min. Celso de Mello, Dje de 19/5/2016; HC 134.285, Rel. Min. Edson Fachin, Dje de 17/5/2016; ARE 948.738, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Dje de 3/5/2016; e HC 125.708, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje de 6/6/2016, este último assim ementado: “Agravo regimental em habeas corpus. 2. Direito Processual Penal. 3. Homicídio qualificado. Prisão decorrente de sentença condenatória. 4. Superveniência de julgamentos dos recursos da defesa. Perda de objeto. 5. Condenação confirmada em apelação. 6. Alegação de impossibilidade do cumprimento da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Improcedência. 7. Execução provisória da pena. O Plenário, no julgamento do HC n. 126.292/SP, relatoria de Teori Zavascki, firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos

---

<sup>135</sup> Julg. da liminar na medida cautelar STF ADC 44 MC, fls. 37/38.

extraordinários não têm efeito suspensivo. 8. Agravo regimental a que se nega provimento”.<sup>136</sup>

E, para afastar completamente aquela equivocada interpretação literal do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, insculpido na Constituição brasileira, existem diversos documentos de índole internacional, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, entre outros, que, muitos dos quais, o Brasil é signatário e que por consequência passaram a integrar com supremacia o direito interno, sendo certo, igualmente, que em nenhum momento esses documentos internacionais, condicionam a cessação da presunção de inocência a existência de uma sentença condenatória, muito menos que esta tenha transitado em julgado para ser exequível e produzir sua necessária efetividade, consoante se observa pelas regras consubstanciadas no art. 5º §§ 2º e 3º da CRFB, *verbis*:

#### CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988

“Art. 5º

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”<sup>137</sup>

Assim, pela simples leitura das cláusulas da presunção de inocência ou de não culpabilidade, constante dos mais diversos Pactos, Convenções e Cartas, das quais o Brasil é signatário, já se percebe com clareza solar que haverá presunção de inocência, tão somente, até que se comprove legalmente a culpa do acusado, o que

---

<sup>136</sup> Julg. da liminar na STF ADC 44 MC, fls. 133/134.

<sup>137</sup> (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

se encontra reservada a fase probatória do respectivo processo e não com a decisão final deste, no entanto, a existência de uma sentença condenatória e a sua posterior confirmação em grau recursal, é um forma legal e bastante segura para a comprovação da culpa do acusado, independentemente do trânsito em julgado dessa condenação, mesmo porque, conforme já afirmado, nenhum documento internacional se refere a necessidade da existência do pretense trânsito em julgado de qualquer decisão, para que se afaste a presunção de inocência.

LUIZ ROBERTO BARROSO, trazendo a colação os princípios e regras das mais diversas Convenções internacionais, acrescenta, que em nenhuma delas se exige que ocorra o trânsito em julgado do decreto condenatório para cessar a presunção de inocência, ou mesmo para que o acusado possa ser preso, *verbis*:

“Portanto, com todas as vênias de quem pensa diferente, eu considero uma leitura equivocada da Constituição interpretar essas normas como significando que somente se pode prender alguém depois do trânsito em julgado. Nenhuma interpretação jurídica que leve ao absurdo pode ser uma interpretação jurídica legítima e sustentável. Prefiro outra: interpretar de uma forma que conduza ao que é justo, correto e legítimo. E nenhuma declaração de direitos humanos no mundo - nenhuma - exige o trânsito em julgado para a prisão. Eu fiz o levantamento, está no meu voto. A Declaração Universal dos Direitos Humanos não fala em trânsito em julgado. A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não fala em trânsito em julgado. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia não fala em trânsito em julgado. A Carta Africana de Direitos do Homem, *idem*. A Declaração Islâmica dos Direitos Humanos não o exige. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos não o exige. A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que é o Pacto de San José da Costa Rica, não o exige. Como disse o Ministro Alexandre, e eu estou de acordo, a “jabuticaba” seria o contrário, evidentemente. Interessante é que esta posição foi sustentada pela Ministra Ellen Grace quando do julgamento, em 2009, em que ela disse que nenhum país civilizado do mundo exige o trânsito em julgado. O Ministro Teori Zavascki repetiu isso no julgamento de 2016. Eu repeti. E o Ministro Gilmar Mendes repetiu. Nenhum é exagero. Praticamente, nenhum país civilizado do mundo adota este critério, e os poucos que adotam não deixam o processo levar 5, 10, 15 anos. Processo tem que levar 6 meses, um ano, um ano e meio se for muito complexo. Nós nos acostumamos com o patamar absurdo de normalidade, com esta sucessão de recursos procrastinatórios que fazem com o sistema oscile entre o absurdo e o ridículo.”<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> STF HC 152752Fls. 174/175.

ELLEN GRACIE, do mesmo modo e sem divergir, trazendo a colação, o então entendimento do Ministro Celso de Melo, que faz referência a importante lição do Professor José Frederico Marques, afirma que, *verbis*:

“A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, “não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade” (HC 73.151, rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.1996). Vejamos o seu teor:

"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". (artigo 7o, n°2)

Vale dizer, o que a Convenção está a reafirmar é a antiga regra segundo a qual a prisão só se pode efetuar nas hipóteses autorizadas pelas Constituições e na forma e nas condições estabelecidas pela legislação editada em sua conformidade. Sua redação não significa indenidade contra efeitos de sentenças condenatórias regularmente proferidas e mantidas pelo tribunal, após instrução processual regular em que assegurado o direito de defesa, nos termos da legislação interna de cada país.

Além do mais, o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional. Di-lo o Professor José Frederico Marques, citado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.366:

"Vigora no Direito brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição. Trata-se, porém, de postulado não consagrado constitucionalmente, pelo que o legislador ordinário poderá derogá-lo em hipóteses especiais."

E mais. O Pacto de San José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas, sim, o direito de recorrer tout court. E seus redatores certamente não tinham em mente a “superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos” (Min. Francisco Rezek, no HC 72.366). Seria demasia, segundo penso, tentar interpretar o Pacto de San José à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste extravagância exclusiva deste país. Leia-se o artigo 25, § 1o, da Convenção:

"Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes que a proteja contra atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais."

Portanto, quando a Convenção, nesse artigo, fala em recurso simples e rápido, não está a significar apelação ou acesso ao segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição. O termo recurso, aí empregado, remete à possibilidade, meio ou modo de obter-se remédio pronto contra prisão ilegal. Por isso mesmo, faz destinatários da súplica os juízes e os tribunais competentes, atento às diferentes formas de organização judiciária. Em resumo, a garantia posta em tal artigo encontra-se incluída no conteúdo do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal:

“A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)”

É mais ampla a proteção pela Constituição Federal. Ela obriga a própria autoridade a submeter a prisão ao crivo do juiz competente. A não ser que se pretenda tomar literalmente uma versão deficiente como a letra definitiva da Convenção, é forçoso reconhecer que também ali não foi consagrado como garantia inarredável o duplo grau de jurisdição. Recurso, na redação do art. 25, § 1º, da Convenção, não significa manifestação de inconformidade contra uma decisão judicial.....

Ressalto, ainda, que enquanto a condenação não for mantida pelo terceiro grau de jurisdição, o condenado não ingressa no regime prisional. Aguarda, em presídio próprio, a definitividade da condenação. Só depois da carta de guia é que inicia o cumprimento da pena no regime prisional que foi estabelecido pela sentença condenatória. Não se cuida, portanto, de antecipação da pena, mas de prisão provisória, decorrente de uma condenação mantida pelo segundo grau de jurisdição, dado que os recursos especiais ou extraordinários não se prestam ao reexame da prova, nem dos fatos.”<sup>139</sup>

Diante de todos esses conflitos trazidos pela interpretação literal do dispositivo que trata da presunção de não culpabilidade, somado a equivocada ideia de que a prisão do acusado está inserida dentro daquele postulado constitucional que trata da presunção de inocência, facilmente se pode concluir que a mencionada norma constitucional, quando se referiu a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado do *decisum*, apenas tentou expressar, que até o trânsito em julgado, o réu deve ser tido como inocente e, assim, não cabe a ele fazer qualquer prova nesse sentido. Se assim não fosse, obviamente que aquela disposição constitucional, teria dito mais do que deveria, pois conflita flagrantemente com outras disposições constitucionais, em pelo menos dois outros dispositivos, também

---

<sup>139</sup> STF HC 84078 fls. 1173/1176.

inseridos na Constituição, conforme acima referidos, desafiando, inclusive, a aplicabilidade e a supremacia dos citados documentos internacionais, que o Brasil é signatário e, por via de consequência, se encontram inseridos no direito interno brasileiro.

GILMAR MENDES, sem divergir e corroborando esse entendimento, porém se pronunciando mais especificamente com relação a Convenção Americana sobre Direitos Humanos acrescenta que, *verbis*:

“Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e 6º, 2 – consagram 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. Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado “Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?”, que, inclusive, analisa importantes precedentes relacionados a presente hipótese (casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004; Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004; Rosendo Cantú y outra vs. México, 2011; Mohamed vs. Argentina, 2012):

“Identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa”.

As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação

criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva. Esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII do artigo 5º, que sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. ELLEN GRACIE no HC 84.078) manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal que deverão aguardar os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, com respectivo trânsito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), perda do cargo ou função pública, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso do cometimento de nova infração penal, por exemplo.”<sup>140</sup>

CELSO DE MELLO, prelecionando sobre a importância dos documentos internacionais aduz que, *verbis*:

“Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhora Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos, sem exceção, presumem-se inocentes. Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos

---

<sup>140</sup> STF HC 152752 fls 145/146.

Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

É certo que esses importantes documentos internacionais, como aqui já foi assinalado, embora proclamem a presunção de inocência, não estabelecem, contudo, quanto a ela, a exigência do trânsito em julgado.

Em nada altera o exame da questão, no entanto, se se atribuir aos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos qualificação constitucional, conferindo-lhes, em consequência, no plano hierárquico- -normativo, posição idêntica à das normas internas de direito constitucional.

Não questiono essa posição, que expressamente acolho, por também reconhecer, com fundamento em expressivas lições doutrinárias (ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris; FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva; CELSO LAFER, “A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais”, p. 16/18, 2005, Manole; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “Curso de Direito Internacional Público”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT; LUIZ FLÁVIO GOMES, “Estado Constitucional de Direito e a nova pirâmide jurídica”, p. 30 e ss., 2008, São Paulo, Premier Máxima, v.g.), que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, hierarquia constitucional, muito embora seja diversa a orientação firmada pela jurisprudência desta Corte Suprema, que adotou, quanto a tais convenções internacionais, o critério da supralegalidade (RE 349.703/RS, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, v.g.).

Cabe observar, no entanto, mesmo que se acolha a relação de paridade entre os tratados que venho de referir e a própria Lei Fundamental brasileira, e sempre que se registrar colisão entre convenções internacionais de direitos humanos, de um lado, e o direito interno dos Estados nacionais, de outro, que se torna essencial viabilizar o diálogo entre as fontes internacionais e aquelas de origem doméstica, em ordem a superar eventuais situações de conflito na interpretação e aplicabilidade das cláusulas fundadas em qualquer daqueles ordenamentos normativos, notadamente quando os estatutos em confronto – tanto aqueles de direito internacional público quanto os de direito

interno – referirem-se ao tema sensível dos direitos da pessoa humana.”<sup>141</sup>

Oportuno sublinhar, entretanto, que quando houver conflito entre as disposições constantes dos documentos internacionais e da Constituição do Estado membro signatário daquele documento, por serem ambos considerados disposições constitucionais – Art. 5º § 3º da CF “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados.....serão equivalentes às emendas constitucionais”<sup>142</sup>, deverá haver uma interpretação sistemática, ponderando os princípios em tensão, da mesma forma que deve ser feito, quando acontece com a própria Carta Política, propriamente dita, o conflito ou aparentemente conflito entre suas disposições - princípios, regras e normas.

Isso porque, se as disposições dos documentos internacionais (Convenções, Tratados, Pactos, Cartas, Declarações, etc.) passam a integrar o direito interno como força de Emenda Constitucional, para se apreender a eficácia de todas as disposições, tanto da própria Constituição, quanto da dos documentos internacionais, por também serem disposições constitucionais *lato sensu*, todos desafiam as mesmas regras de hermenêutica, especialmente no que tange a ponderação de valores, de modo que uma disposição não exclua ou se sobreponha a outra.<sup>143</sup>

Assim, em nenhuma hipótese se deve procurar uma disposição do documento internacional ou da própria Constituição mais favorável ao acusado, já que nesse momento não está em jogo um juízo de valor sobre prova em determinado processo penal, para se absolver ou condenar um acusado, onde, obviamente, deve prevalecer a máxima - *in dubio pro reo*, cuja dúvida insolúvel, deverá sempre beneficiar o imputado com sua absolvição por réu por falta de provas. Agir dessa forma, é permitir, arbitrariamente, que a Constituição ou o documento internacional

---

<sup>141</sup> STF HC 152752, fls. 388/390.

<sup>142</sup> (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45).

<sup>143</sup> V. no mesmo sentido Luís Roberto Barroso, com relação as normas constitucionais STF HC 126292, fls. 41/43 e Gilmar Mendes STF HC 152752, fls. 141/143.

internalizado por aquele Estado, conforme o caso, perca a sua aplicabilidade e eficácia, desfigurando o ordenamento jurídico vigente.

## CAPÍTULO VII

### 7. INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

Necessário, desde logo, destacar, ainda que se possa inferir que dentro da dicção da decantada presunção de inocência, se encontra inserida a impossibilidade do acusado ser preso antes do trânsito em julgado, mesmo assim, a par de não existir direitos ou garantias absolutos, aquele comando constitucional jamais encerraria uma regra, mas sim um princípio, uma vez que este, diferentemente das regras que impõe um dever que deve ser cumprido, os princípios expressam valores, ideais e que objetivam uma otimização de determinada situação e, em havendo uma tensão entre dois ou mais princípios, cabe ao interprete se socorrer das regras da ponderação e da proporcionalidade, de modo que ambos possam conviver harmonicamente dentro de um sistema jurídico, a fim de que um não exclua o outro, pois, afinal de contas, nem a Constituição nem a legislação infra constitucional, contém disposições inúteis e todas elas devem ser consideradas como um todo para que possam produzir seus efeitos, dentro do arcabouço de um sistema jurídico, importante para o estabelecimento de direitos e deveres dentro de uma sociedade livre, justa e juridicamente organizada.

LUÍS ROBERTO BARROSO, corroborando com essas breves assertivas e com iluminação solar, pôde bem esclarecer o que caracteriza e diferencia uma regra de um princípio, quando esclarece que, *verbis*:

“II.1. A presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio

18. Considerando-se que a Constituição Federal não interdita a prisão anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, é necessário indagar quais os fundamentos constitucionais para impor a privação de liberdade após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição.

19. Os direitos ou garantias não são absolutos<sup>11</sup>, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das

prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida<sup>12</sup>.

20. Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”<sup>13</sup>. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas<sup>14</sup>. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação<sup>15</sup>, tendo como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade.

21. Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo<sup>16</sup>.

22. Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê 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”. Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei nº 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a

legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.”<sup>144</sup>

Desse modo, por todos esses motivos não se pode aplicar a velha regra consubstanciada no adágio *in claret cessat interpretatio*, devendo se passar para uma necessária interpretação sistemática, para se poder extrair o alcance e o real significado do texto em sua integralidade e permitir que todas as normas constitucionais tenham eficácia e aplicabilidade e alcancem a sua plenitude e, não que sejam abafadas ou ofuscadas por outras, daí porque se mostra a necessidade de uma interpretação sistemática e não literal, notadamente quando regras e princípios parecem colidir no ventre do mesmo texto constitucional.

LUÍS ROBERTO BARROSO, voltando a prelecionar sobre o tema e, ainda, com mais clareza acrescenta que, *verbis*:

“Há dois tipos de normas: regras e princípios. A regra define uma determinada conduta e, portanto, ou você segue a conduta e cumpre a norma, ou você não segue a conduta e descumpra a norma. Portanto, se diz em jargão jurídico são

---

<sup>144</sup> STF HC 126292 fls. 37/39. Ilustrando suas considerações BARROSO faz remissões as lições de: Min. Celso de Mello: STF, MS 23452, Rel. “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.”

DWORKIN Ronald, *Taking rights seriously*, 1977, que teve o insight pioneiro neste tema encontra-se em p. 24 (onde se reproduz texto anterior, publicado como artigo, sob o título “The model of rules”, *University of Chicago Law Review* 35:14, 1967-1968).

DALLA. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 56; e

BARCELLOS. Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 173-174.

ALEXY.Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.” (tradução livre). fls. 37

15 De forma simplificada, o processo ponderativo se dá a partir das três etapas. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, devem-se examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Já na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos serão analisados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, ao final, o grupo de normas a preponderar no caso, sempre de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito.

16 Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 338: “a) Nenhuma restrição [a direitos] pode deixar de se fundar na Constituição; pode deixar de fundar-se em preceitos ou princípios constitucionais; pode deixar de se destinar à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (...)”. fls. 339

comandos definitivos, "ou tudo, ou nada". Ou a norma foi cumprida, ou a norma foi violada. Nesse sentido, regra diz "não roubarás", se roubar, violou a regra. Princípio é diferente. Princípio prevê um estado ideal, um bem jurídico ideal a ser alcançado, como justiça, como devido processo legal, como eficiência, como dignidade da pessoa humana; não é a descrição de uma conduta. E, portanto, em sistema jurídico, em sistema constitucional, convivem diversos princípios e diversos valores. A liberdade é um princípio; a presunção de não culpabilidade é um princípio; existem inúmeros princípios. A característica própria dos princípios é que, como existem diversos princípios e eles vivem em tensão entre eles, você não os não aplica na modalidade "tudo ou nada". Ou você procura harmonizá-los quando possível, mediante concordância prática; ou você tem que ponderar os princípios, fazendo concessões recíprocas entre eles e, eventualmente, escolhas. Ponderar significa pegar normas que protegem valores diferentes e atribuir pesos a essas normas em função da realidade fática. Quais são os princípios que estão em jogo na nossa discussão aqui? De um lado, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, que é muito importante e está lá na Constituição. De outro lado, está um outro valor constitucional que é a efetividade mínima do sistema penal. Porque a efetividade mínima do sistema penal abriga valores importantes como a realização da justiça, a proteção de direitos fundamentais, a proteção do patrimônio público, a proteção do patrimônio privado, a probidade administrativa.

Portanto, quando você tem um sistema punitivo, não é a ideia de punição que você pondera com a presunção de inocência. É um conjunto de valores imprescindíveis para a vida civilizada que você protege tendo um sistema punitivo. Todas as sociedades democráticas e civilizadas têm um sistema punitivo. É para fazer o mal? Não, é para fazer o bem. É para proteger os direitos fundamentais, é para proteger a próxima vítima, o patrimônio público, a probidade administrativa. Portanto, no momento em que você cria um clima de absoluta impunidade, o que você está sacrificando é a vida, a integridade física das pessoas, o patrimônio público, a probidade administrativa. Portanto, não é punitivismo versus presunção de inocência, são muitos direitos e valores versus presunção de inocência. E como é que funciona a ponderação, no caso do princípio da presunção da não culpabilidade? Quando começa a investigação, a meu ver, o princípio da presunção de não culpabilidade tem um peso elevadíssimo, porque é o Estado que tem que provar que houve alguma coisa errada e que houve um crime; depois, quando vem a denúncia, aí já reduz, em alguma medida, o peso da presunção de inocência; quando vem a condenação em primeiro grau,

diminui um pouco mais, aliás já diminui bastante; quando vem a condenação em segundo grau, o princípio da presunção de inocência perde peso e prevalecem os outros valores que devem prevalecer. Depois da condenação em segundo grau, já não é mais possível discutir nem a autoria nem a materialidade, logo, se alguém foi condenado em segundo grau, é porque o Estado estabeleceu uma certeza jurídica de que o fato ocorreu e de que aquela pessoa é a autora do fato. O que se vai discutir no Superior Tribunal de Justiça são questões de legalidade e o que se vai discutir no Supremo são questões de constitucionalidade, mas os fatos e as provas já não estão mais em questão. Portanto, a partir desse momento, a presunção de não culpabilidade perde para o interesse do sistema de justiça, para a proteção de todos esses valores. A ponderação é feita com o auxílio do princípio da proporcionalidade, que alguns preferem chamar a máxima da proporcionalidade. Para tornar uma longa história curta, em matéria penal, proporcionalidade significa proibição do excesso e vedação da proteção deficiente. Pois aqui, depois do segundo grau, o princípio da presunção de inocência cede o passo para o interesse do sistema de justiça, porque um sistema em que os processos se eternizam, gerando longa demora até a punição adequada, prescrição e impunidade, constitui evidente proteção deficiente daqueles valores de direitos fundamentais, probidade administrativa e patrimônio público. Eu repito: um sistema penal desmoralizado não serve a ninguém, não serve à sociedade, não serve ao Poder Judiciário e não serve para a advocacia.

Punir alguém cinco, dez, quinze, vinte anos depois do fato, talvez seja até injusto! Vinte anos depois, a pessoa já é outra, já mudou seus valores! O sistema é totalmente absurdo. O sistema penal brasileiro frustra o principal papel do Direito Penal, que é o de prevenção geral, é as pessoas não delinquirem pelo temor de que lhes aconteça alguma coisa negativa. Este papel o Direito Penal não desempenha no Brasil.... Ninguém interpreta a Constituição e muito menos o Direito Penal para atender clamor público. Nisso estamos todos de acordo. Mas uma interpretação que produz consequências absurdas e frustra sentimentos mínimos de justiça da sociedade não pode ser a interpretação adequada do texto constitucional.”<sup>145</sup>

GILMAR MENDES, corrobora o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso e, igualmente, defende a possibilidade da execução da pena antes do julgamento dos recursos especial e extraordinário, os quais têm efeito suspensivo

---

<sup>145</sup> STF HC 152752, fls. 177/179.

e, portanto, antes mesmo do trânsito em julgado da condenação, se referindo as precisas e apropriadas lições de Espínola Filho, *verbis*:

“O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado. O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões” – art. 240, §1º, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável. E, aí, eu vou citar um clássico do nosso Direito, que é Eduardo Espínola Filho, ao afirmar que “a presunção de inocência é vária”, dizia ele na linguagem singular, “segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III. Campinas: Bookseller, 2000. p. 436). Portanto, suscitando que isso é passível, usando uma linguagem da teoria dos direitos fundamentais, de uma conformação por parte inclusive do legislador. Não é um conceito, quer dizer, estamos falando de um princípio, não de uma regra. Aqui, não se resolve numa fórmula de tudo ou nada. É disso que se cuida quando Eduardo Espínola Filho fala dessa graduação. 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. Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários. Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não

substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10). Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012). Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. Igualmente, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso.”<sup>146</sup>

LUIZ FUX, sem divergir e afastando a interpretação literal do dispositivo constitucional que estabelece a vigência da presunção de inocência até o trânsito em julgado, trazendo a colação festejados doutrinadores, assim se posiciona, *verbis*:

“Embora parte da doutrina e da jurisprudência defenda que a “literalidade” do artigo não admitiria interpretações, o fato é que há divergência juridicamente relevante sobre o que signifique, para os fins da Constituição, a expressão “ninguém será considerado culpado”. Para a definição do sentido e alcance da norma, recorre-se às regras de hermenêutica que orientam o intérprete na fiel execução das normas, à luz do ordenamento jurídico-constitucional. Revela-se importante, consecutivamente, fixar algumas premissas teóricas, que orientarão o raciocínio e a conclusão do presente voto.

#### TEXTO vs. NORMA

Na feliz expressão do aclamado jurista alemão Friedrich Müller, o texto de um preceito jurídico positivo revela apenas a ponta do iceberg normativo. Leciona Müller:

“Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é carente de interpretação porque e à medida em que ela não é “unívoca”, “evidente”, porque e à medida em que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure

---

<sup>146</sup> STF HC 126292, fls. 67/69.

extremamente “destituída de clareza”. Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída.” (MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 61/62).

Com efeito, a controvérsia quanto ao que efetivamente se entende como “ser considerado culpado” afasta a incidência do brocardo “in claris cessat interpretatio”, de resto há muito superado pelas lições dos maiores juristas e modernamente entendido cum granum salis. Um dos maiores exegetas do direito brasileiro, CARLOS MAXIMILIANO, já salientava que “A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal no texto. [...] Não raro os brocardos já se acham destituídos de valor científico (exemplo - in claris cessat interpretatio), ou, pelo menos, são falsos e inexatos na sua generalidade forçada, em desacordo com a origem [...] Aplicam-se mais extensamente do que se deve, tornam-se fontes de erros e confusões, pelo motivo apontado, de ser a forma muito mais geral do que o conteúdo.” (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 196).

No processo interpretativo, adverte MAXIMILIANO, cumpre evitar “o demasiado apego à letra dos dispositivos”, além, é claro, de se dever evitar também o excesso contrário (MAXIMILIANO, 2010, p. 84). Na mesma esteira, Miguel Reale ressalta a essencialidade do ato interpretativo, reveladora da impossibilidade de uma norma dispensar interpretação (REALE, Miguel. O Direito como Experiência: Introdução à epistemologia Jurídica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 250).

Também Canotilho, com fundamento na Teoria Estruturante de Müller, consigna a seguinte compreensão:

“Elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um

“domínio normativo”, isto é, um “pedaço de realidade social” que o programa normativo só parcialmente contempla; conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).” (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1213)

Na lição de FRANCESCO FERRARA, “A interpretação deve ser objetiva, desapaixionada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta respeitadora da lei” (Trattato di Diritto Civile Italiano. Vol. 1, 1921, p. 206). Também é devida ao célebre jurista italiano a distinção “Voluntas legis, non legislatoris”, ou seja, o intérprete deve analisar a vontade da lei, do texto normativo, dentro de seu âmbito de aplicação, independentemente de qual tenha sido a vontade do legislador: “a lei não é o que o legislador quis ou não quis exprimir, mas tão somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei”. Em síntese, a clareza das regras somente é obtida pelo procedimento de interpretação, procedendo-se à sua análise sistêmica, conciliando-a com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio e com a realidade a ele subjacente.” por ocasião do julgamento do STF.<sup>147</sup>

CARMEN LÚCIA, no mesmo sentido, defende a necessidade de uma interpretação sistemática, já que de acordo outras normas de direito interno, não é possível a leitura isolada do art. 5º, inc. LVII da Constituição da República, *verbis*:

“8. As normas que conformam o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República, não comporta leitura isolada de seus termos.

É entendimento deste Supremo Tribunal Federal, respaldado pela Constituição da República de 1988:

“É certo que o aludido dispositivo legal dispõe que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, mas o preceito não pode ser considerados 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 item LXI, 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

---

<sup>147</sup> STF HC 152.752, fls. 232/235.

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 se 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.

