

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

CAIO VINICIUS PIVOVARSKY

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA FRENTE À PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

**CURITIBA
2018**

CAIO VINICIUS PIVOVARSKY

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA FRENTE À PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

**Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito do
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Profº Dr. Guilherme Oliveira de
Andrade.**

**CURITIBA
2018**

CAIO VINICIUS PIVOVARSKY

A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA FRENTE À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de

de 2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, devo agradecer a Deus, fonte de energia e sabedoria para a realização do presente trabalho, além de ser o porto seguro nos momentos de dificuldade.

Cabe também o agradecimento ao meu orientador Prof. Dr. Guilherme de Oliveira Andrade pela transmissão de conhecimento e suporte para a realização da pesquisa.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional em todos momentos de dificuldade que surgiram na faculdade.

À minha namorada, Francielle, pelo apoio e compreensão pelos momentos de ausência necessários para o êxito nessa empreitada acadêmica.

Por fim, a todos aqueles que de maneira direta ou indireta me motivaram e colaboraram no enfrentamento dos diversos desafios que surgiram durante a vida acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a análise sobre a execução antecipada da pena, à luz do princípio da presunção de inocência, este que pode ser reconhecido como um dos elementos fundadores do Estado Democrático de Direito, traz uma norma de tratamento, que deve ser respeitada pelas autoridades estatais e por todos os cidadãos. Pretende-se firmar entendimento sobre a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, para tal foi realizada uma análise dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos habeas corpus 84.078/MG e 126.292/SP, julgamentos que modificaram o entendimento da Corte Suprema, sendo, atualmente, permitida a adoção de tal medida após a publicação de acórdão condenatório proferido por tribunal de segunda instância. Realizando o cotejo entre conteúdo dos julgamentos, as garantias constitucionais e a natureza da execução antecipada da pena, a aplicação desse instituto é inviabilizada pelo marco temporal determinado pelo legislador constituinte, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e pela impossibilidade do retorno do acusado ao *status quo* no caso de uma superveniente absolvição em sede de recursos extraordinários.

Palavras-chave: execução antecipada da pena, presunção de inocência, trânsito em julgado, garantias constitucionais, Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	9
2.1	CONCEITO	10
2.2	CONSEQUÊNCIAS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	12
2.2.1	Dimensão externa.....	13
2.2.2	Dimensão Interna	14
2.3	REGRA OU PRINCÍPIO.....	17
3	PRINCÍPIOS REGULADORES DO DIREITO PENAL	21
3.1	Princípio da Legalidade	21
3.2	<i>In dubio pro reo</i>	24
3.2.1	<i>Nemo tenetur se detegere</i>	26
4	SÍNTESE DOS VOTOS PROFERIDOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ..	30
4.1	<i>HABEAS CORPUS</i> 84.078/MG	30
4.1.1	Ministro Eros Grau.....	32
4.1.2	Ministro Menezes Direito	33
4.1.3	Ministro Celso de Mello.....	34
4.1.4	Ministro Joaquim Barbosa	35
4.1.5	Ministro Carlos Britto.....	37
4.1.6	Ministro Cezar Peluso.....	38
4.1.7	Ministra Ellen Gracie.....	39
4.1.8	Ministro Marco Aurélio	40
4.1.9	Ministro Gilmar Mendes	40
4.2	<i>HABEAS CORPUS</i> 126.292/SP	42
4.2.1	Ministro Teori Zavascki.....	43
4.2.2	Ministro Edson Fachin	45
4.2.3	Ministro Luís Roberto Barroso	47
4.2.4	Ministra Rosa Weber	49
4.2.5	Ministro Luiz Fux.....	49
4.2.6	Ministra Carmem Lúcia.....	50

4.2.7	Ministro Gilmar Mendes	51
4.2.8	Ministro Marco Aurélio	52
4.2.9	Ministro Celso de Mello.....	53
4.2.10	Ministro Ricardo Levandowski	55
5	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

A execução antecipada da pena é um tema que vem sendo discutido nas Cortes Superiores há muito tempo, ainda com mais intensidade, quando do advento da Constituição de 1988, que reforçou as garantias dos cidadãos frente à atuação estatal, ainda mais quando se tratou do Direito Penal, área responsável por trabalhar vários de seus direitos, dentre eles os mais custosos, que são a vida e a liberdade.

Por isso, há uma série de preceitos constitucionais que buscam manter o acusado, durante o deslinde do processo penal, na condição de sujeito de direitos e não objeto do processo, assim como ocorria nos períodos mais sombrios da história da humanidade.

Entre eles, a presunção de inocência ou de não-culpabilidade, que figura como ponto central da discussão a ser realizada no presente trabalho, pois, é um dos responsáveis por essa transformação na imagem dos acusados durante a persecução penal, vez que busca garantir um tratamento justo e digno àqueles que se veem diante do *ius puniendi* estatal.

O problema a ser resolvido é a aceitabilidade da execução antecipada da pena, diante da disposição constitucional sobre a presunção de inocência, que optou o legislador constituinte por inserir um suposto marco temporal para cessação de seus efeitos. Sendo a discussão principal desenvolvida nas Cortes sobre a natureza desse instituto descrito no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, se é um princípio ou uma regra, pois não há um entendimento sólido da doutrina e da jurisprudência, o que leva a incerteza se deve ser aplicado de maneira rígida ou flexível quando da análise dos casos concretos.

Além disso, esse debate envolve outros temas, como a efetividade da lei penal e da prestação jurisdicional, que diante do complexo sistema recursal descrito nas legislações brasileiras e a morosidade do Poder Judiciário, acaba sendo afetada, pois o acusado que tem capacidade financeira para custear um bom advogado, acaba conseguindo alcançar os marcos prescricionais, tornando a impunidade como a regra.

Com a pretensão de construir respostas acerca da natureza da presunção de inocência e a admissibilidade ou não da execução da pena, é importante a realização de pesquisas bibliográficas e revisão da jurisprudência das Cortes Superiores, principalmente do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo julgamento do

Habeas Corpus 84.078/MG e do *Habeas Corpus* 126.292/SP, que foram determinantes para as mudanças do entendimento acerca da execução antecipada da pena, não só por isso, mas também porque na organização judiciária brasileira surge como guardião da Constituição e competente por dirimir as divergências existentes no ordenamento jurídico do país.

Os efeitos da discussão acerca desse tema é de grande relevância, uma vez que, a definição não gera repercussão apenas na esfera da academia ou do Poder Judiciário, mas também acarretará reflexos no sistema penitenciário brasileiro, que já vive uma situação de calamidade, com déficit de vagas e superlotação, e que a partir da mudança de entendimento ocorrida com a decisão sobre o *Habeas Corpus* 126.292/SP, teve que absorver um número de internos ainda maior, que estão a cumprir a execução antecipada de pena.

Por isso, deve cada vez mais amadurecer esse debate para que possamos chegar a uma solução justa, sem a supressão de direitos fundamentais, mas também buscando a efetividade da tutela penal.

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência, descrita no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹, é o ponto nodal da discussão sobre a possibilidade da execução antecipada de pena. Isso porque ainda não existe uma unanimidade a respeito do seu conteúdo e da extensão da sua aplicabilidade, o que fez com que se tornasse o principal ponto controvertido na doutrina e na jurisprudência.

O que temos que entender antes de iniciar a discussão acerca do instituto da presunção de inocência, é importante situá-lo no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme, os ensinamentos de Kelsen, o sistema de normas de um Estado não é organizado de forma plana, mas sim disposto em forma de uma escala hierárquica, na qual a norma superior serve de fundamento para a produção e aplicação de normas inferiores.

Nessa escala hierárquica, a Constituição surge no topo da pirâmide, portanto, é fundamento para a aplicação de todos os institutos jurídicos determinados por normas inferiores e, até mesmo, para atividade jurisdicional, como observa-se no trecho a seguir escrito por Hans Kelsen, “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estatal, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”².

Dessa forma, observa-se que o texto constitucional brasileiro é fundamento para todas as outras normas presentes no conjunto, sendo assim, o texto inserido no inciso LVII do artigo 5º, serve como fundamento para a produção e aplicação de todas as normas relativas à persecução penal, inclusive no tocante a execução da pena imposta.

A origem do instituto da presunção de inocência, reconhecida por grande maioria da doutrina, é datada da ocorrência da Revolução Francesa³, quando foi editado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, no qual o seu

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.155.

³ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro** [recurso eletrônico] / Fernando Brandini Barbagalo. – Dados eletrônicos. – Brasília : TJDFT, 2015. s.p.

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

Esse postulado serviu como inspiração para a edição do artigo 11, I da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que dita “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que 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.”⁴.

Além de todos esses documentos anteriormente citados, a presunção de inocência, surge também no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos sobre Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, tratado do qual o Brasil é signatário, que prescreve “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”⁵.

Conhecendo suas origens e o posicionamento do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se avançar no estudo buscando verificar o conceito e as consequências da aplicação de tal dispositivo constitucional.

2.1 CONCEITO

A presunção de inocência não se trata apenas de não poder o Estado reconhecer o acusado como culpado, antes que se tenha uma decisão imutável que declare a culpabilidade deste no cometimento de um delito.

Na visão de Aury Lopes Jr⁶, a presunção de inocência se trata de um verdadeiro dever de tratamento, visto que esse não deve apenas ser reconhecido como não culpado pela ocorrência do fato imputado a ele, mas deve ser tratado como inocente, determinando que a carga de prova fique inteiramente na responsabilidade do Estado-

⁴ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

⁵ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 03 abr. 2018.

⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraia. 2016. p. 96

acusador, não devendo ser realizada uma distribuição dinâmica da prova, de modo a onerar o acusado na comprovação de sua inocência.

Além disso, não poderá o Estado-juiz determinar a constrição de direitos fundamentais do acusado, sem que se tenha a confirmação da culpabilidade do imputado, de modo a tratá-lo como se culpado fosse, por exemplo, determinando de maneira abusiva medidas restritivas de direitos, sob fundamentos genéricos, como por exemplo, expedindo mandados de prisão preventiva ou outras restrições sem que sejam respeitados os limites legais.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica em severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?).⁷

No entanto, conforme já citado autor, não se pode apenas exigir do Estado o respeito ao dispositivo constitucional, constituindo uma dimensão externa do princípio, conforme trecho de sua obra.

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.⁸

No mesmo sentido, Eugenio Pacelli⁹, define que não há uma presunção, mas um estado de inocência, não podendo ser afastado antes do termo fixado pela Constituição, seja ele o trânsito em julgado.

Segundo o autor, esse princípio, pode ser compreendido como a reunião de duas regras que deve ser seguida pelo juiz, uma na forma de regra de tratamento, que impede que o Estado imponha qualquer restrição fundamentada na mera possibilidade de condenação do acusado, e outra regra de cunho probatório, que

⁷ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraia. 2016. p. 96

⁸ Ibid., p. 97.

⁹ Pacelli, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

define que o encargo da prova da culpa cabe ao acusador, ou seja, o Ministério Público, nas ações penais públicas, e o querelante nas ações penais privadas.

