



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

FRANCISCO DE OLIVEIRA MOTA

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO
JULGAMENTO DO HC 126.292/SP**

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M1f MOTA, FRANCISCO DE OLIVEIRA.
A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO
JULGAMENTO DO HC 128.292/SP / FRANCISCO DE OLIVEIRA MOTA. – 2016.
63 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Prof. Me. LINO EDMAR DE MENEZES.

1. Presunção de inocência. 2. Prisões. 3. Execução provisória da pena. 4. Trânsito em
julgado. 5. Mutação constitucional. I. Título.

CDD 340

FRANCISCO DE OLIVEIRA MOTA

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO
JULGAMENTO DO HC 126.292/SP**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Lino Edmar de Menezes

FORTALEZA

2016

FRANCISCO DE OLIVEIRA MOTA

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO
JULGAMENTO DO HC 126.292/SP**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Lino Edmar de Menezes (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda
Universidade Federal do Ceará (UFC)

André Viana Garrido
Mestrando do PPG (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Clóvis e
Raimunda.

“Todas as grandezas do
mundo não valem um
bom amigo.”
(Voltaire)

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo fazer uma análise acerca do recente julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, julgado em 17 de fevereiro de 2016, pelo Supremo Tribunal Federal, em que se definiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Prisões. Execução provisória da pena. Trânsito em julgado. Mutação constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the recent judgment of Habeas Corpus nº 126,292, judged on February 17, 2016, by the Federal Supreme Court, in which it was determined that the provisional execution of a condemnatory criminal judgment rendered in an appeal, even if subject to a special or extraordinary appeal, does not compromise the constitutional principle of the presumption of innocence affirmed by article 5, LVII, of the Federal Constitution.

Keywords: Presumption of innocence. Prisons. Provisional execution of the sentence. Judged matter. Constitutional mutation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	3
2.1	Breve histórico dos direitos fundamentais	3
2.2	A presunção de inocência: evolução e diplomas internacionais	7
2.3	O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	9
3	AS PRISÕES ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO	18
3.1	Prisão em Flagrante Delito	18
3.2	Prisão Temporária	20
3.3	Prisão preventiva	22
3.4	Prisão decorrente de decisão de pronúncia	28
3.5	Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.....	30
4	A INDEVIDA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PROMOVIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292 . 31	
4.1	O caso do HC 126.292.....	31
4.2	Quando alguém é considerado culpado e a natureza extraordinária dos recursos	33
4.3	A constitucionalidade do art. 283 do CPP e a omissão do Supremo Tribunal Federal.....	37
4.4	O Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário e a execução antecipada da pena	40
5	CONCLUSÃO	44
	REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão curso tem por objeto o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, de 17 de fevereiro de 2016, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que não ofende o princípio da presunção de inocência a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.

O princípio da presunção de inocência (também denominado de princípio da presunção de não culpabilidade) está consagrado expressamente como direito fundamental de todo indivíduo desde a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, LVII, o qual preconiza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo considerado um dos princípios reitores de todo o processo penal brasileiro.

Tal garantia fundamental foi muito bem delineada quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, realizado em 5 de fevereiro de 2009, no qual o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar, sob pena de ofensa a garantia jusfundamental positivada no art. 5º, LVII, da CRFB/88.

Portanto, a Suprema Corte brasileira, quando do julgamento do HC 126.292/SP, promoveu uma verdadeira guinada jurisprudencial acerca do sentido e extensão de um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, vale dizer, promoveu uma indevida mutação constitucional no princípio da presunção de inocência, que culminou na criação de uma nova modalidade de prisão, ao alvedrio da Constituição e da Lei, e que trará como consequência um agravamento da situação carcerária brasileira. Daí a importância desse julgamento para todos aqueles que estudam temas afetos ao direito constitucional e ao direito penal.

Feito esse breve intróito, o presente trabalho terá como objetivo demonstrar o desacerto da decisão da Suprema Corte que relativizou o princípio da presunção de inocência, ao permitir a chamada “execução

provisória da pena”, culminando com a criação de uma nova modalidade de prisão, não prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, principia-se o primeiro capítulo tratando do princípio da presunção de inocência como direito fundamental, abordando inicialmente a evolução histórica dos direitos fundamentais, a evolução da presunção e a sua positivação nos diplomas internacionais e, finalmente, com o tratamento que a ordem jurídica brasileira dá ao sobremencionado princípio.

No segundo capítulo, trataremos das prisões antes do trânsito em julgado atualmente admitidas pelo ordenamento jurídico, quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva, além das prisões decorrentes de pronúncia e de sentença recorrível, estas já abolidas pela nova ordem constitucional, mas de fundamental importância histórica.

E por fim, no terceiro capítulo, começaremos o primeiro subtítulo reconstruindo o caso que deu azo à mutação constitucional promovida pelo Supremo Tribunal Federal; abordaremos no segundo a problemática envolvendo os conceitos de culpabilidade normativa e fática, além dos efeitos dos recursos extraordinários; no terceiro subtítulo, abordaremos a omissão da Suprema Corte quanto à análise da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal; e, finalizando o terceiro e último capítulo, trataremos da incompatibilidade da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário brasileiro com a execução provisória da pena.

2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 Breve histórico dos direitos fundamentais

Dissertar sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais é tentar descrever um dos capítulos mais fascinantes da história humana ao longo dos séculos, é falar da luta do homem por mais liberdade em face do poder e da opressão.

A consolidação dos direitos fundamentais como normas vinculantes é resultado de longo processo histórico, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam os mesmos em todas as épocas e em todos os lugares.¹

Na antiguidade, no movimento histórico de consolidação desses direitos, o cristianismo desempenhou papel extremamente importante no acolhimento da ideia de uma categoria de direitos inerentes a qualquer ser humano, e que culminou na concepção de dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. Os ensinamentos de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a própria elaboração do direito positivo.²

Nesse sentido, pontifica Jorge Miranda³:

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

Na Idade Média, começa-se a difundir documentos escritos reconhecendo-se direitos a determinadas comunidades, estamentos, principalmente por meio de cartas de franquia e de forais.

¹ **MENDES**, Gilmar e **BRANCO**, Paulo Gustavo Monet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2013.p.135.

² Idem.

³ **MIRANDA**, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra : Coimbra Portugal, 2012. p. 19

Dentre estes documentos, o mais importante, encontra-se a Magna Carta Inglesa do Rei João Sem-Terra, datada de 1215, que conferiu uma série de direitos a um grupo de pessoas (bispos e barões ingleses), tais como o direito de propriedade, a anuência prévia dos contribuintes para a criação de tributos, a liberdade de ir e vir, além da separação de poderes, desvinculando a jurisdição e a lei da pessoa do monarca.⁴

Embora tenha especial destaque histórico, a Magna Carta não é considerada uma declaração de direitos, tal qual as demais declarações que a sucederam, posto que acabava conferindo privilégios apenas à nobreza (os senhores feudais). Porém, foi ela o primeiro documento a imprimir limites à atividade soberana de um monarca, daí sua relevância e importância histórica, haja vista a ideia de direitos fundamentais estar intimamente ligada a limitação do poder.

Nos séculos XVII e XVIII, com o surgimento das teorias contratualistas do Estado, desenvolvida especialmente por Locke, dentre outros, funda-se a ideia de que os homens se reúnem em sociedade para preservar a própria vida, a liberdade e a propriedade, tornando esses bens (vida, liberdade e propriedade) conteúdos de direito oponíveis ao próprio Estado. As teorias contratualistas têm o mérito de reforçar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado, fruto dos ideários iluministas. A defesa de que certo número de direitos são anteriores ao próprio Estado, pois resultariam da natureza humana, acaba desvendando característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição é instituição vocacionada para lhes garantir os direitos básicos.⁵

Embora todos esse eventos descritos tenham contribuído para a afirmação histórica dos direitos fundamentais, foi somente com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e com a Declaração de Direitos do Homem e dos

⁴ **SARLET**, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010.p. 17.

⁵ **MARCHINHACKI**, Romualdo Paulo. *Direitos fundamentais: aspectos gerais e históricos*. *Revista da Unifebe*. 2012.p.165-174

Cidadãos francesa, de 1789, que podemos falar em direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo.

Interessante anotar o comentário de Ingo Sarlet a respeito da discussão doutrinária acerca das declarações americana e francesa:

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.⁶

A respeito das características comuns às declarações francesa e americana, podemos afirmar que ambas reconheciam ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento, vinculando, inclusive, o parlamento, diferentemente das declarações de direitos inglesas que não estabeleciam vinculações às suas casas legislativas.