Verifica-se, deste modo, que pode haver prisão determinada pelo Juiz, sem haver flagrante. Ainda para chegar-se à conclusão de que a própria Constituição não pode ter o elastério pretendido na impetração, temos que o item LXVI, do mesmo artigo 5º dispõe que ‘ninguém será legado à prisão ou nela ser mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’, e é certo que a liberdade provisória é instituto processual que admite possa não ser preso aquele que ainda não tem contra si sentença condenatória definitiva” (Habeas Corpus n. 680372, Relator Ministro Aldir Passarinho, Segunda Turma, DJ 21.5.1993).”<sup>148</sup>

CARMEN LÚCIA, acrescenta ainda que, *verbis*:

“Comprova-se o acerto desse entendimento a regência infraconstitucional das prisões cautelares, (de diversos tipos: temporária, em flagrante, preventiva – antes ou depois da sentença) firmada a partir de circunstâncias fáticas, sem necessidade de formação definitiva de culpa.

Nesse sentido, as palavras do Ministro Menezes Direito:

“É comum que se diga que a prisão cautelar não se choca com o princípio da inocência constante do já mencionado inciso LVII porque tem a vista a garantia da persecução criminal, sendo a prisão cautelar um meio de assegurar o bom resultado do processo. Nessa linha, admitira a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (e é inevitável fazê-lo após o que dispôs o constituinte dos oitenta) e não admitir a prisão para execução da pena é reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão. Admite-se a violação do que se entende por um princípio da inviolabilidade da liberdade antes do trânsito em julgado’ com base em juízo sumário não exauriente para a garantia do processo penal, mas não se admite esse cenário com base em uma cognição plena e exaustiva realizada nas instâncias ordinárias. Nesse sentido, bem disse acórdão da Primeira Turma, de que Relator o Ministro Celso de Mello, que o ‘princípio constitucional da não culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da Carta Política, não se qualifica como obstáculo jurídico

---

<sup>148</sup> STF HC 152.752, fls. 426/427.

à imediata decretação da prisão do acusado, ainda que se revele passível de impugnação, pela via do recurso especial (STJ) ou de recurso extraordinários” (voto do Ministro Menezes Direito no habeas corpus n. 84.078, Dje 26.2.2010).”<sup>149</sup>

Nessa conformidade, facilmente se percebe que a presunção de inocência, na verdade, encerra um princípio e não uma regra, propriamente dita, portanto, diferentemente dessa última, os princípios não são absolutos e comportam ponderação de valores, dentro de um juízo de eficácia e proporcionalidade, a ser aquilutado diante do caso concreto

---

<sup>149</sup> STF HC 152.752, fls. 425/426.



## CAPÍTULO VIII

### 8. A IMPORTÂNCIA E A NECESSIDADE DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

De fato, não se pode examinar um princípio constitucional isoladamente, já que muitas vezes, surgem princípios aparentemente antagônicos, que precisam se conformar com o sistema jurídico estabelecido, sob pena de se abafar e mesmo se negar vigência a um comando constitucional.

Assim, havendo uma tensão entre princípios, cabe ao interprete se socorrer da hermenêutica constitucional, para poder aproveitar e dar o maior alcance as disposições aparentemente colidentes.

No caso em estudo, de um lado temos o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, enquanto de outro temos a efetividade do direito e da justiça, a sua credibilidade, a segurança pública e em última análise a própria paz social.

LUÍS ROBERTO BARROSO, com extrema sensibilidade e propriedade, bem esclarece essa tensão entre princípios e a melhor forma de acomodá-los, quando aduz que, *verbis*:

“23. Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. 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 haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

24. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral

e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros.<sup>150</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO, prosseguindo, discorre sobre a necessidade de ser realizada uma ponderação entre os princípios de modo que todos possam conviver, harmonicamente, preservando a integridade do texto, *verbis*:

“25. Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.

26. Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar,

---

<sup>150</sup> STF HC 126292, fls. 40.

respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP).

27. Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente<sup>17...</sup><sup>151</sup>

GILMAR MENDES, com bastante precisão e sem discordar acrescenta que, *verbis*:

“O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL deverá, portanto, compatibilizar o texto da Constituição Federal a partir da interdependência e complementaridade dos citados princípios e regras, que não deverão, como nos lembra GARCIA DE ENTERRÍA, ser interpretados isoladamente, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte (Reflexiones sobre la ley e los principios generales del derecho. Madri: Civitas, 1996, p. 30), sendo impositivo e primordial guardar a coerência lógica dos dispositivos constitucionais, analisando-os com prudência, razoabilidade e coerência, de maneira a impedir que a eficácia de uns simplesmente anule a eficácia dos demais, negando-lhes efetividade. A eficácia do princípio do juiz natural exigirá, sempre, que a decisão criminal condenatória tenha sido proferida em ambas as instâncias ordinárias por integrantes do Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal, devendo ser interpretada em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador. A eficácia do princípio da tutela judicial efetiva estará observada quando houver o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes (“direito de recorrer”), visando a assegurar a justa e imparcial decisão final e sua eficácia, após duas análises diversas da matéria fática e jurídica. A eficácia do devido processo legal estará configurada quando presente sua dupla proteção individual, tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade – cuja supressão exige decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade competente (CF, art. 5º, LXI) –, quanto no âmbito formal, ao assegurar ao réu paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando a impedir o arbítrio do Estado. O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e

---

<sup>151</sup> STF HC 126292, fls. 41/43.

o contraditório, que deverão ser assegurados a todos os litigantes. A eficácia do princípio da ampla defesa estará presente quando ao réu forem garantidas as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, direito de ser processado e julgado pelo juiz competente, direito aos recursos previstos em lei, à decisão imutável, à revisão criminal) ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto a eficácia do princípio do contraditório, como exteriorização da ampla defesa, será respeitada quando houver a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor da ação penal. Por sua vez, a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional – princípio da presunção da inocência – estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da presunção de inocência tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (provas diabólicas); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena. Dessa maneira, respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da presunção de inocência no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, conseqüentemente, a plena eficácia aos já citados princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural, com a possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o “congelamento de sua efetividade” pela existência de competências recursais restritas e sem efeito suspensivo do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário, uma vez que essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.”<sup>152</sup>

GILMAR MENDES, com bastante propriedade prossegue e aduz que, *verbis*:

“Ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito as exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o

---

<sup>152</sup> STF HC 152752, fls. 141/143.

juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal – , seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justeza ou conformidade funcional, que aponta, como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário (Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134 ss).<sup>153</sup>

GILMAR MENDES, afirma, ainda, que, *verbis*:

“A tutela judicial efetiva, com efeito, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários. Trata-se do mesmo entendimento nos ordenamentos jurídicos do Direito Comparado, que, no máximo, exigem para iniciar o cumprimento da pena a efetivação do duplo grau de jurisdição...”<sup>154</sup>

### **8.1. Proteção Eficiente e Efetividade do sistema penal**

Importante destacar, que o sistema político do Estados, não se encerra na visão isolada e da garantia absoluta dos direitos dos imputados, pois essa é apenas um faceta do conteúdo constitucional, pois há inúmeras outras garantias, inclusive, para a sociedade em geral, que estão asseguradas na Carta Política, como, por exemplo a segurança pública, a efetividade da legislação e do sistema judiciário, que se não observadas ou mesmo desprezadas, afetam a própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito, gerando a barbárie e um verdadeiro caos social.

WINFRIED HASSEMER <sup>155</sup> , Transcrição da intervenção oral pelo Goethe-Institut Lissabon; tradução da conferência para língua portuguesa por Augusto Silva Dias. Palestra proferida na conferência denominada Jornadas de

---

<sup>153</sup> STF hc 152752, fls. 143.

<sup>154</sup> Ibid. fls. 144/145.

<sup>155</sup> Professor da Universidade de Frankfurt, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional alemão.

Direito Processual Penal, em Portugal, discorrendo sobre “O Processo Penal e Direitos Fundamentais”, com sua extrema sensibilidade afirmou que, *verbis*:

“Segundo a teoria do contrato, cada cidadão renuncia a uma parcela da sua liberdade. Essa parcela é atribuída ou confiada ao Direito, à ordem social e estatal, e representa a sujeição a um Direito geral no qual eu, como cidadão, participei, de que sou idealmente co-autor e que por isso tenho de fazer valer para mim. O Estado é instituído como um instrumento de garantia dos limites da liberdade. Esta é por excelência a tarefa do Estado. Trata-se de uma tarefa derivada e não originária; de uma tarefa ao serviço das pessoas, segundo o ideário iluminista. O Estado zela para que um indivíduo não trate os outros com desprezo, para que ele não penetre nos limites da liberdade do outro. Tarefa do Estado é, pois, cuidar que esses limites não sejam infringidos. Dado que o Estado pode fracassar, dado que ele pode cometer erros, pode ser injusto e discriminatório, é reconhecido um direito de resistência contra o Estado. Neste quadro, o Direito Penal é o instrumento do Estado que determina os limites da liberdade no caso concreto e, neste sentido, pode dizer-se que ele é um instrumento da liberdade. E um instrumento da liberdade por meio da repressão. Isto parece um pouco absurdo mas penso que, vistas as coisas assim, pode compeeder-se perfeitamente que a ideia do Direito Penal era originariamente uma ideia de liberdade. Porque 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”<sup>156</sup>

WINFRIED HASSEMER, acrescentou, também, que, *verbis*:

“A segunda fase da minha exposição versará sobre a evolução do Direito Penal e do processo penal na Alemanha e a minha tese é aqui igualmente clara: essa evolução caracteriza-se por uma diminuição das garantias, por uma ampliação do direito Penal e por um aumento do poder do Estado.... A primeira é a erosão normativa, ou seja, erosão de normas sociais; a segunda é a sociedade de risco. Sobre ambas as expressões existe na Alemanha um número interminável de pesquisas, tanto no domínio do Direito Penal como no da Sociologia do direito, No que diz respeito à erosão de normas, a tese é a seguinte: as normas sociais, as normas da vida de todos os dias, que são normas não escritas, estão expostas à erosão, isto é, desaparecem, perdem eficácia. O que é evidente, o que não tem de se fundamentar, o que vale por si mesmo, o que é tradição, o que é informal, tudo isso é precível. Este fenómeno tem a ver talvez com evoluções sociais a longo prazo, contribuindo grandemente para ele na Alemanha o narcisismo – desaparecimento social....A erosão de normas tem como efeito um enfraquecimento da orientação normativa. As normas sociais orientam, são úteis, dito de forma metafórica, estabelecem aquilo em que se pode confiar, que se

---

<sup>156</sup>PALMA. Maria Fernanda, op. cit., fls 17/18.

pode reclamar e por isso a sua erosão causa desorientação, perda de segurança normativa.

A segunda expressão é a sociedade do risco. Ela foi introduzida na discussão alemã especialmente pelo sociólogo Ulrich Beck. Penso que ela é adequada para fornecer uma explicação para a desorientação normativa. A tese é a seguinte: a população das sociedades ocidentais encontra-se perante grandes riscos, como sejam, graves abusos, destruição do ambiente ao nível internacional, riscos monetários, colapso económico, criminalidade organizada, corrupção, terrorismo. Os grandes riscos caracterizam-se por não serem domináveis, por serem devastadores quando se realizam, por serem vagos, opacos, enfim, por não serem tangíveis, pois são mais uma sombra do que um objecto. Considera a teoria que nesta situação aumentam o medo do risco da população e as suas necessidades de controlo. Perante a ameaça do risco, a população carece de orientação, de tranquilidade normativa, por isso reage em pânico, sente-se encostada à parede e, em consequência, agudiza as suas necessidades de controlo e os seus instrumentos de repressão. Segundo esta definição, as sociedades do risco tendem para uma agravamento dos meios repressivos e para uma antecipação do controlo.<sup>157</sup>

WINFRIED HASSEMER, prosseguiu, ainda, aduzindo que, *verbis*:

“Faço uma terceira observação para dizer que o papel do Estado e o papel dos direitos fundamentais sofreram uma alteração. O Estado já não é o Leviathan. Esta política jurídica não foi feita contra a população mas antes com um grande consenso da população. O Estado deixa de ser o Leviathan para se tornar um parceiro no combate geral contra riscos e contra a criminalidade. Os direitos fundamentais, por sua vez, já não são direitos de defesa contra o Estado. De um certo modo, eles deixaram de cumprir esta função. Os direitos fundamentais tendem a constituir um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade e um aspecto importante na dogmática jurídico-constitucional alemã é a invenção de um direito fundamental a segurança.”<sup>158</sup>

EDSON FACHIN, destaca em sua manifestação, inúmeros argumentos favoráveis à chamada “execução provisória” da pena, defendendo a necessidade de uma maior eficácia e efetividade do sistema penal, inclusive, no que se refere a proteção às vítimas, bem como a proteção eficiente dos direitos fundamentais,

---

<sup>157</sup>Ibid. fls. 19/20.

<sup>158</sup>Ibid. fls. 22.

relatando, inclusive, importantes repercussões, que geraram forte impacto em organismos internacionais voltados aos direitos humanos, *verbis*:

“...a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais quanto à tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos (grifei):

4. Ademais, a proteção eficiente dos direitos fundamentais, o que se dá, entre outros instrumentos, por meio do Direito Penal, permitiu-me assentar, em voto anterior, que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais quanto à tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos (grifei):

“O caso mais notório, julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, teve como autora Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte de seu marido, que tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas durante toda sua vida matrimonial. O Ministério Público ofereceu denúncia contra o agressor em 28.09.1984, porém passados dezessete anos da data dos fatos, sem que o Poder Judiciário brasileiro tivesse proferido uma sentença definitiva sobre o caso que se aproximava da prescrição, a Comissão condenou o Brasil, por reconhecer a ineficiência da proteção penal à vítima, a uma série de medidas que resultaram, por exemplo, na hoje conhecida Lei nº 11.340/2006 (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001, disponível em , acesso em 06.09.2016). Há ainda, dentre outros exemplos dignos de nota...

Sétimo Garibaldi versus Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 23 de setembro de 2009. A Corte condenou o Brasil por reconhecer a inefetividade do Estado brasileiro em oferecer uma resposta para a morte de Sétimo Garibaldi, ocorrida em 27 de novembro de 1998, no Município de Querência do Norte no Estado do Paraná, onde foi vitimado. Considerou a Corte que há direito de obter uma resposta justa e efetiva sobre o acontecido (CORTE IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n. 203, disponível em acesso em 06.09.2016). A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos levou à condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, no caso Ximenes Lopes versus Brasil. Damião Ximenes Lopes era deficiente mental e foi vítima de maus tratos em uma casa de repouso no Município de Sobral/CE, os quais foram

causa de sua morte. Na condenação, dentre outras razões, a Corte considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Considerou-se que após 06 (seis) anos não havia sequer sentença de primeiro grau. (CORTE IDH. 2006. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Série C. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: [articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](#). Último acesso em: 3 de outubro de 2016). A deficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva na acusação que o Brasil sofreu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso que ficou conhecido como o Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão. Entre 1991 e 2003, uma série de homicídios foi praticada no Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos. Apurou-se o total de 28 homicídios, tendo a maioria dos corpos sido encontrada com as genitais mutiladas.

O Brasil firmou acordo reconhecendo a ineficiência da proteção penal às vítimas, assumindo uma série de compromissos em decorrência disso. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2006. Caso Meninos Emascarados do Maranhão. Casos 12.426 e 12.427 contra a República Federativa do Brasil. Solução amistosa de 15 de março de 2006. Disponível em: [BRSA12426PO.doc](#). Último acesso em: 3 de outubro de 2016). Digo isso, Senhora Presidente, para rechaçar a pecha de que esta Suprema Corte, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, sucumbiu aos anseios de uma criticável sociedade punitivista, comprimindo direitos humanos num ambiente de histeria. A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja, pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema Corte, ao acatar o princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência.

Afinal, como bem se colhe da obra de Antonio Escrivão Filho e José Geraldo de Sousa Junior, 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 (GEDIEL, GORS DORF, ESCRIVÃO FILHO et. all, 2012) (Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos . Belo Horizonte: De Plácido. 2016, p. 64)”

Mais recentemente, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro por, entre outras, violação à garantia de uma duração razoável nas investigações relacionadas ao Caso Favela Nova Brasília. Assentou que a Corte considera que não foi dado andamento à investigação, além de ter sido erroneamente aplicada a prescrição à investigação dos fatos. Determinou, ao fim, que o Estado brasileiro abstenha-se de “recorrer a qualquer obstáculo processual para eximir-se dessa obrigação, por tratar-se de prováveis execuções extrajudiciais e atos de tortura” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Favela Nova Brasília v. Brasil, Sentença de 16 de fevereiro de 2017, par. 292).

À mesma conclusão chegou a Corte, meses antes, no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil* (sentença de 20 de outubro de 2016). Nesse caso, a Corte assentou “os Estados têm a obrigação de garantir o direito das vítimas ou de seus familiares a participarem em todas as etapas dos respectivos processos, de maneira que possam apresentar petições, receber informações, aportar provas, formular alegações e, em síntese, fazer valer seus direitos”, visto que “esta participação deverá ter como finalidade o acesso à justiça, o conhecimento da verdade sobre o ocorrido e a concessão de uma justa reparação” (par. 376).”<sup>159</sup>

## **8.2. A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade**

Necessário aduzir, que também não se deve perder de vista o princípio da proporcionalidade, no sentido de que não se pode dar um extremo valor ao princípio da inocência, assim como a qualquer outro princípio constitucional da própria Constituição, daqueles que passaram a integrá-la através de documentos internacionais e, assim, afastar a outros princípios como o da efetividade do processo, das normas e da justiça, já que a proporcionalidade, se por um lado proíbe o excesso por outro também não permite a insuficiência.

LUÍS ROBERTO BARROSO, discorrendo sobre essa temática, salienta que, *verbis*:

“28. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios

---

<sup>159</sup> STF HC 152752, fls.90/93.

constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais<sup>18</sup>.

29. Na presente hipótese, não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Afinal, um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988<sup>19</sup>. A exigência de uma intervenção eficaz não é, porém, incompatível com a defesa de uma intervenção mínima do direito penal. Um direito penal efetivo, capaz de cumprir os seus objetivos, não precisa de excesso de tipificações, nem de exacerbação de penas. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: “A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”<sup>20</sup>.

30. Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.”<sup>160</sup>

ELLEN GRACIE, ao discorrer sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade sublinha que, *verbis*:

“O princípio da proporcionalidade é uma via de mão dupla. Ao mesmo tempo em que proíbe o excesso, proíbe, também, a insuficiência. De fato, a noção de proporcionalidade, na seara penal, não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção, por parte do Estado, em relação às agressões a bens jurídicos praticados por terceiros. Ou seja, de um lado a proibição do excesso, de outro, a proibição da insuficiência.

---

<sup>160</sup> STF HC 126292, fls. 42/43.

Não identifico excesso nenhum quando o legislador toma eficaz, enquanto não modificada, uma sentença condenatória mantida pelo tribunal. Ele parte da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que ela é sempre desacertada. Qualquer magistrado de segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição sabe que é mínimo o percentual de reformas em decisões condenatórias. Afetado estaria o referido princípio se aceitássemos que alguém pudesse ser privado da liberdade no curso do processo quando não há certeza formada sobre materialidade e autoria (CPP, art. 312), mas não pudesse sê-lo após a sentença condenatória mantida pelo tribunal, quando, ao invés de presunção, já existe juízo de certeza.”<sup>161</sup>

Assim, indiscutivelmente, e de acordo com o princípio da efetividade das decisões judiciais e da própria eficácia do sistema judiciário, se impões um juízo de proporcionalidade, sempre que houver um conflito entre princípios, a fim de se preservar a higidez do texto constitucional como um todo.

---

<sup>161</sup> STF HC 84078, fl. 1175.

# CAPÍTULO IX

## 9. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO - FINALIDADES E EFEITOS

Esses dois recursos, muito embora impeçam tecnicamente o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida pelo Tribunal de 2ª instância, quando se esgotam as vias ordinárias, na verdade têm uma finalidade bastante restrita e que não dizem respeito diretamente ao caso concreto e, em especial, no que se refere a rediscussão sobre a matéria de fato ou da própria culpa, já decididas anteriormente nas instâncias ordinárias.

Assim, muito embora a pendência dos recursos especial e extraordinário, possam impedir tecnicamente o trânsito em julgado da condenação do réu, na verdade eles não tem o alcance que vem se pretendendo lhes emprestar, pois há certos requisitos de admissibilidade, que se distanciam completamente do caso concreto.

### 9.1. Recurso Extraordinário - Finalidades

No que diz respeito ao Recurso Extraordinário, que tem como finalidade julgar questões, exclusivamente, de índole constitucional, cuja competência para julgamento é do Supremo Tribunal Federal, pelo menos a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição Federal, para que o mencionado recurso possa ser admitido para julgamento, é absolutamente desinfluyente a situação do caso concreto referente a aludida condenação em 2ª instância, não bastando a eventual presença de uma suposta inconstitucionalidade do *decisum*, pois, muito mais do que isso, é preciso que aquela matéria constitucional aduzida, tenha uma importância e influência geral e é exatamente por isso que o requisito básico de admissibilidade do referido recurso, é a demonstração da repercussão geral tratada naquele caso, *verbis*:

“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. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Parágrafo único...

§ 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.”<sup>162</sup>

Assim, se uma decisão condenatória oriunda das vias ordinárias, apresentar uma inconstitucionalidade e o recorrente não demonstrar a repercussão geral daquela situação, o seu recurso não será admitido por carecer da demonstração de um requisito básico de admissibilidade e, assim, caberá ao recorrente buscar outras vias para discutir a constitucionalidade da matéria como, por exemplo, através da impetração de Habeas Corpus junto àquela mesma Corte constitucional.

TEORI ZAVASCKI, prelecionando sobre o tema e trazendo a posição do seu ex-colega Ministro Joaquim Barbosa, afirma que, *verbis*:

“Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos

---

<sup>162</sup> (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

“Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE’s julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos”.<sup>163</sup>

CARMEM LÚCIA, do mesmo modo, mas em outra passagem, aponta a finalidade específica do recurso extraordinário, quando aduz que, *verbis*:

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por

---

<sup>163</sup> Julg. da liminar na STF ADC 44 MC, fls. 125/126, v. também STF HC 126292, fls. 15/17.

isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.”<sup>164</sup>

## 9.2. Recurso Especial - Finalidades

No tocante ao Recurso especial, o qual se destina ao julgamento de matérias de natureza infraconstitucional e que, em última análise, tem por objetivo básico a uniformização da lei federal, a Carta da República, também, estabelece seus requisitos essenciais, *verbis*:

“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 válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;”<sup>165</sup>

Destarte e complementando a dicção da citada disposição constitucional, o RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o qual ostenta força normativa *erga omnes*, aduz que, *verbis*:

“Art. 255<sup>166</sup>....

§ 1º A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita:(incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)

- a) por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 6, de 2002)

---

<sup>164</sup> STF HC 152752, fls. 440/441.

<sup>165</sup> (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>166</sup> BRASIL. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em 10 mar.2019.

b) pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados. (Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)

§ 2º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. (Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)

.....

Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

### **9.3. Recursos Extraordinário e Especial – Efeitos**

Ademais, oportuno desde logo grifar, que para a admissão de qualquer um desses recursos, que não é um direito líquido e certo do recorrente-condenado, para o seu simples conhecimento pelas instâncias especial e extraordinária, além da interposição no prazo recursal estabelecido, é necessário o preenchimento de uma série de outros requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, sendo certo, inclusive, que nenhum desses recursos apresenta efeito suspensivo.

Com relação ao Recurso Extraordinário, o art. 637<sup>167</sup> do Código de Processo Penal, estabelece, taxativamente, que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, *verbis*:

“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.”

No que tange ao Recurso Especial, o RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, estabelece de forma clara, que o referido recurso apresenta, tão somente, efeito devolutivo, *verbis*:

“Art. 255. O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo.”<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> BRASIL, op. cit., nota 61.

<sup>168</sup> \_\_\_\_\_, op. cit., nota 166.

EDSON FACHIN, corroborando esse entendimento, destaca que, *verbis*:

“Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar “injustiças do caso concreto”. O caso concreto tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças. O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes. Ainda, o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que queria delas fazer instâncias revisoras universais. A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Tanto é assim que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, não basta ao recorrente demonstrar que no julgamento de seu caso concreto malferiu-se um preceito constitucional. Necessário que demonstre, além disso, no mínimo, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais. Se a própria Constituição repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo.”<sup>169</sup>

---

<sup>169</sup> STF HC 126292, fls. 23/24.

Desse modo, é fácil concluir que se esses recursos não ostentam efeito suspensivo da decisão de 2º grau que confirma uma sentença condenatória e, ainda mais, não podem se imiscuir em matéria de índole probatória, não parece haver nenhum sentido lógico ou jurídico, além de um excessivo apego a literalidade do dispositivo constitucional, para se postergar a execução de uma pena, para, assim, aguardar o julgamento desses recursos e o trânsito em julgado do acórdão condenatório.

CARMEM LÚCIA, prelecionando sobre essa discussão e sem divergir acrescenta que, *verbis*:

“12. Na espécie, discute-se a higidez constitucional da interpretação e aplicação do entendimento quanto ao início de execução da pena, após se esgotarem os recursos ordinários. Cuida-se de analisar a possibilidade jurídica de se decretar prisão sem natureza cautelar, a partir do transcurso (esgotamento ou preclusão) dos recursos ordinários com efeito suspensivo (excluídos, portanto, os natureza extraordinária: o especial, no Superior Tribunal de Justiça e o extraordinário, no Supremo Tribunal Federal).

13. No julgamento do habeas corpus n. 126.292 (Pleno, Dje 17.5.2016), asseverei: “Senhor Presidente, também devo dizer que esta matéria, que já veio aqui algumas vezes, me parece da maior relevância, não apenas para a comunidade jurídica, mas, neste caso específico, para toda a sociedade. Acho que esse é um tema candente. Lembro bem que, na última decisão que tomamos no habeas corpus, parece que da relatoria do Ministro Eros Grau, chegou-se a discutir muito, nas faculdades, nas academias, mas escutei isso em programas populares, as consequências que isso teria. Eu, Senhor Presidente, fiquei vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido do que é o voto agora do Ministro-Relator, ou seja, considere que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o

princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais. Portanto, naqueles julgamentos anteriores, afirmava que a mim não parecia ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena determinado quando já exaurida a fase de provas, que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito. E temos inclusive súmula, que aplicamos reiteradamente nos habeas corpus e em todos os outros processos, aqui incluídos os recursos extraordinários, a Súmula 279, que não permite revisão de provas nesta sede. Portanto, o quadro fático já está posto. Outras questões, claro, haverão de ser asseguradas para os réus. Por isso, Presidente, considere e concluí, votando vencida naqueles julgados, no sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos. Por essa razão, Senhor Presidente, vou me manter na mesma linha dos votos antes proferidos, ou seja, neste caso, denego a ordem, acompanhando o Ministro-Relator, com as vênias da Ministra Rosa Weber que votou divergente.” (voto por mim proferido no habeas corpus n. 126.292, Sessão de 17.2.2016).