O exposto acima pode ser observado no trecho a seguir:

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce uma função relevantíssima, ao exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de *ordem judicial* devidamente motivada. Em outras, palavras, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.¹⁰

Ainda, em parecer produzido a pedido da advogada que patrocinou o HC 126.292, produzido por Gustavo Badaró e Aury Lopes Junior, os autores citando Giuseppe Bettiol, sinalizam que o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, possui não apenas de uma garantia processual, mas também possui o caráter de uma garantia política¹¹.

Reforçam também a característica de regra de tratamento do disposto no artigo 5º, inciso LVII, conforme trecho a seguir:

O art. 5º, LVII determina (dever de tratamento) que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado. Portanto, salta aos olhos que o julgado desconsidera completamente o significado e o alcance (processual e civilizatório) da presunção de inocência¹².

Sendo assim podemos avançar no estudo da presunção de inocência buscando verificar as consequências da aplicação da presunção de inocência no desenrolar do processo penal.

2.2 CONSEQUÊNCIAS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

¹⁰ Pacelli, 2017. s.p.

¹¹ LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de Inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Parecer. 2016. p. 7. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_oncei.pdf> Acesso em: 02 mar. 2018.

¹² Ibid, 2016. P.11

A presunção de inocência, não apenas confere o status de inocente ao acusado ou ao investigado, mas também determina a observação de algumas condutas por parte do juiz e da sociedade durante o deslinde do processo.

2.2.1 Dimensão externa

Inicialmente será abordada a porção do comando extraído da presunção de inocência destinada aos sujeitos alheios ao processo penal, seja eles os cidadãos, como a própria imprensa. Irrefutável a importância da imprensa na informação das pessoas quantos aos acontecimentos do cotidiano, inclusive quando serve de instrumento que auxilia na investigação de possíveis delitos cometidos.

Barbagalo¹³, define que sem dúvida alguma o principal destinatário do preceito constitucional é o Estado, em todas as suas formas, não apenas o juiz deve respeitar a presunção de inocência, mas todo aparato ligado a segurança pública e até mesmo as autoridades ligadas a processos administrativos, nos quais tem-se por objetivo a aplicação de sanções.

Contudo, não deve ser esquecido que a Constituição regula a atividade de todos os cidadãos, porquanto, os agentes privados também devem ter suas atuações pautadas no respeito a todas as garantias individuais, principalmente, a dignidade humana e a presunção de inocência.

Porém, não pode ocorrer a blindagem da atuação da imprensa através do argumento que a Constituição lhes garantiu a liberdade de expressão, de modo a legitimar ataques que venham a ferir outros direitos e garantias individuais determinados pelo mesmo texto constitucional, assim como afirma Carla Gomes de Melo,

Sabe-se que não é permitido aos meios de comunicação, se utilizar da prerrogativa da liberdade de informação jornalística, que lhe é garantida pela Constituição Federal, para divulgar notícias que ofendam a outras liberdades igualmente garantidas, tais como a intimidade, a vida privada e presunção de inocência.¹⁴

¹³ BARBAGALO, 2015. s.p.

¹⁴ MELLO, Carla Gomes de. Mídia e Crime: Liberdade de Informação Jornalística e Presunção de Inocência. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 2, p. 106- 122, ago.2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7381/6511>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

Esse entendimento também é acompanhado por Aury Lopes Jr¹⁵, quando ele afirma em sua obra que existe uma dimensão de abrangência desse princípio externa ao processo ao passo que não se pode permitir que antes do julgamento pelo Estado, detentor do direito à persecução penal, a mídia realize um julgamento através do meio de comunicação o qual leva a precoce estigmatização da imagem do acusado.

Então, observa-se que o mandamento constitucional não se reserva apenas aos atores da persecução criminal, mas tem uma esfera de abrangência que gera reflexos a atuação de toda a sociedade.

2.2.2 Dimensão Interna

Com relação a atuação do poder judiciário, o comando do inciso LVII do art. 5º da Constituição, determina a observância de uma série de fatores durante a evolução do processo penal.

Conforme estudo de Vegas Torres, sobre o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a presunção de inocência atua em três frentes durante o processo penal, sendo:

[...] um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente a atuação estatal;
É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual);
Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É a sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.¹⁶

Sendo assim, em decorrência da presunção de inocência deve ser respeitado alguns outros princípios, sejam eles, a ampla defesa e o contraditório, a aplicação do *in dubio pro reo* e a vedação a aplicação de prisões automáticas.

¹⁵ LOPES JR, 2016, p. 97

¹⁶ VEGAS TORRES, 1983 apud LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016. p. 96

Seguindo com a ampla defesa e o contraditório, vê-se que o juiz durante o desenrolar do processo penal, não pode de maneira alguma privilegiar alguma das partes envolvidas, deixando de apreciar provas apresentadas ou se deixando influenciar por um pré-julgamento, algo que no processo penal prejudica o acusado de modo imensurável, visto que na maioria das vezes é a restrição de sua liberdade que está em jogo.

No processo penal, esse princípio é vislumbrado através da indispensabilidade da defesa técnica e da autodefesa, como observam Cintra, Grinover e Dinamarco.

No processo penal entendem-se indispensáveis que a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. Mas, enquanto a defesa técnica é indispensável, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível a pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio (Const., art. 5º, inc. LXIII).¹⁷

O direito ao silêncio, também pode ser visto como um reflexo da presunção de inocência, já que enquanto não for comprovada a culpa do acusado ele deve ser considerado inocente, não necessitando realizar nenhuma prova de sua inocência, ainda menos de constituir prova contra sua própria pessoa, como resume Pacelli, em sua obra Curso de Processo Penal.

A garantia do direito ao silêncio, bem como daquelas instituídas para a tutela da intimidade, privacidade e dignidade, tais como constam do disposto no art. 5º, XI, da CF, e, ainda, o princípio do estado de inocência (art. 5º, LVII), autorizam o inculcado a recusar-se, também, a participar da conhecida *reconstituição do crime* (art. 7º, CPP), sobretudo pelo constrangimento a que é submetido o investigado, muitas vezes exposto à execração pública, como se efetiva e antecipadamente culpado fosse.¹⁸

O contraditório está diretamente ligado ao fato do Poder Judiciário, em todos os momentos do processo oportunizar às partes, o conhecimento de fatos e provas apresentados, para que seja possível a realização da defesa de forma completa sem nenhum prejuízo, principalmente àquele que pode ter seus direitos afetados, seja o acusado ou até mesmo o indiciado, em sede de investigação preliminar, mesmo que tenha uma aplicabilidade limitada.

¹⁷ CINTRA, Antonio C. de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31 ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2009. p. 80.

¹⁸ Pacelli, 2017

É importante destacar que quando falamos em “contraditório” na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação.

Isso porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito de informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa.¹⁹

Também é um reflexo do reconhecimento da presunção de inocência pelo texto normativo e constitucional brasileiro, a impossibilidade da aplicação do *in dubio pro societate*, ou seja, não se pode condenar o acusado do cometimento de um delito sem que haja a comprovação indubitável da sua culpa, então, como defende Lopes Jr²⁰, a regra deve ser o reconhecimento do *in dubio pro reo*, o que não permite a condenação na existência de, mínima que seja, dúvida quanto a culpabilidade do agente.

Ou seja, somente está autorizado o juiz a proferir uma sentença condenatória contra um acusado, quando não restar a menor dúvida acerca das provas de materialidade (sua ocorrência) e da autoria do fato. Caso ocorra o contrário, ou as provas apresentadas não superem a dúvida razoável, caberá senão a prolação de sentença absolutória do acusado.

Por fim, cabe tratar da mais importante vertente desse instituto, que é a regra de tratamento, que impede qualquer intervenção sobre o acusado que o declare ou reconheça-o como culpado antes da confirmação em sentença condenatória. Nesse diapasão cabe a vedação a aplicação de prisões automáticas.

Nesse sentido afirma Antônio Magalhães Gomes Filho²¹, que o princípio veiculado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, veda até mesmo a identificação do suspeito, indiciado ou acusado, como se culpado fosse antes de que sua culpa esteja inteiramente comprovada.

Dessa forma, observa-se que o enunciado constitucional promove muito mais que apenas a proteção ao acusado com relação a sua liberdade, mas impõe uma série de restrições no trato do acusado durante o deslinde do processo, seja por parte do Estado, quando assume a figura de acusador e de juiz, mas também exige um comportamento moderado da sociedade, principalmente quando a mídia veicula

¹⁹ Lopes Jr, 2016, p. 175

²⁰ Ibid., p. 370-371

²¹ Filho, 1991, p.42 apud LOPES JR. Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de Inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Parecer. 2016. p. 12

noticias acerca de delitos, que muitas vezes é eivada de sensacionalismo, o que acaba por tratar, meros indiciados como se fossem de fato autores de crimes.

2.3 REGRA OU PRINCÍPIO

De modo a saber como deve ser aplicada a presunção de inocência, faz-se necessário determinar se a redação do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, traz um princípio ou uma regra, visto que esse é um dos pontos controversos na jurisprudência, inclusive na formada pelo Supremo Tribunal Federal.

O que não se pode afirmar é que os princípios não fazem parte do Direito Positivo, conforme propõe Alexy.

Com frequência não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de normas. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes.²²

Então, devem ser apreciados os conceitos de norma-princípio e norma-regra, para que se possa enquadrar o enunciado constitucional discutido em uma das categorias, para apenas depois concluir pela aplicabilidade ou não do instituto da execução provisória de pena.

Isso porque é diferente o modo que se enfrentam os conflitos entre normas e o conflito entre princípios, no primeiro caso, deve ser realizada uma análise de maneira incisiva, vulgarmente falando, ou é ou não é, em um sistema de tudo ou nada, isso porque não tem como uma regra ser meio válida. Por exemplo, realizando uma analogia com regras do futebol, não existe como o jogador estar meio impedido, ou o jogador está impedido ou não está.

De maneira diferente ocorre quando analisamos as estruturas dos princípios, que não possuem essa característica do tudo ou nada, podendo ser, os seus efeitos, modulados, já que não apresentam respostas, mas sim o fundamento para a produção

²² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 87

destas, de forma que para chegar a uma conclusão, quando há o embate entre princípios faz-se necessário analisar qual possui maior peso diante do caso concreto, como observa Dworkin.

Princípios interagem, uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como válido.²³

No entanto, Humberto Ávila²⁴ entende que o modo de aplicação não é o melhor método de distinção entre regras e princípios, isso porque não se pode dizer que as regras são aplicadas no modelo de tudo ou nada, uma vez que as regras também dependem de prévia interpretação, para somente após ocorrer a subsunção do fato à norma. Sendo assim, a distinção entre princípios e regras, existente apenas no quesito da abstração, possuindo aqueles um maior grau em relação às regras, já que estas possuem menor generalidade.