Apesar desse núcleo comum às duas declarações de direito, o festejado constitucionalista Ingo Sarlet elenca algumas notas distintivas entre ambas, verbis:

É necessário, contudo, apontar para algumas diferenças relevantes entre a Declaração de 1789 e os direitos e liberdades consagrados pelo constitucionalismo americano. Assim, sustenta-se que o maior conteúdo democrático e social das declarações francesas é o que caracteriza a “via” francesa do processo revolucionário e constitucional. Atente-se, neste contexto, ao fato de que a

⁶ **SARLET**, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010.p.23

preocupação com o social e com o princípio da igualdade transparece não apenas na Declaração de 1789, mas também na Constituição de 1791, bem como – e principalmente – na Constituição jacobina de 1793, de forte inspiração rousseauiana, na qual chegaram a ser reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados. Costuma referir-se, ainda, a aspiração universal e abstrata da Declaração francesa e dos direitos nela reconhecidos, contrastando, assim, com o maior pragmatismo das Declarações americanas, sendo correto afirmar-se que a Declaração de 1789 não postulava a condição de uma Constituição, incorporando-se, posteriormente, aos preâmbulos das Constituições de 1791 e de 1793, integrando também, por meio da técnica de remissão, o preâmbulo da vigente Constituição francesa de 1958, que deu seguimento à tradição. O certo é que, durante muito tempo, os direitos da Declaração francesa se encontravam virtualmente à disposição do legislador, visto que não vinculavam o Parlamento, à míngua de um sistema operante de controle de constitucionalidade das leis. Ainda neste contexto, é de lembrar que, enquanto na França o sentido revolucionário da Declaração de 1789 radica na fundamentação de uma nova Constituição, no processo constitucional norte-americano este sentido revolucionário das declarações de direitos radica na independência, em consequência da qual se faz necessária uma nova Constituição. A contribuição francesa, no entanto, foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX. Cabe citar aqui a lição de Martin Kriele, que, de forma sintética e marcante, traduz a relevância de ambas as Declarações para a consagração dos direitos fundamentais, afirmando que, enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos. Atente-se, ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da posituação dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos⁷

Mas foi somente no século XX, com o término da Segunda Guerra Mundial e a queda do regime nazista, que os direitos fundamentais alçaram o status normativo que possuem hodiernamente, de efetiva força jurídica, condicionadora de toda a legislação infraconstitucional. Percebeu-se que o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor quanto o pior do tiranos.⁸ E que para fazer frente a essas eventuais maiorias opressoras, somente com a consagração de normas jusfundamentais num documento de força vinculante máxima, tal qual a constituição, o mundo ficaria livre de experimentar mais uma vez a experiência do nazi-fascismo.

⁷ **SARLET**, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010.p.24

⁸ **MARMELSTEIN**, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo : Atlas, 2011.

E por fim, sintetizando bem esse apanhado histórico dos direitos fundamentais ao longo dos séculos, assevera Paulo Gonet Branco⁹:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

2.2 A presunção de inocência: evolução e diplomas internacionais

A presunção de inocência deita raízes já no longínquo direito romano, quando se aferia a situação daquele contra o qual pairava uma acusação, incidindo a máxima do *in dubio pro reo*, como regra de julgamento, relativa à valoração da prova. Também a Carta Magna de 1215 trazia uma regra em que vedava-se a perda da liberdade em razão de prisão injusta.¹⁰

Na *common law*, anota Nereu José Giacomolli¹¹, diferentemente do nosso sistema derivado da *civil law*, a presunção de inocência não está intimamente ligada a liberdade pessoal, mas sim com o ônus probatório, em face do modelo acusatório de processo penal.

Embora a Carta Magna de 1215 contivesse uma regra em que se vedava a privação da liberdade em razão de prisão injusta, durante a Idade Média o que predominou durante séculos foi uma estrutura de processo penal inquisitório, em que imperava a presunção de culpabilidade. Nesse sistema, cabia ao réu, e não à acusação, comprovar sua inocência.

Nesse ponto, preciosa lição nos traz Nereu José Giacomolli¹²:

Nesse sistema, a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse (purgatio da acusação), e bastava um simples indício à formação de um juízo condenatório. Por isso, na transição dos modelos históricos de processo penal, do inquisitório ao acusatório, a

⁹ MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Monet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2013.p.136.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, et al., et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.p. 1063

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, et al., et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.p.1064

¹² Idem.

presunção de inocência assumiu relevante função em sua modificação estrutural, principalmente no que diz respeito à liberdade e à prova. Na esfera da Europa continental, o princípio da presunção de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da presunção de inocência dos cidadãos, culminando com sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Com o Código de Processo Penal francês de 1808, o qual instituiu o denominado sistema misto, confiado como modelo a toda a Europa continental e tido como um avanço em relação à legislação anterior, principalmente ao Código de Processo Penal francês de 1670, o princípio da presunção de inocência, na concretização garantística, restou comprometido, mormente no que tange à prova (imparcialidade do juiz e busca da verdade), em razão do novo paradigma processual. As estruturações e modificações processuais seguintes, de matriz acusatória ou inquisitorial, em dois pontos fundamentais – liberdade e prova –, revelam o grau de concretização da presunção da inocência.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu artigo 9º, rompendo com o Antigo Regime, fruto das aspirações iluministas, expressamente enunciou o princípio da presunção de inocência, em atendimento às críticas dos pensadores da ilustração à estrutura inquisitorial do processo penal, a qual partia da presunção de culpabilidade do imputado, produzindo seus principais efeitos na prova e na prisão.¹³

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, traz em seu art. 11.1: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se asseguram todas as garantias necessárias para sua defesa”. Dispositivo semelhante é encontrado na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, no seu art. 6.2: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.”

A presunção de inocência também encontrou guarida no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2): “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. *Manual de Processo Penal*. Salvador : Juspodvm, 2015, p. 45.

comprovada sua culpa.” e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 – art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

2.3 O princípio da presunção de inocência na ordem jurídica brasileira

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, estabelecendo de forma expressa, no direito positivo constitucional, o princípio da presunção de inocência, também denominado princípio da presunção da não culpabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, até a promulgação da Constituição Cidadã, esse princípio somente existia de forma implícita, extraindo os Tribunais pátrios o seu conteúdo de outros princípios constitucionais albergados nas Constituições anteriores.¹⁴

Para alguns doutrinadores, como Gilmar Mendes¹⁵, a discussão acerca do significado e alcance do princípio da presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência) remonta aos anos 70, quando em julgado de 17 de novembro de 1976, o Supremo Tribunal Federal reformou decisão proferida pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, na qual se afirmava a inconstitucionalidade de norma que estabelecia a inelegibilidade dos cidadãos que tivessem respondendo a processo penal. Estabelecia a lei federal que cidadãos denunciados pela prática de crime não eram elegíveis.¹⁶

Ainda segundo Gilmar Mendes, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inconstitucionalidade do sobremencionado dispositivo legal, por incompatível com a presunção de inocência, pois “esse princípio, enquanto postulado universal de direito, referido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem

¹⁴ **LIMA**, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador : Juspodvm, 2015.

¹⁵ **MENDES**, Gilmar e **BRANCO**, Paulo Gustavo Monet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2013.

¹⁶ Lei Complementar n. 5, de 19710, art. 1º, I, n.

constitucional brasileira, por meio da cláusula constante do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69”.¹⁷

Vale registrar o brilhante voto do eminente ministro do TSE, Leitão de Abreu, que conduziu aquela Corte Eleitoral a declarar inconstitucional o art. 1º, inciso I, n, da Lei Complementar nº 5 de 1970:

Em nosso sistema constitucional, dispensável se faz colocar esse problema, especialmente naquilo que entende com o princípio da presunção de inocência, não tanto em nome do princípio cardinal do direito internacional público – *pacta sunt servanda* – mas principalmente em face da regra posta na vigente Carta Política, regra que acompanha a nossa evolução constitucional. Nessa norma fundamental se estatui que a ‘especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’. Ora, o postulado axiológico da presunção de inocência está em perfeita sintonia com o s direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. O valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal. Além de se tratar, desse modo, (...) de princípio eterno, universal, imanente, que não precisa estar inscrito em Constituição nenhuma, esse princípio imanente, universal e eterno constitui, em nossa ordem constitucional, direito positivo.¹⁸

Décadas depois, já em 2008, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar novamente a extensão do princípio da presunção de inocência, quando do julgamento da ADPF 144/DF, em que se discutia a interpretação do artigo 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal, que prevê que lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade, levando em conta a vida pregressa dos candidatos. Naquela oportunidade, alguns Tribunais de diversos Estados haviam negado registro a candidatos condenados em processos criminais e administrativos, independentemente do trânsito em julgado dessas decisões. Essa posição não foi endossada pelo Tribunal Superior Eleitoral e, contra essa linha de entendimento, opôs-se a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Por maioria, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Ayres Britto, o Supremo entendeu que a pretensão da referida associação não poderia ser acolhida, e “que a inelegibilidade,

¹⁷ MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Monet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 519

¹⁸ Idem.

gravíssima sanção a direito político essencial, só se justificaria quando fundada em condenação definitiva proferida em processo judicial”.¹⁹

Assim bem sintetizou o Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 144/DF:

[...] Reconheceu-se que, no Estado Democrático de Direito, os poderes do Estado encontram-se juridicamente limitados em face dos direitos e garantias reconhecidas aos cidadãos e que, em tal contexto, o Estado não pode, por meio de resposta jurisdicional que usurpe poderes constitucionalmente reconhecidos ao Legislativo, agir de maneira abusiva para, em transgressão inaceitável aos postulados da não culpabilidade, do devido processo, da divisão funcional do poder, e da proporcionalidade, fixar normas ou impor critérios que culminem por estabelecer restrições absolutamente incompatíveis com essas diretrizes fundamentais [...].^{20 21}

Tem sido rico o debate acerca do significado e extensão desse postulado da garantia/direito da presunção de inocência também em âmbito doutrinário, e não só na seara jurisprudencial, a começar pelas denominações presunção de inocência e presunção de culpabilidade, indagando a doutrina se haveria alguma diferença de fundo entre elas.