14. Assim tenho me manifestado neste Supremo Tribunal desde o julgamento do habeas corpus n. 84.078 (Pleno, Dje 26.2.2010), em cujo resultado fiquei vencida na honrosa companhia dos Ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa e Ellen Greice.

Naquele julgamento, como enfatizou o Ministro Joaquim Barbosa, “o instituto da presunção de inocência [a que chamo ‘não culpabilidade penal’] não é absoluto e incontestável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação [com o direito fundamental do cidadão à efetividade da prestação jurisdicional] que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da prisão preventiva e da prisão temporária”: “Para além disso é de se ressaltar que os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo em nosso ordenamento jurídico positivo, razão pela qual não se configura violação ao princípio da não-culpabilidade a determinação de cumprimento da pena após o julgamento da apelação pelo Tribunal competente. Aliás, não existe uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, tanto é que há processos julgados em única instância por esta Corte; menos ainda haveria direito a um triplo grau. Nem mesmo o Pacto de San Jose da Costa Rica garante a existência de um terceiro grau de jurisdição, como ora se pretende. A garantia está restrita ao direito de recorrer contra a sentença condenatória, como dispõe

o art. 9º, 10º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (...) Aliás, este é, ao meu ver, o sentido em que deve ser interpretado o art. 105 da Lei de Execuções Penais, cujo teor é o seguinte: ‘Art. 105. Transitado 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. É importante ainda, levarmos em consideração que o ordenamento jurídico brasileiro não atribui efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, como dispõe os artigos 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90, e o art. 637 do Código de Processo Penal. Nos termos deste último dispositivo legal, verbis: ‘O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para execução da sentença’” (voto do Ministro Joaquim Barbosa, no HC n. 84.078, Pleno, Dje 26.2.2010).<sup>170</sup>

Desse modo, é absolutamente claro e ausente qualquer controvérsia, que esses recursos excepcionais, dirigidos aos Tribunais superiores, além de não terem por finalidade a rediscussão quanto a matéria de fato, que se encerra nos julgamentos das instâncias ordinárias, não apresentam efeito suspensivo, o que significa dizer, que o julgado condenatório pode ser executado, independentemente do julgamento desses recursos.

---

<sup>170</sup> STF HC 152752, fls. 427/430.



# CAPÍTULO X

## 10. O DESVIO DE FINALIDADE NA PRÁTICA DA INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Ao longo dos anos, mais precisamente desses últimos, se tem percebido, que a interposição dos recursos Especial e Extraordinário, tem se mostrado totalmente abusiva e sem qualquer finalidade jurídica, já que a prática indicou que o uso indiscriminado desses recursos, tem por objeto apenas retardar a formação da coisa julgada, com a expectativa da obtenção de uma possível e futura decretação da prescrição, quando não se destina, principalmente, impedir a prisão do condenado, até o julgamento daqueles recursos pelas instâncias especial e extraordinária, o que, via de regra, demora anos e, muitas vezes, mais de uma década!

LUÍS ROBERTO BARROSO, no mesmo sentido, preleciona que, *verbis*:

“III.2. Uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer

34. Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto<sup>24</sup>. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex-Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos.

35. Infelizmente, porém, esses casos não constituem exceção, mas a regra. Tome-se, aleatoriamente, um outro caso incluído na pauta do mesmo dia do presente julgamento. Refiro-me ao AI 394.065-AgR-ED-EDED-EDv-AgR-AgR-AgR-ED, de relatoria

da Ministra Rosa Weber, relativo a crime de homicídio qualificado cometido em 1991. Proferida a sentença de pronúncia, houve recurso em todos os graus de jurisdição até a sua confirmação definitiva<sup>25</sup>. Posteriormente, deu-se a condenação pelo Tribunal do Júri e foi interposto recurso de apelação. Mantida a decisão condenatória, foram apresentados embargos de declaração (EDs). Ainda inconformada, a defesa interpôs recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram manejados novos EDs. Mantida a decisão embargada, foi ajuizado recurso extraordinário, inadmitido pelo eminente Min. Ilmar Galvão. Contra esta decisão monocrática, foi interposto agravo regimental (AgR). O AgR foi desprovido pela Primeira Turma, e, então, foram apresentados EDs, igualmente desprovidos. Desta decisão, foram oferecidos novos EDs, redistribuídos ao Min. Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Min. Gilmar Mendes. Da decisão do Min. Gilmar Mendes, que inadmitiu os EDs, foi ajuizado AgR, julgado pela Min. Ellen Gracie. Da decisão da Ministra, foram apresentados EDs, conhecidos como AgR, a que a Segunda Turma negou provimento. Não obstante isso, foram manejados novos EDs, pendentes de julgamento pelo Plenário do STF. Portanto, utilizando-se de mais de uma dúzia de recursos, depois de quase 25 anos, a sentença de homicídio cometido em 1991 não transitou em julgado.<sup>171</sup>

GILMAR MENDES, sem divergir também reproduz a mesma visão quando afirma que, *verbis*:

“De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nosso país tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais Superiores e Supremo Tribunal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos pela falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que cabível, demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito. Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas.”<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> STF HC 126292, fls. 46/47.

<sup>172</sup> STF HC 126292, fls. 71.

De fato, aguardar desnecessariamente o julgamento dos recursos especial e extraordinário, os quais não ostentam caráter suspensivo, somados aos outros recursos que vão surgindo ao longo dos julgamentos deles, em cada etapa do julgamento nas instâncias superiores, é permitir desnecessariamente que se coloque em risco a efetividade da prestação jurisdicional, com a conseqüente ocorrência da prescrição, além de afetar de forma irremediável a credibilidade da justiça.

Assim, não parece razoável para o sistema judiciário, especialmente, no que se refere a efetividade do sistema penal e da própria segurança pública, que o autor de um crime, apesar de ter sido condenado e sua condenação confirmada pela instância recursal, não possa ser, desde logo preso e o Estado, ainda, precise enfrentar uma verdadeira *via crucis* recursal, com uma possibilidade quase interminável de recursos e seus respectivos incidentes, que acabam, gerando indefinidamente outros recursos, para, assim, depois de muitos anos transitar em julgado o édito condenatório e o réu, finalmente, possa ser preso. Isso, definitivamente não se pode chamar de Justiça e, com absoluta certeza, não é esse o objetivo de qualquer Estado democrático.

Com efeito, a sociedade não aceita mais assistir perplexa e quase que diariamente essas cenas grotescas de impunidade, que se repetem incessantemente e que, entre outros contrassensos, trazem insatisfação social e a descrença absoluta nos poderes constituídos, principalmente, no caso, o Judiciário. Tudo isso, motivado por um irracional e mal compreendido alcance do verdadeiro sentido da presunção de inocência ou de não culpabilidade e a partir de quando essa presunção perde a sua força, notadamente quando os recursos Especial e Extraordinário, além de não gozarem de efeitos suspensivo, definitivamente, também, não se prestam a análise de matéria probatória (onde repousa a presunção de inocência), a qual já restou apreciada pela 2ª instância e, portanto, preclusa a possibilidade de rediscussão em outras instâncias.

LUIZ FUX, sem divergir e com bastante proficiência aduz que, *verbis*:

“A decisão segundo a qual a interposição de recursos sucessivos pela defesa é dotada do efeito de impedir a execução da pena acaba por gerar efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional. No plano da normatividade jurídica, os prejuízos advêm da elevação do risco de prescrição das penas, considerado o sistema processual brasileiro, no qual são infinitas e praticamente incontroláveis as possibilidades de interposição de recursos pela defesa, desde a instauração do inquérito até o julgamento final pelo Tribunal competente. Na prática, significa incentivar a interposição sucessiva de recursos protelatórios, com fito de obter não a justiça, mas a impunidade. Já no que diz respeito aos prejuízos para a prestação jurisdicional, conferir ao princípio da presunção de inocência a eficácia de impedir a execução da condenação contra a qual não caibam mais recursos ordinários incrementa a quantidade de incidentes manejados pela defesa em juízo, obrigando as instâncias ordinárias e também os Tribunais Superiores a dedicarem seu tempo, de resto já absolutamente escasso, à análise de pleitos sistematicamente despidos de juridicidade. São vários os casos – e me dispensou de citá-los nominalmente neste voto – em que a interpretação ampliativa do princípio da presunção de inocência incentivou o comportamento hostil da defesa relativamente ao princípio da razoável duração dos processos e da prestação jurisdicional em tempo oportuno. Essa jurisprudência, somada a uma compreensão também benevolente no que tange à restrição da incidência do princípio da boa-fé processual na seara penal, conduz à injustiça, à ineficácia das normas penais, quando não à ineficiência e perda de coercibilidade do ordenamento jurídico como um todo, podendo culminar no reforço de uma cultura de desrespeito às normas em geral, numa sociedade de quase-anomia, que deve ser evitada pelo Poder Judiciário, em seu papel de pacificação social.”<sup>173</sup>

LUIZ FUX, em outra passagem, mas sem divergir e com bastante propriedade, volta a insistir no tema acrescentando que, *verbis*:

“É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. Assim, após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer ad

---

<sup>173</sup> STF HC 152752, fls. 269

infitum, correndo a prescrição. E veja que não há nenhuma inércia do Ministério Público. Isso é uma situação, isso é teratológico, absolutamente teratológico. E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral. Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela: "[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos."

Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução escorreita do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou: "[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa."

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.<sup>174</sup>

Destarte, aguardar o julgamento dos recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo e cujo objeto só indiretamente pode alcançar a matéria objeto desses recursos e que pode ser discutida em outras vias, como a do Habeas Corpus, por exemplo, além das estatísticas, demonstrarem a baixíssima viabilidade desses exoedientes recursais, se mostra como um verdadeiro instrumento processual, com absurdo desvio de finalidade desses recursos, que, aliás, têm um alcance limitadíssimo.

---

<sup>174</sup> STF HC 126292, fls. 59/60.



## CAPÍTULO XI

### 11. ESTATÍSTICAS DOS JULGAMENTOS DOS RECURSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As estatísticas referentes aos processos que houve recursos Especial e Extraordinário, demonstram à saciedade, o ínfimo número de postulações que foram desprovidas junto as cortes superiores e, por via de consequência, demonstram que não faz o menor sentido, se aguardar o julgamento desses recursos, em detrimento de uma efetiva e necessária prestação jurisdicional célere. Aliás, o diminuto número de recursos providos, poucos deles se referiam a absolvição do recorrente e mesmo assim, as questões levadas aos respectivos Tribunais, poderiam ter sido deduzidas em Habeas Corpus, cuja tramitação é infinitamente mais rápida e imediata do que quaisquer desses recursos.

Ademais, a baixíssima expressividade e a excepcionalidade do acolhimento das postulações recursais, não poderia, em nenhuma hipótese, transformar a exceção em regra, em detrimento de milhares de outros processos que são desprovidos.

LUÍS ROBERTO BARROSO, corroborando esse entendimento, traz importantes dados estatísticos sobre o julgamento dos recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Segundo os dados da Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo, entre 1º de janeiro de 2009 até meados de 2016, haviam sido apresentados vinte e cinco mil setecentos e sete recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal. Desse total, foram acolhidos 2,93%. Já é um número bem baixo, mas há uma informação mais interessante. A maior parte dos 2,93% acolhidos foram recursos da acusação para agravar a situação do réu, e não para melhorá-la. A estatística favorável aos réus é de 1,12%. Portanto, no Supremo Tribunal Federal, os recursos extraordinários, decididos em favor do réu, são no percentual de 1,12%. Quando se vai a examinar o

percentual de absolvições dessas decisões em favor do réu, elas são de zero 0,035%. Vale dizer, naquele período, em mais de vinte e cinco mil recursos extraordinários, houve somente nove casos de absolvição. E, de lá para cá, dessa pesquisa para cá, embora eu tenha feito de uma maneira artesanal, houve mais quatro. Uma ou duas do Ministro Dias Toffoli; uma do Ministro Ricardo Lewandowski e uma Ministro Gilmar Mendes. Os outros casos de provimento eram casos que não envolviam a absolvição. Então, veja-se, aguardar o trânsito em julgado de recursos extraordinários produz o impacto de 1,12% em favor da defesa, sendo que apenas 0,035% de absolvições. De modo que subordinar todo o sistema de Justiça a índices deprimentes de morosidade e ineficiência para produzir este resultado é uma opção que não passa em nenhum teste de razoabilidade ou de racionalidade. Eu bem entendo, e há colegas eminentes e muito queridos que pensam assim, há quem entenda que bastaria um único caso de reforma para justificar a exigência do trânsito em julgado. Mas, por essa lógica, nós deveríamos fechar todos os aeroportos, porque apesar de todos os esforços há uma margem mínima de acidentes. O mesmo vale para a indústria automobilística, para a construção civil e quase todas as atividades produtivas. Viver envolve riscos, e tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los. Portanto, esses são os índices no Supremo Tribunal Federal.<sup>175</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO, prosseguindo, apresenta outros dados estatístico, dessa vez com relação aos recursos especiais, no Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“Quanto aos recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça, segundo pesquisa desenvolvida pela Coordenadoria de Gestão de Informação do STJ, sob a coordenação do digníssimo Ministro Rogério Schietti, os números em relação aos recursos especiais do Superior Tribunal de Justiça também infirmam a necessidade da mudança da jurisprudência. A pesquisa realizada pelo Ministro Schietti, a meu pedido, com a equipe técnica do STJ, pesquisou, entre 1º de setembro de 2015 e 31 de agosto de 2017 - portanto, dois anos -, todas as decisões das duas Turmas criminais do Tribunal. Pesquisaram-se 68.944 decisões proferidas em recurso especial ou em agravo em recurso especial. Pois bem, o percentual de absolvição, em todos esses processos, foi de 0,62%. Em 1,02% dos casos, houve substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos. Portanto, eu acho legítimo somar uma com a outra: 1,02% mais 0,62%. Os outros percentuais envolvem dosimetria, eventualmente, progressão e mudança de regime. Dessa forma, nos recursos especiais e agravos em recurso especial no Superior Tribunal de

---

<sup>175</sup> STF HC152752, fls. 181

Justiça, a soma dos percentuais de absolvição e mudança de regime de prisão para substituição de direitos é de 1,64%, revelando o baixo impacto das decisões em recurso especial do Superior Tribunal de Justiça sobre os réus. Diante desses dados, pedindo todas as vênias a quem pensa diferente, com todo respeito - e carinho mesmo -, é ilógico, a meu ver, moldar o sistema em função da exceção e não da regra. Porque eu considero que 1,64% é exceção e não regra. Aqui há ressalva muito importante: Eu bem sei que, em habeas corpus, tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, o percentual de reforma é muito superior a esse que eu estou descrevendo aqui. Aliás, eu queria fazer uma defesa objetiva do Superior Tribunal de Justiça: Há muitos habeas corpus concedidos no STJ. É que só chegam aqui os HCs quando ele não os concedeu. Portanto, 100% dos que chegam aqui não foram concedidos, porque os que o foram "morreram" lá. Dessa forma, não dá para fazer estatística de habeas corpus no STJ olhando que 100% no Supremo não foram concedidos, por evidente. Mas, eu repito, em habeas corpus o percentual de reforma é mais relevante. Entretanto, eu considero que esse é um argumento a favor de se manter a jurisprudência do Supremo. Porque existe uma "válvula de escape", pois os habeas corpus não estão sendo restringidos. E, portanto, se houver algum erro que salte aos olhos, em habeas corpus, eles podem ser solucionados. Dessa forma, justamente porque há habeas corpus, não há sentido em se exigir o trânsito em julgado ou o julgamento do Superior Tribunal, até porque o habeas corpus é muito mais rápido, a menos, e evidentemente não é essa a motivação aqui, a menos que se esteja apostando na procrastinação. Portanto, faz muito mais sentido decidir dia essa questão por habeas corpus do que esperando o recurso especial ou esperando, o que eu acho que seria pior ainda, o recurso extraordinário.<sup>176</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO, finalizando, mostra, ainda, outros dados referentes aos casos onde ocorreram a prescrição, aguardando o julgamento dos recursos especial e extraordinário, *verbis*:

“Por fim, Presidente, sobre as prescrições que acontecem nesse sistema. O STJ informa que, nesses dois anos pesquisados, 830 ações penais, ou pretensões punitivas, prescreveram. E, no Supremo Tribunal Federal, no mesmo período, prescreveram 116 casos. Portanto, nos últimos dois anos, o sistema penal, que movimentou Justiça de Primeiro Grau, Justiça de Segundo Grau, STJ e Supremo, deixou prescrever 1000 processos. É mais do que

---

<sup>176</sup> Ibid., fls. 182/184.

a Suprema Corte americana julgou nos últimos 10 anos. E nós deixamos prescrever.” O sistema funciona muito mal.”<sup>177</sup>

TEORI ZAVASCKI, sem divergir, acrescenta outros importantes dados estatísticos, *verbis*:

“Interessante 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. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

9. Esse fenômeno, infelizmente frequente no STF, como sabemos, se reproduz também no STJ. Interessante lembrar, quanto a isso, os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao já mencionado HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), que resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa. Veja-se:

“Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, 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) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à

---

<sup>177</sup> Ibid., fls. 184.

presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’ (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).”<sup>178</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO, finalizando, apresenta, ainda, uma estatística referente a tramitação dos processos no Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“...eu gostaria de trazer a seguinte informação, que considero muito relevante. Pesquisa solicitada também por mim produziu o seguinte resultado: a primeira decisão terminativa proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, portanto, a minha proposta é, se passar, que seja STJ, que seja a primeira decisão terminativa do STJ, porque essa se consegue produzir em prazo razoável. O que é muito ruim é que, depois dessa, aí, vem o agravo regimental, depois vêm os embargos de declaração, depois vêm os embargos de divergência, depois vêm os embargos de declaração nos embargos de divergência, que não foram conhecidos, e assim vai. Portanto, a minha proposta é, se passar, que seja Superior Tribunal de Justiça, que seja a primeira decisão terminativa do Superior Tribunal de Justiça. Porque, aí, vejam as estatísticas: a primeira decisão terminativa - decisão terminativa, decisão de que extinguiu o processo - em recursos especiais, no STJ, leva 202 dias, isto é, cerca de 7 meses - em recursos especiais, 7 meses -; em agravos em recursos especiais, a primeira decisão leva 153 dias; portanto, pouco mais de 5 meses....Mas agora vem a informação que eu considero decisiva para esse argumento, que é a seguinte: o percentual de provimento de agravo contra essa primeira decisão é irrisório. Em relação aos recursos especiais, em 30.082 decisões, a porcentagem de reforma foi 0,31% em recursos especiais; e, em agravos, em 52.327 decisões, a porcentagem de reforma foi de 0,21%. Ou seja, a primeira decisão terminativa do STJ prevalece em mais de 99% dos casos, em bem mais, 99,5% dos casos.....”<sup>179</sup>

Com efeito, as estatísticas bem demonstram a ineficácia e a absoluta falta de objetividade jurídica na interposição desses recursos Especial e Extraordinário,

---

<sup>178</sup> Julg. da liminar na STF ADC 44 MC, fls. 126/127, v. também STF HC 126292, fls. 15/18.

<sup>179</sup> STF HC 152752, fls. 184/185

o que por si só, já evidencia o caráter procrastinatório com que veem sendo interpostos.

## CAPÍTULO XII

### 12. O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Sabidamente, a regra geral é no sentido de que somente ocorre o trânsito em julgado de qualquer decisão judicial, a partir de quando se esgotam as possibilidades de recurso e aquela decisão se torna imutável, muito embora hodiernamente já se tem falado em flexibilização da coisa julgada, o que demonstra que os conceitos não são absolutos, entretanto, essa temática por fugir do tema central do presente estudo, não será abordado.

A par desse regramento de que somente acontece a coisa julgada, quando a decisão não desafia mais nenhum tipo de recurso, há diversas situações em que uma decisão ainda não transitada em julgado tecnicamente e pendente de recurso, torna preclusa a discussão de determinadas matérias discutidas no processo, notadamente nos recursos relativos ao Tribunal do Júri e nos recursos Especial e Extraordinário, já que nesses recursos vige a regra *tantum devolutum quantum appellatum*, ou seja somente é devolvida para conhecimento da instância revisora, aquilo que foi objeto do recurso.

Desse modo, não pode um condenado pelo Tribunal do Júri recorrer à 2ª instância com matéria estranha ao que está previsto nas disposições legais de regência, da mesma forma que não é toda matéria discutida em uma ação penal, que o recorrente-condenado pode levar a apreciação do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, eis que uma das mais incisivas e enfáticas limitações para esses recursos, é voltar a discutir a matéria de fato. Aliás, foi exatamente por esse motivo que foram editadas duas Súmulas da jurisprudência dominante no STF- Supremo Tribunal Federal e no STJ- Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

SÚMULA nº 7<sup>180</sup> do STJ - “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”

SÚMULA 279<sup>181</sup> do STF - “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

GILMAR MENDES, discorrendo sobre o trânsito em julgado, traz interessantes colocações, *verbis*:

“A condicionante constitucional ao “trânsito em julgado”, portanto, exige a análise de sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível, no exercício de interpretação constitucional, realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º. A interligação e complementariedade entre todos esses princípios no exercício da persecução penal são ínsitas ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência. A interpretação constitucional deverá superar aparentes contradições entre os citados princípios por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e que prestigie o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário, garantindo-lhes a maior eficácia e aplicabilidade possível, pois, como salienta CANOTILHO, o intérprete deve:

“considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998).<sup>182</sup>

TEORI ZAVASCKI, discorrendo sobre a formação do trânsito em julgado, acrescenta que, *verbis*:

“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

---

<sup>180</sup> BRASIL. Súmulas do STJ. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas)>. Acesso em 05 mar.2019.

<sup>181</sup> \_\_\_\_\_. Súmulas do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em 05 mar.2019.

<sup>182</sup> STF HC 152752, fls. 140.

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” - Novo 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. É o que ocorre, por exemplo, para efeito de cálculo da prescrição da pretensão punitiva estatal, que, segundo orientação do STF, os recursos especial e extraordinário somente obstarão a formação da coisa julgada quando admissíveis (v.g. HC 86.125/SP, Rel. Ellen Gracie). Na oportunidade, sem se aprofundar na discussão da controvérsia, o colegiado assentou que o recurso de natureza extraordinária inadmitido pelo tribunal de origem, em decisão confirmada pelo respectivo tribunal superior, equiparar-se-ia à situação de não interposição de recurso. Entre os julgados que reafirmaram essa tese: ARE 791825 AgR-EDv-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe188 de 5/9/2016; HC 130.509/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 15/10/2015; ARE 723.590 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 13/11/2013; HC 113.559/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5/2/2013; AI 788.612 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 16/11/2012 e ARE 723590 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 13/11/2013, este último assim ementado: II – O entendimento desta Corte fixou-se no sentido de que recursos extraordinário e especial indeferidos na origem, por inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e STJ, não têm o condão de impedir a formação da coisa julgada, que deverá retroagir à data do término daquele prazo recursal. Precedentes.”<sup>183</sup>

TEORI ZAVASCKI, prossegue destacando a visão do STJ – Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, *verbis*:

“No Superior Tribunal de Justiça, a questão foi objeto de amplo debate no julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 386.266/SP (julgado em 12/8/2015), cuja

---

<sup>183</sup> v. julgamento da decisão liminar no STF ADC 44 MC Fls. 136/137

corrente vencedora filiou-se à compreensão do STF. Conforme essa orientação, “somente nas hipóteses em que o agravo não é conhecido por esta Corte (art. 544, § 4º, I, do CPC/1973), o agravo é conhecido e desprovido (art. 544, § 4º, II, ‘a’) e o agravo é conhecido e o especial tem seu seguimento negado por ser manifestamente inadmissível (art. 544, § 4º, II, ‘b’, 1ª parte), pode-se afirmar que a coisa julgada retroagirá à data do escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível”. Para compor os fundamentos dos votos vencedores, ressaltou-se que (a) “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 da indiscriminada utilização 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 consumir. 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 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, ou no

intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo é 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).<sup>184</sup>

LUIZ FUX, admitindo, também, o fracionamento da coisa julgada e corroborando com a posição de Teori Zavascki, afirma que, *verbis*:

“...foi aqui destacado um aspecto muito importante que é, talvez, uma singularidade processual. A coisa julgada está intimamente vinculada à ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão. E é exatamente o que ocorre no processo penal, como aqui foi destacado pelo Ministério Público, pelo voto do Ministro Teori, Ministro Fachin, Ministro Barroso, com relação àquela matéria fático-probatória. Há uma coisa julgada singular, porque, aquilo ali, em regra, é imutável, indiscutível, porque não é passível de análise no Tribunal Superior. Só se devolvem questões constitucionais e questões federais. E, eventualmente, ad eventum, e à luz da realidade prática muito difícil, pode-se, eventualmente, constatar um vício de inconstitucionalidade. Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitam em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento.”<sup>185</sup>

GILMAR MENDES, sem divergir e fazendo referências a trechos da legislação italiana, sublinha a possibilidade do que ele se refere como trânsito em julgado progressivo, já que nem todas as questões discutidas no processo, desafiam o sistema recursal, pelo menos, em regra, no que diz respeito aos recursos especial e extraordinário, o que, na verdade, já ocorre no sistema recursal brasileiro, quando, por exemplo, a discussão quanto as questões de fato se encerram com o julgamento

---

<sup>184</sup> Idem.

<sup>185</sup> STF HC 126292, fls. 58/59.

pela 2ª instância e, desse modo, ocorre a preclusão *pro judicato* com relação a análise quanto a matéria de fato e de prova, *verbis*:

“TRÂNSITO EM JULGADO PROGRESSIVO A propósito, o sistema italiano estatui, nos termos dos arts. 648 e 650 do Codice di Procedura Penale, que as sentenças penais são executáveis (obrigatoriamente) no dia do julgamento pela Corte de Cassação (equivalente ao nosso STJ) ....

O modelo italiano tem ainda outra regra bastante interessante, ao admitir a formação progressiva do trânsito em julgado. Havendo uma pena mínima (líquida) já com trânsito em julgado, dá-se início à execução. São hipóteses em que, exemplificativamente, a sentença condena o réu em dois crimes (furto e receptação), mas a apelação volta-se apenas contra um dos delitos. Executa-se a parte não recorrida...