Em contraponto, Virgílio Afonso da Silva vê que há uma interpretação equivocada quanto ao termo “tudo ou nada” onde Ávila, lê a expressão como se fosse sinônimo de imediatidade, o que não é correto, além disso, também observa que o já citado autor estabelece uma confusão entre o texto legal e a norma descrita pelo mesmo.

Há neste ponto, não somente uma imprecisão no uso do termo “tudo ou nada” como sinônimo de “imediatidade”, como também a desconsideração de uma distinção trivial na teoria geral do direito: a distinção entre texto e norma. Segundo essa distinção, de larguíssima aceitação, independente de corrente doutrinária, texto e norma não se confundem, pois, o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto norma é o produto da interpretação desse enunciado.²⁵

Sendo assim, Afonso da Silva evolui no sentido de que não se deve estabelecer distinções entre dois tipos de textos, mas sim entre dois tipos de normas, sejam elas

²³ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; tradução: Nelson Boeira, 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 90

²⁴ Ávila, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade". Revista de Direito Administrativo 215 (1999). p. 161

²⁵ Silva, Luís Virgílio Afonso da. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 616.

regras ou princípios, já que uma norma pode se manifestar por meio de diferentes textos legais.

Alexy considera que os princípios sempre estão caracterizados por serem mandamentos de otimização, que devem ser aplicados da melhor maneira possível, dependendo do caso concreto e das possibilidades que a legislação nos fornece. Já as regras deverão ser aplicadas inteiramente ou não aplicadas, não podendo ter seus efeitos modulados de acordo com a conveniência do caso concreto, como segue:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é: princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.²⁶

Sendo fixado que a diferença entre regras e princípios, reside apenas na seara qualitativa, ou seja, no modo de aplicação, visto que ambos institutos se tratam de normas, em sentido lato, deve-se prosseguir a discussão acerca do posicionamento do enunciado descrito no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, se deve ser considerado uma norma-princípio ou uma norma-regra.

Para que seja possível o enquadramento do texto constitucional em uma das categorias já insistentemente mencionadas, deve-se atentar que não é o nível de abstração que diferencia as regras dos princípios, mas sim o seu conteúdo, já que regras trazem deveres definitivos, que não podem ser ponderados, e os princípios nos trazem deveres *prima facie*, sendo estes passíveis do sopesamento sempre que estiverem em conflito com outro princípio.²⁷

Segundo Fernando Barbagalo²⁸, não há como reconhecer que a presunção de inocência se trate de uma norma-regra, devendo ser aplicada no modo de tudo ou

²⁶ ALEXY, 2009. p. 90

²⁷ SILVA, 2003. p. 619

²⁸ BARBAGALO, 2015. s.p.

nada, pois levaria a inconstitucionalização até mesmo das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal.

Em mais uma exposição, Afonso da Silva argumenta que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais define aquilo que será defendido *prima facie*, ou seja, que poderá sofrer restrições em momento posterior, desde que haja uma fundamentação constitucional para tal, sob pena de ser afastada devido a inconstitucionalidade de tal ato.²⁹

No mesmo sentido, Gilmar Mendes, em artigo publicado defende que a presunção de não culpabilidade ou de inocência evolui de acordo com a evolução do processo criminal, citando o entendimento de Espinola Filho³⁰, “a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa”.

Realizada a análise sobre os conceitos de princípios e regras chega o momento que se pode construir uma definição acerca do texto constitucional expresso no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, que busca consagrar a presunção de inocência ou de não-culpabilidade.

Sendo assim, pode-se vislumbrar que o texto do artigo 5º, inciso LVII, prescreve diversas normas que devem ser aplicadas no Processo e na Execução Penal.

Sendo que em alguns momentos ele deve ser interpretado e aplicado na forma de uma regra, devendo ser aplicada no modelo *all or nothing*, como, por exemplo, quando prescreve que durante o processo a carga probatória deve recair inteiramente sobre a acusação ou no caso da proibição da aplicação do *in dubio pro societate*.

Já em outras situações, deverá este enunciado constitucional ser aplicado no modelo de um princípio, que deverá ser sopesado quando da sua aplicação, podendo sofrer restrições sempre que houver um motivo relevante, desde que fundamentado constitucionalmente. A exemplo disso, tem-se a possibilidade de decretação de medidas cautelares durante o processo, que buscam garantir a segurança dos envolvidos ou mesmo a efetividade da prestação jurisdicional.

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado 4. (2006). p. 35.

³⁰ ESPINDOLA FILHO, 2000. p. 436 apud Mendes, Gilmar. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2018

3 PRINCÍPIOS REGULADORES DO DIREITO PENAL

A fim de enriquecer a pesquisa, deve-se realizar uma análise mais abrangente acerca de dispositivos constitucionais que influenciam na aplicação da Lei Penal e Processual Penal, pois, somente dessa maneira será possível a aproximação do objetivo tal qual seja a definição sobre a aplicabilidade do instituto da execução antecipada de pena.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A origem do princípio ainda é incerta, quanto ao marco temporal, visto que são vislumbradas várias datas possíveis para se eleger como a inauguração deste instituto, alguns visualizam indícios deste mandamento no Direito Romano, a exemplo de Hungria, outros veem o artigo 39 da *Magna Charta Libertatum* de 1215, como a primeira aparição. Entretanto, autores, a exemplo de Rosa Maria Cardoso Cunha, observam que de fato só houve expressão explícita do princípio a partir do século XVIII, quando se iniciou o processo de Reforma da Justiça Penal Europeia, movimento que buscou racionalizar o *ius puniendi* no Velho Continente.³¹

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio surge de forma explícita em dois momentos, o primeiro no texto constitucional, no artigo 5º, inciso XXXIX³² e no artigo 1º do Código Penal, no qual o legislador replicou o descrito na Constituição.

O princípio da legalidade possui abrangência maior do que a imaginada, não afetando apenas o Poder Legislativo, quando da produção da norma incriminadora, mas também restringe a atuação dos Poderes Judiciário e Executivo, quando da aplicação da lei e da posterior execução da pena imposta, respectivamente.³³

O princípio da legalidade, surge da expressão latina *nullum crimen nulla poena sine lege poenali*, disso pode ser extraído vários outros mandamentos relacionados

³¹LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012. p. 95-96

³² Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³³ LIMA, 2012. p. 97

ao direito penal, dentre eles, a proibição de estabelecimento de crimes sem que exista uma lei que o defina, a proibição de aplicação de penas sem que estas estejam previstas em uma legislação e a exigência da prévia existência de lei incriminadora da conduta que se deseja punir.³⁴

Para se respeitar o princípio da legalidade, pressupõe que o fato a ser punido deve ser julgado conforme a lei existente e em plena vigência no momento da ocorrência, sendo que se isso não for respeitado, o objetivo do princípio que é garantir a segurança jurídica e previsibilidade da punição restaria prejudicado, conforme aponta Lopes.

Iniciamos com a lógica constatação de que o princípio da legalidade pressupõe o da anterioridade da lei penal. Afinal, de que serviria a garantia do *nullum crime sine lege* se pudesse a lei, de que depende a existência do crime, ser posterior a este, ou seja, ter vigência apenas depois de praticado o fato típico. Punir-se-ia o infrator de forma retroativa, como ocorreu na França durante o governo colaboracionista de Vichy à época da ocupação nazista. A primeira conclusão, pois, que se extrai é a de que o princípio da anterioridade intermedia a garantia da legalidade penal e a impossibilidade de aplicação retroativa da lei penal³⁵

Seguindo a questão da anterioridade da lei penal, tem-se a impossibilidade da irretroatividade da lei penal incriminadora, o que estabelece limites para a sua aplicabilidade, ficando estabelecidos o dia que esta entra em vigor e o fim da sua vigência. Ou seja, não se pode punir um fato com base em uma lei posteriormente produzida ou por uma que já teve sua eficácia cessada, devendo respeitar a formulação *tempus regit actum*.³⁶

Embora, a fixação dos marcos temporais para a aplicação de leis penais, existem algumas exceções a essa regra, que ocorre no caso do surgimento posterior a ocorrência do fato de lei penal mais benéfica ao réu, fato que permitirá a aplicação retroativa dessa, sendo autorizada no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal.

A outra possibilidade ocorre quando se trata da uma lei excepcional ou temporária, que são aquelas editadas com a finalidade de reger os fatos durante um curto período no tempo, a exemplo da Lei 12.663/2012, que dispunha sobre sanções penais relacionadas aos eventos ligados a Copa do Mundo de Futebol de 2014, e teve

³⁴ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 79.

³⁵ LOPES, 1994. p. 82.

³⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 21 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 56.

sua vigência limitada a data de 31 de dezembro de 2014. Neste caso a lei terá aplicação de forma ultra ativa, visto que dificilmente os processos são finalizados ainda sob a égide dessas leis que possuem um exíguo prazo de vigência, como explica Lopes.

A ultratividade de que são revestidas essas normas, justificam-se os penalistas, atende ao sentido de justiça e fundamenta-se num critério de prestígio à validade imperativa da norma jurídico-penal. Uma vez que limitadas no tempo (pois a lei temporária perde vigência decorrido o lapso por ela mesmo fixado para a sua duração e a excepcional, uma vez cessadas as causas que a determinaram), não fossem dotadas de ultratividade permaneceriam à mercê de ralos escrúpulos por vezes empregados na condução dos processos criminais, ou esbarrariam mesmo na crônica demora de funcionamento da engrenagem judiciária.³⁷

Quanto a pena, o princípio da legalidade também produz seus efeitos visto que toda e qualquer forma de sanção para que seja válida deve estar prevista em na legislação penal, não necessariamente de forma absoluta, mas de maneira a limitar a atuação discricionária do Poder Judiciário, que será o responsável por aplicar a lei e impor a pena ao infrator. Então, deverá o princípio da legalidade da pena sempre ser harmonizado com o princípio da culpabilidade, sendo assim fixadas penas proporcionais a cada fato punível.³⁸

Nesse sentido, observa-se que o princípio da legalidade também produz seus reflexos quando se trata da execução penal, visto que esse é o momento mais crítico, pois há a intervenção direta do Estado no indivíduo, através da privação da liberdade ou afetação do patrimônio, dependendo da pena imposta no final do processo penal. Entretanto, nessa fase a legalidade deve ser observada de maneira que a lei deverá fixar inicialmente os modos de execução das penas e as regras mínimas de tratamento, formando o conceito da garantia penitenciária, como demonstra Lopes.

Clara, pois a necessidade de observância da legalidade penal em matéria atinente às regras mínimas para a execução das penas. No desdobramento do princípio, tem os escritores considerado a vantagem de se instituir uma terceira decorrência. Será a garantia executiva, de tal forma que também na execução das penas não seja possível a atividade da autoridade administrativa sem lei anterior que a discipline. Alguns penalistas preferem denomina-la, em linguagem mais direta, *garantia penitenciária*.³⁹

³⁷ LOPES, 1994. p. 96.

³⁸ LOPES, 1994. p. 138.

³⁹ LOPES, 1994. p. 142.

