



SENADO FEDERAL
Instituto Legislativo Brasileiro - ILB

DIEGO BARROS MAIA

INVESTIGAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE QUANTO À PRISÃO PENAL
ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA
EM FACE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Brasília

2018

DIEGO BARROS MAIA

INVESTIGAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE QUANTO À PRISÃO PENAL
ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA
EM FACE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Análise de Constitucionalidade, realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro, como requisito para obtenção do título de especialista em Análise de Constitucionalidade.

Área de Concentração: Direito Constitucional

Orientador: Professor Luís Fernando Pires Machado

Brasília

2018

DIEGO BARROS MAIA

INVESTIGAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE QUANTO À PRISÃO PENAL
ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA
EM FACE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Análise de Constitucionalidade, realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro, como requisito para obtenção do título de especialista em Análise de Constitucionalidade.

Área de Concentração: Direito Constitucional

Brasília, de outubro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Luís Fernando Pires Machado

Prof. João Henrique Pederiva

Aos que se dedicam diuturnamente a defender
a Democracia no Brasil.

Agradecimentos

Agradeço a Deus, primeiro princípio de todas as coisas, pelo milagre da vida e pelas forças com que me preenche a cada dia, e me permite seguir sempre adiante.

Aos meus queridos pais, Glória Maria Barros Maia e Gabriel Lucena Maia Filho, minha eterna gratidão por todo amor e carinho com que se dedicaram à minha formação, e à nossa convivência, que só se aprimora ao longo dos anos.

Muito grato também aos valorosos colegas e professores do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade do Instituto Legislativo Brasileiro, pelas agradáveis aulas em vossa companhia, pelos debates instigantes, e pelas preciosas sugestões, que, sem dúvida, contribuíram de sobremaneira para a evolução da minha forma de compreender a Política e o Direito.

Agradeço, por fim, ao meu estimado orientador, professor Luís Fernando Pires Machado pelas sugestões precisas e honrosa parceria no desenvolvimento deste trabalho.

Não alcançamos a liberdade buscando a liberdade, mas sim a verdade.

A liberdade não é um fim, mas uma consequência.

Leon Tolstói

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade avaliar a constitucionalidade da prisão penal em face da normatização presunção de inocência no Brasil. O trabalho apresenta a trajetória da presunção de inocência, de sua origem até sua constitucionalização, bem como seu tratamento normativo na vigência da Constituição Federal de 1988. A investigação faz uso de pesquisa na base de dados da Assembleia Nacional Constituinte, de 1987-1988, visando a obtenção do direcionamento da presunção de inocência pelo legislador constituinte. São analisadas as influências da escola técnico-jurídica italiana no processo penal brasileiro e seu conflito com a presunção de inocência. O trabalho também verifica a evolução o tratamento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria. Reconhece a existência de três fases no Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, a partir de pesquisa de jurisprudência. Avalia os principais argumentos de cada fase, e tece exposição crítica sobre a fase atual. Por fim, aperfeiçoamentos são propostos do ponto de vista constitucional e legal, de modo harmonizar o tratamento da presunção de inocência pela legislação, doutrina e jurisprudência .

Palavras-chave: Constitucional. Presunção. Inocência. Prisão. Execução

ABSTRACT

The purpose of this study is to evaluate the constitutionality of the prison related to the legal treatment of the presumption of innocence in Brazil. The paper presents the trajectory of the presumption of innocence, from its origin to its constitutionalisation, as well as its normative treatment in the validity of the Federal Constitution of 1988. The investigation makes use of research in the database of the National Constituent Assembly from 1987-1988, aiming to obtain the direction of the presumption of innocence by the constituent legislator. The influence of the Italian legal-technical school in the Brazilian criminal procedure and its conflict with the presumption of innocence are analyzed. The work also verifies the evolution of doctrinal and jurisprudential treatment on the matter. It recognizes the existence of three stages in Brazilian's Federal Supreme Court on the subject, from a jurisprudence research. Evaluates the main arguments of each phase, and provides critical exposure on the current phase. Finally, improvements are proposed from the constitutional and legal point of view, in order to harmonize the presumption of innocence's treatment by legislation, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Constitutional. Presumption. Innocence. Prison. Execution

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1. O processo de normatização da presunção de inocência.....	12
1.1. Do iluminismo à codificação italiana de 1930	12
1.2 O Código de Processo Penal Brasileiro	16
1.3 A presunção de inocência nos tratados internacionais de direitos humanos	18
1.4 A Constituição de 1988	19
1.4.1 O Anteprojeto Afonso Arinos e a Instalação da Assembleia Nacional Constituinte	19
1.4.2. A Pesquisa na Base de Dados da Assembleia Nacional Constituinte	20
1.5 As reformas processuais penais de 2008 e 2011.	24
2. Tratamento doutrinário da Presunção de Inocência	30
2.1 Presunção de Inocência como um Direito Fundamental	30
2.1.1 Presunção de Inocência ou Presunção de não-culpabilidade?.....	30
2.1.2 Regra ou Princípio?	31
2.2 Da abrangência da garantia.....	33
2.2.1. Presunção de inocência e as possibilidades de prisão	34
2.2.2 Fortalecimento do princípio seus impactos sobre a execução provisória da pena ..	36
2.2.3 Presunção de inocência no Direito Comparado.....	38
3. O Supremo Tribunal Federal e a Presunção de Inocência.....	41
3.1 Análise quantitativa de jurisprudência: três fases do Tribunal.....	41
3.2 Avaliação das fases jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal.....	43
3.2.1 Primeira fase (1988-2007)	43
3.2.2 Segunda fase (2007-2016).....	44
3.2.3 Terceira fase (2016-)	46
3.3 Crítica aos Argumentos do <i>Habeas Corpus</i> nº 126.292/SP	48
Conclusão	54

Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF), além de sua eminente função de guardião constitucional, desempenha importante papel como Corte uniformizadora da jurisprudência brasileira. Por essa razão, suas decisões surtem significativo impacto nos posicionamentos dos demais juízes e tribunais pátrios. Além disso, o Supremo dispõe de mecanismos para impor a observância de suas decisões aos demais órgãos judicantes, tais como a súmula vinculante e a repercussão geral e outros julgados. Portanto, é fundamental que suas decisões reflitam sempre a melhor interpretação exarada das melhores técnicas e reflexões jurídicas, vez que possuem o condão de impactar profundamente toda a sociedade brasileira.

A recente mudança jurisprudencial no tocante à possibilidade de cumprimento da pena de prisão em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória é um desses momentos de profundo impacto social e institucional. O clamor dos brasileiros contra a impunidade e a constante insatisfação com os poderes instituídos parece terem sido respondidos por meio desta mudança.

Em fevereiro do 2016, ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento quanto à interpretação do Art. 5º, LVII da Constituição Federal (CF), que consagra a presunção de inocência, para afirmar ser possível a execução da sentença penal condenatória, ainda que não transitada em julgado, do condenado em segunda instância.

A decisão gerou grande polêmica no meio jurídico e fora dele, sobretudo porque a literalidade do dispositivo legal citado determina o contrário¹: a impossibilidade de atribuição de culpa àquele que ainda não observou o trânsito em julgado da sentença penal que o condena. Entretanto, também não faltaram referências elogiosas ao decidido, em especial nos setores externos à comunidade jurídica, celebrando a virtude da decisão, que é tida na visão de seus defensores como uma solução para a impunidade que assola o país. É o que se pode extrair, por exemplo, da matéria expedida pelo *site* Veja.com, em 5 de outubro de 2016, intitulada "Contra impunidade, STF mantém prisão na segunda instância":

Do plenário, os ministros mandaram um recado claro contra a impunidade dos poderosos, que contam com o conceito elástico de presunção de inocência para nunca expiar culpa atrás das grades. "O sistema brasileiro hoje frustra na maior medida possível o senso de justiça de qualquer pessoa. Um sistema de justiça desacreditado pela sociedade

¹ "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." (CF, art. 5º, LVII).

umenta a criminalidade, não serve para o Judiciário, não serve para a sociedade, não serve para ninguém”, disse o ministro Luis Roberto Barroso ao falar sobre a dificuldade de levar criminosos poderosos efetivamente para atrás das grades. (BORGES, 2016)

A matéria se refere à confirmação do entendimento pelo STF, por 6 a 5, no julgamento da Medida Cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nºs 43 e 44, em outubro de 2016. Nova confirmação sobreveio em novembro daquele mesmo ano, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 964.246, desta vez pelo mesmo placar da primeira decisão (7 a 4).

Mais recentemente, os próprios Ministros do Supremo já falam em revisão deste entendimento. De acordo com reportagem, publicada no *site* Blog do Noblat (Cf. NOBLAT, 2017), o Ministro Marco Aurélio, relator vencido das duas decisões de outubro de 2016, informou que pretende levar para o plenário do STF a análise do mérito das duas ADCs que tratam da possibilidade de prisão em segunda instância.

É nesse contexto que se justifica a relevância da presente pesquisa. Pretende-se, dentro do tema da análise de constitucionalidade investigar a conformidade constitucional da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à prisão penal anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória tendo em vista o que prescreve e presunção de inocência.

Como metodologia para a realização do trabalho, considera-se fundamental o emprego da pesquisa bibliográfica. É promovido estudo a respeito do que a doutrina compreende sobre a presunção de inocência, a evolução histórica do conceito e o tratamento jurídico que é conferido à ela.

No campo empírico, são analisados os debates da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 visando resgatar pistas que indiquem prioridades do legislador constitucional originário na conformação da presunção de inocência na Constituição Federal. Embora não se possa reconstituir fielmente a vontade do legislador apenas por esta análise, acredita-se que se mostra de grande utilidade na construção de sentido do referido princípio no âmbito da sociedade brasileira.

Procedeu-se também a um levantamento das decisões pelo motor de busca de jurisprudência do *site* do Supremo Tribunal Federal, de modo a consolidar o entendimento sobre as fases de seu pensamento. Em cada fase foi escolhida uma decisão que melhor representa os fundamentos adotados durante o período.

No primeiro capítulo trataremos da normatização da presunção de inocência. Onde ela surgiu, sua disseminação normativa no Brasil e no mundo. Apresentaremos os resultados de uma pesquisa documental feita em torno do tema na Assembleia Nacional Constituinte de 1986/87. Em adição será analisada a evolução da disciplina da presunção de inocência na legislação infraconstitucional do país.

O segundo capítulo é dedicado aos aspectos doutrinários da presunção de inocência. Sua natureza jurídica, qualificação como regra ou princípio, área de abrangência e mudanças de pensamento doutrinário ao longo da vivência constitucional de 1988 em diante.

No terceiro capítulo analisaremos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. A partir da pesquisa quantitativa de jurisprudência, identificaremos as três fases de pensamento do Tribunal desde o advento da Constituição Cidadã até a atualidade. Será analisada também a plausibilidade jurídica dos argumentos sustentadores da posição do Tribunal, bem como apontada possibilidade de construção de um caminho constitucional para a execução provisória da pena.

1. O processo de normatização da presunção de inocência

1.1. Do iluminismo à codificação italiana de 1930

A ideia da presunção de inocência contemporânea surge junto com o iluminismo no séc. XVIII. Os pensadores iluministas, insatisfeitos com o tratamento conferido aos réus pelo Estado, passaram a propor uma nova forma de considerar aqueles que vem a sofrer a perseguição penal. No Antigo Regime, presumir o acusado inocente significava necessitar imprescindivelmente da sua confissão, ainda que sob tortura, como nos esclarece Mônica Paraguassu da Silva:

O controle no Estado Absolutista era basicamente dirigido à conduta daquele sobre o qual recaía a pecha de suspeito ou acusado de crime. o suplício, o sofrimento, a tortura eram o modo de conhecer a verdade, já que em tese, esta precisava de confirmação pela confissão. Por conseguinte, vítima e acusado eram confundidos. A presunção de inocência enquanto princípio conduzia ao suplício, uma etapa num ritual punitivo de reafirmação do poder [...] A "política do medo" estava presente no processo criminal, cuja finalidade primeira era a de reativar o poder do rei e não a de restabelecer a justiça. (SILVA, 2011, p. 90)

Na França, as primeiras críticas dirigidas ao modelo de processo penal vigente até então foram conduzidas por Montesquieu (1689-1755) e Beccaria (1738-1794) e pugnavam por um modelo que de regras claras para os delitos e hipóteses de prisão, previamente estabelecidos em relação aos acontecimentos (SILVA, 2011, p. 144)

A eclosão da Revolução Francesa difunde a crítica à detenção sem controle de legalidade e à tortura como meio de prova. O aprisionamento agora seria a forma máxima de punição e passaria a ser visto como símbolo da culpabilidade definida, embora ainda se admitisse a detenção provisória como substituto à tortura (SILVA, 2011, p. 145)

Assim, surge a proposição de que todos sejam presumidos inocentes até que sua culpa seja declarada judicialmente. A presunção de inocência passa ter novos contornos, que implicam na consideração e tratamento do acusado como inocente, enquanto não lhe sobrevinha condenação.

A garantia foi inserida da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 9º., com a seguinte redação: XXXX. "Todo homem deve ser

presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para submeter a pessoa deve ser severamente reprimido por lei" (Cf. BARBAGALO, 2015: 38)

Posteriormente, com a ascensão de Napoleão Bonaparte e a codificação que se seguiu, a presunção de inocência foi abandonada, objetivando-se a utilização do processo penal como instrumento de consolidação do poder estatal, visto que o regime totalitário instituído pelo Imperador, assim demandava.

A codificação criminal francesa oitocentista vai servir de fonte inspiradora para inúmeros outros códigos criminais europeus no século XIX. Com a burguesia já consolidada no poder, os ideais iluministas, úteis ao rompimento com o antigo regime agora já não tinham o mesmo apelo de outrora. À época, as disparidades socioeconômicas somadas à intensa migração das famílias do campo para a cidade vieram a resultar em drástico aumento da violência urbana. A reação dos Estados soberanos à essa situação foi a intensificação da repressão e da conseqüente persecução penal, de modo que não se achava espaço para a presunção de inocência.