Perceba-se, o trânsito em julgado progressivo está em sintonia com o entendimento desta Corte, esposado no aludido HC 126.292, ao estabelecer a definitividade da condenação com o esgotamento do debate sobre aspectos fáticos da imputação. Não recorrendo o réu de alguma das penas aplicadas, ou apelando para discutir outras questões, passa-se a ter a chamada pena mínima exequível il giudicato può avere una formazione non simultanea, ma progressiva, formação de coisa julgada progressiva, não simultânea. A execução parcial da sentença não é um instituto por nós desconhecido. Integra nosso arcabouço jurídico, estando assentado no Código de Processo Civil sobre a execução por capítulos da sentença, conforme dicção dos arts. 509, § 1º, 523, 975 do CPC, que autorizam a execução da parcela incontroversa da sentença. Com essa ótica, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena possa ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso, quando parte da condenação tornou-se incontroversa Na mesma linha da formação progressiva do trânsito em julgado da condenação, podemos situar questões precipitadas em habeas corpus , impetrado paralelamente à interposição de recursos extraordinários (especial e extraordinário). A prática forense tem demonstrado a utilização de forma meramente estratégica do sistema recursal, como meio para se adiar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A discussão real acaba sendo deflagrada, com amplitude, em habeas. As questões colocadas no remédio heroico consubstanciariam o continente em relação àquelas matérias lançadas em sede recursal. Existem casos emblemáticos que bem ilustram o mau uso da via recursal para fins de se atingir a impunidade, frustrar a aplicação da lei penal. Todos os dias nos deparamos, aqui, com essa multiplicidade de agravos e embargos de declaração como instrumentos impeditores do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição. Essa

observação, aliás, já havia feito no HC 126.292. Por essa razão, deve-se dar alguma consequência prática ao julgamento antecipado da causa por meio do habeas corpus. Não se está fechando as portas ao remédio heroico, mas uma vez analisada a matéria nele tratada, normalmente ainda mais abrangente que o conteúdo dos recursos extraordinários, torna-se despiciendo aguardar o julgamento destes (caso venham a ser admitidos). A defesa decidiu queimar etapas fazendo uso de habeas corpus. Sendo assim, analisada a matéria em sede de habeas corpus precipitado pela defesa, não se justifica aguardar-se o julgamento de REsp ou AResp pelo STJ (novo marco para início da execução da pena), devendo-se, desde logo, por força da formação progressiva do trânsito em julgado, dar-se início ao cumprimento da pena. Com isso, caberá a defesa repensar suas estratégias!”<sup>186</sup>

Ademais, vale lembrar, ainda, conforme já dito, que a execução provisória não é nenhuma novidade no Brasil e vem acontecendo com bastante frequência há muitos anos, e foi exatamente por esse motivo que a Súmulas 716 e 717 do próprio Supremo Tribunal Federal, se referem a execução provisória, *verbis*:

SÚMULA 716<sup>187</sup> – “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<sup>188</sup> – “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.”

TEORI ZAVASCKI, corroborando o entendimento sobre a absoluta possibilidade da execução da sentença penal condenatória, confirmada pela instância recursal ordinária e, obviamente, antes do julgamento dos recursos especial e extraordinário, em pronunciamento lapidar resgata o entendimento do STF de que a condenação recorrível não prejudica o princípio da presunção de inocência, *verbis*:

“2. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da

---

<sup>186</sup> STF HC 152752 Fls. 117/119

<sup>187</sup> BRASIL, op. cit., nota 181.

<sup>188</sup> Idem.

realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível....

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.....

Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, 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” (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo

grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo....

Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990....

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos” (in: Marco Aurélio Mello. Ciência e Consciência, vol. 2, 2015).

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.”<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> STF HC nº 126.292, fls. 4/12

Desse modo, como os recursos especial e extraordinário, em princípio, não se referem especificamente ao caso concreto, uma vez que suas finalidades precípua são a uniformização da legislação federal e da matéria constitucional, respectivamente, excluindo, portanto, a discussão e valoração da matéria probatória, o que, obviamente abarca a culpa ou não do recorrente e, considerando que o recorrente, ainda, tem ao seu dispor o remédio heroico do Habeas Corpus, ou mesmo de pedido cautelar de suspensão da execução, em casos relevantes e excepcionais, facilmente se pode perceber que não há nenhuma razão concreta, objetiva ou lógica para se aguardar, muitas vezes, por anos, o julgamento dos referidos recursos, em detrimento do necessário sentimento de justiça e da efetividade da prestação jurisdicional.

## CAPÍTULO XIII

### 13. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A INDEVIDA PERMISSIVIDADE ALARGADA DA FASE RECURSAL PARA O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA

Inicialmente, se faz oportuno trazer a colação uma bem lançada citação de Rui Barbosa, que foi um dos mais brilhantes juristas do Brasil e ao discursar, no início do século passado em um evento internacional na Holanda, devido a sua talentosa explanação, foi chamado de o “Águia de Haia”.

Sem parar, esse extraordinário jurista ao proferir uma palestra na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1920, quando se dirigia aos novos graduados, em sua “Oração aos Moços” e se referindo a morosidade da atuação do Poder Judiciário, disse: - “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”<sup>190</sup>

Essa assertiva, desde então, ecoou de tal forma, que impregnou a consciência dos cultores do direito e da sociedade em geral, de modo que as reclamações quanto a demora na prestação jurisdicional, acabou se tornando o calcanhar de Aquiles da justiça, causando, inúmeras e reiteradas críticas, inclusive, acarretando a progressiva perda da credibilidade e a total descrença no Poder Judiciário.

Nesse sentido, o art. 5º inc. LXXVIII<sup>191</sup> da Constituição da República, assegura a todos a duração razoável dos processos judiciais e administrativos e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

“Art. 5º

---

<sup>190</sup> BRASIL. *Rui Barbosa, Oração dos Moços*. Disponível em: <[http://casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)> Acesso em: 20 mar.2019.

<sup>191</sup> BRASIL, op. cit., nota 60.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

De fato, com a execução da pena após a confirmação da condenação pelo Tribunal de 2ª instância, e sem o menor prejuízo ao réu, se evita desnecessariamente se aguardar o julgamento dos recursos Especial e Extraordinário, os quais não trazem qualquer efeito prático ou mesmo jurídico para o condenado, já que, conforme já afirmado, não têm efeito suspensivo e nem se destinam a discutir matéria de provas, não se justificando, assim, em detrimento do princípio constitucional da duração razoável do processo, que se aguarde o julgamento daqueles recursos, mesmo porque, a via do Habeas Corpus ou o pedido de sustação da execução da pena, antes dos julgamentos daqueles recursos, em casos excepcionais, estão sempre disponíveis ao condenado, não havendo, desse modo, nenhuma razão juridicamente razoável, para se procrastinar o início do cumprimento da pena.

Ademais, a observância do princípio constitucional da duração razoável do processo, que é um anseio não apenas da comunidade jurídica, como juízes, membros do Ministério Público, defensores, públicos, mas também de todo o tecido social, traz inúmeras vantagens, entre as quais se destacam: i) vantagens da execução, antes do trânsito em julgado, pois já acontece a produção dos efeitos de uma decisão, embora ainda pendente de recursos; ii) contribui para uma justiça criminal efetiva e mais ágil, sem necessidade de se aguardar o julgamento de recursos que não tem efeito suspensivo e que poderá ser substituído sem complicações, inclusive, com maior amplitude e presteza, através do Habeas Corpus, ou em casos excepcionais, através da sustação da execução provisória; iii) diminui e racionaliza o volume dos processos nos tribunais superiores; iv) aumenta o prestígio e a importância da justiça criminal nas instâncias ordinárias; v) desestimula a prática delitiva, pois as sanções penais, aparecem com maior celeridade e transparência e; vi) acaba com a sensação de impunidade na sociedade, entre muitas outras vantagens e benefícios pelo próprio sistema penal e para a sociedade em geral, inclusive, para o próprio condenado, que passa a ter uma

certeza de sua situação jurídica, espancando, assim, as dúvidas e ansiedades, quanto a sua própria situação processual.

LUÍS ROBERTO BARROSO, sem dissentir e trazendo outras adversidades, quanto a demora no término do processo, inclusive, no tocante ao efeito preventivo da lei penal, entre outros aspectos, faz oportunas considerações, *verbis*:

“É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o *condenado* quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito. Tamanha ineficiência do sistema de justiça criminal já motivou inclusive a elaboração, pela Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de que o país é parte, de recomendação ao Brasil no sentido de “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”

38. Aliás, a este propósito, cumpre abrir janelas para o mundo e constatar, como fez a Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 86.886 (j. 6.09.2005), que “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”. Nos diferentes países, em regra, adota-se como momento do início da execução a decisão de primeiro grau ou a de segundo grau, sem que se exija o prévio esgotamento das instâncias extraordinárias. É o que demonstra estudo cobrindo países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Argentina, citado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto.

39. Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema

recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo graus, o que continua a poder ser feito pela via do habeas corpus. Além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp. Mas, de novo, à vista do ínfimo índice de provimento de tais recursos, esta deverá ser uma manifesta exceção.....”<sup>192</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO, prosseguindo e somando outras situações, também, de grande relevância destaca que, *verbis*:

“44. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, com esta nova orientação, reduz-se o estímulo à infundável interposição de recursos inadmissíveis. Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e protelatória da quase ilimitada gama de recursos existente em nosso sistema penal.

45. Em segundo lugar, restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil. Aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode presumir, ou assumir como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto. Em verdade, não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição: a apreciação pelo STJ e pelo STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental. Desse modo, a mudança de orientação prestigia, ao mesmo tempo, a própria Suprema Corte, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que, portanto, não pode se transformar em tribunal ordinário de revisão, nem deve ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios.....

48. Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no

---

<sup>192</sup> STF HC 126292, fls. 48/49.

sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal.

49. Em razão dos motivos aqui apresentados, entendo que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não obsta a execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição.”<sup>193</sup>

### **13.1. A demora no cumprimento e execução das decisões, além de produzir um descrédito no sistema judiciário estatal, afasta a efetividade da justiça produzindo consequências desastrosas, podendo gerar um potencial e desnecessário caos social**

Sabidamente, na história da origem do Homem, quando ainda não existia os grupos sociais organizados (sociedade) e muito menos normas de conduta, imperava a “lei do mais forte”, onde cada um fazia o que queria ao seu bel prazer e de acordo com as suas forças, que prevaleciam, obviamente, sobre os mais fracos.

Com a evolução humana ao longo dos anos e a partir do início da sociedade juridicamente organizada, depois de muitas naturais resistências, foi se chegando ao atual estágio de desenvolvimento social, até que hodiernamente se estabeleceu que, a ninguém é dado o direito de se arvorar em justiceiro e buscar o seu direito pelas próprias mãos e, desse modo, foi outorgado ao Estado, hodiernamente, mais especificamente ao Poder Judiciário, através de suas decisões, dizer o direito e fazer cumprir as suas próprias decisões.

---

<sup>193</sup> STF HC 126292, fls. 51/53.

Destarte, quando o Estado deixa de cumprir essa função social, ou pelo menos o faz tardiamente, gera uma absoluta sensação de inefetividade das leis e do próprio sistema judiciário, causando, assim, no sentimento social, uma desnecessária descrença na organização penal, que diante dessa sensação de impunidade, logo surge uma tendência a barbárie, com a ideia de que cada um pode fazer justiça e o que, no seu entender, seria justo, por si próprio, sem esperar a solução a ser dada pelo Estado.

Importante enfatizar, que os macabros e repugnantes espetáculos de linchamentos, que não raras às vezes são relatados pela crônica policial, ou que surgem nos Tribunais, trazem como pano de fundo, aquele sentimento de impunidade experimentado pela sociedade, que não acreditando mais na prestação jurisdicional efetiva e oportuna, acaba tomando para si o pretense direito de fazer justiça pelas próprias mãos. Evidentemente, que essa prática não é aceita pela sociedade juridicamente organizada e é, até mesmo, criminalizada pelas legislações penais, normalmente, sob o *nomen iuris* - “fazer justiça pelas próprias mãos” (no Brasil - Código Penal - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 - Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”) ou “uso arbitrário das próprias razões”. Aliás, alguns casos raros e excepcionalíssimos, a lei brasileira permite a atuação direta do ofendido, para assegurar o seu direito, o que, entretanto, foge dos objetivos desse estudo.

Uma outra face da falta de efetividade das decisões judiciais, gerou a formação dos grupos de extermínio, com diversas denominações ao longo dos tempos – “esquadrão da morte”, “mão branca”, “polícia mineira”, etc., cujas origens desses grupos, pelo menos no Rio de Janeiro – Brasil, teve como principal origem, os furtos que rotineiramente aconteciam em pequenos e médios estabelecimentos comerciais, notadamente na baixada fluminense e o Poder Público, mesmo com as investigações policiais, nunca conseguia diminuir aquela prática criminosa, recuperar a res furtiva ou identificar e prender os seus autores. Destarte, aqueles comerciantes lesados e que experimentavam grandes prejuízos em seus negócios,

reuniam-se e, frequentemente, pagavam esses grupos de homicidas-justiceiros, normalmente integrados por ex-policiais militares, ex-bombeiros militares, condenados por homicídio, seguranças, etc.), para “fazerem justiça” (executarem) com aqueles que estavam furtando seus estabelecimentos comerciais em determinada região e nada lhes acontecia.

E o mais interessante disso tudo é que quando esses justiceiros chegavam a ser julgados pelos Tribunais do Júri da baixada fluminense (Nova Iguaçu, Belford Roxo, Caxias, Mesquita, Comendador Soares, Japeri, Nilópolis, etc.), os jurados, que compreendiam e sabiam da realidade local, muitas vezes chegavam a ver com bons olhos esses marginais-matadores que, assim, acabavam sendo absolvidos.<sup>194</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO, corroborando essa triste realidade social, motivada pela falta de efetividade da justiça, acrescenta que, *verbis*:

“Eu fui do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, cinco anos. Uma das grandes tragédias brasileiras, em matéria de direitos humanos, é a existência de grupos de extermínio, de norte a sul do País, que atuam, sobretudo, em razão da impunidade do sistema formal de Justiça. Então, com um certo apoio velado da sociedade, aquele pequeno comerciante ou pequeno empresário, ou aquele que foi afrontado com, eventualmente, um homicídio não punido, ele contrata um matador e resolve o seu problema com uma Justiça paralela, que é apenas um sintoma mais grave de que a Justiça formal não foi capaz de atender à demanda dele. De modo que, endossando essa sua observação, eu me lembro desse problema dos grupos de extermínio, que é um problema grave, de norte a sul do País; e é grave pela violência, e é grave por uma certa cumplicidade silenciosa da sociedade.”<sup>195</sup>

GILMAR MENDES, concordando integralmente aduz que, *verbis*:

“E é verdade, o governador Eduardo Campos acompanhava essa questão, diretamente, me mostrou o sistema de acompanhamento no Palácio, em Pernambuco, e le ficava um tanto chocado, não era da área jurídica, com esse fenômeno; travava um combate muito intenso contra o crime organizado, especialmente, esse

---

<sup>194</sup> O autor do presente estudo foi defensor público concursado do Estado do Rio de Janeiro e atuou nos Tribunais do Júri de Nova Iguaçu e Caxias, cujas áreas de abrangência dessas cidades, à época, alcançava as cidades referidas, entre outras, durante o período de seis anos (1985 a 1991).

<sup>195</sup> STF HC 126292, fls. 74.

crime de mando em Pernambuco, e, depois de dois ou três anos da prisão de autores de crimes graves, ele dizia "a Justiça acaba decidindo pela soltura", porque vinha a questão do tempo de prisão, crimes complexos em que não havia a possibilidade de fazer um julgamento rápido e, claro, essas pessoas voltariam a cometer crimes, porque pertenciam a organizações criminosas. Nós sabemos que, em alguns parlamentos, de alguns Estados, há, inclusive, algumas figuras importantes que estão associadas – certamente Vossa Excelência deve ter visto isso na comissão – a esses crimes extremamente graves; a questão da pistolagem, em alguns Estados, é extremamente grave.”<sup>196</sup>

ELLEN GRACIE, se referindo aos problemas gerados pela falta de efetividade e, especialmente, um julgamento final mais célere do processo, lembra as precisas lições do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Francisco Rezek, quando afirma que, *verbis*:

“Nesta linha, vale lembrar, mais uma vez, as palavras do Ministro Francisco Rezek, na apreciação do HC 71.026:

“Há países onde se pode conviver, sem conseqüências 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.”<sup>197</sup>

TEORI ZAVASCKI, concordando, acrescenta que, *verbis*:

“....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.

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

---

<sup>196</sup> STF HC 126292, fls. 74/75.

<sup>197</sup> STF HC 84078, fls. 1172.

inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

12. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: 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.<sup>198</sup>

GILMAR MENDES, sublinha, ainda, que, *verbis*:

“Mas, em geral, só se usa o RE ou o REsp quando o objetivo é meramente dilatatório. 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...”<sup>199</sup>

Assim, irretorquível se pode concluir que, na prática, a demora e a procrastinação do efetivo cumprimento das decisões judiciais, tem trazido graves problemas a ordem pública e que comprometem, inclusive o Estado Democrático de Direito, quando o Estado deixa de cumprir o seu indelegável monopólio da prestação jurisdicional.

---

<sup>198</sup> Julg. da liminar na STF ADC 44 MC, fls. 127/129.

<sup>199</sup> Ibid., fls. 159.



# CAPÍTULO XIV

## 14. A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Importante sublinhar, inicialmente, que a previsibilidade da decretação da prisão cautelar preventiva para a garantia da ordem pública, acontece em todos os países democraticamente civilizados e não conflita, pelo menos em sentido estrito, com o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, já que nenhum princípio é absoluto e todos eles comportam acomodações dentro de um sistema jurídico, em prol do Estado Democrático de Direito, pois se de um lado há o interesse geral das garantias processuais efetivas, por outro, também há a necessidade de se resguardar a vida, a incolumidade pública e o meio social, com a efetividade das normas e da justiça, propiciando, assim, a paz social, razão principal de todo arcabouço jurídico de qualquer Estado democrata, livre e independente.

No entanto, a conceituação jurídica do que vem a ser “ordem pública”, por expressar um conceito amplo e vago, os operadores do direito ainda não chegaram a um denominador comum e, portanto, dependendo do interprete a conceituação poderá ser mais ampla ou mais restrita.

FREDERICO ISASCA<sup>200</sup>, Em conferência proferida nas Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, prelecionando sobre a “A Prisão Preventiva e Restantes Medidas de Coação”, traz importantes considerações sobre os anseios sociais, relativamente a persecução criminal e a não raro mal compreendida a atuação do juízo criminal, no que diz respeito a sua atividade, destacando, ainda, que a protecção dos direitos e garantias fundamentais, só é pensável no plano teórico e na prática, só pode ser exequível à custa da sua própria e inevitável limitação e restrição, o que evidencia o carácter não absoluto dos próprios direitos e garantias fundamentais, a *verbis*:

---

<sup>200</sup> Mestre em Direito, docente universitário.

“De entre as múltiplas questões com especial interesse, tanto para a comunidade académica em particular, quanto para a sociedade em geral, as medidas de coacção ocupam, da minha perspectiva, um lugar de excelência....

Enquanto vítima da brutalidade do crime e estimulada pelo sentimento de insegurança que aquele desperta, a sociedade civil reclama das instâncias formais de controlo, a máxima dureza e inflexibilidade na resposta, ao ponto de exigir penas de longa duração e até, no clímax da emoção, a eliminação física do infractor. E muito em particular, no que à vertente adjectiva diz respeito, surpreendendo-se negativamente quando o Juiz de Instrução Criminal ordena a libertação de suspeitos, detidos em flagrante delito. Mas quando o sistema se mostra operativo, na resposta àquelas solicitações, logo a mesma comunidade hasteia as bandeiras dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, da tolerância, do diálogo, do consenso. E tudo adquire gigantesca dimensão – até aqui inimaginável – quando de entre os sujeitos do processo surgem figuras mediáticas ou crimes de acentuada magnitude social.

Sendo sabido que gregos e troianos não se podem simultaneamente servir, o desafio está, todo ele, na máxima compatibilização daquelas antinomias, com vista a atingir esse *desideratum* que é a realização da justiça no caso concreto sem defraudar as legítimas expectativas comunitárias. Este princípio, a que chamo, do equilíbrio, emerge logo do texto constitucional.....

Ancoradas nestes pressupostos, duas conclusões parecem impor-se. Por um lado, a protecção dos direitos e garantias fundamentais, só é pensável – no plano teórico – e exequível – na praxis - à custa da sua própria e inevitável limitação e restrição. O que por sua vez conduz à segunda conclusão: o carácter não manifestamente não absoluto dos próprios direitos e garantias fundamentais....”<sup>201</sup>

FREDERICO ISASCA, acrescenta, ainda, que o mundo moderno, notadamente com a globalização, o que acabou por acarretar o recrudescimento da criminalidade mais grave (o que, aliás, vem acontecendo em todo o planeta), o que seria, pois, utópico e irrealista, para não dizer mesmo irresponsável, equacionar a inviabilização daquelas aludidas restrições – ainda que apenas ao nível do Processo Penal – na medida em que elas se revelam, inquestionavelmente, como essenciais à própria sobrevivência de um Estado de Direito Democrático, *verbis*:

---

<sup>201</sup> PALMA. Maria Fernanda, op. cit., fls.100/101.

“A esta luz o desenvolvimento social, científico e tecnológico, submetido ao denominador comum que é a celeridade da comunicação e da informação, conduziu-nos à globalização. E com esta, o crime como e enquanto fenómeno social, apesar de geograficamente situado, ganhou uma dimensão universal, colocando ao seu serviço quer um, quer outra, de forma duplamente eficaz: ora utilizando-as para a prossecução e êxito do ilícito, ora servindo-se de elas para se subtrair à realização da justiça. E tudo mais facilitado, pelo menos no espaço europeu, com o derrube das fronteiras e com a introdução da moeda única. Independentemente das eventuais vantagens destes dois últimos factores (que não cabe aqui discutir ou analisar) parece-me evidente que eles criaram condições mais favoráveis para o recrudescimento da criminalidade mais grave: tanto aquela que atinge bens Jurídicos de natureza pessoal (v.g. tráfico de pessoas, de órgãos, a prostituição forçada e a pedofilia), como a que afecta interesses de natureza patrimonial (v.g. branqueamento de capitais, o tráfico de armas, da droga e de obras de arte).

Em face desta nova realidade, seria pois utópico e irrealista, para não dizer mesmo irresponsável, equacionar a inviabilização daquelas aludidas restrições – ainda que apenas ao nível do Processo Penal – na medida em, que elas se revelam, inquestionavelmente, como essenciais à própria sobrevivência de um Estado de Direito Democrático.”<sup>202</sup>

Desse modo, a luz de todas essas circunstâncias e, em especial, da crescente violência que assola as sociedades em todos os países, é importante, que alguns princípios e garantias, que não têm carácter absoluto, podem e devem ser ponderados e mesmo relativizados, diante de outros princípios e valores que assegure, em última análise, a higidez do Estado Democrático de Direito, com todos os direitos daí decorrentes, como a vida, a segurança, a integridade física das pessoas, etc.

E, é justamente nesse contexto, que certas medidas que estão afetas ao processo penal, adquirem maior importância, não apenas no que se refere aos meios de investigação mais invasivos, como também e principalmente nas medidas de coação, especialmente, na prisão preventiva.

Necessário destacar, que aquele que tem um direito violado – a vítima – por uma ação criminosa, é perfeitamente compreensível sua expectativa de ver,

---

<sup>202</sup> Ibid. fls. 102.

quanto antes, a atuação estatal, seja no campo material seja no campo processual, pois quando o Estado tomou para si, a exclusividade de promover a justiça, excluiu, conseqüentemente, a vítima de fazer justiça pelas próprias mãos, o que demanda que essa atividade típica do Estado de Direito, tenha efetividade e celeridade, sem se distanciar, por um lado dos direitos e garantias do ofensor e por outro dos da vítima e da própria sociedade, em um sentido mais amplo.

FREDERICO ISASCA, sem divergir, acrescenta, ainda que, *verbis*:

“A tudo isto acresce um dado mais. Se é certo que a reposição do direito se não pode fazer à custa da negação ou da limitação dos direitos de defesa, não é menos verdade que “do outro lado existe uma vítima que é o suporte individual de um bem Jurídico fundamental que foi violado e que espera uma resposta célere e em conformidade com as expectativas – tanto substantivas, quanto adjectivas – criadas pela Ordem Jurídica. Não podemos pois correr o risco de imolar a realização da justiça na ara dos direitos do arguido, sob pena da total descredibilização do Sistema. uma tal atitude criaria na vítima e na colectividade um sentimento de absoluta frustração e compreensível revolta, podendo em última instância conduzir a motivações para uma auto-tutela dos interesses ou para formas marginais de “justiça”, pondo em causa o próprio Estado de Direito.

Neste contexto, as medidas de coacção – expressão máxima da restrição de direitos, liberdades e garantias, em Processo Penal – emergem como condição indispensável, embora num quadro de excepcionalidade, à realização da justiça. E traduzem, nesta exacta medida, uma das vertentes do conteúdo útil do princípio do equilíbrio.”<sup>203</sup>

FREDERICO ISASCA, prossegue fazendo oportunas e procedentes considerações sobre a necessidade de decretação da prisão preventiva do indiciado/acusado para garantia da ordem pública, sublinhando que nos crimes graves que agitam fortemente a sociedade, despertando o sentimento de *vendetta*, de realização da justiça pelas próprias mãos, conduzem as pessoas ao total descrédito das instituições, quando a resposta estatal fica muito aquém das expectativas do cidadão comum, sendo certo, também, que nesses casos, a prisão se justifica, inclusive, para preservar a própria vida do acusado, *verbis*:

---

<sup>203</sup> Ibid. fls. 103.

“...aqueles crimes que agitam fortemente a comunidade despertando sentimento de vindicta, de realização da justiça popular, são crimes que pela brutalidade com que são cometidos e/ou pela particular fragilidade ou impossibilidade de defesa da vítima levam o cidadão comum a um descrédito nas instâncias formais de controlo, em face da resposta que o sistema oferece e que fica muito aquém daquela que, num momento de particular emoção, de choque, a comunidade exige. E no que se refere à personalidade do arguido, também aqui cabem aqueles casos em que a postura do arguido cria o temor, o pânico ou grande insegurança, despertando sentimentos de ódio, de vingança, de eliminação física.

Em situações deste jaez as medidas de coacção aplicadas vão bastante além das finalidades estritamente processuais na medida em que servem simultaneamente como forma de protecção da própria vida do Arguido, de modo a permitir a realização da justiça, nos quadros da ordem jurídica.”<sup>204</sup>

Com efeito, muitos outros doutrinadores têm seu ponto de vista próprio do que vem a ser “ordem pública” e que, portanto, se impõe lembrar alguns com os mais variados e diversos entendimentos. NESTOR TÁVORA, definindo “ordem pública” aduz que, *verbis*:

“A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove este risco. As expressões usuais, porém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento.”<sup>205</sup>

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, prelecionando sobre o tema afirma que, *verbis*:

“Ordem pública, enfim, é a paz, a tranquilidade no meio social. Várias situações podem traduzi-la, tamanha a vaguidade da expressão. Perigosidade do réu, crime perverso, insensibilidade moral, os espalhafatos da mídia, reiteradas divulgações pelo

---

<sup>204</sup> Ibid. fls.,110/111.