Para Paulo Rangel, a Constituição não consagrou o princípio da presunção de inocência, mas tão somente o princípio da presunção de não culpabilidade, pois para o renomado autor carioca:

A terminologia presunção de inocência não resiste a uma análise perfunctória. O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta juris tantum, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal. Dessa forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como

¹⁹ MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Monet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 521

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 144/DF*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, DJ de 6 de Agosto de 2008.

²¹ Em 2012 o Supremo Tribunal Federal, julgando conjuntamente as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578), decidiu, por maioria, que a Lei Complementar nº 135/2010 (a famigerada Lei da Ficha Limpa), que veio instituir outras hipóteses de inelegibilidade voltadas à proteção da probidade e moralidade administrativas no exercício do mandato, não violaria a Constituição, ao estabelecer que “**serão considerados inelegíveis os candidatos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado**, em razão da prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; e contra o meio ambiente e a saúde pública”. (grifos nossos).

presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Nesse momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência. [...] A mesma coisa ocorre quando o juiz condena (presumindo a culpa), pois, se houver recurso do réu e for provida, a presunção de culpa é derrubada. O que a Constituição veda é considerar culpado e não presumir. O juiz, quando dá a sentença (seja condenatória ou absolutória), apenas presume.²²

Embora seja um ponto de vista defensável do ponto de vista doutrinário, o certo é que a ampla maioria da doutrina e da jurisprudência pátrias, não faz nenhuma ressalva quanto à terminologia empregada, preferindo adotar as duas como expressões de mesmo conteúdo. Prevalece a tese defendida por Badaró, segundo a qual “não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isso é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas”.²³

A divergência doutrinária acerca das possíveis diferenças terminológicas acaba esmaecendo quando se constata a previsão constitucional contida no artigo 5º, § 2º, segundo a qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, podendo-se afirmar que o ordenamento pátrio acabou por adotar a garantia da presunção da inocência nos mesmos moldes dados pelos tratados e acordos internacionais firmados pela República brasileira.^{24 25}

²² **RANGEL**, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.p.25

²³ **BADARÓ**, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 294

²⁴ Art. 11.1: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se asseguram todas as garantias necessárias para sua defesa”. (Declaração Universal dos Direitos dos Homens).

²⁵ Art. 8º: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

A par dessa pequena divergência doutrinária, a dogmática jurídica é unânime em apontar que o princípio da presunção de inocência se desdobra em três dimensões ou significados (não excludentes, mas sim integradoras).²⁶

Para Aury Lopes Júnior, a primeira dessas dimensões trata o princípio do estado de inocência como “um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal”²⁷, significado este atribuído pelas escolas doutrinárias italianas.²⁸

A segunda concepção foi muito bem exposta pelo mestre paranaense²⁹, citando Jaime Vegas Torres, segundo a qual:

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.

E por fim, e não menos importante, a terceira dimensão que diz respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade como uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado.³⁰ É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga exclusiva da acusação, impondo-se seja valorada em favor do acusado quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado.³¹

Desses três significados do princípio do estado de inocência, a dogmática costuma extrair deles duas regras de fundamental importância que regem o processo penal de qualquer Estado Democrático de Direito, quais sejam, a regra probatória (também conhecida como princípio do *favor rei*) e a regra de tratamento.³²

²⁶ **JR.**, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 93

²⁷ **JR.**, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 93

²⁸ **LIMA**, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador : Juspodvm, 2015, p. 49.

²⁹ **JR.**, **Aury Lopes**. *Direito Processual Penal*. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 93

³⁰ Idem.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² **AVENA**, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. *Processo Penal Esquematizado*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 27.

A respeito do princípio do *favor rei*, anota Tourinho Filho³³:

Como salientado por Bettioli, em determinada ótica, o princípio do *favor rei* é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade. Não há, de fato, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constante das articulações jurídicas de semelhante Estado o particular empenho no reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana. No conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quiser assistir ao triunfo da liberdade.

E arrebatava o festejado autor, salientando que:

[...] o *favor rei* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isso significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações, antagônicas de uma mesma norma legal – antinomia interpretativa -, a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu.³⁴

Para alguns autores, o postulado do *favor rei* está agasalhado, pelo menos implicitamente, no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ao dispor que o magistrado absolverá o réu quando não houver provas suficientes para a condenação.³⁵

Inúmeras regras do ordenamento jurídico brasileiro consagram o princípio do *favor rei*, em especial a proibição da *reformatio in pejus*, os recursos privativos da defesa (embargos infringentes, revisão criminal etc), além do direito constitucional de o réu manter-se em silêncio quando do seu interrogatório, não podendo advir dessa condição qualquer gravame na sua condição jurídica.³⁶

No que diz respeito à regra de tratamento, assinala a melhor doutrina³⁷ que:

³³ **FILHO**, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 101.

³⁴ Idem.

³⁵ Art. 386, VII: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação”. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

³⁶ 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 importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

³⁷ **LIMA**, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador : Juspodvm, 2015. p. 52.

[...] por força da regra de tratamento oriunda do princípio da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado.

Quanto ao possível conflito decorrente entre esta acepção do princípio da presunção de inocência, consubstanciada na regra de tratamento, e as prisões cautelares, observa Renato Brasileiro, citando o grande mestre de Coimbra:

O princípio da presunção de inocência não proíbe, todavia, a prisão cautelar ditada por razões excepcionais e tendente a garantir a efetividade do processo. Como bem assevera J. J. Gomes Canotilho, se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal. Em outras palavras, o inciso LVII do art. 5º da Carta Magna não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto.³⁸

A restrição cautelar da liberdade, sempre uma exceção no ordenamento processual penal brasileiro, somente se justifica em hipóteses estritas, sendo que a regra é responder à ação penal em liberdade, e a exceção é estar preso no curso do processo.³⁹

Para finalizar o capítulo, nada melhor do que transcrever a ementa do julgamento proferido no âmbito do HC 84.078/MG, em que o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se debruçar sobre o significado e o alcance desse postulado jusfundamental, afirmando ao final que a execução provisória da pena é incompatível com o princípio da presunção de inocência – jurisprudência que viria a ser alterada no julgamento do HC 126.292/SP, temática desse trabalho monográfico -, *in verbis*:

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

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

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 delinquente". 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, 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.⁴⁰ (**grifos
nossos**)

⁴⁰ **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. HC 84.078/MG. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, DJe de 25 de fevereiro de 2010.

3 AS PRISÕES ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

3.1 Prisão em Flagrante Delito

A expressão flagrante deriva das expressões em latim “*flagrare*”, “*flagrans*”, “*flagrantis*”, que em português pode ser traduzida como acalorado, evidente, notório, visível, manifesto.⁴¹

Essa espécie de prisão cautelar, também denominada pela doutrina de medida precautelar, encontra-se prevista tanto na Constituição Federal, mais especificamente no seu Art. 5º, inciso LXI, bem como no Art. 302 do Código de Processo Penal, vindo a doutrina a defini-la como uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e de caráter administrativo, e que se dá no momento e no local do crime.⁴²

Trata-se da única espécie de prisão de prisão provisória efetuada sem ordem judicial. Portanto, apenas se converte em ato judicial no instante em que ocorre a sua comunicação ao Poder Judiciário, de modo que a autoridade judiciária possa analisar a sua legalidade e adotadas as providências estabelecidas no art. 310⁴³ do CPP.⁴⁴

Segundo a doutrina⁴⁵, esse tipo de prisão cautelar demanda a existência de dois requisitos fundamentais, quais sejam, a atualidade e a visibilidade. A atualidade diz respeito à própria situação de flagrância em si, na qual um fato definido como crime, ou mesmo contravenção, pois não há

⁴¹ **LIMA**, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador : Juspodvm, 2015.

⁴² **TÁVORA**, Nestor e **Alencar**, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador : Juspv, 2012, p. 560.

⁴³ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁴⁴ **AVENA**, Noberto. *Processo Penal Esquemático*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 982.

⁴⁵ **FERNANDES**, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013, p.26.

nenhuma ressalva legal quanto a este tipo de delito, está a acontecer no momento em que se opera a prisão. Aliado a esta circunstancia, se junta a questão da visibilidade, ou seja, que o agente que dará a voz de prisão deverá presenciar o fato delituoso, podendo certificar sua ocorrência.