Dessa forma, observa-se que o princípio da legalidade influencia de maneira decisiva o Direito Penal, já que nenhuma atuação do Estado no tocante a essa matéria pode ser calcada na mera discricionariedade, principalmente, quando estamos falando dos Poderes Judiciário e Executivo, estes que são atores diretos quando estamos tratando da execução da pena, pois, são os responsáveis pela aplicação da pena imposta ao réu.

Sendo assim, não pode existir atuação estatal sem que haja a previsão expressa em lei, que legitime o manejo dos bens jurídicos, de forma que seja possível para o cidadão calcular seus atos, conforme o que está prescrito na legislação, buscando garantir uma certeza mínima e a segurança jurídica, que não permitirá que haja mudanças ao bel prazer do ente estatal.⁴⁰

3.2 *IN DUBIO PRO REO*

Trata-se de um princípio correlato da Presunção de Inocência, visto que sua aplicação é baseada no estado de inocência, preexistente, do acusado, sendo que este só poderá ser condenado a partir do momento que for afastada qualquer dúvida razoável sobre a materialidade do delito e a culpabilidade do agente.⁴¹ Renato Brasileiro analisa essa questão da seguinte forma.

Nesta acepção, presunção de inocência se confunde com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.⁴²

O *in dubio pro reo*, é uma regra limitadora da atuação estatal que busca afastar a repressão quando subsistir alguma dúvida ou incerteza sobre a responsabilidade do

⁴⁰ LIMA, 2012. p.98.

⁴¹ MIRZA, Flávio. **Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. V. 2010. p. 550-551.

⁴²LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador. Editora Jus Podivm, 2016. p. 81.

acusado⁴³, sendo assim, é uma das características do movimento que defende o direito penal mínimo, modelo de intervenção estatal, que busca a utilização *ius puniendi* apenas quando não existir nenhum outro meio hábil para reprimir a situação ilícita, movimento definido por Nelson Hungria.

Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica que serve jurídica é que surge a necessidade enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais São o ultimo recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.⁴⁴

Tourinho Filho ao citar Giuseppe Bettiol, descreve esse princípio como uma das bases não apenas para o processo penal, mas figura também do Estado Democrático de Direito, visto que não há modo de se falar em liberdade e democracia em um Estado, onde a vontade de punir tem prevalência sobre as liberdades de seus cidadãos.⁴⁵

Reconhecido como base do Estado Democrático de Direito, as raízes desse princípio, mesmo que longínquas e não tratadas de modo explícito, podem ser encontradas no Direito Romano, diante da possibilidade do *non liquet* quando não houvessem elementos suficientes para que o *iudex* proferisse uma decisão acerca do caso concreto, e no direito medieval, como cita Francisco Ortego Perez.⁴⁶

De outro ponto de vista, as raízes mais profundas do princípio *pro reo* queriam estar já em alguma regra do digesto (*in poenalibus causis benignius interpretandum est*, Lei 17, 155), e mesmo em algum exemplo isolado da lei medieval. Tal é o caso desse preceito de *Las Partidas* que indica ao juiz que “em casos que claramente não podem ser provados ou que são duvidosos... mais coisa santa e mais certa é remover do homem a penalidade que ele merece no erro... que dá-la a quem não merece” (Sétimo artigo, título XXXI, Lei 9).⁴⁷

⁴³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.84

⁴⁴HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal: vol. VII.** Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1958. p. 178.

⁴⁵BETTIOL, 1974, p. 295 apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 1.** 35ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 96.

⁴⁶PEREZ, Francisco Ortego. **La delimitacion entre el principio in dubio pro reo y la presuncion de inocencia em el processo penal español.** Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, vol 4. 2013. p. 13-14.

⁴⁷No original: *Desde otro punto de vista las raíces más hondas del principio pro reo han querido encontrarse ya en alguna regla del Digesto (In poenalibus causis benignius interpretandum est, Ley 17, 155), y hasta en algún ejemplo aislado del derecho del medievo. Tal es el caso de aquel precepto de*

No ordenamento jurídico brasileiro, esse princípio surge na redação do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal⁴⁸, onde fica determinado que diante da existência de dúvida acerca da responsabilidade do acusado no momento da prolação da sentença deverá o juiz decidir pela absolvição, uma vez que esse princípio busca a prevalência da liberdade individual frente ao interesse geral do Estado em punir.⁴⁹

No entendimento de Tourinho Filho, a disposição citada acima não se trata de expressão do princípio na legislação, mas sim uma das hipóteses da aplicação do *in dubio pro reo* durante o desenvolvimento do processo penal. Já que na hipótese da absolvição do acusado por falta de provas, não ocorre a dúvida do juiz sobre os fatos, mas sim a certeza de que não há elementos que possam justificar a condenação, citando Santiago Sentís Melendo, penalista argentino.⁵⁰

Pode-se realizar o cotejo desse princípio com muitos outros que instruem o processo penal, entre eles, o *nemo tenetur se detegere*, que importa a não valoração do silêncio do acusado durante o processo. Assim como prescreve o artigo 186, parágrafo único e no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição.⁵¹

Além disso, devemos considerar que o ônus na produção de provas também é influenciado por esse princípio, já que se torna obrigação da acusação desconstituir a qualidade de inocente do acusado, através de provas que afastem qualquer dúvida razoável sobre a culpabilidade do agente.⁵²

3.2.1 *Nemo tenetur se detegere*

Las Partidas que le indica al juzgador que «en los pleytos que claramente non pueden ser provados o que fueren dudosos ... mas santa cosa e mas derecha es quitar al ome de la pena que mereciese por yerro ...que darla al que non la mereciese» (Séptima Partida, título XXXI, ley 9). Em PEREZ, Francisco Ortego. **La delimitacion entre el principio in dubio pro reo y la presuncion de inocencia em el processo penal español.** Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, vol 4. 2013. p. 13-14.

⁴⁸ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – Não existir prova suficiente para a condenação.

⁴⁹ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Ed. Forense. 2018. p. 47.

⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 1.** 35ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 96.

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 1.** 35ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 96.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.122

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, não trata apenas do direito ao silêncio durante o processo penal e durante a investigação preliminar, mas sim do direito do imputado de não colaborar com a acusação na produção de provas que possam levar a sua condenação.⁵³

Marcelo Schirmer Albuquerque, sinaliza que a melhor definição para esse princípio está no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, como segue.

[...] tal garantia, a nosso sentir, encontra seu melhor conceito no art. 8º, 2º, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que reconhece que toda pessoa acusada da prática de um delito o direito (*rectitius* garantia) “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. No mesmo sentido, coloca-se, entre outros textos internacionais, a quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos que assegura que nenhuma pessoa “será compelida em qualquer caso criminal a ser uma testemunha contra ela mesma.”⁵⁴

Sendo assim, pode-se afirmar que o *nemo tenetur se detegere* possui uma abrangência maior do que apenas o direito ao silêncio durante toda persecução penal, descrito no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal Brasileira⁵⁵ e no artigo 186, parágrafo único do Código de Processo Penal⁵⁶, devendo ser entendido também como a inexigibilidade de realizar declarações verdadeiras durante seus interrogatórios e a não obrigação de participar de atos da instrução processual que possam contribuir para a determinação de sua culpa, ainda mais quando determinar uma invasão ao seu organismo, por exemplo, quando for necessária a coleta voluntária de material genético ou de qualquer outro que seja imprescindível a intervenção sobre seu corpo.⁵⁷

A origem desse princípio é incerta, podendo ser verificados alguns traços dessa garantia em escritos religiosos da antiguidade, como no Direito Hebreu, que não admitia que o acusado fosse obrigado a depor contra si mesmo, pois estaria o homem

⁵³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016. p. 461-464.

⁵⁴ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2008. p. 4.

⁵⁵ Art. 5º. [...] LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado;

⁵⁶ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo Único. O silêncio, que não importa em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

⁵⁷ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm. 2017. p. 97.

intervindo no corpo de outro, o que não era permitido por se tratar de um bem pertencente a Deus.⁵⁸

Outros documentos históricos fazem referências sobre a não obrigatoriedade de se auto incriminar durante o processo penal, dentre eles muitos escritos de autores da Idade Média, os quais estudavam o direito canônico e o direito romano, que segundo Helmholtz, utilizavam-se de escritos bíblicos, para afastar a obrigatoriedade do juramento *de veritate dicenda*, como cita a análise feita de uma carta de São Paulo aos Hebreus.⁵⁹

O texto oficial usado com mais frequência para justificar a regra foi um extrato de um comentário sobre a carta de São Paulo aos Hebreus do grande pai da Igreja do século IV, São João Crisóstomo. O texto, inserido no *Decretum* de Graciano (1140), o livro-texto canônico padrão da Idade Média, afirmava: 'Eu não digo a você que você deve se trair em público nem se acusar diante dos outros, mas obedecer ao profeta quando ele disse: Revele seus caminhos ao Senhor'. Comentaristas medievais lêem essas palavras como um ponto legal: homens e mulheres devem confessar seus pecados a Deus, mas não devem ser obrigados a tornar seus crimes conhecidos por outra pessoa⁶⁰

Por sua vez, Ferrajoli, reconhece que esse princípio como base fundadora do processo acusatório e vê sua origem a partir das formulações de Hobbes, que foi difundida e inaugurada na aplicação do Direito Inglês. Sendo assim, aponta várias consequências que podem ser observadas a partir dessa máxima garantista.⁶¹

Disso resultaram, como corolários: a proibição daquela “tortura espiritual”, como chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o “direito ao silêncio”, nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade de o imputado responder falso, a proibição não só de arrancar a confissão com violência, mas também de obtê-la mediante a manipulação da psique, com drogas e práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência, a consequente negação do papel decisivo da confissão,

⁵⁸ COUCEIRO, 2004. p. 30-31 apud ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2008. p. 15.

⁵⁹ HELMHOLTZ, Richard H. **Origins of the Privilege against Self-incrimination: The Role of the European *ius Comune***. New York University Law Review 962, 1990. p. 981.

⁶⁰ No original, “*The authoritative text used most often to justify the rule was an extract from a commentary on St. Paul’s letter to the Hebrews by the great fourth-century Church father St. John Chrysostom. The text, inserted in Gratian’s Decretum (1140), the standard canonical textbook of the Middle Ages, stated: ‘I do not say to you that you should betray yourself in public nor accuse yourself before others, but that you obey the prophet when he said, Reveal your ways unto the Lord’.* Medieval comentators read these words as making a legal point: men and women should confess their sins to God, but they should not be compelled to make their crimes known to anyone else”. Em HELMHOLTZ, Richard H. **Origins of the Privilege against Self-incrimination: The Role of the European *ius Comune***. New York University Law Review 962, 1990. p. 982.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.486

tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais, o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias penais.⁶²

O que fica claro é a importância desse princípio no desenvolvimento do processo penal, já que através dele foi possibilitada uma série de garantias ao cidadão que se encontra na posição de acusado, diante do *ius puniendi* estatal. Ainda mais, quando se observa que este acaba por ser umas das bases fundantes do sistema acusatório, tão almejado pela Constituição Federal Brasileira, além de garantir a situação de inocente do imputado até o momento que exista uma decisão definitiva acerca da sua culpabilidade com relação ao fato pelo qual está sendo acusado.