<sup>205</sup> BORGES. apud TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2012, p. 581. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em:20 mar.2019.

rádio ou televisão, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica “ordem pública”.<sup>206</sup>

GUILHERME DE SOUSA NUCCI, discorrendo sobre a expressão “ordem pública”, aduz que, *verbis*:

“... indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito....A garantida da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente. (...) outro fator responsável pela repercussão social que a prática de um crime adquire é a periculosidade (probabilidade de tornar a cometer delitos) demonstrada pelo indiciado ou réu e apurada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução do crime. Assim, é indiscutível que pode ser decretada a prisão preventiva daquele que ostenta, por exemplo, péssimos antecedentes, associando a isso a crueldade particular com que executou o crime. (...) Em suma o delito grave – normalmente são todos que envolvem violência ou grave ameaça à pessoa – associado à repercussão causada em sociedade, gerando intranquilidade, além de se estar diante de pessoa reincidente ou com péssimos antecedentes, provoca um quadro legitimador da prisão preventiva. (...) Outros dois elementos, que vêm sendo considerados pela jurisprudência, atualmente, dizem respeito à particular execução do crime (ex: premeditados meticulosamente, com percurso criminoso complexo; utilização extrema de crueldade etc.) e ao envolvimento com organização criminosa.”<sup>207</sup>

PAULO RANGEL, prelecionando sobre o tema acrescenta que, *verbis*:

“Por ordem pública, devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da sociedade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade....”<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> \_\_\_\_\_. apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 554. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>207</sup> BORGES. apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 553/554. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>208</sup> \_\_\_\_\_. apud RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 807. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em: 20 mar. 2019.

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, aduz que, *verbis*:

“Percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.”<sup>209</sup>

JÚLIO FABBRINI MIRABETE, prelecionando sobre a questão afirma que, *verbis*:

O conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida, como já decidiu o STF, deve ser regulada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa.”<sup>210</sup>

DENILSON FEITOZA PACHECO, por sua vez, aponta que, *verbis*:

“A ordem pública é o estado de paz na sociedade. Paz é a ausência de violência lato sensu, incluindo a ausência de crimes. Se, no sentido processual penal, a liberdade de alguém acarreta perigo para a ordem pública, a prisão preventiva é um meio legal para sua garantia. Há, portanto, uma presunção legal de que o confinamento da pessoa possa evitar o perigo para a ordem pública. A garantia da ordem pública depende da ocorrência de um perigo. No sentido do processo penal, o perigo para a ordem pública pode caracterizar-se na perspectiva subjetiva (acusado) ou na perspectiva objetiva (sociedade). Podemos, então falar em garantia da ordem pública na perspectiva subjetiva ou individual, ou na perspectiva objetiva ou social.”<sup>211</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, muito embora venha tentando se posicionar de modo a uniformizar o que vem a ser a garantia da ordem

---

<sup>209</sup> \_\_\_\_\_. apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 549. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em:20 mar.2019.

<sup>210</sup> \_\_\_\_\_. apud MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 391. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em:20 mar.2019.

<sup>211</sup> BORGES. apud PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 20016. p. 679. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em:20 mar.2019.

pública, na verdade, dado a imprecisão da expressão e as alterações da composição da Corte, facilmente se percebe algumas oscilações interpretativas, o que demonstra, uma vez mais, a subjetividade na análise e valoração dessa importante questão processual.

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. GRAVIDADE DO DELITO. REPERCUSSÃO SOCIAL. ORDEM DENEGADA. Ao se decretar prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, deve-se necessariamente examinar essa garantia em face do binômio gravidade do delito e repercussão social, o que foi feito pelo decreto de prisão da paciente. A gravidade do delito, de per si, não pode ser utilizada como fundamento da custódia cautelar. Porém, no presente caso, o crime foi de enorme repercussão em comunidade interiorana, além de ter ficado evidenciada a periculosidade da paciente, fatores que são suficientes para a manutenção da custódia cautelar.”<sup>212</sup>

JOAQUIM BARBOSA, ao proferir seu voto no referido Habeas Corpus, trouxe importantes considerações sobre a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, *verbis*:

“Ao se decretar prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, deve-se necessariamente examinar essa garantia em face do binômio gravidade do delito e repercussão social, o que foi feito pelo decreto de prisão da ora paciente. Tenho que a gravidade do delito, de per si, não pode ser utilizada como fundamento da custódia cautelar. Porém, no presente caso, o crime foi de enorme repercussão em comunidade, além de ter demonstrado a periculosidade da paciente, fatores que são, a meu ver, suficientes para a manutenção da custódia cautelar. Ademais, ficou assentada no decreto de prisão a periculosidade da paciente bem como a possibilidade de ela continuar a praticar as atividades criminosas, consoante se infere do seguinte trecho: “No particular, a medida visa à preservação da sociedade contra eventual repetição do delito pelos mesmos agentes, principalmente, quando o bem jurídico é afetado por conduta que ocasione impacto social, por sua extensão ou outra circunstância

“Habeas Corpus. 1. Crimes dos arts. 12 c/c 18, I, e 14, da Lei nº 6.368/1976. A impetração alega ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva e excesso de prazo na instrução criminal. 2. Na espécie, a decretação da preventiva lastreou-se

---

<sup>212</sup> STF HC 84498, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julg. em 14/12/2004.

nos fundamentos da garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP. O Juiz de 1º grau apresentou elementos concretos suficientes para respaldar a regularidade do decreto cautelar: a função de "direção" desempenhada pelo paciente na organização (o paciente é considerado o "2º homem dentro da organização"); a ramificação das atividades criminosas em diversas unidades da federação; e a alta probabilidade de reiteração delituosa considerando-se a potencialidade da utilização do meio sistematicamente empregado pela quadrilha, a saber, o uso de artifícios para camuflar o transporte de entorpecentes no interior de cortes de carne destinada à exportação.”<sup>213</sup>

GILMAR MENDES, ao se pronunciar como relator no remédio heroico acima citado, acrescentou que, *verbis*:

“Com relação ao tema garantia da ordem pública, faço à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC nº. 88.537/BA acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Naquela assentada, 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: a) a necessidade de resguardar a integridade física do paciente; b) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar e; c) 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.”<sup>214</sup>

GILMAR MENDES, trazendo as lições da doutrina e da jurisprudência do próprio Supremo, admite expressamente que o conceito de ordem pública é impreciso e gera insegurança no meio doutrinário e jurisprudencial, *verbis*:

“Por fim, à luz da realidade que nos cerca, penso que podemos avançar ainda mais para uma última possibilidade de antecipação do início de cumprimento da pena. Para melhor exprimir essa necessidade, retomo, aqui, o raciocínio que permeou meu voto no HC 126.292. Disse naquela ocasião: “... E casos graves têm

---

<sup>213</sup> STF HC 89525, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julg. em 14/11/2006. Acesso em 15 mar. 2019.

<sup>214</sup> HC Cit. fls. 389. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409322> Acesso em 15 mar.2019.

ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da Justiça. Ainda há pouco e é um caso que eu acompanhava na Presidência do Supremo Tribunal Federal, esse crime, por todas as razões, reprovável, ocorrido em Unaí, dos auditores fiscais do trabalho, em que o assim reconhecido mandante foi condenado a cem anos de prisão e livra-se, solto, vai para casa em seguida. É algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico. Outro caso que nós acompanhávamos, na Presidência do Supremo, de um deputado que, para solucionar a falta de vaga na Câmara, decide matar a suplente. Manda matar a suplente (...) ficou anos respondendo solto, vai a júri... Tem que se pensar em alguma coisa. O caso célebre, que sempre foi discutido, do jornalista do Estado de São Paulo, que cometeu homicídio contra a também jornalista, sua colega e namorada, Pimenta Neves. Em suma, são casos emblemáticos, mas apenas para ajudar a ilustrar essa situação.” Em todas essas hipóteses e pontos suscitados, fica claro que, se o trânsito em julgado da condenação é a regra, nosso ordenamento jurídico autoriza que se extraiam exceções, especialmente em fases avançadas do processo penal. Situações excepcionais, para hipóteses de crimes graves, em que normalmente se impõe o regime fechado, pode-se dar início ao cumprimento da pena a partir do segundo grau de julgamento. Haveria cautelar idade na aplicação imediata da pena, em hipóteses tais, como para a garantia da ordem pública ou da aplicação da lei penal....

Conforme dissemos, o processo avança e a culpa se acentua. Com a condenação ou com sua confirmação em segundo grau de jurisdição, surge aí um título executivo, ainda que precário, sujeito a recursos especial e extraordinário. A garantia da ordem pública e o esgotamento das vias ordinárias constituem importantes pressupostos para a aferição da necessidade da prisão. Caberá à jurisprudência reconstruir e dar significado à ordem pública. Sabe-se que o conceito de garantia de ordem pública é assaz impreciso e provoca grande insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial... A garantia da ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime...O STF, como se sabe, tem repellido, de forma reiterada e enfática, a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente. O clamor das ruas não deve orientar as decisões judiciais. O que se quer dizer é que a própria credibilidade das instituições em geral, e da justiça em particular, fica abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável.....Esgotadas as vias ordinárias, com imposição de pena privativa de liberdade em

regime inicial fechado, o cumprimento da pena se justificaria para garantir a ordem pública ou a aplicação da lei penal....”<sup>215</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO, apesar de entender que após a condenação do réu em 2º grau, a decisão condenatória deve ser cumprida, conforme acima mencionado, ainda, assim, proclama que a legitimidade da prisão do réu, nesse caso, é corolário da exigência da ordem pública, *verbis*:

“...foram apresentados fundamentos de índole estritamente constitucional que são adequados e suficientes para justificar a posição aqui defendida quanto ao momento de execução da decisão penal condenatória: (i) o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal. É possível, subsidiariamente, construir outro fundamento, de estatura infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Vale dizer: ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau – e há! –, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. Não é difícil demonstrar o ponto.

.... Em relação à garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que ela compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário. Presentes essas hipóteses, pode o juiz decretar, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a prisão, desde que fundamentadamente.

33. Pois bem. No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal (CF/88, art. 144. “A segurança pública, dever do Estado, direito

---

<sup>215</sup> STF HC 152.752, fls. 119/124. No mesmo sentido Luís Roberto Barroso.

e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: ...”. Vê-se, assim, que a ordem pública é, igualmente, um conceito constitucional, associado à segurança pública..... Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repressão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril.”<sup>216</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO, prosseguindo, faz referência em sua manifestação, a outros arestos que envolvem a garantia da ordem pública e que vêm sendo reconhecidas pelo STF, *verbis*:

“Nesse sentido, confirmam-se, exemplificativamente: (i) 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”<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> STF HC 126292, fls. 43/46. v. também hc 152752 fls. 178.

<sup>217</sup> STF HC 126292 fls. 44/45 - notas.

DURKHEIM, sem divergir, aduz o seguinte, *verbis*:

“.....a pena tem um importante efeito sobre a sociedade, isto é, sobre os terceiros em realidade não envolvidos no ato, que tampouco necessitam de intimidação em razão de potenciais inclinações à delinquência, mas que são, ao contrário, respeitadores da lei. “Sua verdadeira tarefa é manter a coesão social, na medida em que conserva a plena vitalidade da consciência coletiva” (idem). Por meio da pena, os bons cidadãos – que, aliás, já partilham valores sociais – comemoram suas convicções axiológicas comuns, na medida em que, com base em um caso exemplar, confirmam e reforçam uns para os outros que estão todos juntos do lado certo, que ainda vale a pena aferrar-se aos valores comuns e que aqueles que se comportam de modo desviante estão do lado errado.<sup>218</sup>

Nesta conformidade, a possibilidade da decretação prisão do acusado para a garantia da ordem pública, além de ser um instrumento legal, adotado em praticamente nas mesmas bases por todos os países, apresenta uma natureza dúplice, tanto para assegurar a eficácia do processo em todos os seus termos, como também e principalmente, para afastar do seio da coletividade aquele indivíduo que cometeu um crime grave, cuja pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime prisional fechado, se evitando, assim, a reiteração do crime e o abalo do meio social, assegurando a coletividade daquele indivíduo que lesou a ordem social, resguardando, ainda, a necessária efetividade das normas e do sistema judiciário, além de servir de exemplo e estimular toda a coletividade a agir dentro da lei.

---

<sup>218</sup>LANZA. Karina Ferreira apud DURKHEIM. Acerca da relação dúbia entre prevenção e retribuição na pena criminal: Uma análise sobre o sincretismo teleológico da individualização da pena e seus reflexos na legislação penal brasileira recente. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10967&revista\\_caderno=3.%20Acesso%20a%20ambos%20em%20mar%C3%A7o/2019](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10967&revista_caderno=3.%20Acesso%20a%20ambos%20em%20mar%C3%A7o/2019)>. Acesso em 15 mar.2019.



## CAPÍTULO XV

### 15. O HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA SALVAGUARDAR OS DIREITOS DO CONDENADO

Merece sublinhar, que no caso de haver algum erro, ilegalidade, inconstitucionalidade ou alguma outra circunstância que possa afetar a correção do decreto condenatório, objeto de execução provisória, ou seja, antes do respectivo trânsito em julgado, indubitavelmente, o réu pode se valer do remédio heroico ou mesmo de outras medidas processuais para sanar qualquer nulidade ou irregularidade que por ventura ocorreu ou que esteja ocorrendo e que importe no cerceamento, indevido, na sua liberdade de ir e vir.

Aliás, exatamente isso é o que acontece, quando se discute a nulidade da prisão em flagrante, da decisão que decreta a prisão preventiva ou de qualquer outra medida de coerção, que importe em restrição da liberdade de locomoção do indiciado/acusado.

Importante, ainda, acrescentar, que o Habeas Corpus, vem sendo largamente admitido pela justiça brasileira, não apenas nas Cortes ordinárias, mas também na especial e extraordinária, permitindo o questionamento de praticamente todas as questões de direito e de fato, nessa hipótese, desde haja prova pré-constituída, o que já demonstra que o alcance do Habeas Corpus vai muito mais além do que os recursos especial e extraordinário, sendo certo ainda, que o Habeas Corpus, muito embora esteja inserido no capítulo dos recursos no código de processo penal brasileiro, na verdade se trata de uma verdadeira ação constitucional, permitindo a discussão de diversas questões defesas nos mencionados recursos, inclusive, depois do édito condenatório transitar em julgado.

Assim, como se percebe, a execução da pena antes do trânsito em julgado e, portanto, na pendência de eventuais recursos especial e extraordinário, não traz nenhum prejuízo às garantias processuais do réu, que a qualquer tempo poderá ser

obstaculizada através da impetração daquele remédio constitucional, nos termos do art. 647<sup>219</sup> e segs. do CPP, *verbis*:

“Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

Art. 649. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora.”

Nessa conformidade, o fato de se iniciar o cumprimento da pena, antes do decreto condenatório transitar em julgado, muito embora a discussão da matéria probatória já esteja preclusa e se esgotou quando do julgamento pela 2ª instância, não há nenhum risco para o condenado, que, a qualquer tempo, poderá se valer do Habeas Corpus para fazer cessar qualquer constrangimento ilegal em sua liberdade de ir e vir. Aliás, conforme já afirmado, a via do Habeas Corpus é muito mais frequente e ampla do que os recursos especial e extraordinário.

TEORI ZAVASCKI, nesse mesmo sentido aduz que, *verbis*:

“E, o que é tão ou mais importante, a matéria suscetível de apreciação em habeas corpus é muito mais ampla do que as invocáveis em recurso extraordinário, limitado a questões constitucionais e desde que ostentam a marca da repercussão geral. Ao contrário disso, o habeas corpus não enfrenta maiores óbices processuais para o seu

---

<sup>219</sup>BRASIL, op. cit., nota 61.

conhecimento. Registre-se, ademais, que grandes temas de direito não são estranhos ao habeas corpus. Mesmo sendo via processual sumária no trato dos direitos do acusado e de acentuada celeridade, nele veiculam-se questões de grande relevo, inclusive o próprio controle de constitucionalidade de preceitos normativos, com nítida repercussão no ordenamento jurídico penal. À guisa de mera exemplificação, alguns importantes julgados recentemente proferidos pelo plenário do STF em sede de habeas corpus: (a) análise do devido processo legal no âmbito do processo penal militar (HC 127.900, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/3/2016); (b) aplicação do princípio da insignificância (HC 123.108, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 1/02/2016); (c) impossibilidade de sopesar-se a natureza e a quantidade da droga na fixação da pena-base e, simultaneamente, na escolha da fração de redução da terceira etapa da dosimetria (HC 112.776, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 30/10/2014); (d) declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111.840, Rel. Dias Toffoli, Dje 17/12/2013); (e) declaração de inconstitucionalidade da vedação abstrata da liberdade provisória prevista no art. 44, caput, da Lei 11.343/2006 (HC 104.339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 6/12/2012); (f) declaração de inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos constante do art. 44 da Lei 11.343/2006 (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 15/12/2010).”<sup>220</sup>

TEORI ZAVASCKI, na mesma oportunidade, também acrescenta que, *verbis*:

“.....a realidade nos mostra, todos os dias, que, com a largueza com que o STF admite o ajuizamento de habeas corpus, não somente os condenados, mas até os simples acusados ou investigados podem submeter à Corte Suprema qualquer lesão ou ameaça à violação, direta ou indireta, ao seu direito constitucional de liberdade de locomoção. Nesse sentido, são incontáveis os precedentes do Supremo Tribunal Federal de habeas corpus envolvendo questões, até mesmo processuais, surgidas antes mesmo da prolação de sentença criminal pelo juízo de origem (v.g. HC 123.019, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 28/4/2016; HC 126.536, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 28/3/2016; HC 130.219, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 15/3/2016). Releva mencionar, ainda, que controvérsias sobre dosimetria da pena, regime prisional inicial, nulidades processuais e outras da espécie igualmente são submetidas e, não raro, apreciadas com maior agilidade que as postas em recursos de natureza extraordinária, muitas vezes superando até mesmo o esgotamento da tramitação normal pelas várias instâncias anteriores (v.g. HC 132.098, Rel.

---

<sup>220</sup>v. julg. da liminar na STF ADC 44 MC fls. 131/132.

Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 27/4/2016; HC 131.918, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Dje 2/3/2016; HC 128.714, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 16/12/2015; HC 124.022, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 14/4/2015). Há casos em que o Tribunal admitiu habeas de habeas corpus mesmo para invalidar ato praticado em sede de inquérito policial (v.g. HC 115.015, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12-09-2013), e até como substituto de ação de revisão criminal (v.g., HC 133027, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 26-04-2016; RHC 116947, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12-02-2014).”<sup>221</sup>

TEORI ZAVASCKI prossegue, afirmando que, *verbis*:

“...pois, como enfaticamente registrado no HC 126.292, sempre haverá mecanismos aptos a inibir as consequências gravosas ao condenado advindas de equívocos incorridos pelos juízos condenatórios. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos das decisões judiciais antecedentes. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.”<sup>222</sup>

TEORI ZAVASCKI, já em outra oportunidade, no mesmo sentido sublinha que, *verbis*:

“11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios

---

<sup>221</sup>Idem fls. 131/132.

<sup>222</sup>Idem fls. 135/136.

recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.”<sup>223</sup> .

LUIZ FUX, sem divergir discorre sobre a garantia do remédio heroico, para que imediatamente possa ser sanada qualquer ilicitude, inconstitucionalidade ou eiva de nulidade, que possa estar causando cerceamento à liberdade de locomoção do condenado em 2ª instância, ainda que pendente o julgamento dos recursos Especial e Extraordinário, *verbis*:

“Por outro lado, Senhora Presidente, também, mais pelas práxis, nós sabemos que os Tribunais são sensíveis às situações teratológicas. Nós aqui recebemos: a Primeira Turma e a Segunda Turma, nas terças-feiras, representam um verdadeiro Juizado Especial Criminal. O que há de habeas corpus criminal em relação a todas as matérias: dosimetria de pena, prisão preventiva, antecedentes, enfim. Pois bem, o Supremo Tribunal Federal - e eu também já pertenci ao STJ -, diante de uma decisão teratológica, ele concede habeas corpus. E agora mais ainda, com esse processo de heterointegração do Processo Civil em relação ao Processo Penal, o que diz a novel legislação processual civil? Quando o Relator verificar que o recurso tem probabilidade de provimento, ele defere uma tutela antecipada no bojo do recurso, não precisa nem manejar a cautelar. Mas, sem prejuízo, nós sabemos que o Supremo Tribunal Federal defere habeas corpus de ofício ou defere habeas corpus impetrados como tais. Então, essa questão, Senhora Presidente, no meu modo de ver, ela resta superada por esses argumentos assim sintetizados.”<sup>224</sup>

GILMAR MENDES, em outra oportunidade, porém no mesmo sentido acrescenta que, *verbis*:

“E a mim parece que, se porventura houver a caracterização – que sempre pode ocorrer – de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o habeas corpus. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada.

---

<sup>223</sup>STF HC 126292, fls. 19.

<sup>224</sup>V. julg. da liminar na STF ADC 44 MC, fls. 149.

Logo, não estamos aqui a fazer tábula rasa e a determinar que se aplique, sem qualquer juízo crítico, a condenação emitida pelo juízo de segundo grau. Haverá sempre remédios, e o bom e forte habeas corpus estará à disposição dos eventuais condenados, como acontece de resto com os vários recursos extraordinários para os quais nós acabamos por conceder efeito suspensivo. Poderemos fazê-lo também em sede de habeas corpus.<sup>225</sup>

TEORI ZAVASCKI, sem divergir e corroborando integralmente com o referido entendimento, aponta que, *verbis*:

“Releva mencionar, ainda, que controvérsias sobre dosimetria da pena, regime prisional inicial, nulidades processuais e outras da espécie igualmente são submetidas e, não raro, apreciadas com maior agilidade que as postas em recursos de natureza extraordinária, muitas vezes superando até mesmo o esgotamento da tramitação normal pelas várias instâncias anteriores (v.g. HC 132.098, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 27/4/2016; HC 131.918, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Dje 2/3/2016; HC 128.714, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 16/12/2015; HC 124.022, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 14/4/2015). Há casos em que o Tribunal admitiu habeas de habeas corpus mesmo para invalidar ato praticado em sede de inquérito policial (v.g. HC 115.015, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12-09-2013), e até como substituto de ação de revisão criminal (v.g., HC 133027, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 26-04-2016; RHC 116947, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12-02-2014).<sup>226</sup>

Assim, se a os recursos especial e extraordinário, muito embora impeçam juridicamente o trânsito em julgado da sentença condenatória, na verdade, conforme se pôde observar anteriormente, esses recursos, na verdade se mostram absolutamente desnecessários e desinfluentes para a correção de erro, ilegalidade, nulidade, etc., relativamente a condenação do réu, mesmo porque, se necessário, poderá o acusado, a qualquer tempo, se valer do Habeas Corpus ou de outras medidas, inclusive a sustação da execução da pena decorrente da decisão condenatória de 2º grau, para solucionar eventual erro ou iniquidade, ilegalidade, inconstitucionalidade, nulidade, etc., junto as Cortes superiores, enquanto pendentes de julgamento os recursos excepcionais e que não têm efeito suspensivo.

---

<sup>225</sup>STF HC 126292, fls. 72.

<sup>226</sup>Julg. da liminar na STF ADC 44MC fls. 130/131.

Aliás, o que se tem visto é a utilização de um quase ilimitado número de recursos, que as defesas vêm estrategicamente usando para impedir o trânsito em julgado e muitas vezes, conseguindo a extinção da punibilidade, através da prescrição.

Desse modo, se não há efeitos práticos, nem jurídicos para se aguardar os julgamentos desses recursos no STJ e STF, nenhum sentido remanesce para que se dê uma extraordinária amplitude a uma literal disposição constitucional, de modo a impedir que o condenado possa ser preso, após o julgamento pela 2ª instância recursal, para aguardar, sem qualquer objetividade prática ou jurídica, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.



# CAPÍTULO XVI

## 16. DIREITO COMPARADO

Importante, desde logo, destacar que a ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, por ocasião de sua manifestação no STF HC 85886, ainda, no ano de 2005, já afirmava que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema.”.

Essas palavras de Ellen Gracie repercutiram no mundo jurídico, inclusive, no próprio Supremo Tribunal Federal, sendo que diversos Ministros daquela corte, ainda hoje, fazem expressa referências àquelas palavras, entre os quais se destaca Teori Zavascki, *verbis*:

“Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman...”<sup>227</sup>

Oportuno salientar que, na verdade, a grande e esmagadora maioria dos países, não espera o trânsito em julgado da decisão condenatória para dar início ao cumprimento da pena, entretanto, ainda há algumas nações que, muito raramente, aguardam a formação da coisa julgada, para executar a pena condenatória e, v.g. um desses países é Portugal, cujo entendimento atual predominante é totalmente nesse sentido.

---

<sup>227</sup>STF HC 126292, fls. 12, v. também Luís Robreto Barroso, Carmem Lúcia, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes – STF HC 152752.

## 16.1. Inglaterra

O direito inglês no que tange a possibilidade do condenado aguardar o trânsito em julgado em liberdade, estabelece, em princípio, que o imputado poderá ficar em liberdade, se a lei admitir o pagamento da fiança e esta for devidamente paga, sendo certo, entretanto, que atualmente, a regra é o condenado aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo pena.

TEORI ZAVASCKI, prelecionando sobre a prisão dos réus condenados, antes do julgamento dos recursos assim dispôs, *verbis*:

“a) Inglaterra. Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do Supreme Court Act 1981. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (...) O Criminal Justice Act 2003 representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à High Court versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da Crown Court’. (...) Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança. (...)”<sup>228</sup>

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, MÔNICA NICIDA GARCIA E FÁBIO GUSMAN, no mesmo sentido e com maior profundidade acrescentam que a regra é o condenado ser imediatamente preso tão logo proferida a sentença condenatória, aguardando, assim o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, podendo, em alguns casos, aguardar o julgamento dos recursos em liberdade, mediante o pagamento de fiança, desde que essa seja cabível e admitida, a qual será concedida, se cabível, pelos Tribunais que vão julgar os recursos e não pelo juiz da condenação, *verbis*:

“O direito inglês é arauto mundial dos direitos civis que resguardam o indivíduo do arbítrio estatal. Pode-se dizer que as ideias iniciais do princípio da presunção de inocência em todo mundo surgiram na Inglaterra no corpo da Carta Magna de

---

<sup>228</sup>STF HC 126292, fl. 12.