No campo do Direito Penal, desenvolveu-se à época a chamada Escola Positiva, que defendia um sistema penal mais severo, em defesa da sociedade. Esta escola viria ser a predecessora da criminologia. Surgiu em oposição aos ideais humanitários e iluministas da Revolução Francesa, chamada por eles de "Escola Clássica" (MORAES, 2010: 108-109).

A Escola Positiva defendia que a criminalidade estava condicionada por fatores biopsico-sociais. Seria possível, por meio de estatísticas das ocorrências criminais traçar um perfil do delinquente. Dessa forma, o problema da criminal residiria na pessoa do delinquente, sendo o processo penal apenas o meio de se lhe atribuir a correta reprimenda, e não um instrumento de proteção do indivíduo frente ao arbítrio do estado até que lhe fosse comprovada a culpa, como queria a Escola Clássica (MORAES, 2010: 110-112).

O jurista Enrico Ferri, um dos grandes nomes da corrente positivista apontava a atribuição da presunção de inocência a todos sem distinção como um grande erro da escola clássica. Para ele, essa postura desconsiderava a diferença entre o delinquente ocasional e o delinquente nato. Por essa razão, a presunção deveria cessar se o sujeito fosse reincidente, ou se a natureza do delito cometido revelasse uma delinquência nata ou habitual (MORAES, 2010: 113-114). A possibilidade de se manter a presunção de inocência após uma condenação seria, inclusive, uma impropriedade lógica, consoante lição de Maurício Zanoide de Moraes:

Para FERRI, na medida em que se caminhava na persecução penal em direção à certeza judicial da delinqüência, com a mesma intensidade se desfazia a lógica jurídica da presunção de inocência. Assim, nesse ponto em perfeita sintonia com GAROFALO, afirmava ser uma impropriedade lógica aceitar-se a presunção de inocência após a sentença condenatória do juiz. Para reforçar sua opinião, apontava a incoerência existente em se determinar a prisão preventiva, para algumas espécies de crimes, antes da sentença, mas se permitir a apelação em liberdade, quando já havia a convicção de que 'o acusado era um delinqüente'. Para ele, se já se declarou que ocorrera um crime, a liberdade do criminoso (a causa do crime) continuaria a colocar em perigo o convívio social (MORAES, 2010: 115)

A Escola Positiva influenciou mais tarde a Escola Técnico-Jurídica italiana, a qual teve grande participação na elaboração dos códigos processuais penais italianos de 1913 e 1930. Esta escola, embora rejeitasse os fundamentos criminológicos da primeira, com ela tinha em comum a idéia da prevalência do interesse público em punir sobre o interesse individual à liberdade (MORAES, 2010: 117).

A Itália do início do séc. XX passou por um intenso processo de recrudescimento político devido à severa escassez de bens, inflação, conflitos étnicos e a constante amplificação da violência daí resultante. Nesse clima de forte tensão política surge a figura de Benito Mussolini, com forte discurso nacionalista e autoritário, clamando pelo restabelecimento da ordem. Abre-se assim o caminho para a instauração do regime autoritário fascista, amplamente marcado pela repressão violenta dos opositores, militarização das instituições públicas e controle ideológico dos cidadãos (MORAES, 118-119).

O impacto do autoritarismo foi sentido também no direito penal e processual penal, na codificação de 1913, mas em especial na de 1930.

O Código Processual Penal de 1913 apesar de prever várias garantias ao imputado na fase judicial, como o direito à defesa técnica, ao silêncio, e amplo poder probatório, não abraçou a tese da presunção da inocência. A rejeição se deve principalmente às influências da escola técnico-jurídica italiana, que sobre uma pretensa neutralidade racional propunha soluções que reputava como lógicas e sistêmicas, como se imune fosse aos impactos políticos e sociais que emergiam na Itália daquele tempo.

O principal expoente da Escola Técnico-Jurídica, Vincenzo Manzini, defendia a impossibilidade do acolhimento da presunção de inocência, uma vez que a própria declaração de inocência no processo poderia se dar devido à uma falha probatória nos autos. Assim, seria possível declarar o acusado como culpado ou não-culpado, jamais inocente. Além disso, tendo em vista que probabilisticamente, é mais comum a condenação do que a absolvição, a presunção que deveria existir no processo penal seria a de culpabilidade. Em reforço ao

argumento, cita as possibilidades de atos cautelares patrimoniais (arresto e sequestro de bens) e pessoais (como a prisão preventiva) a caracterizar muito mais uma presunção de culpa do que de inocência (MORAES, 2010: 125-129).

Essa visão escondia o preconceito em relação ao imputado, pois assumia que uma vez denunciado pelos órgãos persecutórios, dificilmente a imputação seria falsa. Ela também concede maior primazia ao trabalho de investigação e colheita de provas feito pelas instituições oficiais em detrimento da versão oferecida pelo acusado. Além disso, desvaloriza o trabalho da defesa durante o processo penal, pois assume a maior probabilidade, a priori, de o réu ser condenado. Esses fatores deixam claro a inexistência da alegada neutralidade da Escola Técnico-Jurídica (MORAES, 2010: 134).

A verdadeira truculência se revelou de forma ainda mais candente no Código de Processo Penal de 1930, elaborado quando o fascismo italiano já estava em seu auge. Esse código permitia a investigação sem comunicação aos imputados, aumentava as hipóteses de instrução sumária, permitindo ao membro do Ministério Público (indicado pelo partido fascista) investigar, julgar e atribuir pena sem a necessidade de um juiz na causa, além de atribuir a competência para o julgamento dos recursos a um tribunal composto por 7 integrantes, dos quais apenas 2 eram juízes togados, sendo os demais nomeados pelo partido. Dessa forma o mito da neutralidade procedimental cairia por terra, frente às claras ingerências políticas do fascismo no direito processual penal (MORAES, 2010: 130-132).

A influência do fascismo também pôde ser sentida no Brasil. Getúlio Vargas, em 1937, desiste de promover eleições no país, e no mês de novembro daquele ano põe em marcha um golpe de estado, resultando na proclamação do Estado Novo. A inspiração fascista se evidencia tanto pela escolha do nome do novo regime, emprestado da ditadura fascista de Antônio Salazar em Portugal, como pelos procedimentos adotados: fechamento do Congresso Nacional, supressão dos partidos políticos e a imposição de uma nova Constituição ao país (MORAES, 2010: 156).

Fortemente inspirado pelos ideais nazi-fascistas também é o Código de Processo Penal (CPP) concebido durante a vigência do Estado Novo, o Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, código esse que, não obstante diversas alterações, encontra-se vigente até os nossos dias.

1.2 O Código de Processo Penal Brasileiro

O advento do CPP de 1941 fez com que as idéias das escolas Positiva e Técnico-Jurídica italianas fossem introduzidas em nosso processo penal. Na exposição de motivos do Código, Francisco Campos confirma a influência italiana sobre a processualística penal brasileira:

Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas [tais como a mitigação do princípio do *in dubio pro reo* e a ampliação do conceito de flagrante], , introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas”. (BRASIL, 1941a)

Um outro exemplo claro da influência das escolas italianas no Código de Processo Penal é a redação original do art. 312 do código, que prescrevia a prisão preventiva obrigatória em função da gravidade do delito². Em outras palavras, assumia-se a presunção de culpabilidade do acusado em face da propensão ao cometimento de crimes mais gravosos. A prisão preventiva obrigatória vigorou até o advento da lei 5.349, de 3 de novembro de 1967, que modificou o conteúdo do art. 312 para a redação vigente até 2011³, de acordo com a qual a prisão preventiva poderia ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houvesse prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria. Em 2011, o dispositivo foi modificado pela Lei 12.403/2011, para se acrescentar a garantia da ordem econômica, bem como para possibilitar a prisão preventiva em caso de descumprimento de outras medidas cautelares⁴.

Convém apontar outros dispositivos do Código relevantes ao presente estudo. São eles os arts. 282 e 283, 393, 594 e 669, todos extraídos da versão original do CPP (BRASIL, 1941b).

² "Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos." (BRASIL, 1941b)

³ "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria" (BRASIL, 1967).

⁴ "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)" (BRASIL, 2011a).

A primeira redação do art. 282 determinava que "À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente", enquanto o art. 283 prescrevia que "A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio". A redação desses dispositivos vigorou até 2011, quando a reforma penal realizada naquele ano os modificou, como será visto mais adiante. Por ora é importante nos darmos conta que havia uma grande brecha para a determinação da prisão dos indivíduos, notadamente os chamados "casos previstos em lei". De fato, o Código de Processo Penal original não dava indícios de preocupações com a presunção de inocência.

Por seu turno, o Art. 393 previa como efeitos da sentença condenatória recorrível, "ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis [sic] como nas afiançáveis [sic] enquanto não prestar fiança" (inciso I), bem com "ser o nome do réu lançado no rol dos culpados" (inciso II). Esse dispositivo deixa bem clara a desnecessidade do trânsito em julgado para que o réu iniciasse o cumprimento de sua pena. Essa redação também foi vigente até 2011, quando o art. 393 foi revogado.

O Art. 594 prescrevia que "O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto". A redação original vigorou até a chegada da Lei 5.941/1973, que ficou conhecida como Lei Fleury. Esta lei alterou-lhe a redação para "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. ". (BRASIL, 1973) O Art. 594 foi finalmente revogado em 2008.

Em adição, o art. 669, inciso I, prevê ser a sentença exequível antes do trânsito em julgado, "quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança". O Art. 669 não foi expressamente revogado, muito embora a doutrina tenha entendido a sua revogação tácita em 1984, com a instituição da Lei de Execuções Penais (SOUZA, 2004: 8).

Da leitura dos dispositivos apresentados é possível perceber no Código de Processo Penal uma convergente tendência à prisão do réu, antes mesmo da expedição da sentença condenatória. Caso ainda não tivesse sua prisão decretada, o advento da decisão final do juiz de primeira instância já teria o condão de acarretar a prisão do réu.

A maioria dos dispositivos destacados só veio a ser revogada ao menos 20 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A sobrevivência de tais dispositivos por tanto tempo terá nítida influência sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a compatibilidade da prisão com o princípio da presunção da inocência, conforme se abordará no terceiro capítulo desta investigação.

Analisaremos agora como se dá a presunção de inocência nos diversos tratados de direitos humanos assinados pela República Federativa do Brasil.

1.3 A presunção de inocência nos tratados internacionais de direitos humanos

Após duas sangrentas guerras mundiais, institui-se a Organização das Nações Unidas e com ela é estabelecida a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Nessa carta de direitos, o princípio da presunção da inocência foi assim insculpido, no art. XI,1: "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" (BARBAGALO, 2015, 38).

Conforme assevera BARBAGALO (2015:39), a Declaração Universal dos Direitos do Homem, por ser uma declaração, não era dotada de força cogente. Por essa razão, em 16 de dezembro de 1966 foi celebrado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que também abrigava a presunção de inocência, prevista no art. 14, 2, com a seguinte redação: "toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa".

Em 1969 é firmado o Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que também previu a garantia da presunção de inocência em seu artigo 8º, 2,1, primeira parte: toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa". Note-se que o presente tratado é vigente desde 1992, quando o Congresso Nacional o aprovou via Decreto Legislativo (BARBAGALO, 2015: 39).

Veja-se que em todos os tratados colacionados não há qualquer menção a trânsito em julgado da sentença penal condenatória, aludindo-se apenas à comprovação legal da culpa. Dessa forma, não se poderia, a priori, dizer que a prisão penal anterior ao trânsito em julgado violaria os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Dessa forma, do ponto de vista internacional, tanto o entendimento que permite a prisão *ad poenam* quanto aquele que condiciona a prisão ao trânsito em julgado, são respeitadores do princípio da presunção da inocência, desde que, é claro, o imputado tenha a sua culpa legalmente comprovada.

O Brasil, por outro lado, não se compromete em observar a presunção de inocência apenas em virtude dos acordos internacionais. A garantia foi insculpida entre os direitos e garantias individuais, conforme se analisará a seguir.

1.4 A Constituição de 1988

1.4.1 O Anteprojeto Afonso Arinos e a instalação da Assembleia Nacional Constituinte

Para melhor compreender a trajetória da presunção de inocência durante a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é preciso estabelecer um ponto de partida. Entendemos como o ponto ideal a convocação da Assembleia Nacional Constituinte pelo então presidente José Sarney, em 1985. O país fervia em clamores democráticos, intensificados pelo movimento das Diretas Já. Embora o movimento não tenha sido bem-sucedido em promover uma eleição direta para a presidência da República, serviu como marco sinalizador da vontade popular de ruptura com o regime autocrático anterior, oriundo de 1964. (PINTO e BARBOSA, 2008, pp. 125-126).

Em resposta aos anseios populares, uma proposta de convocação foi enviada ao Congresso Nacional em junho de 1985. Em adição, em 18 de julho, ainda na fase pré-constituinte, foi instituída a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, em 18 de julho de 1985, composta por 50 membros alcunhados por notáveis, com incumbência de elaborar um anteprojeto constitucional. Os trabalhos dessa comissão, cujo presidente foi o jurista Afonso Arinos de Melo Franco concluiu seus trabalhos em 18 de setembro de 1986 (MORAES, 2010, p. 216).

O anteprojeto de Afonso Arinos já contemplava a presunção de inocência em seu texto, notadamente no seu Art. 43, § 7º que estabelecia: "Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa" (BRASIL, 1986, p. 7).

Vê-se, portanto que o anteprojeto reconhecia a presunção de inocência mais próxima dos moldes estabelecidos pelos tratados internacionais sobre a matéria, mas já dando um passo adiante em relação a eles: o marco estabelecido para o término da presunção era a decisão judicial, enquanto os tratados se limitavam a dizer "comprovação legal", sem estabelecer com exatidão o momento em que esta comprovação seria definida.

Posteriormente, instala-se da Assembleia Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987. É elaborado o Regimento Interno da Assembleia, que prevê o funcionamento de 8 Comissões Temáticas, cada uma composta por 63 membros titulares e 63 suplentes. Funcionaria também uma Comissão de Sistematização, composta por 49 titulares, e suplentes em igual número. A questão da normatização da presunção de inocência é tratada primeiramente na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, uma das três Subcomissões que compõem a Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (MORAES, 2010, p. 217).