⁶² Ibidem, 2002

4 SÍNTESE DOS VOTOS PROFERIDOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após discorrer sobre vários dos institutos, princípios e garantias que estão diretamente ligados ao Direito Penal e Processual Penal, é de suma importância realizar uma análise das decisões proferidas na Suprema Corte brasileira, para que possamos entender as razões que motivaram os ministros a adotar determinada corrente e causar uma reviravolta na jurisprudência.

Para tal, será realizada a análise dos votos proferidos nos *Habeas Corpus* 84.078/MG, de relatoria do eminente Ministro Eros Grau e no de número 126.292/SP, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki.

4.1 HABEAS CORPUS 84.078/MG

Trata-se de Habeas Corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que determinou o recolhimento do paciente após a publicação do acórdão que confirmou a condenação pelo cometimento do crime do artigo 121, § 2º do Código Penal.

Inicialmente, o paciente buscava perante o STJ o reconhecimento da invalidade da determinação da prisão preventiva, que foi decretada. Como esta não foi afastada e não houve fundamentação para a manutenção da preventiva, a prisão tomou contornos de antecipação da execução da pena, o que motivou a apresentação do *writ* para afastar a possibilidade da prisão a título de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Analisado o *Habeas Corpus* no Tribunal Pleno do STF foi concedida a ordem e houve a modificação do entendimento até então aplicado pela Corte, decidindo pela impossibilidade da execução antecipada da execução antecipada da pena, ficando definido da seguinte maneira:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo

recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.⁶³

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010.

Restou prejudicada a pesquisa diante da inexistência de publicação, pelas vias oficiais, dos votos dos eminentes, Ministro Ricardo Lewandowski e Ministra Carmem Lúcia, ressaltando que o primeiro compôs o quórum vencedor, votando pela inadmissibilidade da execução antecipada da pena, e a Ministra votou pela admissibilidade do instituto, compondo assim o quórum vencido.

4.1.1 Ministro Eros Grau

O Ministro, figurou como relator no julgamento desse HC, iniciou seu voto com algumas considerações acerca do caso concreto, pontuando que afastado o fundamento do decreto de prisão preventiva, e que a manutenção do réu no cárcere teria ganho contornos de execução antecipação de pena. Sendo assim, propôs que o entendimento consolidado deveria ser revisto, em face do tratamento que a Constituição deu ao tema.

Em seguida, fez uma análise legislativa, realizando um cotejo entre os vários dispositivos que afetam o tema, passando pelo Código de Processo Penal, pela Lei de Execução Penal, que pontua a questão do momento que se torna possível o início do cumprimento da pena, e finalizando com o inciso LVII da Constituição Federal.

Acerca do inciso LVII da CF, o ex-ministro Ministro observa que não se trata de apenas um princípio consagrado, mas que o constituinte pela descrição de uma regra de tratamento, a qual já obstava a aplicação de penas restritivas de direito antes da ocorrência do trânsito em julgado, e, portanto, não deveria a Corte permitir a reclusão à título de execução de pena privativa de liberdade, antes do marco estabelecido na Constituição.

Além disso, entendeu Eros Grau que a execução antecipada da pena, seria um fator que mitigaria a ampla defesa durante a tramitação do processo nas Cortes Superiores, e que sendo um princípio geral do Direito, deve estar garantido em todas as instâncias e durante toda a tramitação do processo.

Sendo assim, reafirma ser a presunção de inocência uma regra expressa na Constituição Federal, de forma a condenar qualquer mitigação desta, visto que se não é permitido a aplicação de consequências patrimoniais antes do trânsito em julgado

da sentença penal condenatória, porque a Constituição permitiria a supressão do direito à liberdade, antes do marco fixado.

Para reforçar a sua tese, definiu como inaceitável qualquer tipo de justificativa para reconhecer a possibilidade da execução antecipada da pena, já que estariam as Cortes se esquivando de julgar através da criação de jurisprudência defensiva.

Por fim, reconheceu a impossibilidade da execução antecipada da pena e votou pela concessão da ordem ao paciente.

4.1.2 Ministro Menezes Direito

Inicialmente, o Ministro buscou aclarar os fatos e delimitar o que estava o paciente buscando afastar no writ impetrado, para isso realizou uma descrição sumária do caso, e concluiu que inicialmente o objetivo da defesa era afastar o decreto de prisão preventiva proposto pelo Ministério Público do estado de Minas Gerais, mas após a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, a manutenção da prisão ganhou contornos de execução antecipada de pena, e por isso, deve ser modificada a análise do *habeas corpus* proposto.

Após isso, iniciou a explanação sobre a função jurisdicional das Cortes Superiores, delimitada na Constituição e nas leis ordinárias, as quais determinam que os recursos extraordinários, *latu sensu*, não são acobertados pelo efeito suspensivo obrigatório, sendo assim, seria perfeitamente aceitável a execução antecipada de pena, isso porque não existiria decreto prisional mais fundamentado que o acórdão confirmatório de condenação, como observou.

A ordem de prisão contida na sentença ou no acórdão é uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. É, aliás, em princípio, a mais e melhor fundamentada ordem de prisão emanada de uma autoridade judiciária, porquanto supõe o exame aprofundado das provas produzidas.⁶⁴

Evoluiu no seu raciocínio realizando uma comparação entre a prisão cautelar e a execução antecipada da pena, pontuando que ao permitir a decretação no primeiro

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010.

caso e sendo vedada no segundo, acaba ocorrendo a distorção acerca da importância dos institutos do Direito Penal, pois, estaria dando maior importância ao desenrolar do processo em detrimento da efetividade da lei penal.

Citou também alguns julgados da Suprema Corte que, com a análise já a luz da Constituição de 1988 e seu inciso LVII, permitiram a execução antecipada da pena, baseado justamente na ausência do efeito suspensivo dos recursos extraordinários. Além desses, citou alguns estudos apresentados sobre o tema, que também referendavam a posição até então mantida na Corte, visto que definiam que o inciso LVII explicita um princípio que não deve ser aplicado de maneira irrestrita.

Concluiu, que sendo o processo respeitando o devido processo legal nas instâncias ordinárias, não deve a mera interposição dos recursos extraordinários afastar a possibilidade da execução da pena, isso porque quando entender injusto o decreto prisional, o sistema legal brasileiro apresenta outras opções para afastá-lo. E que se negar a efetividade a decisão confirmada no acórdão, estaria afastando a efetividade da lei penal. Por isso, optou por votar pela denegação da ordem e consequente manutenção da possibilidade da execução antecipada.

4.1.3 Ministro Celso de Mello

Primeiramente, abordou a diferença entre a prisão a título cautelar e a prisão que tem por finalidade aplicar a pena, reforçando que não se pode confundir esses institutos, ao utilizá-los durante o desenvolvimento do processo penal. Para ilustrar a diferença reforçou a tese adotada na própria Corte, que tornou inadmissível a prisão cautelar embasada apenas na gravidade do crime ou em elementos formadores do tipo penal, essa diferença fica clara no seguinte trecho.

Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar – considerada a função exclusivamente processual que lhe é inerente – não pode ser utilizado com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí o resultando grave comprometimento ao princípio da liberdade.⁶⁵

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010. p. 1109.

Seguindo, explanou sobre a presunção de inocência, explicando sua posição constitucional e a função desempenhada no ordenamento jurídico, destacando a característica de regra de tratamento, enunciado pelo legislador constituinte, que visa garantir a todos os cidadãos o direito de ser reconhecido e ter tratamento compatível com a condição de inocente, até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Reforçou ainda que o preceito da presunção de inocência não é consagrado apenas no ordenamento jurídico brasileiro, visto que surge em Constituições de outros países, além de documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana de 1948.

Também citou a impossibilidade do esvaziamento progressivo do instituto, ou seja, não se perde o status de inocente aos poucos, com a soma de revezes durante o deslinde do processo, sendo afastada a presunção apenas no momento que ocorrer o trânsito em julgado, sendo assim,

O fato relevante, em tal matéria, é um só: nos episódios processuais ainda não definidos, porque deles ausente sentença judicial transitada em julgado, não podem repercutir, de modo irreversível, sobre o estado de inocência que a própria Constituição garante e proclama em favor de qualquer pessoa.⁶⁶

Por fim, concluiu que o Direito Romano já contemplava a presunção de inocência com a finalidade de acompanhar o voto do Relator, no sentido de conceder a ordem e reconhecer a impossibilidade da execução antecipada de pena.

4.1.4 Ministro Joaquim Barbosa

O ministro iniciou seu voto já expondo seu posicionamento quanto ao assunto, que é o da aceitação da incidência da execução provisória da pena, posicionamento que, no decorrer do voto, é justificado.

A primeira justificativa apresentada foi a questão da respeitabilidade das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, visto que se não existir confiabilidade

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010. p. 1121.

nas decisões proferidas por estes, não haveria razões para tais existirem e as ações deveriam ser todas julgadas na Suprema Corte.

Isto significa que não se deve fazer letra morta das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Do contrário, melhor seria que todas as ações fossem processadas e julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, já que somente com uma decisão irrecurável desta Corte se poderá dar credibilidade a uma decisão condenatória.⁶⁷

Além disso, reforçou a inexistência do efeito suspensivo no caso da interposição de recursos extraordinários, mais um motivo, segundo o Joaquim Barbosa, para aceitar a aplicação da execução antecipada da pena. Além disso, citou a modificação proporcionada pela Emenda Constitucional 45, que modificou os pressupostos de admissão dos recursos extraordinários, que inseriu a necessidade da demonstração da repercussão geral do tema a ser discutido, quesito, segundo o Ministro, que na maioria das vezes não é cumprido.

Outro ponto abordado foi a questão de a Lei de Execuções Penais não vedar o recolhimento do réu antes da ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, visto que no artigo 105, reconhece que no momento da expedição da guia de recolhimento definitivo o réu pode estar preso.

Também reforçou o fato de ocorrer, com a interposição dos recursos extraordinários, apenas o efeito devolutivo, o que não permite a rediscussão dos fatos e fundamentos da condenação, podendo ser abordado apenas matéria de direito, o que leva a um número inexpressivo de êxitos, por parte dos réus, quando manejam tais recursos.

Sendo assim, reconhece que a regra é a pronta execução da pena assim que esgotadas as instâncias ordinárias e que o reconhecimento da proibição disso, alimenta ainda mais a prática da busca por recursos indevidos com o objetivo de se alcançar a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Por isso, concluiu votando pela denegação da ordem e conseqüente reconhecimento da possibilidade da execução antecipada da pena.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010. p. 1142.