1215<sup>229</sup> dizia que os julgamentos deveriam ocorrer "de harmonia com as leis do país". Eduardo III, em leitura posterior da Carta em 1354 trocou a expressão por "processo devido em direito", que quase 800 anos depois ainda persiste como referência do princípio em legislações de todo o mundo. No século XVII já se reconhecia nas Ilhas Britânicas o direito do condenado de poder responder a seu processo em liberdade, sob prestação de fiança. Contudo, a possibilidade não era prevista para certos crimes considerados mais graves. O "Habeas Corpus Act 1679" dispunha que o Magistrado deveria libertar o acusado da prisão tomando uma garantia, a menos que o crime fosse insuscetível de fiança<sup>230</sup>. Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do "Supreme Court Act 1981". Por este diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. A libertação pela fiança não é automática, e a instância inferior não a reconhece na sentença. O direito é concedido pelas Cortes nas quais foram interpostos os recursos e é julgado já no exame de mérito recursal. Vigora no direito inglês o princípio segundo o qual as sentenças condenatórias têm aplicabilidade imediata.<sup>231</sup> Em 2003, o "Criminal Justice Act" inseriu modificações significativas no Processo Penal Britânico tratando de vários temas, incluindo os poderes da polícia, o sistema de recursos e o sistema do júri. O "Criminal Justice Act 2003" representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à "High Court" versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança<sup>232</sup> até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da "Crown Court"<sup>233</sup> Especificamente quanto à fiança, o "Act" de 2003 reformou o antigo "Bail Act 1976". A partir de 2003, o condenado a crimes relacionados a drogas da "Classe A" (como

---

<sup>229</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 2003. O capítulo 39º "*Chapter 39 "No free man shall be taken or imprisoned or disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land"*".

<sup>230</sup> *A Magistrate shall discharge prisoners from their Imprisonment taking their Recognizance, with one or more Surety or Sureties, in any Sum according to the Magistrate's discretion, unless it shall appear that the Party is committed for such Matter or offenses for which by law the Prisoner is not bailable"*

<sup>231</sup> "*sentence of imprisonment takes effect immediately unless the person is released"*

<sup>232</sup> O mérito pode ainda ser revisto pela "High Court", através da Revisão Judicial, mas somente se preenchidos seus rígidos requisitos.

<sup>233</sup> A "Crown Court", juntamente com a "High Court" e a "Court of Appeal" formam a Suprema Corte de Judicatura da Inglaterra e País de Gales ("*Supreme Court of Judicature in England and Wales*").

a cocaína)<sup>234</sup> perdia o direito de liberdade provisória sob fiança, ou seja, deveria aguardar preso o julgamento de seu recurso às Cortes superiores. Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

Conforme se percebe, mesmo no país em que se originaram os direitos do cidadão contra os abusos do Estado, o princípio da presunção da inocência não é interpretado de forma absoluta, respeitando-se, assim, as decisões das primeiras instâncias.”<sup>235</sup>

## 16.2. Estados Unidos da América

Conforme já visto acima, a Constituição estadunidense, não previu expressamente a garantia da Presunção de inocência ou de não culpabilidade dos imputado, mas a partir do *Coffins v. USA*, em 1895, aquela garantia passou a integrar o arcabouço jurídico do processo penal e, assim, o código de processo penal americano (Criminal Procedure Code), em vigor e aplicável em todos os Estados americanos, dispõe expressamente em seu art. 16, que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredito efetivo”, o que significa que em seguida ao veredito do Júri, o réu é imediatamente recolhido ao cárcere, antes do julgamento de qualquer recurso.

TEORI ZAVASCKI, discorrendo sobre a prisão do réu condenado, com base nas referências por ele mencionadas acima, acrescenta que, *verbis*:

“A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso ‘Coffin versus Estados Unidos’ em 1895. Mais além, o Código de Processo Penal americano (Criminal Procedure Code), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que ‘se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredito efetivo’. (...) Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento exposto do Código dos Estados Unidos

---

<sup>234</sup>O Direito Penal Britânico divide os crimes de droga segundo uma classificação das substâncias entorpecentes.

<sup>235</sup>FRISCHEISEN. Luiza Cristina Fonseca e Outros. *Execução Provisória da Pena Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro*. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Documents/PRISÃO%20EM%20%20GRAU%20SUBSIDIOS/VISTO%203\_execucao\_provisoria\_da\_pena\_versao\_final\_corrigido2[1010].pdf > Acesso em:20 mar. 2019. fls, 15/17.

(US Code). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções. (...) Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes”. Prossegue informando que “o sistema legal norteamericano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”<sup>236</sup>

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN e outros, prelecionando sobre o direito processual estadunidense e mais precisamente sobre a possibilidade da prisão do condenado, antes do julgamento dos recursos, aduzem que, *verbis*:

“A idéia do devido processo legal nos Estados Unidos coincide com a própria formação constitucional no século XVIII. Antes da formação da confederação, a Constituição do Estado de Maryland de 11 de novembro de 1776 já incorporava do conteúdo da Magna Carta<sup>237</sup> o *due process*. O Estado de Nova Iorque, aderindo à Federação, pediu ao Congresso para que se adicionasse a expressão “*due process*” à Constituição do novo Estado. Coube a James Madison a redação do dispositivo na Constituição Americana. O *due process* passou a integrar a Quinta Emenda com outros direitos civis. A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norteamericanos foi o célebre caso “Coffin versus Estados Unidos” em 1895. Na decisão final, a Suprema Corte dispôs que “o princípio segundo o qual existe uma presunção de inocência em favor do acusado é, sem dúvida, legal, axiomático e elementar e seu reforço provém da fundação da administração de nossa lei criminal”<sup>238</sup>. Mais além, o Código de Processo Penal Americano

---

<sup>236</sup> STF HC 126292, fls. 12/13.

<sup>237</sup>“XVII. *That every freeman, for any injury done him in his person or property, ought to have remedy, by the course of the law of the land, and ought to have justice and right freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the law of the land.*”

<sup>238</sup>“*The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law. (...) Concluding, then, that the presumption of innocence is evidence in favor of the accused, introduced by the law in his behalf, let us consider what is 'reasonable doubt.' It is, of necessity, the condition of mind produced by the proof resulting from the evidence in the cause. It is the result of the proof, not the proof itself, whereas the presumption of innocence is one of the instruments of proof, going to bring about the proof from which reasonable doubt arises; thus one is a cause, the other an effect. To say that the one is the equivalent of the other is therefore to say that legal evidence can be excluded from the jury, and that such exclusion may be cured by instructing them correctly in regard to the method by which they are required to reach their*

(Criminal Procedure Code), vigente em todos os Estrados, em seu artigo 16 dispõe que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo.” Conclui-se que os direitos civis – entre eles, o direito à presunção da inocência, que compõe o devido processo legal – estão na raiz da sociedade americana, que os cultivam desde os primórdios das fundações constitucionais. Contudo, não é contra-senso o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (US Code). A subseção sobre os efeitos da sentença <sup>239</sup> dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos propósitos, com raras exceções. De fato, o próprio US Code prevê formas de se aguardar em liberdade enquanto da tramitação do recurso através da fiança (Bail appeal) ou da suspensão da pena durante o processo (held in abeyance while appeal), mas os institutos são limitados e dificultados pelos inúmeros requisitos a serem preenchidos. Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes.” Prossegue informando que “o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”. Segundo a Embaixada, “a regra do devido processo legal, tão cara também ao sistema legal brasileiro, lá é tida por satisfeita já na entrega jurisdicional de ‘primeiro grau’, não havendo necessidade de prosseguimento de julgamento por instâncias diferentes.”<sup>240</sup>

GILMAR MENDES, sem divergir, prelecionando sobre a situação processual nos Estados Unidos, notadamente, no que se refere a prisão do réu antes do trânsito em julgado acrescenta que, *verbis*:

---

*conclusion upon the proof actually before them; in other words, that the exclusion of an important element of proof can be justified by correctly instructing as to the proof admitted. The evolution of the principle of the presumption of innocence, and its resultant, the doctrine of reasonable doubt, make more apparent the correctness of these views, and indicate the necessity of enforcing the one in order that the other may continue to exist.” Coffin v. United States, 156 U.S. 432 (1895) (<http://supreme.justia.com/us/156/432/case.html>)*

<sup>239</sup> US Code, Subsection b, Section 3582, Subchapter D, Chapter 227, Part II, Title 18: “b) Effect of Finality of Judgment.--Notwithstanding the fact that a sentence to imprisonment can subsequently be-- (1) modified pursuant to the provisions of subsection (c); (2) corrected pursuant to the provisions of rule 35 of the Federal Rules of Criminal Procedure and section 3742; or (3) appealed and modified, if outside the guideline range, pursuant to the provisions of section 3742; a judgment of conviction that includes such a sentence constitutes a final judgment for all other purposes.”

<sup>240</sup>FRISCHEISEN, op. cit.,18/19.

“Os Estados Unidos adotam standards bastante rigorosos nessa seara. A legislação processual federal – art. 18 U. S. Code §31 – determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena (alínea “a”), salvo casos excepcionais. As exceções são ainda mais estritas na pendência de apelos (alíneas “b” e “c”). As legislações processuais dos estados não costumam ser mais brandas.

Nesses ordenamentos, muito embora a presunção de não culpabilidade fique afastada, ainda há o direito a recurso, a ser analisado em tempo hábil. No entanto, o direito de análise célere da impugnação é fundado em outros preceitos, como a duração razoável do processo.”<sup>241</sup>

### 16.3. Canadá

O Canadá apesar de não ter uma Constituição escrita, o direito interno, através da Carta de Direitos e Liberdades, que integra o Código Constitucional Canadense, estabelece que qualquer pessoa acusada, tem o direito de ser presumida inocente até prova da culpa, na forma da lei, além de um julgamento público por um tribunal independente e imparcial (Seção 11 d), havendo, ainda, uma outra disposição legal constante do Código Criminal que uma Corte deve, o mais rápido possível, depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta, isto é, a sentença seja imediatamente cumprida, salvo as hipóteses de fiança.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN e outros, discorrendo sobre o sistema canadense e, especialmente sobre a prisão do condenado, antes mesmo da fase recursal acrescenta que, *verbis*:

“Seguindo a tradição britânica, o Canadá não tem Constituição escrita. Um dos elementos que compõe o “código constitucional” canadense é a Carta de Direitos e Liberdades que dispõe na seção 11, “d” que qualquer pessoa acusada de uma ofensa tem o direito de ser presumida inocente até a prova da culpa de acordo com a lei em um julgamento público e justo por um tribunal independente e imparcial.”<sup>242</sup>

---

<sup>241</sup>STF HC 126292, fls. 70.

<sup>242</sup>*Section Eleven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: “11. Any person charged with an offence has the right (d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”;*

<sup>243</sup> A idéia é cara para a Suprema Corte do país que trata o princípio como a “linha de ouro” que tece a teia do processo criminal.<sup>244</sup> Mesmo assim, a força da presunção da inocência não impede o início do cumprimento da sentença logo depois de exarada a sentença. O Código Criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.<sup>245</sup> Na Suprema Corte, o julgamento do caso *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, “é claro”, a impossibilidade de prisão antes de um acusado antes que seja estabelecida a culpa além de alguma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança que deve preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo o território Canadense.”<sup>246</sup>

TEORI ZAVASCKI, sem divergir, complementa e afirma que, *verbis*:

“(…) O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta. Na Suprema Corte, o julgamento do caso *R. v. Pearson* (1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, “é claro”, a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo o território canadense.”<sup>247</sup>

#### 16.4. Alemanha

No direito alemão, muito embora também se admita a presunção de inocência, incorporada em seu direito interno federal, através de documentos internacionais, as disposições normativas tratam expressamente da presunção de inocência. Mesmo assim, o Código de Processo Penal Alemão, estabelece a existência de efeito suspensivo, apenas para alguns recursos, pois a regra é que o

---

<sup>243</sup>Section 720: “A court shall, as soon as practicable after an offender has been found guilty, conduct proceedings to determine the appropriate sentence to be imposed.”

<sup>244</sup>The presumption of innocence has been described as the “golden thread” woven throughout the web of the criminal law (*Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), at p. 481)

<sup>245</sup>Section 720: “A court shall, as soon as practicable after an offender has been found guilty, conduct proceedings to determine the appropriate sentence to be imposed.”

<sup>246</sup>FRISCHEISEN, op. cit., 19/20.

<sup>247</sup>STF HC 126292, fls. 13/14.

provimento judicial seja eficaz, mesmo quando ainda se admitam recurso, sendo certo, entretanto, que os recursos especiais, em nenhuma hipótese, apresentam efeito suspensivo.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN e outros, discorrendo sobre a situação que ocorre na Alemanha, notadamente sobre a prisão do condenado, quando ainda pendente recursos, esclarece que, *verbis*:

“Na Alemanha, o princípio da presunção da inocência tem extrema relevância. O período pós-nazismo e a herança das regras liberais da antiga República Federal Alemã incutiram no pensamento jurídico um grande e efetivo respeito às liberdades civis e os direitos do cidadão frente ao Estado. Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (Strafprozessordnung) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. Assim, têm efeito suspensivo a apelação (§316 StPO) e a revisão (§343 StPO). Todavia não obstat a execução imediata a interposição do pedido de restauração da situação anterior (§47 StPO), da reclamação (§307 StPO), e da revisão criminal (§360 StPO). Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (Rechtskraft) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (Verfassungsbeschwerde)<sup>248</sup> As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às conseqüências jurídicas.<sup>249</sup>

TEORI ZAVASCKI, corrobora e aduz que, *verbis*:

“(...) Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...) Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional

---

<sup>248</sup> “Rechtskraft ist im juristischen Sprachgebrauch ein Institut, das allein gerichtlichen Entscheidungen vorbehalten ist. Es macht erkennbar, dass jede weitere gerichtliche Kontrolle mit Ausnahme außerordentlicher Rechtsbehelfe wie der Verfassungsbeschwerde unstatthaft ist (formelle Rechtskraft) und in persönlicher, sachlicher sowie zeitlicher Hinsicht eine Bindungswirkung hinsichtlich der festgestellten Rechtsfolge besteht (materielle Rechtskraft, vgl. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, S. 484 f.)” BVerfG, 2 BvF 1/00 vom 8.2.2001, Absatz-Nr. 116. Disponível em: <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20010208\\_2bvf000100.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20010208_2bvf000100.html)> Acesso em 10 mar.2019.

<sup>249</sup>FRISCHEISEN, op. cit.,20/21.

assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.”<sup>250</sup>

GILMAR MENDES, prelecionando sobre as prisões provisórias no direito alemão, salienta que as sentenças não são exequíveis enquanto não transitarem em julgado, no entanto a própria sistemática processual daquele país abre exceções, no sentido de que quando se trata de crime grave, o acusado pode ser preso bastando que existam fortes suspeitas, sendo nesse caso, a regra é que o acusado responda ao processo preso, independentemente da demonstração da necessidade da prisão, *verbis*:

No plano legal, o Código de Processo Penal da Alemanha (Strafprozeßordnung) afirma que as sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado (§449: Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind). A despeito disso, se o acusado é fortemente suspeito (dringen verdächtig) do cometimento de um crime grave, a regra é que responda preso. Nesses casos, a lei dispensa ulterior demonstração da necessidade da prisão §§ 112 e 112a do Strafprozeßordnung. Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência tempera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva (Bundesverfassungsgericht, 19, 342).<sup>251</sup>

## 16.5. França

O direito processual penal francês, mesmo admitindo expressamente em seu ordenamento jurídico, até mesmo de forma enfática, a presunção de inocência, não impede que o Código de Processo Penal Francês, estabeleça hipóteses em que é expedido mandado de prisão, mesmo quando ainda pendente o julgamento de recursos.

---

<sup>250</sup>Ibid. fls.14.

<sup>251</sup>STF HC 152752, fls. 121.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN e outros, sem divergir e prelecionando sobre o tema afirmam que, *verbis*:

“A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós revolução francesa. A Declaração assegura no art. 9º que todas as pessoas são consideradas inocentes até que sejam declaradas culpadas. Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendente outros recursos (no caso, o recurso de cassação).<sup>252</sup>

Interessante mencionar que a Lei relativa ao tratamento da recidiva em certas infrações penais, como os crimes sexuais torna o tratamento ao condenado mais gravoso após a decisão condenatória. A situação chegou a gerar consulta ao Conselho Constitucional que entendeu que as disposições da lei estavam de acordo com a Constituição e com o princípio da inocência.”<sup>253</sup>

TEORI ZAVASCKI, reafirmando a doutrina citada afirma que, *verbis*:

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (...) Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...).<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup>Article 465 Dans le cas visé à l'article 464, premier alinéa, s'il s'agit d'un délit de droit commun ou d'un délit d'ordre militaire prévu par le livre III du code de justice militaire et si la peine prononcée est au moins d'une année [\*durée minimale\*] d'emprisonnement sans sursis, le tribunal peut, par décision spéciale et motivée, lorsque les éléments de l'espèce justifient une mesure particulière de sûreté, décerner mandat de dépôt ou d'arrêt contre le prévenu. Le mandat d'arrêt continue à produire son effet, même si le tribunal, sur opposition, ou la cour, sur appel, réduit la peine à moins d'une année d'emprisonnement. Le mandat de dépôt décerné par le tribunal produit également effet lorsque, sur appel, la cour réduit la peine d'emprisonnement à moins d'une année. Toutefois, le tribunal, sur opposition, ou la cour, sur appel, a la faculté par décision spéciale et motivée, de donner mainlevée de ces mandats. En toutes circonstances, les mandats décernés dans les cas susvisés continuent à produire leur effet, nonobstant le pourvoi en cassation. Si la personne est arrêtée à la suite du mandat d'arrêt et qu'il s'agit d'un jugement rendu par défaut, il est fait application des dispositions de l'article 135-2.

<sup>253</sup>FRISCHEISEN, op. cit., fls 14.

<sup>254</sup>Idem.

## 16.6. Espanha

O direito espanhol muito embora tenha em seu ordenamento jurídico a presunção de inocência assegurada constitucionalmente, em homenagem ao princípio da efetividade das decisões, admite expressamente a prisão do condenado antes mesmo da solução definitiva da causa e, ainda, na pendência de recursos.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN e outros, sem divergir e prelecionando sobre o tema esclarece que, *verbis*:

“A presunção da inocência está expressa na Constituição Espanhola de 1978 no n.º 2 do art. 24, no título de direitos e deveres fundamentais.<sup>255</sup>

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. Seguindo este princípio, se o acusado foi condenado em processo em que lhe foi oferecido contraditório e ampla defesa, em que foram cotejadas todas as provas, observado está o princípio da presunção da inocência. A sentença condenatória é, deste modo, plenamente executável, mesmo que outros recursos estejam em trâmite.

Assim já se pronunciou o Tribunal Constitucional espanhol: “sin merma del equivocado enfoque en que se mueve el recurrente -constreñido a la presunción de inocencia-, la efectividad de las sanciones, no entra en colisión con la presunción de inocencia; la propia legitimidad de la potestad sancionatoria, y la sujeción a un procedimiento contradictorio, abierto al juego de la prueba según las pertinentes reglas al respecto, excluye toda idea en confrontación con la presunción de inocencia.<sup>256</sup>

Ressalte-se, ainda que o artigo 983<sup>257</sup>, do Código de Processo Penal Espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra

---

<sup>255</sup>Artículo 24 (...) 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. (...)”

<sup>256</sup>Tribunal Constitucional de España. Sentencia en Recurso de Amparo 66/1984. Fecha de Aprobación 6/6/84. No mesmo sentido, a Sentencia en Recurso de Amparo 220/91. Fecha de aprobación 15/07/1991.

<sup>257</sup>Artículo 983. Todo procesado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente, a menos que el ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado

o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.”<sup>258</sup>

TEORI ZAVASCKI, sem divergir destaca que de acordo com o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol, até mesmo o réu absolvido em instância inferior, poderá continuar preso, durante a tramitação do recurso com efeito suspensivo, *verbis*:

“(…)

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (...) Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.”<sup>259</sup>

### 16.7. Argentina

No direito argentino a celeridade da execução da pena de prisão, decorrente de sentença condenatória antes do trânsito em julgado, também é a regra e se encontra expressamente prevista no art. 494 de sua respectiva lei adjetiva penal federal e, somente em casos excepcionais, previstos no art. 495 do mesmo *codex*, o recolhimento do condenado à prisão pode ser retardado (mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução imediata acarretar risco de vida.

TEORI ZAVASCKI, no mesmo sentido destaca que, *verbis*:

“O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional. Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o

---

<sup>258</sup>FRISCHEISEN, op. cit., fls.23/24.

<sup>259</sup>STF HC 126292, fls. 15

condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida” (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, ‘Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078’, p. 507).”<sup>260</sup>

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN e outros, corroborando o entendimento anterior e discorrendo sobre o tema esclarecem que, *verbis*:

“O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do artigo 18, da Constituição Nacional (Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.). Isto não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do artigo 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no artigo 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida: Pena privativa de la libertad Art. 494. – Cuando el condenado a pena privativa de la libertad no estuviere preso, se ordenará su captura, salvo que aquella no exceda de seis (6) meses y no exista sospecha de fuga. En este caso, se le notificará para que se constituya detenido dentro de los cinco (5) días. Si el condenado estuviere preso, o cuando se constituyere detenido, se ordenará su alojamiento en la cárcel penitenciaria correspondiente, a cuya dirección se le comunicará el cómputo, remitiéndosele copia de la sentencia.

---

<sup>260</sup>STF HC 126292, fls. 15.

## Suspensión

Art. 495. - La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1º) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses al momento de la sentencia. 2º) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio. Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente.<sup>261</sup>

### 16.8. Itália

Na Itália, apesar de haver previsão constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado do decreto condenatório, na verdade, com o julgamento do recurso pela Corte de Cassação, imediatamente a sentença passa ser exequível, entretanto, há casos que a pena pode ser desde logo cumprida, antes do julgamento de qualquer recurso, quando a discussão recursal, não afetar ou tiver possibilidade de atingir determinada parte do julgado.

GILMAR MENDES, a propósito e prelecionando sobre a situação italiana, acrescenta que, *verbis*:

“o sistema italiano estatui, nos termos dos arts. 648 e 650 do Codice di Procedura Penale, que as sentenças penais são executáveis (obrigatoriamente) no dia do julgamento pela Corte de Cassação (equivalente ao nosso STJ). Essa a dicção literal dos preceptivos: Articolo 648. Irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali. 1. Sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione. 2. Se l'impugnazione è ammessa, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. Se vi è stato ricorso per cassazione, la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso. 3. Il decreto penale di condanna è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. (...) Articolo 650. Esecutività delle sentenze e dei decreti penali. 1. Salvo che sia diversamente disposto, le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva quando sono divenuti irrevocabili. 2. Le sentenze di non luogo a procedere hanno forza esecutiva quando non sono più soggette a impugnazione. O modelo italiano tem ainda outra regra bastante interessante, ao admitir a formação progressiva do trânsito em

---

<sup>261</sup>FRISCHEISEN, op. cit., fls. 24/25.

julgado. Havendo uma pena mínima (líquida) já com trânsito em julgado, dá-se início à execução. São hipóteses em que, exemplificativamente, a sentença condena o réu em dois crimes (furto e receptação), mas a apelação volta-se apenas contra um dos delitos. Executa-se a parte não recorrida. Artigo 624. 1. Se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata. 2. La Corte di cassazione, quando occorre, dichiara nel dispositivo quali parti della sentenza diventano irrevocabili. L'omissione di tale dichiarazione è riparata dalla Corte stessa in camera di consiglio con ordinanza che deve trascriversi in margine o in fine della sentenza e di ogni copia di essa posteriormente rilasciata. L'ordinanza può essere pronunciata di ufficio ovvero su domanda del giudice competente per il rinvio, del pubblico ministero presso il medesimo giudice o della parte privata interessata. La domanda si propone senza formalità. 3. La Corte di cassazione provvede in camera di consiglio senza losservanza delle forme previste dall'articolo 127.”<sup>262</sup>

## 16.9 Portugal

Em Portugal, na esteira da Constituição brasileira, que estabelece a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, abraça a referida garantia constitucional de forma literal, excepcionando a regra geral, por força da sua própria lei fundamental, apenas no que se refere as medidas cautelares de coação, entre elas a prisão cautelar (prisão preventiva).

GILMAR MENDES, a propósito e prelecionando sobre a situação lusitana, acrescenta que, *verbis*:

“...Já o nosso texto constitucional segue a tradição das Constituições da Itália – artigo 27: “L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva” – Portugal – artigo 32, 2: “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” – e dos países de língua portuguesa em geral – Angola, artigo 67, 2; Moçambique, artigo 59, 2; Cabo Verde, artigo 34, 1; São Tomé e Príncipe, artigo 40, 2; Guiné-Bissau, artigo 42, 2 e Timor Leste, artigo 34, 1. Nota-se que, na tradição italiana e nas constituições de língua portuguesa a presunção vige até o trânsito em julgado.” STF<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup>STF HC 152 752, fls. 117/118.

<sup>263</sup>HC 126292, fls. 70/71.

CELSO DE MELO, no mesmo sentido e sem divergir, citando o eminente professor Figueiredo Dias sublinha que, *verbis*:

“É importante ter presente a lição magistral de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Professor de Direito e Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ao tratar da proteção dos direitos da pessoa humana no processo penal português, consideradas as grandes e transformadoras inovações introduzidas pela Constituição daquele País, promulgada, democraticamente, em 1976, após a queda da ditadura salazarista (“Revista Brasileira de Direito Processual”, vol. 26/51-72, p. 57, 1981):

“As duas normas constitucionais mais importantes neste domínio são o art. 32, 1, proclamando que ‘o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa’, e o art. 32, 2, segundo o qual ‘todo o argüido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação’. Daqui resulta que toda a lei ordinária que afete o ‘conteúdo essencial’ (art. 18, 2) destas garantias padeça de inconstitucionalidade material. 1. O conteúdo essencial do ‘princípio da presunção de inocência do argüido’ é praticamente incontestado na jurisprudência e na doutrina portuguesas. Reconhecem elas que, segundo este princípio, ‘ninguém pode ser processado a não ser nos casos previstos pela lei e de acordo com as formas que ela prescreve; ninguém pode ser julgado sem ter sido regularmente citado e chamado ao processo; e que, enquanto o argüido não for declarado culpado por decisão com força de coisa julgada, é reputado inocente – ainda que daqui se não possa concluir pela ilegitimidade da utilização de meios coativos sobre ele, a exemplo da prisão preventiva.” (grifei).<sup>264</sup>

Importante, ainda, ilustrar que, em tempos passados, mas não muito distante, o Tribunal Constitucional, já admitiu a possibilidade da prisão do réu condenado, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois naquela oportunidade, a interpretação do sistema processual português, entendia que a prisão imediata do condenado, não afrontava a presunção de inocência, *verbis*:

“O Princípio da Presunção da Inocência está insculpido na Constituição Portuguesa de 1976 dentre os Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais. Estabelece o nº 2 do art. 32 que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.” A garantia dessa presunção, contudo, não é óbice ao Princípio da “Execução

---

<sup>264</sup>STF HC 152752, fls. 397/398.