1.4.2. A Pesquisa na Base de Dados da Assembleia Nacional Constituinte

Entre os objetivos desta investigação está a verificação de analisar as diversas propostas de redação do dispositivo que abriga a garantia da presunção de inocência de modo a conseguir indicações de seu possível significado para o legislador constituinte originário.

Nesse sentido, buscou-se promover pesquisa na Base de Dados da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, disponível na página eletrônica do Senado Federal (BRASIL, 1987). Fazem-se, pois, necessárias algumas considerações de ordem metodológica.

Em primeiro lugar, deve-se deixar claro que a pesquisa documental de projetos e emendas da Assembleia Constituinte nunca poderá apontar certezas cabais, pois há como saber os motivos que levaram cada um dos representantes a votar como votaram. Procura-se aqui, modestamente, oferecer mais elementos para a compreensão da garantia da presunção de inocência no Direito Brasileiro, com a consciência de que afirmações categóricas com base nessa pesquisa não são possíveis nem desejáveis nesse sentido.

Em segundo lugar, é preciso estar ciente dos limites da ferramenta de busca empregada. Embora tenha trazido resultados interessantes, não se pode garantir que tenha conseguido obter absolutamente todos os resultados sobre o objeto de estudo. Além disso, as datas fornecidas precisaram ser desconsideradas, pois algumas delas não são congruentes com as fases da Assembleia. Por exemplo: não seria possível uma proposta de emenda ao Substitutivo do Relator (fase G) ter data anterior ao próprio substitutivo (fase F). Feitas essas considerações, passemos aos critérios utilizados para busca na base de dados.

Foi utilizado como critério de pesquisa a expressão "culpado | inocente | inocência " (sem as aspas) no campo denominado "pesquisa livre", da base de dados. O comando retorna todos os documentos (entre emendas e projetos) que contenham as palavras "culpado", "inocente" ou "inocência".

A pesquisa retornou um total de 124 itens com as expressões mencionadas. Elaborou-se então uma tabela⁵ com os resultados considerados relevantes para o presente estudo, qual seja, os que tratavam de presunção de inocência, qualquer que fosse a sua redação. Os avulsos foram desconsiderados como resultados relevantes, pois se reportam aos mesmos resultados já obtidos com os projetos e emendas.

A partir dos resultados obtidos, puderam ser feitas as seguintes constatações:

A redação do anteprojeto do relator da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais (fase A) já trazia, diferentemente do anteprojeto Afonso Arinos, a referência ao trânsito em julgado. O dispositivo estava previsto no parágrafo 10 do art. 1º, assim redigido: "Considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Na subcomissão, as emendas recebidas (fase B) não se preocuparam com a questão do trânsito em julgado, mas antes com as questões: (1) da extensão da presunção de inocência ao âmbito civil, com a remoção da palavra "penal" do dispositivo (Emenda 10, do Constituinte Délio Braz); (2) da extensão da garantia para todos pela substituição do termo "cidadão". A Emenda 294, do Constituinte Sigmaringa Seixas sugeria a mudança para o termo "pessoa", enquanto a emenda 351 da Constituinte Anna Maria Rattes propunha a substituição

⁵ A referida tabela encontra-se disponível para consulta no Apêndice A do presente trabalho. Lá pode-se consultar todos os 49 itens de relevo com as seguintes informações: fase de elaboração, tipo de documento (se emenda ou projeto, este segundo denominado "artigo" pela Base de Dados), Autor, Comissão, o dispositivo ao qual se refere, o resultado, o texto do documento e o parecer a ele atribuído, quando disponível. Os Projetos não apresentam numeração pois são os únicos de sua fase de elaboração. De igual forma, como representam o resultado final de uma etapa, fazem parte de um parecer, razão pela qual, os campos "parecer" e "resultado" também não se aplicam a eles.

para "indivíduo". Essa segunda redação acabou por prevalecer no texto do anteprojeto da subcomissão (fase C).

A próxima alteração significativa ocorre na fase E, substitutivo do Relator da Comissão, na qual a presunção de inocência é colocada em uma alínea que faz parte de um inciso denominado "DA SEGURANÇA JURÍDICA". Essa alteração nos leva a conjecturar que a menção ao trânsito em julgado, ausente tanto nos tratados internacionais, quanto no Anteprojeto Afonso Arinos, não é colocada por acaso no texto constitucional. Haveria a preocupação do Constituinte em que a sentença fosse dotada de imutabilidade para que se possa considerar alguém culpado.

Uma indagação pertinente a essa altura era se o legislador constitucional estaria ciente da demora processual advinda dos trâmites regulares do poder judiciário. A emenda 64, proposta ao substitutivo do Relator (fase G) do Constituinte Eraldo Trindade nos faz crer que a resposta é positiva. A emenda em questão⁶ propunha conferir prioridade ao litígio que não encontrasse sua "cabal" solução no prazo de 5 anos. Embora aponte para a existência de alguma preocupação nesse sentido⁷, a emenda foi rejeitada.

Seguindo, a alteração subsequente digna de nota é aquela proposta na emenda 11802, do Constituinte José Ignácio Ferreira, agora na fase M, das Emendas de Plenário e Emendas Populares, quando o projeto (não mais anteprojeto) já se encontrava na Comissão de Sistematização. Trata-se da alteração do termo "acusado" por "imputado", no sentido de resguardar ainda mais a condição de inocente de toda pessoa até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A emenda foi aprovada. No entanto, o mesmo proponente sugeriu também outra emenda, de nº 11998, que pela primeira vez sugeria a redação que viria a se tornar o texto definitivo que abriga a garantia da presunção de inocência na Constituição Federal: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Esta emenda também recebeu aprovação.

Destaque-se ainda, na mesma fase, a tentativa do Constituinte Bonifácio de Andrada em resgatar a redação do anteprojeto Afonso Arinos, por meio da emenda nº 16855, que

⁶ Dizia o texto da emenda: "Acrescente-se ao item g que trata da Segurança Jurídica, o seguinte texto: Presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória; ao atingir cinco anos o processo sem a cabal solução do litígio será considerado prioritário. Poderão ser designados juízes especiais, para atuar apenas nos processos novos."

⁷ Há que se atentar para o fato de que o próprio Poder Judiciário estava sendo também reformulado, embora no âmbito de comissão diversa (Comissão da Organização do Estado). Apenas pelo exame das proposições da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher não é possível afirmar o alcance da preocupação com a demora na prestação jurisdicional, ou se essa demora poderia comprometer a presunção de inocência.

continha a redação " Presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa".

De grande relevância é também a tentativa de alteração que o dispositivo recebeu na fase O, qual seja, de Emendas "ES" ao Substitutivo 1 do Relator. A criteriosa redação da emenda nº 21209. do Constituinte Cunha Bueno. assim prescrevia:

§ 10o. [sic] Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e decisão fundamentada da autoridade competente, observando-se sempre que: [...].
f) todo acusado se presume inocente até que haja declaração judicial de culpa; e tem direito de ter preservada, ao máximo possível, essa condição;

Tivesse sido aprovada esta redação, provavelmente seria outro o tratamento da presunção de inocência em solo brasileiro. Isto porque o dispositivo condiciona a presunção como alínea de um parágrafo, este estabelecendo as possibilidades de prisão. Assim, seria mais difícil argumentar que a presunção de inocência impediria a prisão penal anterior ao trânsito em julgado, visto que: a) o parágrafo (que viria a ser o futuro inciso LXI da Constituição) que prevê as hipóteses de prisão, teria mais força que a alínea, na qual estaria contida a presunção de inocência; e b) a própria alínea não mencionaria a necessidade de trânsito em julgado para a atribuição de culpa.

No entanto, essa emenda, como se deve antecipar, foi rejeitada, sendo os dispositivos em análise posteriormente transformados em dois incisos autônomos do art. 5º da Constituição. A partir de então, tanto a redação, quanto o *locus*, do dispositivo que alberga a presunção de inocência sofreram alterações menos relevantes, mantendo-se a tendência à redação que hoje conhecemos.

Uma última tentativa é digna de registro. Teve lugar na comissão de redação (Fase W) e buscava mudar a redação do então art. 4º LVII do Projeto de Constituição para "Toda pessoa é presumida inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Cuida-se aqui da emenda nº 104 de Redação, do Constituinte Tadeu França. Embora a base de dados não informe o destino da emenda adequadamente, tem-se como certa a sua rejeição, uma vez que a redação final (fase X) do agora Art. 5º, LVII é aquela que foi sugerida pelo Constituinte José Ignácio Ferreira, como visto acima.

Acompanhando as mudanças de redação, bem como as propostas de mudança rejeitadas, pode-se observar dois fenômenos importantes da Assembleia que se mostram úteis ao presente estudo.

O primeiro é que a questão do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, perpassou todas as fases da Constituinte desde o início, e conseguiu prevalecer, o que evidencia certo norte interpretativo no sentido da observação desse instituto ao tratar da presunção de inocência.

O segundo foi a disputa entre a forma positiva e negativa de enunciação da garantia. Em outras palavras, entre se "presumir inocente" ou "não se poder considerar culpado" alguém enquanto não transita em julgado a sentença penal. A constante oscilação entre um termo e outro leva-nos a suspeitar se não estaria em jogo o alcance da garantia, entre uma tendência mais forte e mais fraca de proteção. Em que pese as observações de MORAES (2010, pp. 218-221) no sentido de que o primeiro proponente da atual redação, José Ignácio Ferreira, era pela total manutenção da garantia do dispositivo, ainda que tivesse proposto a mudança da forma positiva para a negativa, e de que as duas possibilidades eram vistas pelos Constituintes como sinônimas, a prudência recomenda que se mantenha a questão em aberto, ao menos a esta altura da investigação.

Não foram encontradas, nos registros dos debates no Plenário da Constituinte, discussões a respeito da presunção de inocência.

1.5 As reformas processuais penais de 2008 e 2011.

A reforma processual empreendida em 2008 teve início com a proposição de vários Projetos de Lei pelo Poder Executivo, em 12/3/2001, visando alterar artigos do Código de Processo Penal. A parte que interessa ao presente estudo é a que trata da revogação do Art. 594 do CPP, que, como visto anteriormente, exigia o recolhimento do réu à prisão para poder apelar da sentença que o condenou, salvo se primário e de bons antecedentes⁸.

O projeto original enviado pelo Executivo não continha a proposta de revogação do art. 594. Isto porque a proposta de sua revogação estava contida em outro projeto de iniciativa da Presidência da República, enviado no mesmo dia⁹. Não obstante, continha uma inovação importante: a inclusão de um parágrafo único para o art. 387, que exigiria que o juiz decidisse

⁸ Em 2001 já estava em vigor a redação instituída pela Lei Fleury, como visto no item 1.2, supra.

⁹ Este outro projeto, notadamente o PL 4.208, viria ensejar a reforma de 2011, como se verá mais adiante.

fundamentadamente sobre a manutenção ou imposição de prisão preventiva ao réu¹⁰. Na Câmara dos deputados recebeu a identificação como PL 4207/2001. Distribuído em 29/3/2001 à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos deputados, recebeu parecer integralmente favorável do Relator, deputado Ibrahim Abi-Ackel. O Parecer, apresentado em 20/2/2002, ressaltou que a reforma procedida à época era resultado de longo e exaustivo debate entre os juristas especialistas em processo penal, entre eles, os professores: Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes e Miguel Reale Júnior. Foi aprovado por unanimidade no âmbito da Comissão em 13/3/2002.

Ao chegar ao Plenário da Câmara, a matéria sofreu apensamento e desapensamento, vindo a aguardar por mais de cinco anos até finalmente ser incluída em Ordem do Dia, em 17/5/2007. Naquele momento, foi apresentada uma emenda substitutiva em Plenário pelo novo relator, deputado Flávio Dino, que proferiu seu parecer pelo acolhimento da emenda. O Parecer modificou a redação do art. 387¹¹, mas conservou seu parágrafo único, apenas com um erro material (a substituição do termo "fundamentadamente por fundamentalmente), que seria corrigido mais tarde pelo Senado Federal. O Parecer foi aprovado e a matéria enviada ao Senado.

Na Casa revisora, a matéria foi identificada como Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 36, de 2007, distribuído à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 11/6/2007, sendo designada como relatora a Senadora Ideli Salvatti. Em seu Parecer, a relatora também rendeu homenagens aos inúmeros juristas que participaram da elaboração da proposta junto ao Poder Executivo, além de justificar a apresentação de Substitutivo em razão das contribuições do Grupo de Trabalho de Reforma do Processo Penal. O grupo foi constituído por diversos Senadores. Segundo a relatora, o grupo levou em consideração a análise de projetos em tramitação que tratavam da reforma processual penal enviada pelo STF, bem como recebeu contribuições da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), da AJUFE (Associação de Juízes Federais do Brasil), do Ministério Público o Estado de Santa Catarina e da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (BRASIL, 2007b, pp. 3-4).

É nesse parecer que surge a proposta de revogação do Art. 594 do CPP. A relatora afirma acolher a sugestão da Comissão do Poder Judiciário, que argumenta pela incompatibilidade daquele artigo com o novo parágrafo único do art. 387, que exigiria decisão

¹⁰ "Art. 387. [...] Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar (art. 319), sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta (NR)" (BRASIL, 2001a, p. 9490)

¹¹ "Art. 387. [...] Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentalmente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. (NR)" (BRASIL, 2007a, p. 5).

fundamentada para aplicação de prisão cautelar. É feita a correção do erro material no vocábulo "fundamentalmente" para voltar à expressão "fundamentadamente", correção imprescindível para o sentido do dispositivo.

O Parecer é aprovado na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) em 03/10/2007, seguindo para o Plenário, onde é aprovado em 05/12/2007, devendo retornar à Câmara, vez que aprovado Substitutivo. De volta àquela Casa, o projeto recebe a relatoria do deputado Regis de Oliveira.