O Código de Processo Penal, no seu art. 302, especifica três situações caracterizadoras do estado de flagrância. São elas:

O flagrante próprio, também chamado de perfeito, real ou verdadeiro, previsto nos incisos I e II, do Art. 302, CPP, é aquele no qual o agente delinquente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la. No primeiro caso, não há qualquer intervalo de tempo, havendo uma absoluta imediatidade. Enquanto no segundo caso, o agente é encontrado logo após o cometimento da infração, ainda próximo do local do crime ou da vítima.⁴⁶

O segundo tipo de flagrante se diz impróprio, imperfeito, irreal ou quase-flagrante, com previsão legal no art. 302, III, do CPP, ocorrendo quando a prisão em flagrante acontece em seguida ao ataque ao bem jurídico, em situação que faça presumir ser ele o autor do crime. Exige esta modalidade de flagrante três requisitos: a) perseguição; b) logo após o cometimento da infração penal; e c) situação que faça presumir a autoria.⁴⁷

Neste caso de flagrante, a expressão “logo após” não tem o mesmo rigor da primeira espécie de flagrante vista acima, admitindo-se um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição, compreendendo todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas da infração e dar início à perseguição do autor.⁴⁸

Quanto à perseguição, pode-se extrair seu conceito do art. 290 do CPP, asseverando a doutrina que a perseguição pode demorar horas ou até

⁴⁶ **LIMA**, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal. Manual de Processo Penal.* Salvador : Juspodvm, 2015, p. 1275.

⁴⁷ **Lima**, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal.* Salvador : Juspodvm, 2015, p. 1275.

⁴⁸ **CAPEZ**, Fernando. *Curso de Processo Penal.* São Paulo : Saraiva, 2008, p. 252.

dias, desde que tenha tido início logo após a prática do crime, se configurando mesmo no caso de não haver contato visual entre o suspeito e a autoridade.⁴⁹

Por fim, a terceira espécie de flagrante, chamada de presumido, ficto ou assimilado, é aquele em que o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, conforme dicção legal do art. 302, IV, do CPP.

O primeiro requisito, na lição de Aury Lopes Jr.⁵⁰, indica que não se trata de um simples encontrar sem qualquer vinculação previamente estabelecida com o delito. O encontrar não pode ser casual, mas sim causal.

Quanto à última parte do inciso IV, que diz “que façam presumir ser ele autor da infração”, não se exigindo, para caracterização do flagrante presumido, que haja perseguição, é severamente criticada por boa parte da doutrina, que entende ser inconstitucional, pois “por força do princípio da presunção de inocência, não se pode presumir a autoria, senão que ela seja demonstrada e provada”.⁵¹

3.2 Prisão Temporária

O instituto da prisão temporária está previsto na Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, fruto de uma medida provisória do então presidente da República José Sarney, que veio instrumentalizar a famigerada prisão para averiguação, tão comum naqueles idos.⁵²

Cuida-se de prisão com prazo pré-estabelecido, determinado, sendo a única prisão cautelar com prazo definido em lei. Os prazos de sua duração são de 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período; e de 30 (trinta) dias, em se tratando de crime hediondo e equiparados, também podendo ser

⁴⁹ **NUCCI**, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, p.634.

⁵⁰ **JR.**, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 58.

⁵¹ **JR.**, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. São Paulo : Saraiva, 2013. p.59.

⁵² **LIMA**, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador : Juspodvm, 2014.p. 646

prorrogada pelo mesmo período, exigindo-se, em ambos os casos, que seja demonstrada a imprescindibilidade da prorrogação.⁵³

Para Paulo Rangel⁵⁴, é totalmente aceitável que o magistrado decrete a prisão temporária por tempo inferior ao estabelecido na lei de regência, desde que conte com concordância expressa do Ministério Público.

Tem como propósito tão somente garantir o bom êxito das investigações, ou seja, a medida só pode ser utilizada quando for imprescindível para o prosseguimento das investigações criminais, que não seriam realizadas a contento se o indiciado estivesse em liberdade.⁵⁵

Outra particularidade da prisão temporária reside no fato de ser defeso sua decretação *ex officio* pelo magistrado. E conforme a doutrina, ela somente será admitida durante o procedimento inquisitorial policial, possuindo, por isso, uma cautelaridade voltada para a investigação e não para o processo.⁵⁶

Compreendido isso, para que seja decretada a prisão temporária, são necessários dois requisitos, que também estão previstos para a decretação da prisão preventiva, denominados hodiernamente de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, ou seja, indícios mínimos de autoria e materialidade, além de risco à persecução criminal.

Existe atualmente grande debate doutrinário acerca do cabimento da prisão temporária, especialmente no que diz respeito ao preenchimento dos elementos que justifiquem sua decretação elencados no art. 1º da Lei 7.960/89.⁵⁷

Para uma primeira posição, capitaneada pela doutrina majoritária, admite-se a temporária com base no inciso III necessariamente, sendo este o requisito preenchedor do *fumus commissi delicti*, e além dele, uma das hipóteses

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador : Juspodvm, 2014. p. 647.

⁵⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003. p. 648.

⁵⁵ JR., Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. São Paulo : Saraiva, 2013. p.169.

⁵⁶ JR., Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 170.

⁵⁷ TÁVORA, Nestor e Alencar, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador : Juspvvm, 2012, p. 593.

dos incisos I ou II, a imprescindibilidade para as investigações, ou o indiciado não possui residência fixa, ou não fornece os elementos necessários para a sua identificação, estes três caracterizadores do *periculum libertatis*.⁵⁸

Para uma segunda posição, os dois requisitos constantes dos incisos I e III deveriam sempre estar presentes para a decretação da prisão, enquanto o inciso II teria apenas um papel subsidiário, secundário.⁵⁹

Para uma terceira via, que tem Mirabete como expoente máximo, a lei federal não faz nenhum tipo de restrição, não cabendo ao intérprete exegese no sentido contrário, bastando apenas a configuração de um dos requisitos do art. 1º da aludida lei para que seja decretada a temporária.⁶⁰

Para uma quarta posição, somente com a conjugação dos três incisos do art. 1º estariam preenchidos todos os requisitos da prisão temporária, esta, uma posição francamente minoritária.⁶¹

E por fim, para uma última corrente, a prisão temporária somente estaria autorizada em casos em que estivessem presentes os mesmos requisitos para a decretação da prisão preventiva.⁶²

3.3 Prisão preventiva

A prisão preventiva encontra-se regrada nos art. 311 a 316 do Código de Processo Penal⁶³. Possui natureza cautelar, eis que tem por escopo

⁵⁸ **TÁVORA**, Nestor e Alencar, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador : Juspvvm, 2012, p. 597.

⁵⁹ **TÁVORA**, Nestor e Alencar, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador : Juspvvm, 2012, p. 598.

⁶⁰ **OLIVEIRA**, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

⁶¹ **TÁVORA**, Nestor e **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador : Juspvvm, 2012, p. 598.

⁶² **TÁVORA**, Nestor e **Alencar**, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador : Juspvvm, 2012, p. 560.

⁶³ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

a tutela da sociedade, da investigação criminal, do processo penal e da aplicação da pena, sendo a espécie de prisão cautelar mais importante do nosso ordenamento jurídico.⁶⁴

Segundo o escólio de Eugênio Pacelli⁶⁵:

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação de liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

Assim como as outras medidas de natureza cautelar, se faz necessário, até com mais força, que estejam configurados a existência de *periculum libertatis* (ou *periculum in mora*) e *fumus comissi delicti* (ou *fumus boni iuris*) para a sua decretação. Segundo Avena⁶⁶, o *periculum libertatis* significa “o risco de que a liberdade do agente venha a causar prejuízo à segurança social, à eficácia das investigações policiais/apuração criminal e à execução de eventual sentença condenatória, enquanto o *fumus comissi delicti* está “consubstanciado na possibilidade de que tenha ele praticado uma

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

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

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

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

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

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

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

⁶⁴ AVENA, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 982.

⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

⁶⁶ AVENA, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 982.

infração penal, em face dos indícios de autoria e da prova da existência do crime verificados no caso concreto”.

Cabe salientar que a prisão preventiva não se justifica nos casos de crimes culposos e nas contravenções penais, exceto se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida, segundo expressa dicção legal.

Segundo expressa disposição do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria ⁶⁷. Passaremos a seguir a esmiuçar cada pressuposto elencado, tendo em vista os intensos debates doutrinários acerca desses requisitos.

Inicialmente, cumpre esclarecer que todos os quatro pressupostos são desdobramentos do requisito, mais geral, consubstanciado no *periculum libertatis*, ou seja, estes quatro pressupostos configuram situações concretas ensejadoras da caracterização do *periculum libertatis*, em respeito à legalidade estrita.

Pois bem, o que se entende, então, por garantia da ordem pública? Sendo este o primeiro dos pressupostos, e principal causa de decretações de prisões preventivas no Brasil.

Para Avena⁶⁸, “entende-se justificável a prisão preventiva para a garantia da ordem pública quando a permanência do acusado em liberdade, pela sua elevada periculosidade, importar intranquilidade social em razão do justificado receio de que volte a delinquir”.

⁶⁷ Art. 312 – “ A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

⁶⁸ AVENA, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 1028.