Imediata” que vigora no direito português. Diz Maia Gonçalves que “radica esse princípio na necessidade de assegurar a exemplaridade da condenação, satisfazendo-se, assim, os fins de prevenção especial e geral das penas e porque seria desumano retardar o cumprimento, pois isso poderia até, em alguns casos, implicar uma penalização suplementar. Este princípio, embora não expressamente formulado no Código, contém nele vários afloramentos, maxime nos arts. 469º e 485º, nº 4 e no instituto da contumácia e pode admitir restrições radicadas em razões humanitárias”<sup>265</sup>. O Código de Processo Penal estabelece em seu art. 408 o efeito suspensivo dos recursos, contudo, já é certo na jurisprudência que esta suspensão dos efeitos não se aplica ao Tribunal Constitucional. Nesse sentido decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa que: “I – o art. 408 do CPP refere-se a recursos ordinários da ordem jurídica comum com o regime previsto no mesmo diploma, não se aplicando o respectivo efeito suspensivo aos recursos para o Tribunal Constitucional. II – Assim, após a prolação pelo STJ [Supremo Tribunal de Justiça] de acórdão condenatório em pena de prisão, o arguido preso preventivamente passará à situação de cumprimento de pena, ainda que haja sido interposto recurso para o Tribunal Constitucional”<sup>266</sup>. O Tribunal Constitucional Português interpreta o Princípio da Presunção de Inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões desta mais alta corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares. Confira-se:“(…)Da literalidade de tal preceito resulta que o Diploma Básico não impõe, quanto àquela excepção ao direito à liberdade e segurança, que o acto judicial determinativo da privação da liberdade tenha de assumir característica de definitividade, pelo que se há de concluir que, neste particular, o legislador constituinte remeteu para a normação ordinária a questão da imediata exequibilidade das sentenças judiciais condenatórias impositoras de pena de prisão ou da aplicação de uma medida de segurança.

Por outro lado, a presunção de inocência que é constitucionalmente definida pelo nº 2 do artigo 32º até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, não pode ser chamada à colação para efeitos de daí se extrair a impossibilidade de execução da pena de prisão determinada por uma sentença que se considere como provisoriamente transitada em julgado. E provisoriamente, note-se, pois que está unicamente sujeita à condição resolutiva de alteração da decisão tomada em sede

---

<sup>265</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal. Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2001, 12 ed., p.867.

<sup>266</sup> PORTUGAL. Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 1999, Coletânea de Jurisprudência XXIV, tomo 4, pág. 160.

recursória, decisão essa que confirmou as questões de facto ou de direito que levaram ao juízo constante da sentença impositora de pena de prisão e que, por motivos ligados a uma actuação, considerada pelo tribunal de recurso como manifestamente obstativa ao cumprimento do julgado por este tribunal, levou o mesmo a extrair traslado e a determinar que o processo fosse remetido ao tribunal recorrido, a fim de aí prosseguirem seus termos.

Sustentar-se que a presunção de inocência inserta no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição acarreta, inelutavelmente, a impossibilidade de ser executada a decisão judicial antes do respectivo trânsito, implicaria, no limite, que seriam contrárias a tal preceito disposições legais de onde resultasse *verbi gratia*, que era possível a execução de uma medida de coacção de prisão preventiva, determinada obviamente por acto judicial, enquanto este se não tornasse firme na ordem jurídica. Não foi, seguramente, com esse propósito que o legislador constituinte, arvorou a garantia da presunção de inocência. (...).”<sup>267</sup>

Assim, muito embora naquela ocasião (ano de 2004) tenha se fundamentado a decisão, com a possibilidade da prisão do condenado antes do trânsito em julgado, posteriormente parece que o Tribunal Constitucional português modificou o seu entendimento, no sentido de se aguardar o trânsito em Julgado, para se iniciar a execução da pena.

Desse modo, o Tribunal Constitucional, em decisão mais recente (ano de 2016), passou a entender que, mesmo quando a hipótese não é de prisão, propriamente dita, mas de questões de outra natureza, como administrativa, por exemplo, como ocorreu em um caso de suspensão de parte de vencimentos, o referido Tribunal, se posicionou no sentido de que se trata de uma pena antes do seu trânsito em julgado e, portanto, tal medida somente pode se concretizar, após a formação da coisa julgada, *verbis*:

“Com efeito, logo em 1984, PINTO JÚNIOR, MANUELA DE MELO e JOAQUIM DE MELO, afirmaram que “a suspensão de funções e do vencimento de exercício não deixa de funcionar como sanção numa fase do processo em que o arguido se presume inocente” e que “não faz sentido a suspensão de funcionário público em processo de querela em que venha a ser absolvido ou condenado, mas sem demissão da função, tendo

---

<sup>267</sup>PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 547/04 no processo 679/2004, 3.ª Seção, Relator Conselheiro Bravo Serra, data do julgamento: 21/07/2004.

sempre em vista o princípio da presunção da sua inocência até ao trânsito em julgado da sentença” (in Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, Almedina, 1984, pp. 19-20). Também TERESA BELEZA, no ano seguinte, exprimiu o entendimento de que “tal preceito contraria a presunção de inocência constitucionalmente estabelecida” (in Direito Penal, AAFDL, I, 2.ª Ed., 1985, p. 68 e segs.). Em sentido concordante, posicionou-se CASTRO NEVES (Revista do Ministério Público, ano 6.º, volume 21, p. 36).

MÁRIO TORRES, por seu turno, em publicação de 1986, defendeu posição distinta. Considerando que “[a] sujeição do arguido a uma medida que tenha a mesma natureza de uma pena e que se funda num juízo de probabilidade de futura condenação, viola intoleravelmente a presunção de inocência que lhe é constitucionalmente garantida até à sentença definitiva, pois tal antecipação de pena basear-se-á justamente numa presunção de culpabilidade. É porque se julga o arguido culpado – antes de a sua culpa ser firmada em sentença transitada – que se lhe aplicam antecipadamente penas (eventualmente a descontar na pena definitiva)», concluiu que não era esse o caso da suspensão prevista nos Estatutos Disciplinares de 1979 e 1984: “a razão de ser desta medida reside em considerações de ordem funcional, na defesa do prestígio dos serviços públicos, não implicando qualquer antecipação de pena nem um imediato juízo de censura. Na verdade, não se trata de antecipação ou aplicação provisória, da pena de demissão, porquanto, durante a suspensão, ao funcionário continua a ser abonado o vencimento de categoria, apenas lhe sendo retido o vencimento de exercício”. Não obstante, de jure constituendo, afirmou igualmente o Autor que: “A suspensão [de funções dos funcionários e agentes da Administração Pública como consequência do despacho de pronúncia, ou equivalente, pela prática de crimes de certa natureza ou gravidade], apesar de não poder taxar-se de inconstitucional, revela-se atualmente desprovida de razoabilidade, pelo que se impõe a alteração da legislação ordinária no sentido de retirar o carácter automático dessa suspensão, atribuindo-se ao titular do poder disciplinar competência para decidir da suspensão, caso a caso, de acordo com as exigências do serviço público”.

Porém, logo no início da sua vigência, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade constitucional da norma de imposição automática da suspensão de funções, contida no artigo 6.º do Estatuto Disciplinar de 1984. Através do Acórdão n.º 439/87, proferido em 4 de novembro, a norma foi confrontada com os parâmetros de constitucionalidade constantes do n.º 4 do artigo 30.º (proibição da perda de direitos como efeito necessário de pena) e do n.º 2 do artigo 32.º (princípio da presunção de inocência), cuja violação afastou. O primeiro parâmetro foi

considerado inaplicável às medidas cautelares ou preventivas e, tomando o segundo parâmetro, foi emitido juízo de não inconstitucionalidade, pela seguinte ordem de razões:

«Uma das garantias do processo criminal é, efetivamente, a presunção de inocência do arguido, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição (na redação resultante da revisão operada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro):

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.

Mas essa garantia não torna ilegítima toda e qualquer suspensão de funções do arguido, que seja funcionário ou agente, aplicada antes do trânsito em julgado da sentença de condenação. A própria prisão preventiva é admitida pela Constituição, «pelo tempo e nas condições que a lei determinar», no caso de «flagrante delito» ou «pelo tempo e nas condições que a lei determinar», no caso de «flagrante delito» ou «por fortes indícios da prática de crime doloso a que corresponda pena maior» [artigo 27.º, n.ºs 2 e 3, alínea a)]. A suspensão só será constitucionalmente ilegítima quando viole o princípio da proporcionalidade, «o qual – como se lê no citado acórdão n.º 282/86 – encontra afluência no artigo 18.º, n.º 2, da CRP e sempre há-se reputar-se como componente essencial do princípio do Estado de direito democrático (cf. o artigo 2.º da CRP)».

.... Também não se mostra, pois, violado o n.º 2 do artigo 32.º da Constituição».

Vejam os princípios da presunção de inocência, cuja aplicabilidade nesta sede não sofre dúvidas. Enquanto direito sancionatório, o direito disciplinar recebe o essencial da garantia individual de respeito pelos direitos de defesa e de audiência, entre os quais se encontra o princípio da presunção de inocência, verdadeiro requisito constitutivo do Estado de direito democrático, como decorre dos n.ºs 2 e 10 do Constituição, explicitando garantia que já resultava, antes da introdução do referido n.º 10 pela revisão constitucional de 1989, no âmbito disciplinar público, do disposto no n.º 2 do artigo 269.º da Constituição (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa, anotada, 4.ª edição, 2007, I, p. 526; cfr. também FARIA COSTA, ob. cit., p.p. 59-62). Entrocado no princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio “representa um ato de fé no valor ético da pessoa humana, próprio de toda a sociedade livre” (GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal, I, Verbo, 1993, p. 40), não existindo fundamento para que se lhe confira no domínio disciplinar uma menor força valorativa, por referência às suas irradiações no direito penal e processual penal. Como observa FIGUEIREDO DIAS, diferentemente do direito

contraordenacional, os comportamentos integrantes do ilícito disciplinar não são axiologicamente neutros, sendo o direito disciplinar - ainda que autónomo, porque fundado na defesa do serviço, e não na defesa social - aquele que “mais se aproxima do direito penal e das penas criminais” (Direito Penal, Parte Geral, I, 2.ª Edição, 2007, pp. 168-169).....

Assim o vem entendendo o Tribunal, de que é exemplo, perante questão próxima da aqui em análise, o Acórdão n.º 123/92:

«[É] irrecusável que o princípio consagrado naquela norma constitucional contém implicações ao nível do próprio estatuto ou da condição do arguido em termos de, seguramente, tornar ilegítima a imposição de qualquer ónus ou a restrição de direitos que, de algum modo, representem e se traduzam numa antecipação da condenação.»

...A este respeito, bem pode dizer-se, acompanhando Mário Torres, «Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais», Revista do Ministério Público, n.º 26, abril/junho, 1986, pp. 161 e segs., que «a sujeição do arguido a uma medida que tenha a mesma natureza de uma pena e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação viola intoleravelmente a presunção de inocência que lhe é constitucionalmente garantida até à sentença definitiva, pois tal antecipação de pena basear-se-á justamente numa presunção de culpabilidade. É porque se julga o arguido culpado — antes de a sua culpa ser firmada em sentença transitada — que se lhe aplicam antecipadamente verdadeiras penas (eventualmente a descontar na pena definitiva)».

O que, como também se refere, não é incompatível com a imposição de medidas cautelares ou preventivas, quando se imponha uma composição axiológica perante outros valores conflituantes de relevo: «O princípio sob análise não proíbe a antecipação de certas medidas cautelares e de investigação (de outro modo, numa visão radical do seu alcance, concluir-se-ia pela inconstitucionalização da instrução criminal em si mesma) ou, como no caso da instauração de processo disciplinar, a suspensão do exercício de funções e a suspensão do vencimento de exercício, esta, enquanto lógica consequência da cessação da atividade profissional.»

A ofensa do princípio da presunção de inocência surge como fundamento da decisão de recusa de aplicação da solução normativa do n.º 1 do artigo 38.º do EDPSP, em virtude de se lhe atribuir um efeito de “antecipação da condenação”, consubstanciando “uma sanção de tipo suspensão e perda de 1/6 do vencimento”. Todavia, o sentido que emerge de uma tal afirmação carece de ser contextualizado....

Com efeito, tomadas na formulação inscrita no dispositivo do acórdão recorrido, a conclusão parece ser tributária de

entendimento que negue por inteiro a conformidade constitucional da imposição de medidas provisórias ou cautelares em sede disciplinar, as quais só poderiam ser configuradas como verdadeiras reações disciplinares sancionatórias, consequência jurídica do juízo de censura. Porém, uma tal leitura tornaria a decisão recorrida internamente contraditória, em virtude de nela se aceitar que «[a] suspensão de que se trata nestes autos não constitui qualquer “pena” de suspensão, mas sim uma medida de suspensão disciplinar preventiva, pois não há ainda qualquer decisão sancionatória disciplinar a aplicar uma pena», do mesmo jeito que se argumenta noutro passo em defesa da adequação e suficiência aplicativas do artigo 74.º do EDPSP, onde se acolhem diversas medidas preventivas, maxime a medida de suspensão preventiva.....

A norma sindicada, comporta, pois, a possibilidade de um excesso, perdendo relação com o fim que a legitima; converte-se, quando assim acontece, numa reação expulsiva, com efeitos assimiláveis aos de uma sanção, em infração da garantia individual da presunção da inocência consagrada no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição...

Conclui-se, pelas razões expostas, pela inconstitucionalidade da norma sub judicio por violação do princípio da presunção de inocência do arguido, consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, entendido em articulação com o princípio da proporcionalidade ínsito no artigo 18.º, n.º 2.”<sup>268</sup>

Ademais, diante da clareza da dicção do Código de Processo Penal Português, que complementa e integra a Constituição da Republica Portuguesa, quando se refere (no item 1 do art.467.º<sup>269</sup>) a execução das decisões penais condenatórias, parece que não deixou muita margem interpretativa, para que a condenação possa ser efetivada antes do seu trânsito em julgado, *verbis*:

“Artigo 467.º

Decisões com força executiva

1 - As decisões penais condenatórias transitadas em julgado têm força executiva em todo o território português e ainda em território estrangeiro, conforme os tratados, convenções e regras de direito internacional.

---

<sup>268</sup>PORTUGAL. ACÓRDÃO Nº 273/2016 Processo n.º 165/15 2.ª Secção Relator: Conselheiro Fernando Ventura Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional.

<sup>269</sup>BRASIL, op. cit., nota 62.

2 - As decisões penais absolutórias são exequíveis logo que proferidas, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 214.º”

Com efeito, o referido dispositivo legal, faz nítida distinção entre a sentença condenatória (item 1) e a absolutória (item 2), estabelecendo, taxativamente, que as decisões condenatórias, somente após o trânsito em julgado tem força executiva, enquanto que as decisões penais absolutórias, são exequíveis logo que proferidas.

Por outro lado, merece ressaltar, que diferentemente do direito brasileiro, Constituição portuguesa estabelece, taxativamente, as hipóteses de prisão antes do trânsito em julgado, o que não dá permite outras interpretações, enquanto que no direito brasileiro, muito embora a redação do texto constitucional, se apresente de forma semelhante e estabeleça que a presunção de não culpabilidade sobrevive até o trânsito em julgado, existem outras disposições no texto constitucional, que deixa em aberto outras possibilidades de prisão antes do trânsito em julgado, além dos recursos Especial e Extraordinário não terem efeito suspensivo, conforme visto acima.

Assim, embora o texto constitucional do Brasil e de Portugal sejam praticamente idênticos no que tange a presunção de inocência até o trânsito em julgado, na verdade eles se inserem em contextos diferentes e é exatamente por isso, que enquanto no Brasil se torna óbvia a possibilidade da prisão antes da coisa julgada, em Portugal a situação é mais restrita, se diferenciando, assim, do que ocorre no Brasil.

Por derradeiro, facilmente se percebe que em praticamente todas as nações civilizadas, além dessas que foram exemplificativamente mostradas, constam em seus respectivos ordenamentos jurídicos a presunção de inocência ou de não culpabilidade como uma basilar garantia processual para os acusados em geral, afastando assim, a presunção de culpa dos mais remotos e sombrios tempos.

No entanto, muito embora em todos os documentos internacionais subscritos pelos mais diversos Estados-membro, exista a presunção de inocência,

em nenhum deles consta que a presunção de inocência deva produzir efeitos até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo assim, em algumas constituições, especialmente a do Brasil, a de Portugal e da Itália, surge em seus respectivos textos, a presunção de inocência com aplicabilidade até o trânsito em julgado.

Assim, com exceção de Portugal, que vem fazendo uma interpretação fechada e bastante restritiva da presunção de inocência que deve prevalecer até o trânsito em julgado e impede qualquer forma de prisão, senão nas hipóteses expressamente elencadas em sua Carta Política, a grande maioria dos países permite e, alguns deles, até impõe, em alguns casos, que a prisão seja tão logo proferida a sentença condenatória.

O Brasil, por sua vez, vem permitindo a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de acordo com uma interpretação sistemática com outras disposições constitucionais e com o sistema processual penal, que além do importante argumento no sentido da impossibilidade de rediscussão da matéria probatória nos recursos dirigidos aos Tribunais superiores, existe também um forte argumento de que os recursos para as instâncias superiores, não tem efeito suspensivo.

Na Itália, entretanto, apesar de o texto constitucional, também estabelecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado, a legislação processual penal daquele país, deixa em aberto a possibilidade de ocorrer a prisão antes daquele marco constitucional, dependendo da forma como foram manejados os recursos, sendo certo, outrossim, que uma vez julgado o recurso pela Corte de Cassação, a condenação passa ser imediatamente exequível, independentemente da possibilidade da interposição de qualquer outro recurso ou medida.



## CONCLUSÃO

Assim, conforme exaustivamente visto no presente estudo, a presunção de inocência ou de não culpabilidade, não é nova e remonta os tempos mais longínquos da civilização, onde já haviam aspirações básicas precursoras do seu significado, ainda no Império Romano e que foi objeto, inclusive das Pandectas, na inspiradora expressão de Paulus - *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.

Há referências de outras passagens esparsas, ainda na era medieval, como a origem do brocardo latino – *in dubio pro reo*, da mesma forma que na Bíblia - Livro Deuteronômio.

Mais tarde, a Magna Carta de 1215 *Magna Charta Libertatum*, de João Sem Terra, na sua posterior versão de 1225, foi o primeiro estatuto inglês, que veio a garantir, ainda que de forma embrionária, maior direito às pessoas, uma vez que naquele documento basilar de direitos, já aparecia uma regra básica de garantia, consubstanciado no direito de que - *no freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land*.

Muito tempo depois, já no século XVIII, mais precisamente, em 1789, o povo francês, já não suportando os abusos da Monarquia absolutista, deflagrou a emblemática Revolução Francesa, sob o slogan – *Liberté, Egalité, Fraternité*, que acabou por estabelecer uma substancial mudança de paradigmas e, destarte, editada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que entre inúmeras outras garantias individuais, positivou, expressamente, pela primeira vez, a presunção de inocência, cujo seu sentido, sobrevive, ainda hoje, em centenas de países por todo o mundo civilizado.

Desse modo, influenciados pela referida Declaração, que passou a ser um marco histórico, diversos outros Tratados, Convenções, Pactos, Cartas e Declarações, passaram a dispor de forma praticamente uniforme dessa garantia, que influenciou, por sua vez, o texto constitucional de muitos países, que passaram a

prever a presunção de inocência, do mesmo modo que o fez a Declaração Francesa, importando para os seus respectivos direitos internos, a referida garantia, quase sempre nas mesmas palavras daquela Declaração.

Importante ressaltar, também, que a presunção de inocência, tem por objeto afastar a presunção de culpa, o que quase sempre acontecia na idade Média, na Inquisição e antes mesmos dessa garantia vir à tona, de modo que, a partir de então, ninguém mais é presumido ou considerado culpado até que sobrevenha prova nesse sentido. E é exatamente esse exato sentimento, que dispõe praticamente todos os documentos internacionais.

Nessa conformidade, indiscutivelmente a presunção de inocência ou de não culpabilidade é dirigida a matéria eminentemente probatória e nada tem a ver, pelo menos em um raciocínio direto e lógico, com outros aspectos processuais, como prisão, recursos, trânsito em julgado, etc.

Essas questões, de índole indiscutivelmente processual, transbordam aquele importante e básico princípio de direito internacional e constitucional e, via de regra, residem no âmbito do direito infraconstitucional e, obviamente, interno de cada país, que, de acordo com as peculiaridades locais, poderá ser dado a ele uma maior ou menor extensão, aplicabilidade, alcance e interpretação.

Aliás, a presunção de inocência ou de não culpabilidade, exatamente por ser um princípio, não apresenta caráter absoluto e, portanto, pode e deve ser ponderado de acordo com outros princípios da mesma natureza, o que não acontece com as regras constitucionais, que se não forem efetivamente cumpridas, a hipótese é de descumprimento da norma cogente da Constituição, desafiando todas as medidas pertinentes para resgatar a imperatividade do texto constitucional violado. Nesse caso, não há que se falar em ponderação de regras e normas e nem mecanismos hermenêuticos de freios e contrapesos, ou a norma está sendo cumprida ou não está!

Assim, em razão da presunção de inocência se tratar de um princípio, o qual se eminentemente a questões probatórias, onde se situa a presunção ou não de

inocência e que, portanto, admite ponderação, é que essa importante garantia processual não impede a imposição no curso da persecução criminal, de medidas cautelares coercitivas provisórias, inclusive de prisão, muitas vezes executada na fase *ab initio* de uma investigação policial, onde sequer houve o contraditório e, desse modo, sem indícios consistência da culpa do indiciado. Nesse caso, mais do que nunca e por absoluta ausência de provas quanto a culpabilidade do indiciado e caso princípio da presunção de inocência guardasse alguma relação direta com a possibilidade das prisões processuais, obviamente, que em nenhuma hipótese poderia ocorrer a prisão do indiciado. Mas na verdade não é isso o que ocorre.

De fato, em razão da presunção de inocência não guardar nenhuma relação, pelo menos direta com a citada garantia processual, é que as legislações de praticamente todos os países do planeta, permitem que, mesmo diante da presunção de inocência, é perfeitamente cabível a decretação da prisão processual do indiciado/acusado, em qualquer fase da persecução criminal, isso porque, além da referida presunção se referir exclusivamente a matéria probatória a ser desenvolvida no curso do processo, durante a fase da produção de provas, dela decorrendo outras garantias constitucionais e legais, a referida presunção não se subsume em uma regra propriamente dita, mas sim em um verdadeiro princípio constitucional, que desafia a ponderação com outros enunciados de igual natureza da Lei Maior, como por exemplo, o direito à segurança pública, à efetividade das normas e do próprio sistema judiciário, cujo maior objetivo é a busca da paz social, como condição básica à sobrevivência da própria democracia e, conseqüentemente o Estado Democrático de Direito.

Assim, em virtude da presunção de inocência não se referir a prisão e por encerrar um princípio e não uma regra, é perfeitamente admissível a decretação das várias modalidades de custódia provisória - prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão preventiva para extradição, prisão decorrente da condenação do réu pelo Tribunal do Júri e prisão após a confirmação da condenação do réu pela 2ª instância e antes do julgamento de eventuais Recurso Especial e Extraordinário e, portanto, antes do trânsito em julgado - em qualquer fase da

investigação ou do processo, desde que atendidas as normas processuais inerentes a cada uma dessas modalidades prisionais.

Atualmente no Brasil o alcance da presunção de inocência ganhou intensa discussão no mundo jurídico, pois há posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, apegados mais ao sentido literal do dispositivo que trata da presunção de inocência, que entendem que ela deve ter eficácia plena até ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com a conseqüente impossibilidade da prisão do réu condenado irrecorrivelmente, já que a prisão estaria inserida dentro do contexto daquela garantia, no sentido de que ninguém pode cumprir uma pena sem que a culpa seja definitiva, isto é, sem o seu devido reconhecimento de forma definitiva, através da coisa julgada.

Enquanto, por outro lado, outros entendem que o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, deve ser interpretado dentro de uma visão sistemática com outros princípios e normas constitucionais e legais, já que aquele princípio encerra uma questão eminentemente de natureza probatória e a possibilidade da prisão do acusado, não está dentro do alcance daquela garantia constitucional, pois há outros princípios constitucionais que tratam exclusivamente das hipóteses de prisão, no que vem a ser corroborado pela sistemática processual infraconstitucional vigente, e assim, é perfeitamente admissível e até mesmo necessário, o início do cumprimento da pena desde que reconhecida a culpa e a conseqüente condenação do réu, pelas instâncias ordinárias, onde por força da legislação vigente, ocorre a preclusão *pro judicato*, no que concerne a discussão e valoração da prova e, assim, a discussão da culpa e a presunção de inocência.

Importante lembrar que nos processos referentes aos crimes dolosos contra a vida e que *ex vi* de expressa disposição constitucional, estão reservados ao julgamento pelo Tribunal do Júri, onde é assegurada, entre outras garantias constitucionais, a soberania dos vereditos, o que significa dizer que o Conselho de Sentença decide, exclusivamente, a matéria de fato, que reflete, evidentemente, a análise e valoração da prova, reconhecimento, assim, culpa ou não do acusado e

que resulta no afastamento ou não da presunção de inocência, dependendo se o veredicto for condenatório ou absolutório.

Necessário acrescentar, que dessa decisão do Júri, também conhecidos por “juízes do fato”, em razão da soberania dos veredictos, não permite a ninguém, nem mesmo ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, modificar o veredicto e, portanto, está obrigado a prolatar a sentença, nos estritos e exatos termos da decisão soberana na dos jurados, mesmo que suas convicções sejam diversas daquele *decisum*.

Ademais, se faz oportuno lembrar, que o Tribunal *ad quem*, também não poderá se imiscuir na matéria de fato decidida pelo Júri e reformar a decisão do Conselho de sentença, pois, no máximo, o que a instância revisora poderá fazer, entendendo que a decisão do Conselho de Sentença se apresenta manifestamente contrária a prova dos autos, é determinar que o réu seja submetido a novo Júri, e, nesse caso, se no novo julgamento os jurados repetirem o veredicto anterior, não haverá mais possibilidade da interposição de qualquer outro recurso pelo mesmo fundamento.