Num primeiro momento, o Parecer do relator, apresentado em 20/5/2008, é favorável à revogação do art. 594. O deputado Regis de Oliveira traz até novos argumentos ao debate, como a Súmula 347 do STJ, que expressa entendimento contrário ao artigo, veja-se:

"Pretende incluir no rol de artigos revogados, o artigo 594 do CPP, alegando ser incompatível com a redação sugerida ao artigo 387, parágrafo único (PLC 36/2007).

O art. 594 que determina que o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, além de incompatível com o já citado art. 387, está em desacordo com a Súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça, de abril de 2008, que reza o seguinte: 'O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.'

Por esses motivos impõe-se a revogação do artigo tido como inaplicável pelos Tribunais. Caberá ao juiz determinar caso a caso, com a fundamentação de sua decisão, se o réu responderá em liberdade até o trânsito em julgado, como é a regra de nosso ordenamento, ou se presentes estão os motivos que ensejam uma prisão cautelar." (BRASIL, 2008a, pp. 6-7)

Aqui já se deixa mais claro o entendimento de que a regra em nosso ordenamento, (ao menos de 2008 em diante) é que o réu responda em liberdade até o trânsito em julgado da decisão que o condenou, sendo a prisão autorizada apenas em seara cautelar.

Posteriormente, seguem-se diversas "complementações de voto" que modificam esse entendimento do relator. Na última delas, apresentada em 27/5/2008, o relator entende por não acolher a revogação do art. 594 em função de o dispositivo já se encontrar em estudo em outra matéria em tramitação na Câmara (BRASIL, 2008b, p. 7). Este é o entendimento que, alfim, é aprovado pela CCJ da Câmara e apresentado ao Plenário.

A matéria foi submetida a discussão e votação no dia 29/5/2008. Embora os registros de tramitação não mencionem o que houve em relação ao destino do art. 594, pôde-se constatar, a partir da oitiva do arquivo de áudio da sessão, que o relator acabou por retornar ao seu primeiro entendimento. Havia emenda no sentido de manter a revogação do artigo, de modo que o relator optou por incorporá-la ao seu parecer, levando em conta principalmente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a questão. A revogação do referido

artigo consta da redação final do projeto (BRASIL, 2008c, p. 11). Sancionado, o projeto converteu-se na Lei nº 11.719/2008.

A importância da Reforma Processual Penal de 2008 reside exatamente na questão da revogação do art. 594, vez que este artigo exigia que o réu se recolhesse à prisão para manejar o recurso de apelação. É bem verdade que o referido artigo cuida do tratamento do réu entre a primeira e segunda instâncias, e não entre esta e as instâncias especial e extraordinária, que é mais propriamente objeto da presente pesquisa. No entanto, como visto, as discussões em torno de sua revogação já assinalam uma mudança de perspectiva em relação ao aguardo ou não do trânsito em julgado para que se dê início efetivo ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

A reforma de 2011 continua essa discussão, dessa vez de forma mais incisiva em favor da liberdade dos condenados em decisão não definitiva, conforme se verá a seguir. Seu início também se deu com os projetos de 2001 enviados pelo Poder Executivo à Câmara dos deputados. Ou seja, é resultado do mesmo debate entre grandes juristas brasileiros que culminou na reforma de 2008.

O projeto que deu origem à reforma de 2011 foi identificado como Projeto de Lei (PL) nº 4208/2001. Cumpre asseverar que, para os fins deste estudo, o enfoque se concentrará apenas na revogação do art. 393, bem como a alteração do *caput* do art. 283 do CPP¹². Diferentemente do que ocorreu com o PL nº 4207, neste todas as alterações de relevo para este trabalho já estavam previstas no texto original¹³ enviado pela Presidência da República.

É interessante constatar que a nova redação do *caput* do art. 294 em parte reproduz o inciso LXI da Constituição Federal " Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente". Em outra parte, coloca uma possível interpretação do inciso LVII, permitindo a prisão apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e acrescenta que no curso da investigação ou do processo, as hipóteses de prisão são aquelas previstas para prisão temporária e preventiva.

¹² Embora deste projeto também venham as alterações ao arts 282 e 312, assim como novos parágrafos ao art. 283, do CPP, como já mencionado no item 1.2, supra, essas alterações não se mostram relevantes para efeitos de prisão penal (*carcer ad poenam*), mas apenas para a prisão cautelar (*carcer ad cautelam*). Por esta razão não serão analisadas aqui.

¹³ "Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações: [...]"

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 de investigação ou processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. [...]"

Art. 2º Ficam revogados o §2º e incisos do Art. 325, os arts. 393, 594, 595 e os parágrafos do art. 408 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal." (BRASIL, 2001b, p. 9532-9534).

Na exposição de motivos do Ministro da Justiça, deixa-se claro que, entre os objetivos do projeto está a "impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgada (sic), haver prisão que não seja de natureza cautelar". Mais adiante, o Ministro José Gregori afirma claramente que "a revogação dos artigos 393, 594, 595 e os parágrafos do artigo 408 [prisão decorrente da sentença de pronúncia] do Código de Processo Penal **tem como objetivo definir que toda prisão antes do trânsito em julgado final somente pode ter o caráter cautelar**". De acordo com o Ministro, a "**execução 'antecipada' não se coaduna com os princípios e garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito**" (BRASIL, 2001c, pp. 24-25, grifamos).

O Projeto também foi distribuído à CCJ, da Câmara, tendo como relator o deputado Ibrahim Abi-Ackel. O relator proferiu parecer favorável, que foi aprovado pela comissão em 13/3/2002. Aqui se destaca o voto em separado proferido pelo deputado Luiz Antonio Fleury, contrário à vários dispositivos da proposta, entre eles a abolição da prisão decorrente de sentença recorrível:

É paradoxal que a legislação seja modificada para abolir prisão por sentença condenatória recorrível ou em virtude de pronúncia, justo quando a sociedade brasileira mais reclama por resposta, mergulhada que está em crescente e insuportável criminalidade. **O princípio constitucional da presunção da inocência não pode ser exigido à condição de dogma para impor a fragilização do Estado ante criminosos violentos.**

Já no inc. 11, do art. 310, o Projeto determina que o juiz converta flagrante em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312, tomando letra morta a prisão em flagrante, prevista na Constituição Federal. E que, *mutatis mutandi*, quando ausentes esses requisitos o juiz não poderá converter; e em não convertendo terá de libertar sem fiança. [...]

É inconcebível que o tribunal do júri, por exemplo, condene um réu a uma pena elevada; que esse réu responda a uma dezena de outros processos; que tenha sido até condenado anteriormente; e que ainda assim o Estado não tenha qualquer alternativa senão mantê-lo em liberdade. (BRASIL, 2002, pp. 8122-8123, grifamos)

O voto em separado do deputado Fleury é significativo para demonstrar que as alterações pretendidas nas reformas processuais penais teriam considerável impacto na prática judicial de então. Em outras palavras, diferentemente do que ocorria em 2008, ao menos até 2002 (ano em que o voto foi prolatado) o entendimento de que a regra do ordenamento processual penal brasileiro é a resposta em liberdade estava no mínimo em disputa.

Posteriormente, em Plenário, o projeto acabou também por aguardar por mais de 5 longos anos, até que em 6/7/2007 o deputado João Campos propôs uma Emenda Substitutiva Global de Plenário, que recebeu parecer favorável da lavra do deputado José Eduardo

Cardozo e foi aprovada. As inovações trazidas pela Emenda Substitutiva Global não modificaram os dispositivos em análise.

Enviado para o Senado, o Projeto foi identificado como PLC nº 111, de 2008. Distribuído para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi relatado pelo Senador Demóstenes Torres, que propôs substitutivo. Em seu relatório, o Senador Demóstenes Torres confirma o entendimento do Ministro da Justiça, no sentido de que as prisões do art. 393 e 594 não são cautelares. O relatório é aprovado, são recebidas emendas em Plenário, novo parecer é exarado sobre as emendas, e por fim é ultimada a votação, sendo mantida a redação proposta para o caput do art. 283, bem como mantendo-se a revogação do arts. 393 e 594.

De volta à Câmara, o projeto tornou a ser relatado pelo deputado José Eduardo Cardoso. Como os dispositivos em comento não foram alterados, nesta fase do processo legislativo, a discussão e votação das matérias a eles não fez referência. O projeto foi aprovado e resultou na lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

Esta segunda reforma foi mais profunda, e acabou por terminar o que a reforma de 2008 iniciou: como explicitado pelo Ministro da José Gregori, ainda em 2001, e, posteriormente pelo relator da matéria no Senado, Senador Demóstenes Torres, nessa reforma houve a nítida pretensão de restringir as hipóteses de prisão anteriores ao trânsito em julgado às prisões de natureza cautelar. Segundo os atores políticos defensores desse posicionamento, isto seria uma exigência do Estado Democrático de Direito, suportadas pelas conclusões a que chegaram os juristas especializados em direito processual penal.

Analisaremos agora a posição doutrinária desses juristas, no intuito de aumentar a nossa compreensão dessa respeitável garantia.

2. Tratamento doutrinário da Presunção de Inocência

2.1 Presunção de Inocência como um Direito Fundamental

Consoante lição de Gilmar Mendes, o traço divisor entre os chamados direitos humanos e os direitos fundamentais é a característica de estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica. Enquanto os direitos humanos exprimem aspirações almejadas para a pessoa humana, inscritos em diplomas de direito internacional, os direitos fundamentais ensejam posições básicas das pessoas, inseridos nos documentos normativos de cada Estado. (MENDES, 2016, p. 145)

Embora o Brasil fosse signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Constituição de 1967 admitisse a inclusão de novos direitos via Tratados Internacionais, o STF recusou-se a reconhecer a posição que acolhia a presunção de inocência como pertencente à ordem jurídica brasileira regida pela Constituição de 1967/69 (MENDES, 2016, p. 552). É possível afirmar, portanto, que apenas com a sua constitucionalização em 1988, que a presunção de inocência é alçada em definitivo à categoria de Direito Fundamental no Brasil.

2.1.1 Presunção de Inocência ou Presunção de não-culpabilidade?

Vimos, no capítulo 1, a disputa pela redação conferida ao dispositivo que viria a abrigar a garantia da presunção de inocência. Enquanto alguns constituintes queriam uma redação em que se garantisse a inocência do acusado enquanto sua culpa não fosse formada, outros eram pela construção da expressão em sua forma negativa, ou seja, de negar culpa àquele que não fosse condenado. Dessa disputa emerge a pergunta: haveria diferença entre presumir a inocência do acusado e presumir sua não-culpabilidade?

Moraes entende que não. Embora em sua evolução histórica, tenha havido momento em que as expressões tivessem sentidos antagônicos, o autor afirma que no Brasil, as duas expressões são usadas como sinônimas.

De fato, ao tempo da elaboração dos debates constitucionais na Itália, em 1947, a expressão "não consideração prévia de culpabilidade" de raiz na escola Técnico--Jurídica italiana foi adotada como solução de compromisso, tendo a doutrina a árdua tarefa posterior de eliminar qualquer interpretação de índole fascista. No Brasil, por outro lado, optou-se pela pretensa neutralidade do termo "não-culpabilidade" da Escola Técnico-Jurídica, sem se afastar dos preceitos humanitários universais. A doutrina brasileira emprega ambas as expressões sem distinção de sentido entre elas (MORAES, 2010, pp. 215-225).

2.1.2 Regra ou Princípio?

Estabelecida como Direito Fundamental, é importante determinar que em tipo de norma jurídica se enquadra a presunção de inocência. Com esse intuito, lançaremos mão da já consagrada distinção das normas jurídicas entre regras e princípios, elemento que, de acordo com Robert Alexy, constitui uma das “colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 85). De acordo com esta distinção, as normas jurídicas dividem-se em dois tipos: as regras, em geral mais específicas e definitivas, e os princípios, normais dotadas de maior generalidade e universalidade.

O critério decisivo, contudo, para diferenciação das duas categorias de normas é qualitativo, não de grau. Alexy define os princípios como mandamentos de otimização, o seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (p. 90). Os princípios, segundo o autor, não precisam necessariamente estar explicitados no texto constitucional, bastando que expressem conceitos difundidos sobre o que o direito é. As regras, por seu turno, além de rígidas, contém determinações, as quais devem ser seguidas à risca. Uma regra, se considerada válida, ou é completamente observada, ou então será considerada violada. Em outras palavras, conforme ensina Dworkin, enquanto as regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada, os princípios apresentam uma razão que conduz o argumento numa ou noutra direção (DWORKIN, 2002, p. 39 e ss.).

Dessa forma, nenhum princípio pode ter aplicação absoluta. Isto porque além dos princípios que fundamentam os interesses individuais existem os princípios que se reportam aos interesses coletivos, e que, em alguma medida, irão se contrapor aos primeiros. Como assevera Alexy:

“Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com os direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito. (p. 111)

Esta distinção fica mais clara quando das antinomias entre as normas. Alexy chama as antinomias entre regras de *conflitos*, e de *colisões* aquelas que ocorrem entre princípios. Isto porque a resolução das antinomias é diferente em cada caso. No caso das regras, o conflito só pode ser resolvido pela previsão de uma exceção numa das regras, que contemple a hipótese prevista na outra, ou pela declaração de invalidade de uma delas. Já no âmbito da colisão de princípios, a solução advém da determinação de uma relação de precedência entre eles, dadas as condições do caso concreto. (p. 93-96).

A partir dessa distinção entre os dois tipos de normas jurídicas, podemos então classificar a norma prescrita pela presunção de inocência. Caso a entendamos como uma regra, não poderíamos sequer proceder à acusação de um indivíduo, visto que a própria persecução penal deriva da suspeita em relação ao cometimento de um ato ilícito por parte de alguém. A presunção absoluta de inocência inviabilizaria por completo qualquer pretensão punitiva estatal. A esse respeito, a lição de Barbagalo é bastante elucidativa:

Não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com normas a serem 'sempre satisfeitas ou insatisfeitas', numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (*all or nothing*), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal 'inconstitucionalizando' como afirmou Hassemer, toda e qualquer investigação (criminal ou administrativa) realizada pelo poder público.