No entanto, a doutrina costuma criticar muito o conceito de ordem pública, por achá-lo demais abstrato. Assim, para Tourinho Filho⁶⁹, por exemplo, a “ordem pública é expressão de conceito indeterminado, por demais fluídas, sem qualquer consistência.”

Indo ao ponto de Aury Lopes Júnior⁷⁰ tecer uma severa crítica ao pressuposto aqui estudado, *in verbis*:

[...] por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante, como mostraremos no próximo item, destinado à crítica. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer. Nessa linha, é recorrente a definição de **risco para a ordem pública** como sinônimo de clamor público, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba sua tranquilidade. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a gravidade ou brutalidade do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à credibilidade das instituições como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que, se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a crença no aparelho estatal repressor [...]

Sobre o tema, e fazendo coro com o insigne jurista paranaense, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU. A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. **O**

⁶⁹ **FILHO**, Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 672

⁷⁰ **JR.**, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. São Paulo : Saraiva, 2013.p. 93.

CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312)- não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. PrecedentesCPP312323VCPP. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. **A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR.** - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. **ABANDONO DO DISTRITO DA CULPA PARA EVITAR SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA - DESCABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA.** - Não cabe prisão preventiva pelo só fato de o agente - movido pelo impulso natural da liberdade - ausentar-se do distrito da culpa, em ordem a evitar, com esse gesto, a caracterização da situação de flagrância. **AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE.** - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. **DISCURSOS DE CARÁTER AUTORITÁRIO NÃO PODEM JAMAIS SUBJUGAR O PRINCÍPIO DA LIBERDADE.** - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV)- não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII)- presumir-lhe a culpabilidade. **Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.** O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao

indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.⁷¹ (grifos nossos)

Quanto ao segundo pressuposto, segundo Avena⁷², “a garantia da ordem econômica é fundamento da prisão preventiva que foi incluído no art. 312 do Código de Processo Penal pela Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste) e nele mantido com a nova redação da Lei 12.403/11”.

A doutrina concorda que não se trata de requisito autônomo para a decretação da prisão preventiva, mas tão somente de uma derivação do requisito já explorado da ordem pública, pois a garantia da ordem econômica está relacionada com uma categoria de específica de crimes, tais como falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de serviços ou bens, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante, e que, de certa forma, acaba abalando o que se convencionou chamar de ordem pública, sendo subespécie esta daquela⁷³.

Com relação à finalidade da decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, assevera Nucci⁷⁴ que:

[...] visa-se, com a decretação da prisão preventiva, a impedir possa o agente, causador de seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permanecer em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área. Equipara-se o criminoso do colarinho branco aos demais delinquentes comuns, na medida em que o desfalque em juma instituição o financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples roubo contra um indivíduo qualquer. Busca-se manter o Judiciário atento à chamada criminalidade invisível de valores, especialmente os do setor público. Não é possível permitir liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo à credibilidade da Justiça é evidente. Se a sociedade teme o assaltante ou o esturpador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso do colarinho branco.⁷⁵

O fato é que dificilmente alguém é preso no Brasil com fundamento neste requisito, haja vista ser muito difícil um delinquente de colarinho branco ser preso preventivamente com base em infringência da ordem econômica, seja porque o

⁷¹ **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 80.719. Relator Celso de Melo. Brasília, DF. 26 de jun. de 2001. *DJe* 28 de set. 2001.

⁷² **AVENA**, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 1029.

⁷³ **AVENA**, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 982.

⁷⁴ **NUCCI**, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012. p. 665.

⁷⁵ **NUCCI**, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012. p.667.

prejuízo causado não abala significativamente a Ordem Econômica, seja porque, via de regra, este tipo de delinquente é patrocinado por boas bancas advocatícias com trânsito fácil nas Cortes Superiores em Brasília.

Quanto ao terceiro pressuposto, a conveniência da instrução criminal, é aquela que tem por objetivo impedir que o agente infrator, em liberdade, forje provas, destrua ou oculte elementos que auxilie na investigação criminal, ou mesmo que alicie testemunhas, conspurcando, de qualquer modo, a instrução criminal.

Segundo Avena⁷⁶, “a despeito da terminologia empregada no dispositivo, essa medida não pode ser decretada apenas por se revelar proveitosa ou vantajosa à instrução, como sugere a interpretação literal da palavra ‘conveniência’”.

Quanto ao último pressuposto, a assecuração da aplicação da lei penal, Nucci⁷⁷ nos ensina que:

[...] significa garantir a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal. Não tem sentido o ajuizamento de ação penal, buscando respeitar o devido processo legal para a aplicação da lei penal ao caso concreto, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o ordenamento jurídico [...]

3.4 Prisão decorrente de decisão de pronúncia

A prisão decorrente da pronúncia constava da antiga redação do art. 408, § 1º, do CPP, a qual dizia “Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura”. Tratava-se de uma espécie de prisão *ex lege*, pois automática.

O Código de Processo Penal, desde o advento da Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008, aboliu a prisão decorrente de decisão de pronúncia como modalidade autônoma de prisão provisória.

⁷⁶ AVENA, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 982.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012. p. 669.

O regramento da prisão nesse momento processual está disciplinado atualmente pelo art. 413 do Código de Processo Penal⁷⁸. A prisão quando da decisão de pronúncia, não sendo esta obrigatória, como já foi no passado, está subordinada aos fundamentos que norteiam as decretações de prisões cautelares, nos termos do art. 312 do CPP.⁷⁹

Neste sentido, não permitindo a prisão automática do acusado, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Processual penal. Efeitos do decreto de prisão preventiva no tempo. Superveniência de pronúncia. Precedentes da Corte. **A atual jurisprudência desta Corte é no sentido de que a sentença de pronúncia não autoriza, por si só, a prisão do réu,** devendo, antes, indicar fundamentos tipicamente cautelares para tanto. Isso não significa que a segregação imposta preventivamente em momento anterior à pronúncia não possa persistir mesmo após o seu advento. Tal fica indubitoso quando o Juiz afirmar na sentença de pronúncia que os fundamentos da prisão cautelar persistem. Precedente desta Primeira Turma, de que fui Relator (HC 91.205/DF), assentou que a sentença de pronúncia que traz fundamentos novos ou complementares constitui, ao contrário, título de prisão cautelar autônoma que, por isso, deve ser atacado em via própria, cumprindo assim reconhecer prejudicado o writ anteriormente impetrado', o que não acontece quando simplesmente repetir os fundamentos declinados na ordem de segregação cautelar anterior'. Prisão preventiva fundamentada em elementos concretos, devidamente comprovados nos autos, para garantir a ordem pública. As condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso. Ordem denegada.⁸⁰ **(grifos nossos)**

Por fim, estando o acusado já preso preventivamente, ao pronunciar o acusado, caberá ao magistrado decidir, justificadamente, se mantém ou revoga esta prisão, perquirindo se persistem os elementos autorizadores da

⁷⁸ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitraré o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

⁷⁹ **AVENA, Noberto.** *Processo Penal Esquemático*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 1057.

⁸⁰ **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 102974*. Relator: Ellen Gracie. Brasília, DF, DJe de 7 fev. de 2011.

custódia cautelar, conforme dicção do art. 312 do CPP. Da mesma forma, estando solto o acusado, mais uma vez será necessária a verificação dos requisitos já aludidos do art. 312, ou, se for cabível, a substituição da preventiva por outra medida diversa da prisão.⁸¹

3.5 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

Essa modalidade de prisão decorria da antiga regra estatuída no art. 393, I, do Código de Processo Penal, que estabelecia como efeito da sentença condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão em que se encontrasse, exceto se primário e de bons antecedentes ou se, afiançável a infração penal pelo qual condenado, efetuasse o pagamento da fiança. Igual dicção previa o art. 594 do CPP, ao determinar que o réu não poderia apelar sem se recolher à prisão ou prestar fiança, se afiançável a infração penal, exceto quando primário e de bons antecedentes ou se condenado por delito que permitia livrar-se solto.⁸²

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível caracterizava-se como sendo uma espécie de prisão *ex lege*, ou seja, imposta por lei, independentemente da verificação de sua efetiva necessidade pelo Poder Judiciário.

No entanto, com o advento da lei 11.719/2008, revogou-se o antigo art. 594 do CPP, extinguindo-se a prisão como condição para apelar, tendo posteriormente a Lei 12.403/2008 revogado o antigo art. 387.

Dito isso, podemos concluir que a partir da reforma processual promovida em 2008, a única espécie de prisão admitida após a prolação de sentença condenatória e antes do trânsito em julgado é a preventiva, não subsistindo a malsinada prisão da sentença condenatória recorrível.⁸³

⁸¹ AVENA, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 1059.

⁸² Idem.

⁸³ AVENA, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. Rio de Janeiro : Método, 2016, p. 1059.