Desse modo, quando o réu é condenado pelo Tribunal do Júri, muito embora ainda possam pender de julgamento outros recursos relativos a matéria, exclusivamente, de direito, não há mais que se falar em presunção de inocência ou de não culpabilidade, já que reconhecida a culpa do acusado, o que justifica, como corolário lógico de sua culpabilidade, o imediato recolhimento do réu ao cárcere, eis que juridicamente impossível a apreciação da matéria de fato, por qualquer Tribunal. Aliás, é um verdadeiro acinte à justiça, à sociedade, à efetividade do sistema normativo e judiciário penal e a própria ordem pública, que alguém condenado, muitas vezes a penas elevadíssimas na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, saia pela porta da frente *forum*, as vezes compartilhando o mesmo elevador, ao lado dos jurados que o condenaram, da vítima ou seus familiares, do membro do Ministério Público que desempenhou a acusação em plenário e do juiz que presidiu o julgamento e aplicou a pena.

Outra situação, um pouco diferente daquela relativa ao Tribunal Popular, é a matéria pertinente aos crimes comuns, que são julgados pelo Juízo Criminal comum - Varas Criminais com competência genérica.

Nesse caso, o juiz quando profere a sentença penal condenatória, como corolário lógico do juízo de reprovação, por evidente, afasta a presunção inocência ou de não culpabilidade e reconhece a culpa do acusado.

Essa sentença, decorrente da sentença penal condenatória prolatada por juiz singular, entretanto, diferentemente do que ocorre com o veredicto dos jurados, que não cabe recurso com a finalidade de análise probatória, conforme acima mostrado, desafia recurso de apelação, com efeito suspensivo, para a 2ª instância, cujo alcance do recurso é o mais amplo possível e pode discutir todas as matérias que foram ventiladas no decorrer da persecução criminal, não apenas no que se refere as questões de direito, mas também, a matéria de conteúdo fático-probatório, que alcança, por conseguinte, a própria garantia da presunção de inocência ou de não culpabilidade. Aliás, nesse recurso, o Tribunal *ad quem* poderá conhecer, até mesmo *ex officio*, questões de fato ou de direito não postuladas na peça recursal.

Entretanto, com o julgamento desse recurso pelo 2º grau de jurisdição, da mesma forma como acontece nos processos do Tribunal do Júri, se encerra definitivamente a discussão sobre a questão probatória e, portanto, não há mais nenhum recurso admissível para se questionar essa matéria e, a presunção de inocência não mais subsiste, por já haver um juízo de culpa definido pelo Tribunal *ad quem*, cuja matéria, por ser exclusivamente relativa a prova, não permite a interposição de qualquer outro recurso para reexaminar essa questão, conforme Súmula 7 do STJ e Súmula 279 do STF.

Assim, uma vez definida a questão de índole probatória nas instâncias ordinárias (1º e 2º graus de jurisdição) que possuem competência ampla, não há como se discutir a presunção de inocência assentada em conteúdo fático produzido no curso da ação penal, confortado por inúmeras outras garantias, como o *due*

*process of law*, a ampla defesa, contraditório, direito do réu a se manter em silêncio, não produzir prova contra si mesmo – *Nemo tentat se denegre*, entre outras.

Destarte, após ser prolatado o Acórdão condenatório, pelo Tribunal *ad quem* ordinário, e esgotada a discussão da matéria de prova, ainda cabem duas outras vias impugnativas restritíssimas, sendo que uma através da interposição de Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça e outra, através do Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, de acordo com as disposições constitucionais e infraconstitucional, estabelecem as hipóteses de admissibilidade, sendo certo, entretanto, que nenhum desses dois recursos de natureza excepcional, têm efeito suspensivo, o que por si só, já é o suficiente para demonstrar que o Acórdão condenatório, embora ainda não tenha transitado em julgado, pode e deve ser executado imediatamente.

Não é racionalmente viável desenvolver uma interpretação literal do dispositivo constitucional que estabelece a presunção de inocência até o trânsito em julgado, para inserir, por extensão, a prisão decorrente de condenação recorrível no ventre desse comando constitucional, para impedir a imediata execução da pena.

De fato, a dicção do dispositivo constitucional que trata da presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado – “art. 5º.....LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” - não comporta interpretação literal, pois na própria Carta Política brasileira, há outras disposições que se referem aos casos de prisão propriamente ditos – “art. 5º.....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; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”

Merece aduzir, que o art. 86 § 3º da própria Constituição da República, tratando da prisão do Presidente da República, estabelece que o Chefe do Executivo, não estará sujeito a prisão, enquanto não sobrevier sentença condenatória, sendo certo, entretanto, que em nenhum momento essa disposição se refere ao eventual trânsito em julgado dessa sentença – “art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República.....§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.”

Assim, resta claro que, enquanto o artigo que prevê o princípio da não culpabilidade, se dirige exclusivamente a questão de prova, onde se encerra a aludida presunção, outras diversas disposições constitucionais, tratam de matéria afeta a à prisão.

A simples leitura do – art. 5º inc. LXI da CF, onde estabelece que ninguém será levado a prisão senão “... por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...” já é bastante para demonstrar, que através desse comando constitucional é perfeitamente possível determinar o início da execução da sentença penal condenatória recorrível.

Ainda que não bastasse essa previsão da Constituição, no mesmo sentido e explicitando aquele dispositivo da Lei Maior, o art. 283 do Código de Processo Penal, praticamente repetindo a dicção da referida disposição constitucional, acrescenta de forma mais enfática de que forma as prisões poderão ocorrer no direito brasileiro, ou seja, – ninguém poderá ser preso senão i) em flagrante delito, ii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, iii) em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, iv) no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Desse modo, o referido dispositivo da lei adjetiva penal, se apresenta em absoluta conformidade com comando da constituição e das leis, não havendo, portanto, nenhum obstáculo jurídico que possa obstaculizar a prisão do réu, após a sua condenação pelo Tribunal de 2º grau de jurisdição, momento em que se encerra a fase de cognição recursal plena e os recursos para os Tribunais superiores não têm efeito suspensivo e nem lhes é permitido adentar no exame da prova.

Há fartos dados estatísticos, provenientes de ambos os Tribunais superiores brasileiros, que mostram a inexpressiva senão diminuta quantidade de recursos Especial ou Extraordinário providos e, em praticamente todos os casos, a matéria poderia ter sido levada aos referidos Tribunais – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, através do remédio heroico do Habeas Corpus, que tem assento constitucional como uma das garantias individuais e que, apesar de não comportar dilação probatória, como também não admitem os referidos recursos excepcionais, tem sua tramitação incomparavelmente mais célere do que esses recursos.

No entanto, parece que a intenção dos condenados-recorrentes que fazem uso desses recursos, não é a de resguardar qualquer direito ou remediar eventual violação de direito, mas sim procrastinar, ao máximo, a formação da coisa julgada, possivelmente por motivos não muito claros, fugir da ação estatal, propiciar a extinção da punibilidade pela prescrição, ou até mesmo para retardar ilegitimamente o início do cumprimento da pena – *neque malitiis indulgendum est*, sendo que essa última possibilidade, perdurou por cerca de 6 anos – entre os anos de 2009 a 2016., quando, então, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do STF HC 126292, resgatou a situação anterior a 2009 e que sempre foi aplicada por mais de duas décadas e até mesmo antes da denominada “Constituição Cidadã” de 1988, permitindo a prisão do réu após, a confirmação da condenação pela 2ª instância.

Por outro lado, nenhum sentido fático ou jurídico existe para se protelar, quase que indefinidamente, a execução da sentença penal, ainda pendente de

juízo de recursos junto aos Tribunais superiores, quando o panorama probatório produzido está encerrado e, portanto, afastada a presunção de inocência. Aliás, em nenhum dos documentos internacionais, dos quais o Brasil é signatário e que obrigatoriamente têm aplicação no direito interno pátrio, se referem ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como condição *sine qua non* para a extinção da aludida presunção de inocência ou de culpabilidade, o que também por esse motivo, salta aos olhos que a referida garantia deve se referir exclusivamente ao universo probatório e não as questões que envolvem a prisão propriamente dita, a qual pode ser levada a efeito, de acordo com a legislação interna de cada país, sem qualquer violação a qualquer documento internacional, considerando que tanto os casos de prisão, como os recursos, entre os quais, os seus objetivos e efeitos, assim como da preclusão de determinadas matérias e, ainda, o respectivo trânsito em julgado, estão reservadas ao direito interno de cada país. Isso é o que acontece em todos os países, os quais organizam os seus próprios sistemas recursais, de acordo com as peculiaridades locais.

A demora injustificada no início do cumprimento da pena, indiscutivelmente, além de afastar o caráter preventivo-intimidativo da sanção penal, não apenas com relação ao próprio réu-condenado, agride, também, senso comum da própria coletividade, que não percebe nenhum resultado concreto da atividade estatal, pela prática criminosa, deixando, por conseguinte, desprotegidos outros direitos que são igualmente caros à sociedade, como a vida, a segurança, a incolumidade das pessoas, entre outros.

Assim, mesmo que o princípio da presunção de inocência pudesse alcançar a temática ligada a prisão do indiciado/acusado, em nenhuma hipótese se poderia dar um exagerado alcance a esse princípio, de modo que outros comandos constitucionais de igual natureza, ficassem sem eficácia ou abafados por essa garantia, já que todas as disposições da Lei Fundamental, precisam ter aplicabilidade e eficácia e, portanto, serem devidamente harmonizadas, com a ponderação de valores, a fim de que a Lei Maior de um país, não fique

desconfigurada, mesmo porque não há princípios absolutos e todos podem e devem ser interpretados dentro de uma interpretação sistemática e teleológica.

Winfried Hassemer, conforme visto no curso do presente estudo, salienta que os direitos fundamentais do cidadão surgiram para protegê-lo das intervenções do Estado, cuja tradição clássica é se refere aos direitos de defesa, sendo o Estado compreendido como o Leviathan.

No entanto, o papel do Estado assim como dos direitos fundamentais sofreram uma alteração, já que o Estado deixa de ser o Leviathan para se tornar um parceiro no combate geral contra riscos e contra a criminalidade, enquanto que os direitos fundamentais já não são direitos de defesa contra o Estado, os quais deixaram de cumprir essa função.

Vale sublinhar, por outro ângulo, que ampliação desnecessária e sem qualquer objetividade prática, em se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para que se inicie a execução da pena do juízo de reprovação, desafia de forma absoluta, o comando constitucional da duração razoável do processo, eis que quanto mais tempo tardar o início da execução da pena, maior a insegurança jurídica, a sensação de impunidade, da inefetividade das leis penais e do sistema judiciário constituído.

Por consequência e perdendo a população a confiança na instituições, pela demora injustificada no cumprimento das decisões judiciais, que visam, em última análise, garantir a ordem pública e o próprio Estado Democrático de Direito, permite que as pessoas comecem a se arvorar em justiceiras, “julgando” e “executando” arbitrariamente as suas próprias decisões, em flagrante afronta aos Poderes estatais e, conseqüentemente, instalando um estado de barbárie, com próprio caos social, com absoluto risco para a democracia.

Não foi por acaso, mas sim pela inércia, ineficácia do aparelho estatal na resposta à criminalidade, aliás, cada vez mais crescente, que surgiram os famigerados “esquadrões da morte”, com as suas mais variadas denominações e que se destinavam a “fazer justiça pelas próprias mãos” – normalmente patrocinados

por vítimas de crimes, que o Estado não conseguia reprimir ou demorava muito tempo para isso acontecer.

Por todos esses motivos, se observa que existem diversas decisões, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto de outros Tribunais estaduais ou regionais, que entendem que com a condenação do réu em 2º grau de jurisdição, quando se torna preclusa a discussão da prova, é absolutamente possível e até de todo recomendável o início da execução da pena, mesmo sem, tecnicamente, ter ocorrido o trânsito em julgado.

Nessa ótica, a prisão do condenado, independentemente do julgamento de eventuais recursos para as Cortes superiores, é questão de ordem pública, pois a efetividade do ordenamento jurídico e a higidez do sistema judiciário como um todo, dizem respeito não apenas ao condenado individualmente, mas a coletividade em geral, que acredita nas leis e espera a sua eficácia, tão logo quanto seja possível, de modo a se evitar a repetição de novas agressões a ordem pública, já vulnerada por aquele crime, bem como que a expiação sirva como exemplo aos demais cidadãos, de modo a desestimular à prática criminosa.

Por uma questão lógica e de bom senso, é oportuno assinalar, que se a lei permite expressamente a decretação da prisão preventiva, entre outras modalidades de prisão provisória - que se satisfazem com simples indícios e não prova da culpabilidade - as quais podem ser determinadas em qualquer fase da persecução criminal, seja no inquérito seja na ação penal, seria verdadeiro absurdo não permitir a imposição da prisão do réu, depois de condenado e reafirmada a sua culpabilidade por uma outra instância ordinária, sem qualquer possibilidade de revisão das provas, por qualquer Tribunal.

Não tem nenhum sentido poder se prender um indiciado/acusado, quando há apenas meros indícios e não se poder prendê-lo, depois de produzida a prova e reconhecida sua culpabilidade pelo julgamento em 1ª e 2ª instâncias ordinárias, o que induz imaginar que os indícios, tem mais força do que a demonstração da culpa do acusado, reconhecida por magistrados de dois graus de jurisdição. Um absurdo!

Ademais, a qualquer tempo os Tribunais superiores, ou em decorrência de ordem de Habeas Corpus, ou mesmo através de pedido de sustação da execução da pena, em curso antes do trânsito em julgado, verificando a plausibilidade do direito do réu-condenado, poderão determinar a imediata soltura do réu para aguardar o julgamento final em liberdade, sem maiores comprometimentos, já que os efeitos e a duração de uma prisão provisória, seja de natureza cautelar como a prisão preventiva, por exemplo, seja em decorrência de uma sentença penal condenatória recorrível, são exatamente os mesmos, pouco importando o *nomem iuris* que se pretenda dar a essa prisão.

Finalmente, necessário lembrar que em praticamente todos os países civilizados, se encontra presente em seus respectivos ordenamentos jurídicos a presunção de inocência ou de não culpabilidade em praticamente todos eles, com raríssimas e isoladas exceções, é permitido o início da execução da sentença penal condenatória, independentemente do trânsito em julgado, sendo que alguns países permitem a prisão logo na fase do decisum do juiz de 1ª instância, enquanto outros aguardam o julgamento da primeira fase recursal.

*Ex positis*, diante de todas as considerações desenvolvidas ao longo do presente estudo, facilmente se pode concluir em síntese que:

i) O princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade é um princípio secular, positivado inicialmente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789;

ii) A garantia da presunção de inocência passou a ser adotada em praticamente todos os documentos internacionais, como Tratados, Convenções, Pactos, Cartas e Declarações de direitos humanos;

iii) A presunção de inocência ou de não culpabilidade, tem incidência exclusiva no que diz respeito a matéria probatória, no sentido de que o acusado é presumivelmente até prova em contrário, sendo que, raramente, essa presunção se apresenta como garantia processual até o trânsito em julgado, como acontece no Brasil, Portugal e Itália (em alguns casos);

iv) A presunção de não culpabilidade não deve ser interpretada em sua literalidade, mas sim de forma sistemática e teleológica, já que há outros princípios constitucionais que precisam sobreviver e conviver harmonicamente dentro da sistemática da constituição em seu todo, de modo a evitar que um princípio se sobreponha ao outro, afastando a sua necessária aplicabilidade, pois, sabidamente, a Lei não contém palavra inúteis;

v) As hipóteses de prisão do réu, na fase inquisitorial, no curso da ação penal e depois da sentença penal condenatória, nos casos do Tribunal do Júri e nos demais casos, quando encerrada a fase recursal ordinária, com o julgamento pelo Tribunal de 2ª instância, momento em que ocorre a preclusão *pro judicato* com relação ao conteúdo probatório, em nenhum momento afronta a garantia constitucional da presunção de inocência ou de não culpabilidade;

vi) Os recursos Especial e Extraordinário, ambos com natureza excepcionalíssima e que não comportam exame de provas, não apesentam efeito suspensivo e, portanto, não impedem o início da execução do Acórdão penal condenatório recorrível;

vii) O condenado, em casos excepcionais poderá a qualquer tempo se valer do Habeas Corpus ou pedido de sustação da execução da condenação, caso exista alguma situação relevante ou que demonstre a plausibilidade do direito do acusado, sendo certo, ainda, que o remédio heroico tem praticamente o mesmo alcance, se não maior, do que aqueles recursos para as instâncias superiores e, finalmente;

viii) A prisão do condenado ainda pendente de julgamento recursos nos Tribunais superiores, ou no caso do Tribunal do Júri, na sessão de julgamento, independentemente de qualquer recurso, não agridem a presunção de inocência ou de não culpabilidade e estão perfeitamente e em absoluta conformidade com os documentos internacionais, que o Brasil foi signatário, a Constituição da República, o Código de Processo Penal e demais termos da legislação vigente e do ordenamento jurídico pátrio e no mesmo sentido do que acontece na esmagadora dos países democratas.

## REFERÊNCIAS

AFRICA DO SUL. *Constitution of the republic of South Africa* Disponível em: <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1996-108.pdf>>, Acesso em 15 fev.2019.

ARGENTINA. Constitución Política de la Argentina. <[https://es.wikisource.org/wiki/Constitución\\_de\\_la\\_Nación\\_Argentina\\_\(1994\)](https://es.wikisource.org/wiki/Constitución_de_la_Nación_Argentina_(1994))> Acesso em: 15 fev.2019.

BECCARIA - Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo, WVC Editora, 2002.

BORGES apud MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 391. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em:20 mar.2019.

\_\_\_\_\_ -apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*.15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 549. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em:20 mar.2019.

\_\_\_\_\_ -apud RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 807. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em:20 mar.2019.

\_\_\_\_\_ -apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 553/554. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em:20 mar.2019.

\_\_\_\_\_ -apud PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 20016. p. 679. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em:20 mar.2019.

\_\_\_\_\_ -apud TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2012, p. 581. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em:20 mar.2019.

\_\_\_\_\_ -apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 554. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/45469/a-limitacao-objetiva-do-conceito-de-ordem-publica-para-decretacao-da-prisao-preventiva/2>> Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>. Acesso em: 16 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)> – Acesso em: 25 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)> Acesso em 22 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.445/2017 De maio de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em 10 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Rui Barbosa, Oração dos Moços*. Disponível em: <[http://casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Súmulas do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em 05 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Súmulas do STJ. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas)>. Acesso em 05 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Acórdão no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 43, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. em 05 out./2016.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 44, Rel. Min. Marco Aurélio, Julg. em 05 out./2016.

\_\_\_\_\_. - Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 84078-7, Rel. Min. Eros Grau, Julg. em 05 fev.2009.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, Julg. em 17 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. -STF HC 126292 apud DALLA. Humberto Ávila, Teoria dos princípios, 2003.

\_\_\_\_\_. -STF HC 126292 apud DWORKIN Ronald, Taking rights seriously, 1977, que teve o insight pioneiro neste tema encontra-se em p. 24 (onde se reproduz texto anterior, publicado como artigo, sob o título “The model of rules”, University of Chicago Law Review 35:14, 1967-1968).

\_\_\_\_\_. -STF HC 152752 apud FERRARA, Francesco, Trattato di Diritto Civile Italiano, Vol. 1, 1921.

\_\_\_\_\_. -STF HC 152752 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra : Almedina, 7ª Ed., 2003.

\_\_\_\_\_. -STF HC 126292 apud BARCELLOS. Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005.

\_\_\_\_\_. -STF HC 126292 apud BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 152752, Rel. Edson Fachin, Julg. em 04 abr. 2018.

Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07 nov. 1989.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 72102 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 14/02/1995, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJ 20 abr. 1995.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 84498, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julg. em 14/12/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79647>> Acesso em: 15 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 89525, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julg. em 14/11/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409322>> Acesso em: 15 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -STF Recurso Extraordinário nº 86297-SP, julg. em 17 de novembro de 1976, Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 20 mar.2019., visto em 26 jan.2019.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº STF HC 140.449. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 20 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº STF HC 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 20 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 80091 Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 20 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 84846 Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 21 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 100899 Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 21 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 123002 Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 24 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 67.841/SC Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 22 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 89.754/BA, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 20 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -Acórdão no julgamento do Habeas Corpus Nº 80939 Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 20 mar.2019.

\_\_\_\_\_. -1º Tribunal do Júri da Capital do Estado do Rio de Janeiro, Processo nº: 0085249-96.2009.8.19.0001.

\_\_\_\_\_. - 1º Tribunal do Júri da Capital do Estado do Rio de Janeiro, Processo nº 0037836-53.2010.8.19.0001

CHILE. Código Procesal Penal. Disponível em: <[https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma\\_plana?org=&idNorma=176595](https://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=176595)> Acesso em: 15 fev.2019.

\_\_\_\_\_. Constitución Política de la República de Chile <[https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Chile.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf)> Acesso em: 15 fev.2019.

FARACHE. Rafaela da Fonseca Lima Rocha. *Princípio da Presunção de Inocência: alguns aspectos históricos - Redação e ortografia de acordo com o texto*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html>> Acesso em 12 mar.2019.

\_\_\_\_\_.-apud FOUCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_.-apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Revista do Advogado. AASP. N.º 42. Abril de 1994.

\_\_\_\_\_.-apud MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

\_\_\_\_\_.-apud MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso De Processo Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p.18.

Notas referidas pela autora. [1] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_.-apud REIS, Diego Pessoa Costa. *Presunção de Inocência e Liberdade de Imprensa*. Recife: Bagaço, 2007.

\_\_\_\_\_.-apud VILELA, Alexandra. Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra editora. 2000. p.42-47. Mestranda em Direito pela UNIMEP-SP. *Princípio da Presunção de Inocência: alguns aspectos históricos - Redação e ortografia de acordo com o texto*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html>>, Acesso em 11 mar. 2019.

\_\_\_\_\_.-apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29ªed. São Paulo: Saraiva. Vol. I. 2007.

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

FRANÇA. Constitutions. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>> Acesso em 15 jan.2019.

\_\_\_\_\_. The Roman Law Library. Disponível em: <<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>>. Acesso em 04 dez.2018.

FRISCHEISEN. Luiza Cristina Fonseca e Outros. *Execução Provisória da Pena Panorama nos Ordenamentos Nacional e Estrangeiro*. Disponível em: <[file:///C:/Users/Admin/Documents/PRISÃO%20EM%202º%20GRAU%20SUBSIDIOS/VISTO%203\\_execucao\\_provisoria\\_da\\_pena\\_versao\\_final\\_corrigido2\[1010\].pdf](file:///C:/Users/Admin/Documents/PRISÃO%20EM%202º%20GRAU%20SUBSIDIOS/VISTO%203_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2[1010].pdf)> Acesso em: 20 mar. 2019.

INGLATERRA. *The Magna Carta (The Great Charter)*. Disponível em: <<https://www.constitution.org/eng/magnacar.pdf>>. Acesso em: 12 jan.2019.

LANZA. Karina Ferreira apud DURKHEIM. Acerca da relação dúbia entre prevenção e retribuição na pena criminal: Uma análise sobre o Sincretismo Teleológico da Individualização da Pena e seus Reflexos na Legislação Penal Brasileira Recente. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10967&revista\\_caderno=3.%20Acesso%20a%20ambos%20em%20mar%20C3%A7o/2019](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10967&revista_caderno=3.%20Acesso%20a%20ambos%20em%20mar%20C3%A7o/2019)>. Acesso em 15 mar.2019.

LOPES JÚNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo, Saraiva, Edição 2012.

MEXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <[http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo\\_2014\\_constitucion.pdf](http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf)> Acesso em 15 fev.2019.

PALMA. Maria Fernanda. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Editora Almedina, 2004.

PARAGUAY. Constitución Política de la república do Paraguay. Disponível em: <[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp\\_pry-int-text-const.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf)> Acesso em: 15 fev.2019.

PERU. Constitución Política del Peru. Disponível em: <[https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion\\_1993.pdf](https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf)>, Acesso em: 15 fev.2019.

PINA. Cláudia Marina Verdial. *A Presunção de Inocência nas Fases Preliminares do Processo Penal: Tramitação e Actos Decisórios* - Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito - Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa Disponível em: <[https://run.unl.pt/bitstream/10362/16492/1/Pina\\_2015.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/16492/1/Pina_2015.pdf)>, Acesso em 15 jan.2019.

PORTUGAL. . Disponível em: <  
[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=295&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=295&tabela=leis) >  
Acesso em 18 fev.2019.

\_\_\_\_\_ - Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 1999, Coletânea de Jurisprudência XXIV, tomo 4, pág. 160.

\_\_\_\_\_ - Acórdão do Tribunal Constitucional Português nº 547/04 no processo 679/2004, 3ª Seção, Relator Conselheiro Bravo Serra, data do julgamento: 21/07/2004\_\_\_\_\_ apud GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal. Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 12 ed., 2001.

\_\_\_\_\_ - Acórdão Nº 273/2016 Processo n.º 165/15 2.ª Secção Relator: Conselheiro Fernando Ventura Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional.

\_\_\_\_\_ - Acórdão do Tribunal Constitucional Português nº 547/04 no processo 679/2004, 3ª Seção, Relator Conselheiro Bravo Serra, data do julgamento: 21/07/2004.

\_\_\_\_\_ - *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em 05 mar. 2019.

\_\_\_\_\_ - Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>. Acesso em: 16 jan. 2019.

\_\_\_\_\_ - Constituição Alemã. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em 18 jan.2019.

\_\_\_\_\_ - *Constituição Federal da Confederação Suíça*. Disponível em: <[https://www.ccisp-newsletter.com/wp\\_docs/Bundesverfassung\\_PT.pdf](https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf)>, Acesso em 15 fev.2019.

\_\_\_\_\_ - Constituição Federal. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

\_\_\_\_\_ - *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention\\_por.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf)> Acesso em: 01 mar.2019.

\_\_\_\_\_ - O Livro Verde da Comissão das Comunidades Europeias. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/DOC/?uri=CELEX:52006DC0174&from=PT>> Acesso em 04 jan.2019.

\_\_\_\_\_. *Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos*. Disponível em: <[http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2\\_pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf)>. Acesso em: 01 mar.2019.

\_\_\_\_\_. *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*. Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe\\_pt.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf)> Acesso em 23 jan.2019.

RODRIGUEZ. Javier Ilobet. *La Presunción de Inocencia y la Prisión Preventiva – (según doctrina alemana)*, Revista de Derecho Procesal. N. 2, Madri: Eredersa.

SILVA. Walber Carlos da. *O Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/64135/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-ou-nao-culpabilidade>>. Acesso em:01 mar.2019.

\_\_\_\_\_. Apud BECCARIA. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo, WVC Editora, 2002 71).

VENEZUELA. *Constitución de la República bolivariana de Venezuela*. Disponível em: <[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp\\_ven-int-const.html](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html)>, Acesso em 15 fev.2019.

Lisboa, abril de 2019.