Por outro lado, verifica-se a (constante) interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime. A situação fática e jurídica subordina a verificação da preponderância da presunção da inocência ou quando obterá maior densidade ou 'maior peso ao colidir com outras normas. Por conseguinte, pode-se afirmar que a presunção de inocência possui características assemelhadas às dos princípios (2015, p. 65)

Como consequência dessa classificação, a presunção que exsurge do então princípio da presunção de inocência também não pode ser aquela entendida como absoluta (*praesumptio iures et de iure*), mas sim como relativa (*praesumptio iuris tantum*).

2.2 Da abrangência da garantia

Já compreendemos que a presunção de inocência é, de fato, uma norma jurídica da categoria dos princípios. Um comando dirigido ao Estado para que não possa considerar um imputado como culpado até que sua culpa esteja definitivamente estabelecida. Passamos agora a analisar a sua área de abrangência.

Conforme sustenta Moraes, a presunção de inocência em sua área de proteção como norma fundamental apresenta-se em três significados autônomos embora relacionados: como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo (MORAES, 2010, p. 424 e ss.)

Em seu aspecto de norma de tratamento, a presunção de inocência implica em tratar o cidadão durante toda a persecução penal como inocente. Disso decorre ser considerado inconstitucional qualquer dispositivo legal que, "de forma absoluta e apriorística, imponham qualquer espécie de sanção, que *prima facie*, somente adviria por força de decisão condenatória definitiva" (p. 427).

Em sua faceta de norma probatória, a presunção de inocência orienta quem deve provar, por meio de que tipo de prova e o que deve ser provado. Em síntese, estabelece o ônus da prova para a acusação, a necessidade de que se obtenha provas lícitas e de que a prova deve-se voltar à atividade incriminadora (materialidade e autoria do delito) (MORAES, 2010 p. 464).

O terceiro aspecto, norma de juízo é voltado ao julgador da demanda e determina que a presunção só pode ser afastada quando a prova for suficiente, ou seja, é desse aspecto que emergem os princípios do in "*dubio pro reo*" e "*favor rei*". O primeiro prescreve que na dúvida, deve-se decidir em favor do réu. O segundo, de que as normas devem ser interpretadas de forma mais benéfica ao acusado (MORAES, 2010 p. 461 e ss.).

O aspecto sobre enfoque nessa investigação é exatamente o primeiro, ou seja, da presunção da inocência como norma de tratamento. Isto porque cuidamos aqui da pena restritiva de liberdade e sua possibilidade de aplicação após o advento de sentença condenatória ainda não transitada em julgado. Em outras palavras, desejamos saber se a presunção de inocência vista como norma de tratamento impediria a prisão penal dos réus condenados em primeira e segunda instância.

2.2.1. Presunção de inocência e as possibilidades de prisão

Ao tomarmos o princípio da presunção de inocência sob o aspecto de norma de tratamento, estamos nos referindo a como o imputado deve ser cuidado ao longo de toda a persecução penal, desde a investigação preliminar, até o trânsito em julgado da sentença.

Um bom ponto de partida é a forma como Igor Nery Figueiredo descreve a norma de tratamento ditada pela presunção de inocência:

De efeito, o princípio da presunção de inocência cria uma regra de tratamento que assegura ao imputado a proteção contra qualquer ação do Poder Público que limite sua esfera de direitos fundamentais fundada apenas na circunstância de estar sendo submetido a um processo penal. em outros termos, o Estado não pode impor restrições ao acusado com esteio na mera possibilidade de uma futura condenação. Se o réu é presumidamente inocente, tem ele o direito de viver livremente e sem repreensões até que sobrevenha a condenação penal definitiva. (2012, p. 88)

Quando confrontamos esta norma de tratamento com a prisão, forçoso é reconhecer que ela não pode ser aplicada de imediato sem maiores justificativas, pois implicaria tratar como culpado aquele que ainda não teve formado o juízo definitivo de sua culpa.

No entanto, é preciso levar em conta que a Constituição Federal também estabelece outros princípios buscando atingir os objetivos da República. Figueiredo reconhece como contraposta à presunção, o dever de eficácia da persecução penal, que imporia "ao Poder Público a realização do processo criminal de forma útil, aplicando a lei penal quando efetivamente praticado um ato delituoso" (2010, p. 88).

Estar-se-ia diante da colisão entre princípios, tal como proposto por Alexy. Contudo não se pode ainda pensar numa solução para a colisão antes de diferenciar os *tipos de prisão*. Isto porque há dois tipos diferentes de prisão, cujos fundamentos também diferem, embora ambos decorram do dever de eficácia da persecução penal. As prisões processuais ou cautelares (*carcer ad cautelam*) e as prisões penais (*carcer ad poenam*)

Com esteio no ensinamento de Afrânio Silva Jardim, a tutela cautelar é marcada por 4 características: A acessoriedade, que faz com que a medida cautelar esteja subordinada a um processo principal; a preventividade, característica da atividade cautelar em prevenir danos de difícil reparação enquanto não findar o processo principal; instrumentalidade hipotética, qualidade da tutela cautelar de não ter um fim em si mesma, pois visa garantir a eficácia prática do provimento jurisdicional; e provisoriedade, tendo em vista que seus efeitos só

subsistem enquanto persistirem os motivos que evidenciaram a urgência da medida (JARDIM, 2007, pp. 266-267).

Assim, a cautelaridade vai se expressar em dois requisitos básicos: o *fumus comissi delicti*, ou seja, o indicativo do cometimento de um crime, bem como de sua autoria; e o *periculum libertatis*, em outras palavras, o fundado temor de que o acusado, caso solto, possa contribuir para frustrar a correta solução da causa ou da sanção punitiva. (FERNANDES, 2010, p. 282).

Quando falamos em execução provisória da pena, não estamos tratando das hipóteses em que se busca a salvaguarda do resultado útil do processo. Cuida-se, na verdade, da própria entrega da prestação jurisdicional, que consubstancia o interesse público de punir aqueles que cometeram o delito, de modo a realizar o fim precípua do Direito Penal: reprimir as condutas inaceitáveis à vida em sociedade, de modo restaurar a ordem jurídica, restabelecendo a paz social e reforçando a segurança pública.¹⁴

Assim, os argumentos que buscam a efetivação de prisões penais (*carcer ad poenam*) serão necessariamente diferente daqueles utilizados quando se busca justificar as prisões cautelares (*carcer ad cautelam*). Da mesma forma, caso seja necessário que se proceda à ponderação de princípios¹⁵, deve-se ter em conta a necessidade de discursos de justificativa diversos.

Por essa razão, e em virtude do recorte dado ao presente estudo, não estão sendo tratadas aqui as hipóteses de prisão cautelar (prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão decorrente de decisão de pronúncia). No entanto, em que pese parte da doutrina considerar a prisão decorrente de sentença recorrível (art. 393, I do CPP) como cautelar, estamos com Afrânio Silva Jardim, quando entende aquela prisão como execução provisória da pena, tendo em vista o seu caráter satisfativo, ainda que sujeito a condição resolutória, qual seja, a reforma da decisão (JARDIM, 2007, p. 266-278). Do mesmo modo, também configura execução provisória da pena aquela decorrente da prolação de acórdão condenatório recorrível, tendo em vista que este substitui a sentença em seus efeitos (BARBAGALO, 2015, pp. 94 e ss.).

¹⁴ Sobre as funções do Direito Penal e do Direito Processual Penal, ver BARBAGALO, 2011, p. 30 e ss.

¹⁵ A técnica da ponderação de princípios foi utilizada na justificação da atual posição do STF sobre a matéria, e será discutida no capítulo 3.

2.2.2 Fortalecimento do princípio seus impactos sobre a execução provisória da pena

Pudemos constatar, no capítulo anterior, que o nosso Código de Processo Penal, de inspiração na escola Técnico-Jurídica italiana não comportava a presunção de inocência. Pudemos também acompanhar como a incidência das prisões anteriores ao trânsito em julgado foram paulatinamente sendo revogadas no intuito de se fazer permanecer apenas as hipóteses cautelares, em especial, após a consagração do princípio na Constituição de 1988.

A redação original do art. 312 do CPP, que determinava hipóteses de prisão obrigatória, deixou de vigorar antes mesmo da Constituição de 1988, tendo sua redação alterada pela Lei 5.349/67, que instituiu as hipóteses de prisão preventiva.

A partir da Constituição de 1988, mesmo com a previsão expressa do princípio da presunção de inocência, a execução provisória subsistiu, fundada nos arts. 669, 594 e 393, I do Código de Processo Penal, os dois últimos revogados, respectivamente em 2008 e 2011.

Um outro dispositivo utilizado para justificar a execução provisória foi o § 2º do art. 27 da Lei 8.038/90. O dispositivo refere-se à não existência de efeito suspensivo dos Recursos Especial e Extraordinário, o que conduz ao entendimento de que o acórdão recorrível pode ser provisoriamente executado. No mesmo sentido prescreve o art. 637 do CPP¹⁶.

O Art. 669¹⁷ expressamente entendia exequível a sentença condenatória recorrível, para efeitos de sujeitar o réu à prisão. Conforme pudemos averiguar, ao menos 2003 já havia juristas, como José Barcelos de Souza e Marcellus Polastri Lima (SOUZA, 2016, pp. 8-9), que entendiam pela revogação tácita daquele artigo pelo art. 105 da Lei de Execuções Penais¹⁸. Cabe registrar, no entanto, o entendimento em sentido contrário por parte de juristas como Afrânio Silva Jardim, que entende até hoje ser possível a execução provisória.

O Art. 594 tratava da necessidade de recolhimento do réu à prisão para apelar. Como visto, a Lei Fleury alterou-lhe a redação, para excetuar dessa obrigatoriedade o réu primário e de bons antecedentes. Conforme ensina Ricardo Cesar Franco, a tese majoritária entendia essa modalidade de prisão como cautelar. Essa compreensão deu origem à súmula 9 do STJ, que

¹⁶ 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. (BRASIL, 1941b)

¹⁷ "Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo:
- quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança;" (BRASIL, 1941b)

¹⁸ Prevê o art. 105 da Lei de Execuções Penais, de 1984 "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução." (BRASIL, 1984).

dizia que "a exigência de recolhimento à prisão para apelar, não fere a garantia da presunção de inocência". O autor, no entanto, posiciona-se junto com Luiz Flavio Gomes, para quem esta modalidade de prisão já possuía índole retributiva, sendo, portanto, incompatível com o aquele princípio. Este entendimento foi aos poucos se tornando majoritário até culminar na mudança de entendimento do STJ, ao editar a súmula 374, estabelecendo que "O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão". (FRANCO, 2014, p. 1). O Supremo Tribunal Federal, a essa altura, também já entendia de forma semelhante¹⁹.

A súmula 374, como dantes mencionado, foi um dos argumentos para a revogação do art. 594, na reforma de 2008. Essa reforma também alterou o art. 387, parágrafo único, exigindo que o juiz, ao proferir a sentença condenatória decidisse fundamentadamente sobre a manutenção ou imposição, se fosse o caso, de prisão preventiva.

A esse respeito argumenta Moraes que, a partir das reformas de 2008, parte considerável da doutrina²⁰ mudou de entendimento também quanto à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (art. 393, I), que agora também deveria se submeter aos requisitos da prisão preventiva. O próprio autor também defendia ele mesmo, em 2010 (portanto antes da revogação do art. 393) a impossibilidade de prisão que não fosse nas estritas hipóteses das prisões cautelares. (MORAES, 2010, p. 446 e ss.).

A esse respeito, explica José Barcelos de Souza que a revogação do art. 594 acabou por enfraquecer os argumentos em torno da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, pois, se o réu agora não era mais obrigado a se recolher ao cárcere para apelar, não faria sentido que o fizesse exclusivamente por efeito automático da sentença condenatória. Os dois dispositivos, segundo o autor, andavam "juntos e entrelaçados" de tal modo que a demora para que o art. 594 perdesse a substância teria influência da proteção que lhe conferia o art.393, I (SOUZA, 2017).

Somado a este argumento, estava o de que a prisão automática anterior ao trânsito em julgado ofenderia o princípio da presunção de inocência. Moraes chega a qualificar do art. 393 I como "último ranço legislativo da prisão provisória obrigatória instituída pelo legislador processual de 1941" (MORAES, 2010, p.443)

O último bastião da possibilidade de prisão automática decorrente de sentença condenatória recorrível cai, por fim em 2011, com a revogação do art. 393, I. Além disso, é

¹⁹ O posicionamento do STF a respeito é abordado mais detidamente no próximo capítulo.

²⁰ Cita Moraes a mudança de entendimento de Gustavo Henrique Badaró, Leandro Galluzzi dos Santos, Aury Lopes Jr., Guilherme de Souza Nucci, Antônio Scarance Fernandes e Vicente Greco Filho, entre outros. (MORAES, 2010, pp. 446 e 449, notas de rodapé)

modificado o conteúdo do artigo 283, que passa a estabelecer 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." A redação do artigo não deixaria espaço para argumentos em contrário.

Em relação à execução provisória decorrente de acórdão recorrível, pode-se entender o porquê de esta possibilidade perder força. O Código de Processo Penal a ela nunca fez menção expressa, contudo, ela decorria de uma interpretação sistemática do Código, visto que o acórdão condenatório substituiria a sentença em seus efeitos, somado ao fato de os recursos especial e extraordinários não terem efeito suspensivo, a teor do já citado §2º art. 27 da Lei 8.038/90 (SOUZA, 2017). Derrubados os alicerces que autorizavam a prisão automática decorrente de sentença condenatória, o mesmo acaba por suceder ao acórdão.

Temos, no cenário pós 2011, de um lado o princípio constitucional da presunção de inocência, e de outro, a previsão de não haver efeito suspensivo aos apelos excepcionais. Com menos dispositivos a amparar a possibilidade infralegal de execução provisória, e com uma redação mais garantista do Art. 283 do CPP, as posições que defendiam a possibilidade de execução da pena com base em acórdão recorrível terminam por minguar²¹. Moraes acrescenta ainda que a previsão de os recursos especial e extraordinário não terem efeito suspensivo seria também inconstitucional, por desconsiderar a "clausula restritiva expressa" que orienta a não culpabilidade até o transito em julgado (MORAES, 2010, p. 444).