4.1.5 Ministro Carlos Britto

O Ministro iniciou sua explanação com considerações acerca do inciso LVII da Constituição Federal, delineando que o legislador constituinte buscou contemplar a presunção de não culpabilidade e não a presunção de inocência, já que entende que esta é muito menos abrangente que aquela, já que a primeira busca garantir a inocência até se esgote todas as fases do processo, ou seja, como está explícito no texto constitucional.

O indivíduo é inocente, não só até a prova em contrário. Vai além disso. Para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado.⁶⁸

Evoluiu realizando o cotejo entre as várias disposições da Constituição sobre a privação de liberdade, e vislumbra que em apenas duas situações é possível o afastamento “automático” da presunção de não culpabilidade, autorizando a prisão do indivíduo sem a que exista sentença com o trânsito em julgado, sendo elas, o caso da prisão em flagrante delito e no caso de uma decisão devidamente fundamentada durante o deslinde do processo, sendo essas, as únicas hipóteses para decretar o encarceramento de um indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Finalizou o seu voto, tratando da gravidade e dos efeitos da constrição da liberdade do indivíduo que acaba socialmente estigmatizado, afetando não apenas a sua esfera corpórea, mas também a social e psicológica, devido as consequências do cárcere, citando que essa é a razão para permitir a prisão do indivíduo seja decretada apenas em situações excepcionais, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dessa forma, votou pela concessão da ordem e por consequência pela inadmissibilidade da execução antecipada da pena.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010. p. 1151.

4.1.6 Ministro Cezar Peluso

O Ministro iniciou sua explanação com a evolução histórica dos direitos e garantias no processo penal em todo o mundo, pontuando, o reconhecimento o princípio da presunção de inocência como o principal escudo contra a atuação arbitrária e violenta do Estado durante a apuração de condutas criminosas.

Continuando sua explanação, analisou o conteúdo do princípio, sendo que este não se apresenta apenas como uma garantia individual, mas sim desde a sua origem, é o fundamento do modelo liberal e garantista de processo penal, visto que tem a função de garantir o tratamento digno ao réu.

Daí, aliás, a boa lembrança daquela velha expressão latina *reus sacra res*, o réu é coisa sagrada e, desse ângulo, o princípio aponta não apenas para a necessidade de um tratamento condigno ao réu no curso do processo penal, mas também de que este concretize o modo de processo que, hoje, diríamos liberal ou de caráter garantístico.⁶⁹

Prosseguiu sua análise do princípio da presunção de inocência cotejando o seu conteúdo com o descrito no princípio do devido processo legal, reconhecendo que a aceitação da execução antecipada da pena, esvaziaria o conteúdo da presunção de inocência e além disso, tornaria em parte ineficaz princípio do devido processo legal, visto que o encarceramento do indivíduo, consequência maior do processo penal antes da incontroversa comprovação da culpa do réu, mesmo que estivesse determinado por lei, seria tal atitude injusta, visto que mesmo sendo acusado, durante o processo o indivíduo ainda não é merecedor do cerceamento da sua liberdade, na modalidade de execução da pena.

Sendo assim, votou pela concessão da ordem e consequente inadmissibilidade da execução antecipada da pena.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010. p. 1162.

4.1.7 Ministra Ellen Gracie

No início de seu voto a Ministra fez uma digressão histórica, a fim de traçar o histórico da evolução do Direito Processual no mundo, citando momentos do passado em que não havia nenhuma garantia jurídica aos acusados, que além de estar numa posição vulnerável, tinham que provar a sua inocência para escapar das mãos pesadas do Estado.

Assim, descreveu a importância do princípio da presunção da inocência, visto que este trouxe alívio aos cidadãos e limites a atuação do poder estatal. Entendendo que a presunção de inocência está diretamente ligada ao campo da instrução criminal, ou seja, transfere para o Estado a responsabilidade da comprovação da culpa e afasta a possibilidade das prisões arbitrárias, ou que sejam usadas como meio para a obtenção de provas para a condenação do réu.

Entretanto, não vê como um instituto que tem aplicação ampla e irrestrita, uma vez que deve ter seus efeitos mitigados ao passo que as provas produzidas são confirmadas sob o manto do devido processo legal, para que não ocorra o menosprezo pelas decisões das instâncias ordinárias.

Pois bem, é dessa situação historicamente documentada, cuja a memória deve permanecer como advertência constante, que, em movimento pendular, alguns propõe que se vá até o extremo oposto. Em suma, para sustentar a inviabilidade do recolhimento à prisão, após sentença condenatória confirmada pelo tribunal. Ora, se a presunção de inocência é conquista democráticas das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte total inaniade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosa e a corrosiva sensação de impunidade de nossa sociedade tanto se ressentem.⁷⁰

Evoluiu na análise das convenções sobre Direitos Humanos e da legislação de outros países, apontando que em nenhum lugar é tratada a presunção de inocência como forma de proibição da prisão de um réu antes do trânsito em julgado. Seguiu com a análise do princípio da proporcionalidade, defendendo que este deve ser aplicado de modo a evitar o excesso, mas também não pode deixar de evitar a

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010. p. 1170.

insuficiência, não devendo ser permitido a prisão quando não se tem nenhum elemento contra o acusado, mas também não se pode deixá-lo sem a aplicação da consequência quando se tem a culpa confirmada.

Afetado estaria o referido princípio se aceitássemos que alguém pudesse ser privado da liberdade no curso do processo quando não há certeza formada sobre a materialidade e autoria (CPP, art. 312), mas não pudesse sê-lo após a sentença condenatória mantida pelo tribunal, quando, ao invés de presunção, já existe juízo de certeza.⁷¹

Sendo assim, votou pela denegação da ordem e, por consequência, a favor da possibilidade da execução antecipada da pena.

4.1.8 Ministro Marco Aurélio

Em um voto breve, o Ministro apenas abordou a diferença entre a execução antecipada de sentença nos processos civil e penal, relatando que o principal problema da aceitação da execução antecipada de pena privativa de liberdade, seria a impossibilidade da reversão dos efeitos.

Pois, uma vez cerceado o direito de ir e vir do indivíduo, não haveria como este recuperar o tempo perdido ou as marcas que o cárcere provoca no cidadão que fica preso por algum tempo, podendo no máximo ser revertido em indenização pecuniária. Diferente é o no caso do processo civil, que envolve valores monetários, sendo mais facilmente o movimento de retorno ao *status quo*.

Dessa forma, optou por votar pela concessão da ordem e por consequência impossibilidade da execução antecipada da pena.

4.1.9 Ministro Gilmar Mendes

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010. p. 1175.

O Ministro iniciou seu voto apontando a real discussão envolvida no caso concreto, delimitando-a como a compatibilidade entre o preceito constitucional da presunção de inocência e a possibilidade da execução antecipada da pena. Para tal, discorreu sobre o tradicional posicionamento da Corte até então e citou alguns trechos de votos vencidos, que foram proferidos anteriormente, quando da análise do mesmo tema.

Em seguida, apresentou explanação sobre o princípio da não-culpabilidade, definindo-o como o limite para a atuação estatal durante o processo, sendo o freio para evitar a intervenção estatal desnecessária sobre o cidadão que figura como acusado, devendo este ter sua liberdade restringida apenas nos casos específicos e como medida cautelar, conforme manda o artigo 312, CPP.

Também realizou a análise do caso concreto a luz de outros princípios constitucionais, a exemplo do devido processo legal e o princípio da dignidade, apontando que a admissibilidade da execução antecipada de pena, quando não permitida pela Lei Maior, nem definida por nenhuma legislação, afrontaria tais disposições, o que transformaria o réu novamente em objeto das ações.

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Assim, não se afigura admissível o uso do processo penal como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações penais ou de investigações criminais cuja a inviabilidade já se divisa de plano.
Tem-se nesses casos, flagrante ofensa ao princípio da dignidade humana.⁷²

Em seguida, analisou a execução antecipada da pena à luz do princípio da proporcionalidade, o qual tem como objetivo a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, *stricto sensu*, da medida aplicada contra o acusado durante deslinde do processo. Com base nisso, o ministro vê que determinar o recolhimento do réu à prisão, quando ainda se tem a possibilidade de recurso, mesmo que não possua efeito suspensivo, também afronta esse princípio, no sentido da necessidade da medida tomada.

Configurada a desnecessidade da medida, tendo em vista sua flagrante inadequação, não há dúvida de que, na espécie, a adoção de fórmulas

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010. p. 1197.

genéricas, calcadas na antecipação da execução da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo à disposição da defesa, resulta ofensiva ao princípio da proporcionalidade na sua aceção da **necessidade**.⁷³

Sendo assim, finalizou seu voto discorrendo sobre a, sempre possível, evolução no entendimento sobre o Direito em geral, mais ainda quando se tratam de Direitos Fundamentais, os que muitas vezes são a única limitação a atuação estatal. E reforçando a obrigação das Cortes Superiores em reconhecer essas modificações e aplicá-las, modificando a jurisprudência que afeta toda a estrutura do Judiciário.

Por fim, votou pela concessão da ordem e conseqüente inadmissibilidade da aplicação da execução antecipada da pena.

4.2 HABEAS CORPUS 126.292/SP

O acórdão proferido no dia 17 de fevereiro de 2016, veio a modificar o entendimento até então sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que era da impossibilidade da ocorrência da execução provisória da pena, antes que ocorresse o trânsito em julgado da sentença ou acórdão penal condenatório, definindo como possível essa modalidade de execução da pena sem que houvesse a mitigação da garantia descrita no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal. Ficando definido nos seguintes termos.

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
2. *Habeas Corpus* denegado⁷⁴

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010. p. 1200.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 1.

A decisão gira em torno de *habeas corpus* denegado pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual o impetrante alegou a ilegalidade da decretação de sua prisão visto que o mandado estava embasado em sentença condenatória sem que tivesse ocorrido o trânsito em julgado, no qual se buscava a garantia da liberdade do acusado até que fossem julgados todos os seus recursos nas cortes superiores e de fato ocorresse o trânsito em julgado.

Na seguinte decisão restaram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Levandowski.

Nesse caso também existiu a impossibilidade de obtenção do voto do Ministro Dias Toffoli pelas vias oficiais, ressaltando que o eminente Ministro votou conforme a maioria, optando pela admissibilidade da execução antecipada da pena.

4.2.1 Ministro Teori Zavascki

No início do voto, o saudoso Ministro apresenta um breve histórico da evolução da jurisprudência relativa à execução provisória da pena, demonstrando que em períodos anteriores, porém, já sob a égide da Constituição de 1988, a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal já reconhecia a possibilidade da aplicação desse instituto.

Evoluindo apresentou uma análise sobre a presunção de inocência, apontando os diversos avanços que o reconhecimento do princípio trouxe para o processo penal brasileiro, visto que proporcionou a aplicação de um modelo de processo penal garantista, no qual o acusado não precisa se incriminar durante o processo em prol da verdade real, a determinação do juiz natural da causa, o direito ao silêncio, entre outras garantias.