4 A INDEVIDA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PROMOVIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292

4.1 O caso do HC 126.292

Um dos principais argumentos daqueles que defendem a relativização do princípio da presunção de inocência é o de que deixar de prender alguém após condenação em segunda instância equivale a golpear mortalmente a operação "lava jato" e o combate à corrupção.⁸⁴ Como veremos na narração do caso que ensejou o HC 126.292, os "alvos" preferenciais dessa flexibilização do princípio do estado de inocência não serão os réus mais abastados, patrocinados pelas melhores bancas advocatícias do país, mas a malta que compõe majoritariamente o medieval sistema carcerário brasileiro.

Pois bem, o processo que ensejou a guinada jurisprudencial do princípio em tela não tem como origem crime de colarinho branco, como supõem seus defensores, mas, sim, um crime de roubo, desses que ocorrem diariamente nas grandes cidades brasileiras.

Tudo começou no dia 29 de março de 2011 na cidade paulista de Itapeverica da Serra, na região metropolitana da Grande São Paulo, quando M.R.D e A.S.L, jovens pobres moradores da periferia, foram denunciados pelo Ministério Público bandeirante pela prática de roubo qualificado. O crime ocorreu no dia 16 de setembro de 2009. Os dois jovens foram presos quando assaltavam uma pessoa, se valendo de uma moto, tendo sido decretada, posteriormente, a prisão preventiva de ambos. No decorrer do processo, o magistrado de 1º grau revogou as prisões preventivas, e ao final, acolhendo os argumentos do Ministério Público, condenou os réus M.R.D e A.S.L a penas de 5 anos e 4 meses e 6 anos e 8 meses, respectivamente. Na sentença, o juiz decretou novamente a prisão de A.S.L, mas permitiu que o réu M.R.D. apelasse em liberdade, o que contou com a aquiescência do MP paulista.

⁸⁴ **COSTA**, Marcos da. Distorções na condenação de segunda instância. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-08/marcos-costa-distorcoes-condenacao-segunda-instancia>>. Acesso em: 31 de out. de 2016.

Ambos apelaram ao Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo o Ministério Público quedado inerte – e esse é o dado fundamental para o entendimento do caso.⁸⁵

Em 13 de dezembro de 2013 os autos subiram ao TJ/SP. Passados 1 ano e 3 dias depois, o Tribunal de Apelação julgou improcedente as apelações – lembrando-se que o réu A.S.L estava preso e, mesmo assim, a apelação demorou mais de um ano para ser julgada –. Porém, o mais estarrecedor estaria por vir, pois mesmo transitada em julgado a condenação para o Ministério Público e havendo apenas o apelo do réu *M.R.D.*, este teve não só o apelo improvido como teve sua prisão decretada, sem qualquer fundamentação. O réu *M.R.D.* acabou sendo preso de ofício pelo Tribunal Paulista, em regime fechado, embora a pena tenha sido abaixo de 8 anos.

Irresignadas com a decisão do Tribunal bandeirante, as advogadas dos réus impetraram *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, que negou a liminar pedida no HC, embora o Ministério Público Federal, em parecer, tenha opinado pela concessão da liminar pleiteada.

Inconformada com o improvimento da liminar, a defesa impetrou outro HC, desta feita ao Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria coube ao ministro Teori Zavascki. O ministro, em 5 de maio de 2014, concedeu a liminar requerida, ao argumento de que a sentença já havia permitido que o paciente *M.R.D.* recorresse em liberdade, além de ter havido apenas recurso do paciente. Além do mais, o TJ/SP não apresentou, segundo o eminente ministro, nenhum fundamento apto para impor a prisão preventiva do paciente *M.R.D.*, contrariando o que estabelece o artigo 312 do Código de Processo Penal, e que tal omissão afronta a jurisprudência firmada pelo STF.

Ocorre que, ao levar para o plenário o julgamento do remédio heroico, o ministro Teori, contrariando a sua própria decisão, que reconhecera que a prisão do réu *M.R.D.* havia sido ilegalmente decretada, e a própria jurisprudência do Supremo, voltou atrás, proferindo o voto vencedor, seguido

⁸⁵ **STRECK**, Lenio Luiz. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 31 de out. de 2016.

pela maioria dos ministros, para declarar legal a prisão que outrora fora ilegal – e reconhecida por sua Excelência.

Em suma, graças a uma apelação só da defesa, alterou-se o entendimento jurisprudencial da mais alta corte do país, para permitir a execução provisória de pena.

4.2 Quando alguém é considerado culpado e a natureza extraordinária dos recursos

Até o fatídico julgamento do HC 126.292/SP, predominava na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a culpa estava necessariamente vinculada ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, posição firmada quando do julgamento do HC 84.078/MG, nos idos de 2009, em que o Pretório Excelso afirmou que a execução provisória de pena era incompatível com o estatuído no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, corroborando, assim, o que a ampla maioria da doutrina preconizava.

No novo julgamento, seis ministros da Corte, seguindo o entendimento do ministro Teori Zavascki, defenderam o argumento de que o imputado é considerado culpado com a decisão prolatada por Tribunal de Apelação, no caso os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais, ao argumento de que somente cabem recurso especial e extraordinário após o julgamento da apelação, e que tais recursos não têm o poder de reexaminar as provas – matéria de fato. Como veremos a seguir, esse entendimento esposado pela Suprema Corte incorre em dois erros.

Primeiramente ao confundir os conceitos de culpabilidade normativa e culpabilidade fática. Segundo o professor Geraldo Prado⁸⁶, em artigo professoral, “a presunção de inocência é cláusula pétrea e princípio reitor de todo o processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado pelo Brasil”. Dito isso, podemos afirmar, com

⁸⁶ PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria>. Acesso em: 29 de out. de 2016.

apoio na melhor doutrina, que o Brasil não adotou o modelo estadunidense de processo penal, estabelecido no paradigma de controle social do delito (*crime control model*) sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática. Com efeito, o sistema brasileiro estrutura-se sobre o conceito jurídico de culpabilidade, que possui guarida no princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (presunção de inocência).

Note-se que o modelo norte-americano, que adota o conceito de controle social do delito, está baseado na “tese da igualdade hierárquica entre direitos fundamentais intangíveis e no dever do Estado de garantir justiça eficiente, sublinha Bacigalupo, e termina por determinar o âmbito normativo dos direitos processuais do acusado ponderando, também, os interesses da persecução do delito”⁸⁷, diferentemente da nossa tradição jurídica, consubstanciada no modelo de processo penal constitucional, que tem na prevalência dos direitos e garantias individuais a sua pedra de toque, não sendo possível invocar argumentos de ordem pragmática para relativizar ou afastar direitos de índole jusfundamental.

Em suma, e seguindo o mestre Aury Lopes Jr., “o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação”.⁸⁸ E conclui o festejado autor, “somente se pode afirmar que está comprovada legalmente a culpa, como exige o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória”.⁸⁹

Sobre o conceito de trânsito em julgado, ainda cabe uma última consideração crítica. Na passagem de seu voto, o ministro Edson Fachin chegou a afirmar que “a definição de coisa julgada e trânsito em julgado cabem ao legislador ordinário e não à Constituição Federal”.⁹⁰ Causa espécie um ministro da Suprema Corte brasileira externar tal opinião a respeito de uma

⁸⁷ Idem

⁸⁸ **JR**, Aury Lopes. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 29 de out. de 2016.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, DJe de 17 de maio de 2016.

garantia individual da mais alta relevância, tendo em vista os princípios reitores da rigidez constitucional e da força normativa da constituição. Sintetizando bem o que representa essa tese do ministro Edson Fachin, anota Lenio Streck que:

Fosse isso possível, ter-se-ia que uma garantia do Estado de Direito, que define o momento de imunização das demandas judiciais, tem sua definição passível de ser manipulada pelo legislador ordinário, o que pode colocar em risco a tese da rigidez constitucional, afirmada desde *Marbury v. Madison*, em 1803.⁹¹

Quanto ao caráter extraordinário dos recursos especial e extraordinário, em nada afeta a extensão da garantia da presunção de inocência, porque o caráter extraordinário desses recursos não tem o condão de alterar ou influir no conceito de trânsito em julgado, expressamente positivado no art. 5º, inciso LVII, da nossa Carta Magna, que estabelece o marco final do processo – culpabilidade normativa – e inicial para o tratamento de culpado.⁹²

Outro argumento levantado pelos ministros do STF para defender a relativização do princípio da presunção de inocência, permitindo que a culpa seja formada a partir de um acórdão condenatório de 2º grau, foi a ausência de efeitos suspensivos nesses recursos de índole extraordinária (recurso especial e recurso extraordinário).⁹³ Os ministros interpretaram a garantia constitucional da presunção de inocência fundamentando-se nos efeitos dos recursos, em regra apenas devolutivos – não suspensivos – o que importaria o cumprimento imediato da sentença penal condenatória confirmada em segunda instância e, portanto, antes do trânsito em julgado.⁹⁴ Nesse sentido, trago à colação excerto do voto proferido pelo eminente ministro Teori Zavascki:

[...] os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento

⁹¹ **STRECK**, Lenio Luiz. Presunção da inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 30 de 10 de 2016.

⁹² *Idem*.