Cumprindo ainda apontar o papel do Poder Legislativo como último ator na questão da mudança de entendimento a respeito da abrangência do princípio da presunção de inocência. As alterações legislativas só vêm a ocorrer após toda a mudança doutrinária e jurisprudencial. Tal fato nos leva a considerar, que no tocante à evolução da concepção do princípio da presunção de inocência no Brasil, o legislador cumpre mais um papel declaratório do que constitutivo.

2.2.3 Presunção de inocência no Direito Comparado

A presunção de inocência, como visto, está presente em diversos tratados internacionais. Seu reconhecimento ocorre em inúmeros países no mundo. Convém analisarmos

²¹ . Mantendo a posição pela possibilidade de execução provisória da pena estariam Afrânio Silva Jardim, Paulo Rangel e Fernando da Costa Tourinho Filho. (MORAES, 2010, pp. 449, notas de rodapé)

o tratamento conferido à presunção de inocência nos demais países, para que possamos avaliar se a posição do Brasil segue a tendência internacional, ou a ela se contrapõe.

Na Inglaterra, o recorrente pode aguardar em liberdade o julgamento de recursos, desde que pague fiança. O Direito é Garantido no *Supreme Court Act* 1981. A edição do *Criminal Justice Act* 2003 restringiu o procedimento de liberdade provisória, de modo que a regra é aguardar o julgamento de recursos cumprindo a pena, a menos que a lei preveja a possibilidade de fiança.

Nos Estados Unidos, apesar de não ser mencionada expressamente na Constituição, a presunção de inocência é vista como decorrente da 5^a, 6^a e 14^a emendas. O Código de Processo Penal americano, por seu turno afirma que "se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo". De acordo com Relatório Oficial da Embaixada Americana, em resposta à consulta do Ministério Público Federal, " sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta, ainda que pendente sua revisão".

Em terras canadenses, o código criminal prescreve que a corte deve o mais rápido possível conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta, depois que o autor do fato é considerado culpado. De forma semelhante, o Código de Processo Penal Francês prevê hipóteses em que o Tribunal pode expedir mandato de prisão, ainda que pendentes outros recursos. Convém lembrar que a França é o berço da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que consagra o princípio da presunção de inocência, e esta declaração foi adotada pela Constituição Francesa de 1958.

A Alemanha também confere importância à presunção de inocência, embora o Código de Processo Alemão preveja para apenas alguns recursos o efeito suspensivo. É certo, contudo, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores o detém.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional entende que em que pese o princípio estar acobertado por mandamento constitucional, a forma de exercê-lo deve ser regida por legislação ordinária. A Suprema Corte portuguesa afirma que o trato da presunção de inocência de maneira absoluta seria o mesmo que impossibilitar a execução de qualquer medida privativa de liberdade, inclusive cautelares.

A Espanha também contempla a presunção de inocência em sua Constituição. Contudo faz incidir o princípio da efetividade das decisões condenatórias. Curiosamente, o seu Código de Processo Penal permite até a possibilidade de que uma pessoa absolvida em

instância inferior, contra a qual tenha sido interposto recurso com efeito suspensivo para instância superior possa permanecer presa.

Por fim, os irmãos argentinos consagram o princípio da presunção de inocência no art. 18 da sua Constituição. Seu Código de Processo Penal, por outro lado prevê em seu art. 494 que a imposição das penas privativas de liberdade sejam cumpridas imediatamente. A exceção é feita no art. 495, para execuções contra mulheres grávidas, ou que tenham filhos de idade abaixo de 6 meses no momento da sentença, ou ainda se o condenado se encontrar gravemente doente e a sua vida possa correr risco em função da execução da pena.

De se ver, portanto, que a garantia da presunção de inocência em porção representativa de países não demanda o julgamento final da controvérsia, como o Brasil. Esta postura está inclusive em sintonia com as enunciações do princípio previstas nos Tratados Internacionais, como visto no capítulo anterior.

Ao que parece, a celeuma a respeito do assunto em terras brasileiras, se deve ao fato da chamada "cláusula restritiva expressa" para citar a expressão de Moraes, que condiciona a presunção de inocência até o trânsito em julgado. Uma expressão que não consta das Declarações de Direitos Humanos, dos Tratados Internacionais, do Anteprojeto Constitucional de Afonso Arinos, nem dos diplomas normativos de vários países de referência.

Resta-nos agora avaliar como tem agido a nossa Corte Suprema diante desse impasse, e se os fundamentos emanados de suas decisões encontram respaldo em nosso sistema jurídico. É o que será realizado no capítulo seguinte.

3. O Supremo Tribunal Federal e a Presunção de Inocência

Este capítulo se destina à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à questão da possibilidade ou não a prisão penal anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória e sua relação com o princípio da presunção de inocência.

Nesse intuito, foi promovida pesquisa de jurisprudência sobre o assunto, de modo a reconhecer as fases do posicionamento da Corte Suprema ao longo da vivência da atual Constituição brasileira. Posteriormente são apresentados e analisados os argumentos que servem de base ao posicionamento mais recente do STF, de modo a avaliar se esta posição é consonante ao que prescreve o princípio da presunção de inocência e às disposições constitucionais no que concerne em especial à separação de poderes

3.1 Análise quantitativa de jurisprudência: três fases do Tribunal

A pesquisa na base de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal retornou resultados reveladores. Dos 194²² acórdãos relevantes, 175 (90%) foram proferidas em sede de *Habeas Corpus* (HC), 12 são provenientes de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (ROHC), 2 em Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 1 em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), 1 em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (ARE), 1 em Agravo de Instrumento com Repercussão Geral, 1 em Agravo de Instrumento (AI) e 1 em Petição Inominada.

²² A pesquisa na base de jurisprudência do STF foi realizada nos dias 10 e 11 de julho de 2018, e obedeceu aos seguintes critérios:

De início foram lançados no motor de busca do site do Supremo Tribunal Federal (disponível em www.stf.gov.br, aba "jurisprudência") os parâmetros de busca a expressão CF-1988 MESMO ART-00005 MESMO INC-00057 E EXECUÇÃO. O comando pede o retorno das decisões fundadas no Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 e que contenham o termo "execução". A pesquisa retornou 213 acórdãos e 3 decisões colegiadas em sede de Repercussão Geral. As decisões monocráticas foram ignoradas. As ementas desses acórdãos foram avaliados um a um para identificar aqueles que guardam relação com o tema pesquisado. Dessa forma foram excluídos dos resultados aqueles que tratavam exclusivamente dos seguintes temas: prisão civil, prisões cautelares, liberdade provisória, penas diversas da privativa de liberdade (inclusive sanções disciplinares), lançamento do nome do réu no rol dos culpados e a prisão decorrente do trânsito em julgado, uma vez que o nosso objetivo é avaliar o posicionamento do tribunal quanto à prisão penal anterior ao trânsito em julgado. Restaram, assim, 139 acórdãos e 1 decisão em sede de Repercussão Geral que atendiam aos critérios.

Em seguida, foi realizada nova busca, desta vez com a expressão CF-1988 MESMO ART-00005 MESMO INC-00057 E PRISÃO. O objetivo foi captar as decisões fundadas no mesmo dispositivo constitucional citado que contivessem o termo "prisão". O comando retornou 377 acórdãos e nenhuma decisão em Repercussão Geral. Ignorou-se novamente as decisões monocráticas. Procedeu-se então a avaliação individual das ementas de cada acórdão, descartando-se aqueles que tratavam exclusivamente de temas sem relação com o objetivo da pesquisa (como feito acima) e eliminando também aqueles acórdãos já listados na busca anterior. Restaram, dessa forma, 48 acórdãos.

Foram também acrescentados 5 acórdãos (sendo um deles em sede de Repercussão Geral) por terem sido mencionados nas ementas pesquisadas como precedentes. Por fim, foi acrescido acórdão proveniente do *Habeas Corpus* impetrado em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em razão de sua notoriedade. (HC 152752/PR) Chegou-se assim a um total de 194 acórdãos relevantes.

Avaliando por órgão julgador, foram encontradas 15 decisões oriundas do Tribunal Pleno, sendo uma proveniente do Plenário Virtual. As outras 179 foram proferidas pelas turmas do STF. A primeira decisão colegiada sobre o assunto data de 28/3/1989 (quase cinco meses após a promulgação da Constituição) enquanto a mais recente data de 25/5/2018.

Constatou-se que de março de 1989 a novembro de 2005, 78% das decisões (de 58, de 74 acórdãos) do Tribunal foram pela possibilidade de execução da pena em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Das 16 decisões em sentido contrário temos 11 (69%) relatadas pelo Ministro Marco Aurélio, 3 da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, 1 do Ministro Ilmar Galvão e 1 do Ministro Joaquim Barbosa.

A partir de novembro de 2005 e até a decisão plenária de maio de 2007, a jurisprudência, notadamente nas turmas do Tribunal, começa a oscilar. Das 8 decisões encontradas no período, apenas 3 são pela possibilidade de prisão anterior ao trânsito em julgado. Em 2/5/2007 temos o julgamento da ADI nº 3.112/DF, cuja relatoria coube ao Ministro Ricardo Lewandowski. Naquele julgado foi declarada a inconstitucionalidade de alguns artigos do estatuto do desarmamento ao argumento de que de que o princípio da presunção de inocência, não se coaduna com a prisão *ex lege*, ou seja, a prisão automática decorrente exclusivamente de um comando normativo. A partir de então a jurisprudência se comporta de maneira uníssona, negando a possibilidade de execução provisória em 98% de todos os julgados encontrados até fevereiro de 2016²³ (53 de 54 acórdãos).

Finalmente, em 17/2/2016, tem-se o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki. Neste julgado mudou-se novamente a posição do STF, que então passou a entender pela possibilidade de prisão penal a partir do julgamento da apelação do réu. Este é o precedente que é seguido até os dias atuais, sendo aplicado em quase 95% dos casos 55 de 58, até o momento. Vale registrar que os 3 casos²⁴ em não se admitiu a execução provisória, todos da lavra do Ministro Dias Toffoli, versavam sobre a possibilidade de prisão anterior ao julgamento da apelação, em outras palavras, sobre execução provisória ainda em primeira instância, de modo que não representaram efetivamente uma quebra de precedente, mas um refinamento das hipóteses de início do cumprimento da pena.

Os dados nos permitem traçar três fases jurisprudenciais do Tribunal em relação ao tema estudado: a primeira, que vai de março de 1989 a maio de 2007, quando a Corte entendia

²³ Oportuno registrar que a única decisão no período referido que permitiu a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória foi proferida no HC nº 115517/PR, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski. A tese esposada era de que recurso manifestamente incabíveis e de cunho eminentemente protelatório não poderiam impedir a execução da pena.

²⁴ HCs nº 140.312/PR, 136.223/PR e 137.728/PR.

pela possibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado; a segunda, que vai de maio de 2007 a fevereiro de 2016, quando se posicionava pela impossibilidade de execução provisória, em deferência ao princípio da presunção de inocência; e a terceira, que vai de fevereiro de 2016 até a atualidade, quando volta a entender possível a prisão penal anterior ao trânsito em julgado.

Passaremos agora a analisar cada um desses momentos jurisprudenciais, tomando por base um julgado de plenário em cada fase que possa sintetizar os argumentos que embasam o pensamento predominante em cada uma delas.

3.2 Avaliação das fases jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal

3.2.1 Primeira fase (1988-2007)

O primeiro momento jurisprudencial do Supremo revela um tribunal ainda não consciente das implicações do princípio da presunção de inocência. Nesta fase temos a maior parte dos ministros inclinada em favor da execução provisória. Como exceções, temos os Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão na primeira década, o Ministro Joaquim Barbosa, em 2004, mais especificamente contra o recolhimento compulsório do réu para apelar, e, em especial, durante todo o período, o Ministro Marco Aurélio. Este último, até onde nos foi possível pesquisar, têm se mantido firme como um defensor intransigente do princípio da presunção de inocência, desde sua entrada no Tribunal, em 1989, até os dias atuais.

Escolheu-se para representar esta fase jurisprudencial o Acórdão proferido 28/6/1991 no Habeas Corpus nº 68.726/DF, da relatoria do Ministro Néri da Silveira. Esta foi, entre os acórdãos pesquisados, a primeira decisão de Plenário sobre o assunto prolatada pelo Tribunal. O relator foi o único a declinar as razões de seu voto, sendo seguido à unanimidade.

Em seu voto, argumentou o ministro-relator que, por força do art. 669 do CPP, é possível expedir ordem de prisão antes do trânsito em julgado. No que concerne à presunção de inocência, entendeu o relator que a ordem de prisão em decorrência de decisão do órgão julgador em segundo grau é de natureza processual, visando garantir a aplicação da lei penal ou a execução da pena imposta, não conflitando, portanto, com o princípio do Art. 5º, LVII.

O Ministro Néri traz ainda a colação o parecer do Subprocurador-Geral da República, sustentando que o "impropriamente denominado" princípio da presunção de inocência não se destina a colocar o réu numa posição de intangibilidade, mas sim que a circunstância de estar alguém respondendo a processo-crime não significa a sua culpabilidade. Em adição, o distinto membro do *Parquet* lembrou que o recurso extraordinário não tinha efeito suspensivo, conforme o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/90.