No texto, ainda defendeu a evolução progressiva da culpabilidade do acusado de acordo com a fase em que se encontra o processo, defendendo que ao finalizar a tramitação nas instâncias ordinárias estaria comprovada a culpabilidade do réu, a ponto de ser razoável a execução da pena, mesmo pendente decisão em sede de recursos extraordinários.

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.⁷⁵

Na sequência o ministro avaliou o tratamento dado ao princípio nos diversos ordenamentos jurídicos do mundo, ressaltando que mesmo que essa garantia apareça com caráter constitucional, a limitação da presunção de inocência é plenamente válida para o fim da execução provisória da pena, quando houver qualquer recurso extraordinário a ser julgado.

Para justificar a efetividade da sentença após a decisão definitiva nas instâncias ordinárias o relator do *habeas corpus* se refere ao limitado número de ocasiões que justificam o acolhimento dos recursos extraordinários que está diretamente ligado a função desempenhada pelas cortes superiores, seja ela, a de uniformização da jurisprudência ou do entendimento acerca de algum tema, observando que.

Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.⁷⁶

Avançou na análise acerca da efetividade da prestação jurisdicional, princípio também de ordem constitucional, que segundo o Ministro tem sua efetividade mitigada pelo complexo sistema de recursos existente no processo penal brasileiro, que acaba por muitas vezes gerando a prescrição da pretensão punitiva do Estado, criando uma prática forense, de utilizar os inúmeros recursos de maneira exagerada para que se atinja esse marco temporal e a punibilidade esteja extinta.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 11

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016., p. 16

Com a finalidade de garantir a efetividade do *ius puniendi* estatal o Ministro Teori Zavascki votou no sentido da retomada da antiga jurisprudência do Supremo, fixada até o julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG, e denegou a ordem nesse caso concreto.

4.2.2 Ministro Edson Fachin

O eminente Ministro iniciou sua análise discorrendo sobre a falibilidade dos juízos e a possibilidade da reforma de sentenças, inclusive citando que, caso existisse uma Corte acima do Supremo Tribunal Federal, com certeza as suas decisões seriam alvos de reforma, visto que segundo o Ministro, ao citar Robert Jackson, juiz da Suprema Corte Norte-Americana “Não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra”⁷⁷

Seu voto foi proferido no mesmo sentido do voto do Relator, pela denegação da ordem e consequente retomada da antiga jurisprudência do Supremo. Porém, utilizou outros argumentos que também justificam o seu posicionamento acerca do tema discutido.

Primeiramente, fez uma breve exposição acerca da definição de funções do Supremo Tribunal Federal atribuídas pela Constituição, citando que a principal é a de unificar o entendimento sobre os ditames da Carta Constitucional, além de ter a atribuição do julgamento de algumas figuras da República que possuem a prerrogativa de foro.

Em seu voto defendeu a impossibilidade da aplicação do instituto da presunção de inocência de maneira absoluta, visto que se tratando de um princípio, deve ser realizado um cotejo entre todas as disposições constitucionais para se chegar a uma conclusão correta, de modo que atenda na maior parte todas as prescrições constitucionais, citando a necessidade do cotejo com a princípio da duração razoável do processo e da soberania do Tribunal do Júri.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 20.

Também se referiu a função dos recursos a serem apresentados aos Tribunais Superiores, descritos nos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, que dispõe sobre as atribuições do STF e STJ, que na opinião do eminente Ministro, os recursos extraordinários não foram criados para atender os interesses individuais, visto que esses anseios já são analisados nas instâncias ordinárias.

Isso porque serão nas instâncias ordinárias que serão analisadas todas as circunstâncias do caso concreto, não cabendo às instâncias superiores a análise da situação fática, pois não funcionam como estrutura de terceira e quarta instância. Pois, a função das duas cortes superiores é de uniformização do entendimento acerca da Lei Federal e da Constituição.

Além de tudo isso, argumenta que o trânsito em julgado, diante do complexo sistema recursal brasileiro, só ocorre quando a parte é omissa, fazendo com que a efetividade da prestação jurisdicional fique a mercê da vontade particular, como se observa no seguinte trecho.

Sabemos todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com a sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada a concordância do apenado.⁷⁸

Por fim, trata que se a presunção de inocência abarca a impossibilidade da execução da pena, enquanto pendente recursos que não possuem efeito suspensivo, estaria o constituinte fixando a “presunção absoluta de desconfiança às definições provenientes das instâncias ordinárias”, já que mesmo após a análise de todas as provas e circunstâncias do caso concreto, em sede monocrática e pelo colegiado, considera-se que é impossível concluir pela culpabilidade do acusado em processo penal.

Finalizando o voto cita que quando o acusado se vê diante de injustiças existem outras alternativas, como o *habeas corpus* e outras medidas cautelares que podem

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016.

determinar o efeito suspensivo dos recursos extraordinários, que serão capazes de afastar a indevida supressão das garantias e direitos durante o processo.

4.2.3 Ministro Luís Roberto Barroso

Iniciou seu voto com a descrição do caso concreto relacionado ao julgamento, citando a realidade atual e a evolução do debate sobre o instituto da execução provisória da pena restritiva de liberdade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Evoluindo, apresentou a explanação sobre mutação constitucional, citando as várias modalidades de mutação e suas várias causas, como a que ocorreu diante da modificação do entendimento sobre o tema quando do julgamento do HC 84.078/MG, quando houve uma mudança na interpretação ao “atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente”⁷⁹.

Defendeu que a interpretação literal do princípio da presunção de inocência trouxe vários pontos negativos ao sistema de justiça penal, visto que provocou o aumento desproporcional da interposição de recursos extraordinários *latu sensu*, muitos deles com o simples objetivo de protelação; além disso, tornou o *ius puniendi* ainda mais seletivo, visto que as pessoas mais humildes não possuem capacidade financeira para pagar advogados para manejar esses recursos e o Estado não fornece um sistema de Defensoria Pública estruturado a ponto de conseguir atender toda a demanda; e, por fim, provocou um sentimento de impunidade em toda a sociedade, desmoralizando o Poder Judiciário.

[...] o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se a deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 32

especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tão pouco aos advogados.⁸⁰

Defendeu, então, que o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado de forma mais condizente, principalmente, com a efetividade da lei penal que busca a proteção de muitos outros bens jurídicos que também possuem o status constitucional.

Como fundamento para aceitação da aplicação da execução provisória de pena, o Ministro Barroso iniciou sua explanação, na exposição de seu entendimento que a presunção de inocência e o trânsito não são obstáculos para a ocorrência da prisão visto que “na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de inocência”⁸¹.

O segundo fundamento para sua decisão foi a questão de a presunção de inocência estar enunciada na Constituição na condição de princípio, podendo a sua aplicação ser mitigada quando há o conflito entre este e outros bens jurídicos, como explica o Ministro.

Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam ‘estados ideais’. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no ‘tudo ou nada’, constituindo antes ‘mandados de otimização’, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade.⁸²

Argumentou também abarcando as questões ligadas a efetividade da lei penal, levantando a questão da interposição excessiva de recursos, mesmo quando incabíveis, o que leva ao prejudicial ataque ao princípio da razoável duração do processo, principio que também deve ser respeitado, ainda mais por estar inserido no contexto Constitucional, o que autoriza nesse conflito de normas a ponderação, para

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 37

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 38

aplicação de maneira que atenda da melhor forma os objetivos pregados em nosso ordenamento jurídico.

Concluindo o voto, explicou que a execução antecipada de pena pode reverter o efeito negativo que a mutação realizada em 2009, sejam eles o incentivo a interposição de recursos protelatórios, a seletividade do sistema penal e o aumento do descrédito do sistema de justiça penal.

Sendo a decisão do eminente Ministro, a denegação da ordem e consequente aceitação da aplicação da execução provisória da pena.

4.2.4 Ministra Rosa Weber

A eminente Ministra optou em seu voto por realizar uma retomada dos votos proferidos no *habeas corpus* 84.078/MG, para divergir do entendimento do ministro relator e daqueles que o acompanharam, sob o argumento de que o princípio da segurança jurídica é de suma importância para a estabilidade do Poder Judiciário.

Argumentou que devido a esse princípio, ela vinha em outros casos apenas aplicando a jurisprudência consolidada, e não observa como fator determinante para a modificação do entendimento, apenas a mudança na composição da Corte.

Por isso, decidiu pela concessão da ordem e consequente pela impossibilidade da aplicação da execução provisória da pena.

4.2.5 Ministro Luiz Fux

Ao iniciar seu voto, ressaltou que muitas vezes o constituinte originário acaba silenciando diante de alguns institutos ou preceitos jurídicos não os contemplando no texto constitucional. Por sua vez, entende que no caso da presunção de inocência houve uma deturpação do alcance, visto que todos os documentos jurídicos desde sua origem, é entendido como existente a presunção até que seja a culpa comprovada, o que segundo o Ministro, não dependendo do trânsito em julgado.

E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo de apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência.⁸³

Evoluiu a sua argumentação, quanto a possibilidade, já reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, da ocorrência da coisa julgada parcial ou em capítulos, pois entende após a decisão proferida em acórdão de Tribunal de Segundo Grau, a matéria fático-probatória já estaria afetada pelo instituto da coisa julgada, visto que impossível o revolvimento desse tema nos recursos a serem apreciados pelas Cortes Superiores.

Para concluir seu voto, citou que a sociedade não consegue mais aceitar que uma pessoa condenada, que recorre mesmo sem uma justificativa plausível, buscando apenas a prescrição da pretensão punitiva, seja considerada inocente. Como observa,

e, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da Professora Patricia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude de incongruência sistêmica ou social⁸⁴

E concluiu seu voto com a denegação da ordem e consequente reconhecimento da possibilidade da execução provisória da pena.

4.2.6 Ministra Carmem Lúcia

Em um breve voto, a eminente Ministra, reiterou seu posicionamento acerca do assunto debatido, visto que ela participou também do julgamento do *habeas corpus*

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 58.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 60.

84.078/MG, ocasião que restou vencida quanto a possibilidade da execução provisória da pena.

No seu entendimento, o constituinte ao inserir a presunção de inocência, buscava evitar que a “etiqueta da culpa” seja colocada ao acusado antes que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas que de maneira alguma evita que este seja condenado. Defendendo que, “as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais”⁸⁵.

Sendo assim, entende que o início do cumprimento da pena antes da ocorrência do trânsito em julgado não fere o núcleo do princípio da presunção de inocência. E votou no sentido de denegar a ordem e consequentemente a aceitação da execução provisória da pena.

4.2.7 Ministro Gilmar Mendes

Ao iniciar seu voto o Ministro abordou o sentimento de impunidade que a demora causa na sociedade, citando alguns casos emblemáticos que devido a interposição reiterada de recursos fez com que a punibilidade demorasse muito para ser efetivada, ou ocorreu a extinção dessa punibilidade.