⁹³ Lei 8.038, art. 27, § 2º: “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

⁹⁴ **STRECK**, Lenio Luiz. Presunção da inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 30 de 10 de 2016.

implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

Desse pequeno trecho do voto do eminente julgador, se extrai uma questão estarrecedora para o debate travado até aqui: a Suprema Corte brasileira ainda não superou o velho modelo jurídico-positivista que cinde direito e fato, como se ambos fossem realidades distintas.

Quando se diz que os recursos especial e extraordinários não se prestam ao debate de matéria fática, mas apenas a matéria de direito, está-se incorrendo numa falácia, como se fosse possível haver num processo tão somente fatos puros ou mesmo normas puras.

Com a ascensão do constitucionalismo contemporâneo, calcado na hermenêutica filosófica, que tem no círculo hermenêutico um dos seus principais teoremas, supera-se a ideia de dualismos metafísicos em direito, que cindiam questões de fato e questões de direito, discursos de fundamentação e discursos de aplicação, bem como interpretação e aplicação. E por uma razão muito simples, não existe interpretação de normas em abstrato. Pois todo ato interpretativo somente se dá diante de uma facticidade, diante de uma concretude, diante de um caso concreto. Não há conceito sem coisa nem coisa sem conceito, nos ensina a hermenêutica.⁹⁵

Aliás, essa cindibilidade direito/norma, interpretação/aplicação é uma das principais características da velha hermenêutica de cariz positivista, tão amplamente aplicada nos tribunais tupiniquins, e caudatária, portanto, da discricionariedade do intérprete.

⁹⁵ **STRECK**, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2010.

4.3 A constitucionalidade do art. 283 do CPP e a omissão do Supremo Tribunal Federal

Incrivelmente, a única passagem em que o acórdão do famigerado HC 126.292 menciona o art. 283 do CPP está no voto do ministro Luís Roberto Barroso, o qual dedicou apenas um parágrafo, sem adentrar no mérito da constitucionalidade do aludido artigo, concluindo ao final que o mencionado artigo se coaduna com o novel posicionamento da Suprema Corte. Eis o trecho em questão:

Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei nº 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.⁹⁶

Por conta disso, um dos pontos que mais chamou a atenção da doutrina no julgamento do máisnado HC 126.292/SP consistiu na omissão do Supremo Tribunal Federal em analisar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, pois, embora a aludida decisão tenha se dado em controle difuso de constitucionalidade – portanto, sem efeito *erga omnes* -, Tribunais de todos os Estados da Federação passaram a adotar o novel entendimento, violando, a um só tempo, a súmula vinculante nº 10 e a norma do art. 97, da CRFB/88, que estabelece a cláusula de reserva de plenário.⁹⁷

Diz o art. 283 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

⁹⁶ **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, DJe de 17 de maio de 2016.

⁹⁷ Presunção da inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 10 de out. de 2016.

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011)

Cotejando a redação do art. 283 do CPP com a redação do art. 5º, LVII, da CRFB/88, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, percebe-se que o legislador harmonizou o direito processual penal ao ordenamento constitucional, na esteira da decisão proferida no HC 84.078/MG, que vedou a execução provisória da pena. Trata-se na espécie o que se convencionou chamar de espelhamento constitucional.⁹⁸ O texto infraconstitucional nada mais fez do que “espelhar” o que diz o texto constitucional.

E nesse sentido, cito a exposição de motivos do anteprojeto de lei que alterou a redação do art. 283, *in verbis*:

O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema [...] Nessa linha, as principais alterações com a reforma são [...] impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar.⁹⁹

Pois bem, dessa constatação advém uma indagação muito importante e que foi omitida no julgamento do presente caso: o Supremo Tribunal Federal poderá declarar inconstitucional uma norma que reproduz o próprio texto constitucional?

Se sim, a Suprema Corte estará, ao fim e ao cabo, considerando inconstitucional a própria norma do art. 5º, LVII, da CRFB/88, passando a admitir a tese das normas constitucionais inconstitucionais – tese rechaçada à unanimidade tanto pela doutrina como pela jurisprudência.¹⁰⁰

⁹⁸ Idem

⁹⁹ Atividade Legislativa. *Senado Federal*. Disponível em: www.senado.leg.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=136422. Acesso em: 10 de nov. de 2016.

¹⁰⁰ A tese acerca da tese das normas constitucionais inconstitucionais fora rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal em pelo menos duas oportunidades, quando dos julgamentos das ADI 815/RS e ADI 997/RS.

A segunda constatação, e essa é a questão fulcral dessa omissão, reside no fato de que as turmas dos diversos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça passaram a adotar o novo posicionamento do STF sem atentar para a regra da cláusula de reserva de plenário, que diz que “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Ora, é pacífico na jurisprudência brasileira a norma segundo a qual não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo “sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade”. E aqui fiz menção a uma passagem do voto do então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Zavascki, quando do julgamento da Reclamação 2.645, o que demonstra uma certa ironia, em razão do silêncio do agora ministro do Supremo quando do julgamento do HC 126.292.

Portanto, caso os Tribunais federais e estaduais queiram adotar o novo posicionamento externado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, repita-se, deixou de examinar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, deverão necessariamente instaurar arguição de incidente de inconstitucionalidade, antes de negar aplicação ao aludido artigo do códex processual. Bem como suas turmas e câmaras, pois enquanto não for prolatada decisão com efeito *erga omnes*, ficam os órgãos fracionários dos Tribunais impedidos de prolatarem acórdãos condenatórios determinando a execução provisória de pena, sob pena de afronta ao que diz o art. 97, da CRFB/88, bem como a súmula vinculante nº 10.¹⁰¹

Nesse sentido, por oportuno, vale anotar a observação do ministro Celso de Mello, quando do julgamento do indigitado HC 126.292, ao reafirmar que a decisão do Pretório Excelso não se reveste de caráter *erga omnes*, em razão da impossibilidade da abstrativização do controle difuso de

¹⁰¹ **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Brasília, DF, DJe nº 117 de 27 de jun. de 2008.

constitucionalidade: “Os juízes e tribunais da República poderão perfeitamente entender de forma diversa”.¹⁰²

Por tudo que foi exposto, podemos concluir que a omissão do Supremo Tribunal Federal traz como consequência inexorável à conclusão de que o art. 283 do CPP permanece hígido e válido, podendo ser aplicado por todos os tribunais federais e estaduais.

4.4 O Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário e a execução antecipada da pena

O Supremo Tribunal Federal, em decisão prolatada em 09 de setembro de 2015, no julgamento de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC-ADPF) nº 347, declarou a existência de estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema carcerário brasileiro ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos. Eis o teor do acórdão:

*CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. **Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.** FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo*

¹⁰² **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, DJe de 17 de maio de 2016.

*máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.*¹⁰³ **(grifos nossos)**

Para chegar a tal entendimento, o STF reconheceu a presença dos três requisitos cumulativos da caracterização do chamado ECI - Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro: (a) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; (b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; (c) necessidade da atuação de uma pluralidade de autoridades para que fossem superadas as transgressões.¹⁰⁴

Nesse julgamento histórico, no qual o Supremo Tribunal Federal adotou pela primeira o instituto jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional, tese desenvolvida pela Suprema Corte da Colômbia, ficou consignado que o sistema carcerário brasileiro se constitui em ambiente de contínua violação de direitos fundamentais dos detentos, realidade causada pela reiterada inércia do Poder Público, agravada pela chamada “cultura do encarceramento”¹⁰⁵ existente no país.

Segundo o relator da ação, Ministro Marco Aurélio:

*As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. **Os presos tornam-se lixo digno do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.***¹⁰⁶ **(grifos nossos)**

Desse estado de penúria em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, e que levou um recente Ministro da Justiça a dizer que “preferia morrer a cumprir pena em prisões brasileiras”,¹⁰⁷ a Suprema Corte elencou inúmeras violações a direitos e garantias fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a proibição de tortura e tratamento desumano e

¹⁰³ **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, DJe de 19 de fev. de 2016.

¹⁰⁴ O Estado de Coisas Inconstitucional e a incoerência do STF. *Canal ciências criminais. Disponível em:* < <https://canalcienciascriminais.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-incoerencia-do-stf/>>. Acessado em: 04 de nov. de 2016.

¹⁰⁵ Idem

¹⁰⁶ **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, DJe de 19 de fev. de 2016

¹⁰⁷ Ministro da Justiça diz que prefere morrer a ir para a cadeia. *Estadão.* Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-da-justica-diz-que-prefere-morrer-a-ir-para-a-cadeia,959839>>. Acesso em: 04 de nov. de 2016.

degradante, a vedação à aplicação de penas cruéis, dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado, além do direito à segurança e à integridade física e moral dos presos.¹⁰⁸

Segundo dados do relatório intitulado Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), do Ministério da Justiça¹⁰⁹, a população penitenciária brasileira chegou a 622.202 pessoas em dezembro de 2014, sendo que 40% desse total, cerca de 250.000 presos, estão detidos provisoriamente. Sendo que o perfil socioeconômico dos detentos mostra que 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo.¹¹⁰

Dados do Ministério da Saúde, também publicados no sobremencionado levantamento, revelam que pessoas privadas de liberdade têm, em média, chance 28 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose. Em relação à taxa de mortalidade criminal (óbitos resultantes de crimes) nos estabelecimentos prisionais, era de 95,23 por 100 mil habitantes, enquanto entre a população em geral, a taxa era de 29,1 mortes por 100 mil habitantes.¹¹¹

Com efeito, anda não se conhece com precisão os dados sobre o impacto no sistema prisional brasileiro da nova orientação jurisprudencial adotada pelo STF a propósito da execução provisória da pena. Mas o certo é que o relevante incremento do número de presos não definitivos – principalmente considerado o número de recursos extraordinários e especiais criminais a serem examinados – contraria os fundamentos determinantes do julgamento da medida cautelar na ADPF 347.