Como se pode depreender dos argumentos esposados no voto, o Tribunal à época promovia em relação à Constituição Federal, uma verdadeira "interpretação conforme o Código de Processo Penal". Os argumentos embasavam-se todos no vigor do artigo 669 do CPP (que autorizava a execução provisória) e o §2º art. 27 da Lei 8.038/90 que previam apenas o eleito devolutivo dos recursos Especial e Extraordinário. Lia-se a Constituição a partir desses dispositivos e não o contrário. A presunção de inocência, ainda que mencione sua validade até o trânsito em julgado, não deveria fazer frente aos dispositivos da legislação infraconstitucional, já estabelecida antes da chegada da nova Constituição. Nesse sentido, vale a arguta observação de Maurício Zanoide de Moraes:

Pelo prisma forense, há uma sobrecarga argumentativa e cultural a todos que queiram fazer prevalecer a Constituição sobre a legislação infraconstitucional, porquanto esta, por ter aplicação mais cotidiana e ser melhor detalhada normativamente, conta com a inércia intelectual e institucional do aparato público que a aplica há quase sete décadas. Com isso, aumenta-se o espaço para decisões muito incompatíveis, projeção casuística da incompatibilidade primeira entre a Constituição e o Código de Processo Penal. (MORAES, 2010, p. 340)

3.2.2 Segunda fase (2007-2016)

Após significativa mudança na composição do tribunal, e também por mudanças que já se podiam sentir na doutrina e na jurisprudência, ao longo das primeiras décadas de vivência constitucional, o Supremo Tribunal Federal passa a entender incabível a prisão penal anterior ao trânsito em julgado, em homenagem ao princípio da presunção de inocência. O julgado que melhor representa essa fase é o HC nº 84.078/MG, proferido em 5/2/2009, da relatoria do Ministro Eros Grau. É bem verdade que as turmas do tribunal já estavam decidindo pela impossibilidade da execução provisória desde o julgamento da ADI nº 3122/DF. No entanto é com o referido *habeas corpus* que o Tribunal Pleno Consolidava o entendimento das turmas no tocante à matéria.

Os argumentos esposados no voto condutor podem ser assim sintetizados:

1) O Art. 637 do CPP, que prevê que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo não prevalece em função da Lei de Execução Penal (LEP) e da Constituição Federal. A LEP, porque condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado²⁵. A Constituição, porque condicionou ao trânsito em julgado a atribuição de culpa. 2) A prisão anterior ao trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar; 3) A execução provisória da sentença também ofenderia a ampla defesa, configurando desequilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e o direito do acusado de obstar essa pretensão; 4) Não se pode antecipar a execução da pena ao argumento de que as Cortes Superiores seriam inundadas por recursos de modo a ninguém mais ser preso. A da comodidade e melhor operacionalidade do funcionamento do STF não pode ser alcançada desprestigiando-se o princípio constitucional da presunção de inocência; 5) Em decisões anteriores o STF entendeu que em nome da presunção de inocência não se poderia admitir redução de vencimentos de servidores pelo fato de responderem a processos criminais pela acusação do cometimento de crime funcional. Se o princípio vale para fins patrimoniais (mais afeitos às elites), deveria funcionar ainda mais na seara das liberdades pessoais (mais ameaçadas nas classes subalternas). 6) Nas democracias, mesmo os criminosos são considerados sujeitos de direito e não perdem essa qualidade. Não pode haver sua exclusão social sem a consideração das circunstâncias de cada infração penal, que somente pode ser apurada plenamente após o trânsito em julgado de cada condenação.

Finalmente leva-se em conta o preceito instituído pelo Constituinte Originário que condicionou, no inciso LVII do Art. 5º da Carta Magna, a atribuição de culpa ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesta fase é conferida máxima eficiência ao princípio da presunção de inocência, atendendo às vozes da doutrina e jurisprudência majoritária. É durante essa fase que são revogados vários dispositivos que autorizavam a execução provisória (Arts. 594, 393, I,) do CPP, e mudada a redação do art. 284 do Código para prever como única hipótese de prisão penal, aquela que decorre do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Juristas, Legisladores e Ministros entoam numa só voz uma ode à presunção de inocência, exceção feita aos Ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, vencidos no julgado paradigma.

²⁵ Curiosamente não se menciona na ementa do voto condutor o §2º art. 27 da Lei 8.038/90, que é posterior à LEP, e portanto, pelo critério temporal deveria prevalecer sobre ela. No corpo do voto, se combate a prevalência do dispositivo legal com uma passagem de Evandro Lins "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente" (BRASIL, 2009, p. 1060).

3.2.3 Terceira fase (2016-)

A mais recente etapa da jurisprudência de nossa Corte Suprema em relação à prisão provisória passa a ter lugar em tempos de Operação Lava-Jato e aumento da demanda popular pelo fim da impunidade. A etapa se inicia com o julgamento do HC nº 126.292/SP, da lavra do Ministro Teori Zavascki. É este também o acórdão emblemático dessa etapa, pois precisou de grande esforço argumentativo para romper com o entendimento então dominante na doutrina, sem tanto apoio nos dispositivos infralegais, que já não possibilitavam uma fácil interpretação pela possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

As razões dos votos favoráveis à mudança interpretativa podem ser agrupadas em 5 grandes grupos argumentativos, a seguir enumerados:

1) *Culpabilidade progressiva e impossibilidade de revisão de matéria de fato.* É no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas, fixando-se a responsabilidade criminal do acusado. Os recursos ainda cabíveis têm âmbito de cognição restrito à matéria de direito. Tendo havido em segundo grau juízo incriminatório fundado em fatos e provas insuscetíveis de reapreciação na instância superior, seria justificável a relativização, ou mesmo inversão, do princípio da presunção de inocência para o caso concreto. A norma constitucional não precisa o que vem a ser considerar alguém culpado, ocasionando dificuldades de compatibilização do respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

É natural tratar o imputado de forma progressivamente mais gravosa conforme a imputação evolui. Para realizar busca domiciliar são necessárias fundadas razões. Para tornar réu o imputado necessita-se de prova de materialidade e indícios de autoria. Para vir a condená-lo, é preciso prova além de dúvida razoável. Esgotadas as instâncias inferiores, obtém-se uma declaração de notável força de que o réu é culpado, sendo necessária a prisão. A decretação da prisão nessa fase seria, portanto compatível com a presunção de inocência. O núcleo essencial do princípio se encontra preservado na medida em que o réu foi tratado como inocente durante todo o curso do processo criminal até então.

2) *Possibilidade de coibir as falhas graves das instâncias inferiores.* Eventuais desacertos das instâncias inferiores podem ser supridos com o pedido de medida cautelar para conferir efeito suspensivo ao apelo extraordinário.

3) *Garantia de efetividade da lei e do Poder Judiciário*. A presunção de inocência não pode significar presunção de inépcia das instâncias ordinárias. Com a prolatação do acórdão, surge uma exigência de ordem pública necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário. Vez que a presunção de inocência é princípio, e não regra, está sujeita à ponderação tendo menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal. A interpretação do princípio sofreu mutação constitucional, de modo a reorientar a jurisprudência no sentido de que a execução provisória contra ele não atenta.

4) *Direito Comparado*. Em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema. O modelo alemão só admite recurso constitucional contra decisões já transitadas em julgado.

5) *Excesso de recursos e seletividade penal*. A absolutização do princípio tem estimulado o abuso do direito de recorrer, com a sucessiva interposição dos recursos com propósitos claramente protelatórios²⁶, principalmente porque o último marco interruptor da prescrição da pretensão punitiva é a prolatação do acórdão recorrível, o que estimula a repetição recursal. Apenas os mais abastados têm condições de se manter recorrendo *ad aeternum*. Atenuar a força do princípio implica desafogar o judiciário, reduzir a seletividade penal e dar uma resposta à impunidade.

A ordem em que os argumentos foram apresentados é proposital. Eles partem daqueles considerados mais técnicos "jurídicos" até aqueles que dizem respeito a situações de fato (argumentos "pragmáticos"). Ao centro, na terceira posição, está o argumento da ponderação de princípios, que, apesar de certamente poder ser enquadrado como argumento jurídico, leva em consideração a realidade fática que se apresenta.

Temos esse argumento como ponto central de nosso estudo. Isto porque, para que se mude a interpretação de forma contrária a literalidade do texto que menciona o trânsito em julgado, a única forma visualizada pelo tribunal foi o entendimento de que a presunção de

²⁶ A esse respeito o relator traz à colação o deslinde do caso no qual foi exarada a decisão do HC 84.078/MG, noticiado por Barbagalo, oportuno aqui também de se reproduzir: "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. Iresignada, 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 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 prejudicados os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213'" (BARBAGALO, 2015, p. 119).

inocência é um princípio e como tal, comporta atenuações. São argumentos bem diferentes dos argumentos técnico-formais da primeira fase, e estão mais dispostos a avaliar os impactos da decisão do que aqueles esposados na segunda fase.

Ao chegarmos até este ponto da investigação, somos levados a identificar que a existência de sucessivas fases quanto à execução provisória na jurisprudência do Supremo pode ser compreendida, entre outros fatores, pela perpétua tensão entre garantismo no Processo Penal, a que alude Antonio Scarance Fernandes em sua obra *Processo Penal Constitucional*:

A história do processo penal é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo idéias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado, de afirmação e preservação de suas garantias. Essa diversidade de encaminhamentos são manifestações naturais da eterna busca de equilíbrio entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais.

Essa dicotomia, é, em regra representada pelo confronto entre eficiência e garantismo no processo penal. Em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo. (FERNANDES, 2010, p. 19)

Cumpre-nos, neste momento, avaliar se os atuais argumentos a favor da eficiência não estariam prejudicando o garantismo que também se espera não só do Processo Penal, mas da própria ordem constitucional. É o que se pretende examinar na próxima seção.

3.3 Crítica aos Argumentos do *Habeas Corpus* nº126.292/SP

A decisão em análise vem ocasionar uma primeira perplexidade pelo fato de se colocar em frontal contradição a literalidade do texto do Art. 5º, LVII da Constituição. Ora, se "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" como seria possível afirmar que a "execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal"? A própria ementa da decisão parece uma contradição em seus próprios termos. Daí a necessidade de se estudar a decisão mais à fundo. E para tanto, é preciso que se discorra sobre a interpretação de um texto normativo.

De acordo com Eros Grau, a atividade interpretativa destina-se a atribuir significado ao texto normativo. O texto normativo ainda não é a norma, é o conjunto de termos do qual a norma se pode extrair. Conforme leciona:

"A interpretação é, pois, um processo intelectual através do qual, partindo de formulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo.[...] O interprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto). Nesse sentido, o intérprete produz a norma." (GRAU, 2016, p. 39)

O autor se filia a posição do jurista alemão Hans Kelsen, para quem a única interpretação que cria a norma é aquela que vem da autoridade legalmente constituída para tal, no caso, o juiz. O magistrado é detentor da chamada "interpretação autêntica", o que lhe confere poder suficiente para criar a norma. A norma é uma manifestação de poder, de modo que aquele que a produz exerce ato de poder. A interpretação dos juristas e demais jurisdicionados pode até ser necessária para determinar os comportamentos, mas só a interpretação judicial é "autêntica" e cria o direito (GRAU, 2016, p. 49).

Acrescenta ainda Grau que a lógica jurídica pauta-se pela escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar implica escolher entre várias possibilidades de modo que a escolha seja apresentada como adequada. No direito, portanto, as coisas não se operam segundo a lógica de demonstração, cujo resultado se obtém na dicotomia verdadeiro/falso e sim por uma lógica de justificação, para que se chegue ao aceitável (2016, p. 65).

Entretanto, como nos lembra Cappelletti, o juiz não é livre para decidir conforme bem entender, ele encontra limites no próprio Direito que interpreta:

Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete - que não podem, assim, anular de todo a que denominarei a sua imprescindível necessidade de ser livre, e portanto a sua criatividade e responsabilidade -, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na 'equidade' ou em análogos e vagos critérios de valoração. (CAPPELLETTI, 1993, p. 25)

Daí o porque, a princípio, argumentos puramente pragmáticos não poderiam ser admitidos para determinar uma decisão judicial. Se questões pertencentes ao mundo dos fatos serão levadas em consideração, é preciso que a elas seja dado enfoque jurídico.

Em nosso entender, foi o que o STF procurou fazer. A questão de fundo que se colocava para o Tribunal era a constante impunidade que o caótico sistema recursal brasileiro,

aliado ao excesso de competências constitucionais das cortes superiores ocasionavam. Bastava que a parte tivesse recursos para contratar um advogado competente, e ele conseguiria fazer com que o processo jamais chegasse ao fim antes de operar a prescrição da pena. Contudo, para que o Tribunal possa levar em conta esse tipo de argumento era preciso colocá-lo em termos jurídicos. Essa tarefa foi realizada em especial, no voto do Ministro Barroso.

O Ministro Barroso invocou e defendeu a ocorrência de Mutação Constitucional quanto ao princípio da presunção de inocência. Conforme explicou em seu voto, (BRASIL, 2016, p.31) a Mutação Constitucional é a mudana na interpretação do sentido e do alcance de normas constitucionais sem alterao no texto da norma. Pode ocorrer de uma mudana na realidade fática ou de uma nova percepção sobre o que o direito prescreve.

De acordo com o ministro, em 2009 ocorreu a primeira Mutação Constitucional sobre o tema, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o início da execuo da pena (vimos, aqui, contudo, que esse entendimento data, no mínimo do ano de 2007). Propõe então que seria tempo de uma nova mudana, tendo em vista o "impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudana de orientao" (BRASIL, 2016, p. 32).

Barroso aponta as três consequências que a posio anterior do Supremo havia gerado: 1) O incentivo à infindável interposio de recursos protelatórios; 2) A seletividade do sistema penal, que só punia os menos abastados; e 3) O descrédito do sistema de justia penal perante a sociedade. (BRASIL, 2016, p. 32-35).

Para "juridicizar" o argumento, Barroso lanou mão da ponderao de princípios proposta por Robert Alexy. Vimos no capítulo 1 que a presuno de inocência pode ser considerada como um princípio, pois sua lógica de aplicao obedece a uma dimensão de peso, e não de "tudo-ou-nada". O Ministro sustentou que esse princípio estaria em colisão com o chamado "princípio da efetividade das leis penais", que é o princípio sustentador daquelas leis, que prescreve que as leis penais devem ter sua aplicao assegurada para que o direito penal cumpra adequadamente os seus objetivos: preveno geral (desestímulo à conduta criminosa na sociedade) e preveno específica (desestímulo a reincidência do apenado) (BRASIL, 2016, p.40).