Em seguida passou a análise do instituto da presunção de inocência, citando inclusive a doutrina de Espindola Filho, que já fora citada em momento anterior neste trabalho, a fim de justificar a possível valoração variável desse princípio durante o deslinde do processo penal, defendendo que após a decisão em órgão colegiado, momento que não será mais possível o revolvimento dos fatos ligados ao caso concreto, seria possível a mitigação da presunção de inocência para que se inicie o cumprimento da pena.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 61.

Para justificar, usou do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, que reconheceu como constitucional a Lei da Ficha Limpa, que determina que após a condenação em segunda instância já estaria o cidadão sem o direito de ser eleito, mesmo sem que ocorresse o trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatório.

Também citou algumas disposições das convenções de Direitos Humanos das mais diversas entidades e países, para citar que praticamente nenhuma estabelece o trânsito em julgado da sentença como condição para a não aplicação do princípio da presunção de inocência.

Reforçou que além do tratamento despendido ao acusado dever ser igual o que é dado a um cidadão inocente até o trânsito em julgado, deve a carga probatória, por correlação com a presunção de inocência ficar inteiramente a cargo da acusação no processo penal. Mesmo assim, o Ministro expressou que o princípio não obsta esse tratamento progressivo, principalmente após a condenação em 2º grau.

Para concluir o seu voto, tratou sobre a realidade do sistema recursal, bem como sobre a realidade da violência no Brasil, que acaba sendo impulsionada pela sensação de impunidade que existe na sociedade. Orientando seu voto, no sentido de acompanhar o relator, denegando a ordem e reconhecendo a possibilidade da execução antecipada da pena.

4.2.8 Ministro Marco Aurélio

Iniciou seu voto com uma explanação acerca da função da Constituição e o modelo adotado pelo constituinte em 1988, que buscava um teor garantista dos direitos de todos os cidadãos. Também falou acerca da instabilidade produzida por mudanças abruptas na jurisprudência que acaba afetando a segurança jurídica, pois a mudança de posicionamentos constantes, leva a incerteza do jurisdicionado quando busca a tutela jurisdicional.

Em seguida, iniciou a sua argumentação acerca da presunção de inocência, defendendo que o legislador constituinte foi claro quando redigiu o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, e que com isso limitou a margem de interpretação da norma. Complementando com o fato de que só poderia ser reconhecida a

possibilidade de uma execução provisória de títulos que possibilitam o retorno ao *status quo ante*.

Considerando o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se a condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Aquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.⁸⁶

Desse modo, sua decisão foi de conceder a ordem e reconhecer a impossibilidade de aplicação da execução provisória da pena.

4.2.9 Ministro Celso de Mello

Iniciou sua exposição com um histórico sobre a evolução da presunção de inocência, desde seus primórdios, por muitos reconhecidos como no Direito Romano, mas que de maneira expressa começa a se desenvolver a partir da Magna Carta de 1215 no Reino Unido.

Assim seguiu, para a definição da presunção de inocência, com a finalidade de encaixá-la em uma das categorias de normas, a fim de justificar o seu entendimento acerca do assunto.

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja a prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio a imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.⁸⁷

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 78.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 84.

Dessa maneira, definiu que a Constituição é clara na abordagem de que o Estado, tanto o Judiciário, como qualquer um de seus agentes só poderá tratar qualquer cidadão como culpado, após a ocorrência do trânsito em julgado do processo, sendo este o marco para a descaracterização e perda da efetividade da presunção de inocência.

Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.⁸⁸

Pois, somente a partir desse momento possui o Estado a prerrogativa para aplicar qualquer tipo de sanção, decorrente do processo penal, decorrente do processo penal.

Definiu, como inapropriada a comparação feita com as Constituições de outros países, mesmo que Estados Democráticos de Direito, pois a redação que consagra esse princípio em outros diplomas, surge de maneira diversa da introduzida na Carta Brasileira, visto que não se determina o marco temporal, seja o trânsito em julgado.

Também, observou que a aplicação do sistema de garantias proposto pela presunção de inocência, não obsta a atuação do Estado frente aos casos complexos e que envolva a periculosidade do acusado, visto que é possível a determinação de medidas cautelares que servirão para garantir a ordem pública, o desenvolvimento do processo, entre outros interesses da coletividade.

Por fim, observou que a impossibilidade de se executar provisoriamente uma sentença condenatória surge até mesmo na legislação infraconstitucional, já que no artigo 105 da Lei de Execuções Penais, a execução da pena privativa de liberdade, foi pelo legislador, condicionada a existência de um título executivo com trânsito em julgado.

O voto do eminente Ministro foi no sentido de conceder a ordem e reconhecer a impossibilidade da execução antecipada da pena.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, do Tribunal Pleno, Relatoria: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016. p. 92.

4.2.10 Ministro Ricardo Levandowski

O voto do eminente Ministro foi breve, pois buscou apenas reafirmar a sua posição já adotada quando da discussão acerca do *habeas corpus* nº 84.078/MG, quando foi definido o entendimento da impossibilidade da aplicação da execução provisória da pena.

Assim como, o Ministro Marco Aurélio discorreu sobre a questão da literalidade do dispositivo constitucional, defendendo que isso limitaria a atuação criativa ou interpretativa do Poder Judiciário, já que o legislador constituinte redigiu o artigo de maneira muito clara, citando o brocardo latino, *in claris, cessat interpretatio*.

Evoluiu, também, sobre a questão da possibilidade da reversão ao status *quo ante*, daquele que viu sua pena ser executada provisoriamente, mas ao final do julgamento do recurso extraordinário ou especial, viu sua condição de condenado ser modificada para absolvido, ficando recolhido no sistema prisional indevidamente.

Sistema prisional este que se encontra falido, sem oferecer as mínimas condições para que a o cumprimento da pena se dê de maneira incólume ao condenado, nem possibilita a sua ressocialização. Defendendo que o reconhecimento da possibilidade da execução provisória iria causar um inchaço ainda maior do que o já existente, visto que o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo.

Rebatendo o argumento do Ministro Fux, que o Supremo e o Poder Judiciário em geral tem optado pela determinação de medidas cautelares diferentes da prisão durante o processo, disse que com a possibilidade da execução antecipada da pena, estariam as vagas sendo ocupadas por presos provisórios de uma outra espécie, que não as medidas cautelares, visto que através de recursos extraordinários ainda é possível a modificação do status de condenado do recorrente.

Por fim, expôs que a execução provisória é condicionada a possibilidade de retorno ao status anterior à constrição aplicada, até mesmo no processo civil, seara do Direito, na qual o assunto é predominantemente patrimonial. Questionando o porque de não existir a mesma preocupação quando se trata da liberdade dos cidadãos, a qual dificilmente será recompensada diante de um equívoco de uma decisão judicial.

Seu voto foi no sentido de conceder a ordem e manter a impossibilidade da aplicação da execução antecipada da pena.

5 CONCLUSÃO

Após a exposição sobre os diversos preceitos do Direito envolvidos nas decisões proferidas acerca do tema estudado, será feita uma síntese e análise para que seja possível, concluir pela aceitabilidade ou não da execução antecipada da pena privativa de liberdade.

Primeiramente, se vê que a presunção de inocência ela não possui um caráter de regra, que deve ser aplicada de maneira incondicional, isso porque o próprio legislador constituinte a relativizou ao possibilitar a constrição da liberdade de um acusado, durante o processo penal e antes do trânsito em julgado, quando cumpridos os requisitos legais. Sendo assim, mesmo dirigindo regras de tratamento aos acusados, observa-se que o dispositivo constitucional se adequa melhor à figura de um princípio.

Porém, o obstáculo a direta aplicação da execução antecipada da pena, surge do marco temporal que o legislador constituinte determinou para a cessação da presunção, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que ocorre somente com o esgotamento da possibilidade de apresentação de recursos.

Quando do julgamento do HC 84078/MG, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram pela não admissibilidade da execução antecipada da pena, não apenas com base no argumento da violação a regra de tratamento descrita na Constituição, mas também alegaram que não era plausível tal medida, diante da impossibilidade do retorno ao *status quo*, no caso de absolvição em sede de recursos extraordinários. Inclusive, o Ministro Gilmar Mendes, levantou a questão da violação, também, dos princípios da proporcionalidade e da dignidade humana.

Entretanto, no ano de 2016, após uma reformulação na composição da Corte, foi retomado o entendimento da possibilidade da execução antecipada da pena, quando do julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP. Para justificar a decisão, os Ministros justificaram os votos baseados na efetividade da lei penal, no fato dos recursos extraordinários não reavaliarem os fatos, tratando a presunção de inocência como um princípio, podendo então relativizar a sua efetividade; comparando a aplicação desse instituto em outros países e, inclusive, no número extremamente baixo de recursos que são providos no STF e STJ.

Realizando uma análise global, observa-se que há a coincidência de alguns pontos controversos nos dois julgamentos, sendo eles a definição sobre a presunção de inocência e a validade do disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, conclui-se que pela impossibilidade da aplicação da execução antecipada da pena, não por violação direta ao princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, mas sim em decorrência do marco temporal, estabelecido pelo legislador constituinte, para a cessação dos efeitos de tal presunção, que ficou atrelado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso porque o trânsito em julgado ocorre apenas quando se esgotam as possibilidades de apresentação de recurso durante o processo penal, não ficando caracterizado após a publicação do acórdão condenatório.

Além da disposição constitucional, ao editar a Lei de Execução Penal, o legislador inseriu disposição que determina que a execução da pena só iniciaria com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que configuraria, por questões temporais, a revogação tácita do disposto no art. 637 do Código de Processo Penal.

Portanto, reafirma-se a impossibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, conforme foi decidido no julgamento do HC 126.292/SP, a menos que através de uma emenda, o texto constitucional fosse modificado, além de ocorrer a mutação na Lei de Execução Penal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Ed. Forense. 2018.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro** [recurso eletrônico] / Fernando Brandini Barbagalo. – Dados eletrônicos. – Brasília: TJDF, 2015. 163 p.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 21 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078, do Tribunal Pleno**, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJ-e-035, Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292, do Tribunal Pleno**, Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Lex: jurisprudência do STF, DJ-e-100, Divulg. 16-05-2016, PUBLIC. 17-05-2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução: Nelson Boeira, 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 45.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HELMHOLZ, Richard H. **Origins of the Privilege against Self-incrimination: The Role of the European *Ius Comune***. New York University Law Review 962, 1990
HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal: vol. VII**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1958. p. 178.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012. p. 95-96

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador. Editora Jus Podivm, 2016.

MELLO, Carla Gomes de. Mídia e Crime: Liberdade de Informação Jornalística e Presunção de Inocência. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 2, p. 106- 122, ago.2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7381/6511>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PEREZ, Francisco Ortego. **La delimitacion entre el principio in dubio pro reo y la presuncion de inocencia em el proceso penal español**. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, vol 4. 2013. p. 11-30.

SILVA, Virgílio Afonso. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado 4. (2006).

SILVA, Virgílio Afonso da. **"Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção"**. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003).

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. rev., e atual. Salvador: Editora Jus Podivm. 2017

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 1**. 35ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2013.