Dessa forma, ao promover o sopesamento dos princípios em questão, Barroso identifica que o peso que deve ser dado ao princípio da presuno de inocência deve ser máximo na etapa pré-processual, sendo gradativamente aliviado na medida em que o processo

avança, pois então já estão produzidas as provas e as condenações ocorrem. Sustenta que a decisão de segundo grau deve ser um marco de sensível redução do peso do princípio, em benefício da exigência de efetividade do sistema penal, pois nessa fase já não é mais possível o reexame de fatos e provas.

Veja-se aqui que a justificativa adotada para fundamentar a execução provisória da pena é bem diferente daquela que é utilizada para justificar a prisão preventiva. Não se trata aqui da cautelaridade expressa no *fumus delicti* comissi e no *periculum libertatis*. Aqui se fala em dar início ao cumprimento da pena para garantir a efetividade da lei penal.

Nenhum dos votos favoráveis levou em consideração a vivência do princípio da presunção de inocência até então. Dentre os votos contrários, dá-se destaque ao voto do Ministro Celso de Melo que chamou a atenção para a supremacia da Constituição, em relação à cláusula que estabelece a presunção de inocência no Brasil, e sua menção expressa ao trânsito em julgado (BRASIL, 2016, p.88).

Em adição, destacou as alterações legislativas que a questão sofreu, desde antes da Constituição de 1988 até então (alterações que pudemos analisar no capítulo 1). Deu ênfase o ministro às disposições da Lei de Execuções Penais que prescrevem a necessidade de observação do trânsito em julgado.

As objeções do Ministro Celso de Mello são pertinentes. Como negar a tradição jurídica brasileira em relação à presunção de inocência? Não se pode esquecer de todas as alterações legislativas que consagraram a presunção de inocência na direção da interpretação literal do texto constitucional.

O Supremo, ao se posicionar pela mitigação do princípio da presunção de inocência procurou resolver um problema causado pelo legislador (constituente e ordinário). Afinal, tanto a forma escolhida para a positivação do princípio, quanto o desenho institucional do Poder Judiciário e o seu caótico sistema recursal foram obra, num primeiro momento, do Poder Constituinte, e posteriormente, do Congresso Nacional. A solução definitiva para a questão também deveria ser esperada do Poder Legislativo.

Embora a solução encontrada pelo STF possua respaldo jurídico, duas ressalvas precisam ser feitas. A primeira é o alerta que Eros Grau traz sobre o perigo da ponderação entre princípios como técnica decisória. O Ministro chama atenção para a incerteza jurídica que sua aplicação indiscriminada pode gerar, pois dois julgadores, usando a mesma técnica, podem chegar a resultados diametralmente opostos (GRAU, 2016, p. 25). A segunda é que a

solução encontrada pelo Supremo não é definitiva, pois acaba não encontrando harmonia com os dispositivos legais que tratam da matéria. Por não ter função legislativa nem conseguir tomá-la para si, a sua atual jurisprudência estabelece um conflito no ordenamento.

Sinal claro dessa desarmonia legal são as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 33 e 34, interpostas em favor da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Como vimos, a redação desse artigo foi alterada na reforma de 2011, para se harmonizar com os dispositivos constitucionais sobre prisão. Sua redação atual assim ordena:

"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 de investigação ou processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva." (BRASIL, 1941b)

As ADCs foram distribuídas ao Ministro Edson Fachin. Foi concedida cautelar no sentido de se interpretar essa norma de modo a permitir a execução provisória. As ADCs aguardam julgamento do mérito.

O Supremo não se encontra numa situação confortável. Caso opte por uma volta à jurisprudência garantista, por um lado deteriora a imagem do Poder Judiciário como acobertador da impunidade, enquanto gera insegurança jurídica por não manter sua jurisprudência minimamente estável de modo a conferir previsibilidade aos jurisdicionados. Caso mantenha a sua atual jurisprudência, persistirá o conflito com os juristas e com as prescrições legislativas atuais, criadas, como visto no capítulo anterior, no intuito de impossibilitar a execução das sentenças antes do seu trânsito em julgado.

A solução desse impasse só vai encontrar solução dentro do Poder Legislativo. Só a ele foi dada a competência para modificar o Art. 5º LVII, ou ao menos, regular a sua aplicação.

Se o objetivo é resolver a questão da impunidade, uma solução poderia ser adotar uma redação que não mencione o trânsito em julgado, tal como previsto nos tratados que o Brasil é signatário. A medida não tornará prescindível a completa reforma na sistemática recursal brasileira, pois ele é um dos responsáveis pela morosidade do sistema e congestionamento do Poder Judiciário. Além disso, é necessário alterar o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais para prever e disciplinar a execução provisória, hoje sem regramento específico.

A realização dessa tarefa de harmonização demanda um legislativo atuante e competente, que não fique apenas aguardando a provocação dos outros poderes ou da sociedade, e com coragem e eficiência, promova as alterações necessárias à pacificação da controvérsia.

Conclusão

A vivência democrática instituída pela Constituição Federal de 1988 possui apenas trinta anos. A tradição processual penal brasileira, por seu turno, vem das influências do fascismo italiano, consubstanciada na sua Escola Técnico-Jurídica. Dessa forma, o conflito entre duas ordens jurídicas de inspirações distintas é mais do que esperado, é certo.

A pesquisa na base de dados da Assembleia Nacional Constituinte revela um processo obscuro e pouco elucidador das intenções dos Constituintes. A pesquisa permitiu identificar, contudo, que a idéia de instituição do trânsito em julgado como marco para a atribuição de culpa surgiu desde o início da discussão da matéria na Assembleia, ainda na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais. A opção pelo trânsito em julgado como marco desconsiderou a fórmula dos tratados internacionais, bem como o enunciado proposto por Afonso Arinos no projeto. A emenda do Constituinte Eraldo Trindade, já na Comissão de Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, evidenciou alguma preocupação com a demora na entrega da prestação jurisdicional penal, mas ao fim foi derrotada. Os Constituintes que estavam desenhando o futuro (e caótico) sistema recursal brasileiro estavam em outra comissão.

Foi possível identificar a presunção de inocência como um Direito Fundamental e como uma norma principiológica, de modo a poder ter sua efetivação aplicada de forma mais ou menos intensa, a depender da interação com outros princípios em jogo no caso concreto.

Observou-se o avançar da compreensão da presunção de inocência à medida que desenvolvia a vivência constitucional. A pressão dos estudiosos do tema influenciou a jurisprudência, e ao final, a atividade legislativa, tendo atuado o legislador para consolidar a compreensão que já se solidificava no meio jurídico.

A jurisprudência, num primeiro momento, recém saída do regime autoritário, optou pelo formalismo técnico-jurídico do Código de Processo Penal, deixando a aplicação da presunção de inocência em segundo plano. A partir de 2007 passou a conferir maior efetividade ao princípio, sendo respaldada pela maioria da doutrina e também pelo legislador, com as reformas de 2008 e 2011.

Aturdida pelo caos recursal e ameaçada de descrédito pela sociedade em razão da impunidade, a jurisprudência do Supremo se viu impelida a se modificar. A partir das constatações fáticas, tornadas jurídicas pela ponderação de princípios, chegou-se ao

entendimento de que a execução provisória da pena, a partir do acórdão condenatório em segundo grau não ofenderia o princípio. A justificativa para a terceira fase foi muito mais sofisticada, abandonando o formalismo da primeira fase, e as inspirações garantistas da segunda.

Contudo, essa guinada jurisprudencial não se deu de forma harmônica. Exigiu o sacrifício do entendimento doutrinário consolidado bem como as disposições legais pertinentes, pois as reformas legislativas foram feitas no intuito de admitir apenas as prisões cautelares antes do trânsito em julgado. O descompasso entre o Poder Judiciário e Legislativo demanda uma solução.

No nosso entender, essa solução não pode ser mais prestada pelo Poder Judiciário, que se encontra entre a cruz e a espada. Entre manter o entendimento e o conflito dele resultante, ou voltar ao entendimento anterior e aumentar a insegurança jurídica típica das jurisprudências oscilantes.

A tarefa cabe, portanto, ao Poder Legislativo, que precisa trazer uma regulação para a aplicação do princípio da presunção de inocência de modo a atender às aspirações garantistas sem tornar completamente ineficaz a persecução penal.

São grandes os desafios para o Poder Legislativo. Que a sociedade brasileira possa ter em mente ao decidir em breve os rumos do Congresso Nacional para o quadriênio vindouro, a grande responsabilidade que detém todo o legislador.

REFERÊNCIAS

1. LIVROS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015.
- CAMARGO, Monica Ovisnski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O Conflito entre Punir e Libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris ed., 2005.
- CAPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. 1a. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FIGUEREDO, Igor Nery. **A Prisão durante o Processo Penal: Entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris ed., 2012.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7a. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elbaoração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris ed., 2010.
- PINTO Cristiano Araújo Paixão; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. in: PEREIRA, Flávio Henrique Unes et. al. (org). **Cidadania e Inclusão Social**. Estudos em Homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 121-132.
- RAMOS, Elival da Silva Ramos. **Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Monica Paraguassu da. **Presunção de Inocência**: Uma questão de princípio de vingança e de princípio de justiça. Niterói: Editora da UFF, 2011

SOUZA, José Barcelos de. Execução Provisória de Pena Privativa de Liberdade (ou Prisão por Efeito de Acórdão Condenatório Recorível). in: **Revisa Magister de Direito Penal e Processual Penal**. v. 1. ago/set 2004. Porto Alegre: Magister, 2004.

2. SITES

BORGES, Larissa. Contra impunidade, STF mantém prisão na segunda instância. **Veja.com**, 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/politica/contra-impunidade-stf-mantem-prisao-na-2a-instancia/>>. Acesso em: 20 de ago. 2017.

GOMES, Renato Rodrigues. **ADPF 144 e colisão entre democracia, moralidade e presunção de inocência**: uma proposta de solução compatível com a unidade constitucional. in: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). nº 23, set./nov. 2010. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Publico, 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETMBRO-2010-RENATO-ROGRUIGUES-GOMES.pdf>>. Acesso em 18 de ago. de 2017.

FRANCO, Ricardo Cesar. Breves considerações sobre a jurisprudência dos tribunais superiores quanto ao artigo 594, CPP: da recepção à não recepção perante o Ordenamento Constitucional de 1988. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3922, 28 mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27139>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

NOBLAT, Ricardo. STF está pronto para acabar com prisão em segunda instância. **Blog do Noblat**, 2017. Disponível em: <<http://noblat.oglobo.globo.com/meus-textos/noticia/2017/08/stf-esta-pronto-para-acabar-com-prisao-em-segunda-instancia.html>>. Acesso em: 20 de ago. 2017.

SOUZA, José Barcelos de. Execução Provisória de Pena Privativa de Liberdade (ou Prisão por Efeito de Acórdão Condenatório Recorível). **RKL Advocacia**. 2017. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/execucao-provisoria-de-pena-privativa-de-liberdade-ou-prisao-por-efeito-de-acordao-condenatorio-recorrivel/>>. Acesso em: 27 de jul. 2018.

3. DECISÕES

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas Corpus nº 68.726/DF. Marco Antonioda Fonseca Loureiro e Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro.

Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF. 28 de junho de 1991. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 20 nov. 1992. p. 209.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas Corpus nº 84.078/MG Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF. 5 de fevereiro de 2009. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 fev. 2010. p. 1048.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Habeas Corpus nº 126.292/SP Márcio Rodrigues Dantas e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Mnistro Teori Zavascki. Brasília, DF. 13 de fevereiro de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 mai. 2016.

4. NORMAS

BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. **Honoris Causa**, 1941a. Disponível em <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em 19 jul. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Legis Senado**, 1941b. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=528776&id=14348774&idBinario=15758497&mime=application/rtf>>. Acesso em 19 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Planalto**, 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm>. Acesso em 21 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Planalto**, 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art3>. Acesso em 21 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Planalto**, 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1>. Acesso em 21 jul. 2018.

5. DOCUMENTOS REFERENTES AO PROCESSO LEGISLATIVO

BRASIL. Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. 1986. Brasília, DF, 26 set. 1986. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Senado Federal**, 1987. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em 21 de jul. de 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.207, de 2001. Mensagem nº 213/01. **Diário da Câmara dos deputados**. 2001a. Brasília, DF, 30 mar. 2001. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>> Acesso em: 22 jul. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.208, de 2001. Mensagem nº 214/01. **Diário da Câmara dos deputados**. 2001b. Brasília, DF, 30 mar. 2001. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>> Acesso em: 22 jul. 2018.

BRASIL. Avulso do Projeto de Lei da Câmara nº 111, de 2018. Exposição de Motivos nº 22-MJ. **Legis Senado**. 2001c. Brasília, DF, jan. 2001. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4464162&disposition=inline>> Acesso em: 22 jul. 2018.

BRASIL. Voto em Separado do deputado Luiz Antonio Fleury. **Diário da Câmara dos deputados**. 2002. Brasília, DF, 14 mar. 2002. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAR2002.pdf#page=414>> Acesso em: 22 jul. 2018.

BRASIL. Redação Final Projeto de Lei nº 4.207-B, DE 2001. **Câmara dos deputados**. 2007a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E4AA9D573FE8F0CCAF46E8B1634509F.proposicoesWebExterno2?codteor=462811&filename=Tramitacao-PL+4207/2001> Acesso em: 22 jul. 2018.

BRASIL. Parecer nº 1.001, de 2007. Sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 36, de 2007. **Senado Federal**. 2007b. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4137491&disposition=inline>> Acesso em: 22 jul. 2018.

BRASIL. Parecer às Emendas ou ao Substitutivo do Senado. **Câmara dos deputados**. 2008a. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=565945&filename=PSS+3+CCJC+%3D%3E+PL+4207/2001> Acesso em: 22 jul. 2018.

BRASIL. Parecer com Complementação de Voto. **Câmara dos deputados**. 2008b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=568376&filename=CVO+2+CCJC+%3D%3E+PL+4207/2001> Acesso em: 22 jul. 2018.

BRASIL. Redação Final Projeto de Lei nº 4.207-E, DE 2001. **Câmara dos deputados**. 2008c. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=573808&filename=RDF+2+%3D%3E+PL+4207/2001> Acesso em: 22 jul. 2018.