Todos estes dados e informações levantados até aqui só reforçam o caráter falacioso de que a nova orientação jurisprudencial acerca da presunção

¹⁰⁸ **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, DJe de 19 de fev. de 2016

¹⁰⁹ População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos. *Ministério da Justiça e Cidadania*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>>. Acesso em: 04 de nov. de 2016.

¹¹⁰ Idem

¹¹¹ Idem.

de inocência reforçará o combate a impunidade – argumento bastante utilizado em vários votos -, principalmente tendo em vista que guinada jurisprudencial se deu num julgamento banal, envolvendo crime de roubo. Pois se prevalecer o novel entendimento, a massa carcerária, composta, em sua grande maioria, por pobres, negros e de pessoas com baixa escolaridade, aumentará significativamente, contribuindo para agravar o problema da superlotação nos presídios, com todos os nefastos efeitos daí advindos.

Nesse sentido, a perplexidade do então Presidente da Corte, ministro Ricardo Lewandowski, que bem sintetizou a contradição enfrentada aqui, *in verbis*:

[...] queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. **Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?** Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea.¹¹² **(grifos nossos)**

Portanto, o fato é que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 126.292, que autorizou a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, se mostra incoerente, para dizer o mínimo, com a decisão proferida na ADPF 347, que reconheceu o estado caótico do nosso sistema carcerário. Disso tudo, avulta a importância de se levar a sério os postulados da integridade e coerência no direito, muitas vezes escamoteados sob o argumento de que “cada caso é um caso”, gerando, ao final, forte insegurança jurídica.

¹¹² **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. HC 126.292/SP. Brasília, DF, Dje de 17 de maio de 2016.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente cumpre denunciar um fenômeno cada vez mais comum em terras brasileiras, que vem ocorrendo há muito, e que propiciou a indevida mutação constitucional do princípio da presunção de inocência, que vem a ser a “recepção equivocada” – e a expressão é do eminente professor Lenio Streck – de três teorias estrangeiras – a jurisprudência dos valores, a ponderação alexyana e o realismo norte-americano-, tanto pela doutrina como pelos tribunais brasileiros, de forma acrítica, sem levar em conta o contexto nas quais foram desenvolvidas, e o que é pior, sem atentar para a incompatibilidade de alguns institutos jurídicos com a nossa tradição, baseada no *civil law*.¹¹³

É cediço que antes da Constituição Federal de 1988 a doutrina brasileira era caudatária de uma tradição jurídica assentada em um modelo liberal-individualista, que extraía seus conceitos das experiências europeias do direito privado francês e germânico, razão pela qual não havia ao tempo da promulgação da CRFB/88 uma teoria constitucional adequada que atendesse as demandas de um novo paradigma jurídico, baseado fundamentalmente num plexo de direitos e garantias fundamentais com força normativa plena.¹¹⁴

Esse vácuo doutrinário teve como consequência a importação de teorias alienígenas, que possuem em comum a aposta no protagonismo dos juízes, que tolera certo voluntarismo interpretativo diante de casos considerados “difíceis” ou “complexos”.

Nesse sentido, aponta Streck, ao dizer que:

A presença de correntes voluntaristas no direito brasileiro é observada com certa frequência em nossa experiência prática jurisdicional. Os ministros do STF em diversas oportunidades demonstram isto ao expressarem que decidem conforme seu sentimento e que sentença vem de sentire. Como exemplo, cito o fundamento utilizado pelo ministro Roberto Barroso ao conceder a liminar no MS 32. 326, caso Donadon. Mesmo após o Supremo ter firmado um entendimento que caberia ao congresso a última palavra no que diz respeito a cassação de deputados ou senadores (posição com expresse respaldo constitucional), o ministro caminhou em sentido contrário invocando argumentos metajurídicos (sic). Ora, estes abrem a possibilidade para que (determinadas) decisões

¹¹³ Streck, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2010.

¹¹⁴ Idem.

judiciais possam ser embasadas em critérios exógenos ao Direito e que estariam ao dispor do intérprete. Dessa forma, a sua subjetividade estaria acima da estrutura do ordenamento.¹¹⁵ **(grifos nossos)**

Com efeito, o direito brasileiro está repleto de decisões eivadas de discricionariedade, em que a subjetividade do intérprete, e essa questão ganha ares de dramaticidade quando se trata de decisões que interferem diretamente no *status libertatis* do indivíduo, acaba prevalecendo sobre os textos legais e sobre a própria constituição. É o que os críticos chamam de solipsismo judicial. E a respeito do qual, trago à colação a interessante lição do professor Alexandre Morais da Rosa, segundo o qual:

O solipsismo como doutrina filosófica, [...] preceitua que a única realidade existente é aquela decorrente do eu empírico. O sujeito confunde a sua mirada com a do Direito e, por si, sem mais, decide todos os casos como se fosse “Rei de sua Unidade Jurisdicional”. **Não consegue entender que o exercício do poder judicial não se dá pelas concepções pessoais, nem de que a assunção ao cargo signifique que suas opiniões valerão mais do que o Direito.** Aqui reside o ponto fundamental: o magistrado se confunde com a lei. O sujeito solipsista acredita que o mundo exterior e tudo o que nele existe é consequência apenas de seu pensamento automaticamente pré-concebido, bem assim de suas experiências. A existência fora dessa percepção é irreal e ilusória. Comporta-se como uma criança que acredita ser o centro do universo, no seu caso, universo paranoico.¹¹⁶ **(grifos nossos).**

Solipsistas agiram os ministros da Suprema Corte que ignoraram a taxatividade do dispositivo constitucional que estabelece como marco para a caracterização da culpa o trânsito em julgado. Marco e óbice intransponível, pois se trata de texto normativo aprovado por uma assembleia nacional constituinte eleita democraticamente e mais, com status de cláusula pétrea, havendo severas dúvidas no meio doutrinário se até mesmo o poder constituinte derivado careceria de poderes no sentido de restringir o direito fundamental à presunção de inocência, dada a norma constante do art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, que veda a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais.

¹¹⁵ **STRECK**, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismos: por que hermenêutica é applicatio?. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. 2014, Vol. 34, 2.

¹¹⁶ **ROSA**, Alexandre Morais da. Quando o Juiz pensa “esse cara sou eu” e se vale do jeitinho de Procusto. *Empório do direito*. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/quando-o-juiz-pensa-esse-cara-sou-eu-e-se-vale-do-jeitinho-de-procusto-por-alexandre-morais-da-rosa-e-gisele-tobler/>>. Acesso em: em: 02 de nov. de 2016.

Solipsistas agiram os ministros ao se omitirem acerca do problema da constitucionalidade espelhada do art. 283, do Código de Processo Penal, ao negarem-lhe aplicação sem antes enfrentar a constitucionalidade do sobremencionado preceito normativa.

Para se ter uma ideia do estado de coisas aqui tratado, o professor Fausto de Moraes, em tese doutoral, vencedora do Prêmio Capes 2014, mostrou, para o espanto da comunidade jurídica brasileira, que a nossa Suprema Corte, nas quase duzentas vezes em que lançou mão da regra da ponderação no período compreendido entre 2004 a 2014, em nenhum dos casos o fez nos moldes propugnados pelo seu criador alemão, Robert Alexy.¹¹⁷

Falo isso, pois o principal argumento lançado pelos ministros para flexibilizar o princípio da presunção de inocência foi o de que “a presunção de inocência é princípio e como tal está sujeita a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais.”¹¹⁸ E aqui reside o equívoco da importação dessa teoria, pois como bem salientou o professor Lenio Streck, “a ponderação não é uma operação em que se colocam [...] dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’, algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolha um’”.¹¹⁹ A regra da ponderação, nos moldes postos por Alexy, funciona como uma espécie de ferramenta de controlabilidade da decisão, um método para controlar a discricionariedade do intérprete, e não um recurso teórico para justificar qualquer espécie de decisão judicial.¹²⁰

É importante anotar que os tribunais brasileiros, nesse uso descriterioso da regra da ponderação, acabaram por transformar a referida regra em um princípio jurídico, aplicável a qualquer tipo de caso, fenômeno este que vem sendo chamado de pamprincipiologia, pelo professor Lenio Luiz

¹¹⁷ **STRECK**, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Consultor Jurídico*. [Online] [Citado em: 11 de nov. de 2016.] <http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>.

¹¹⁸ **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. HC 126.292/SP. Brasília, DF, Dje de 17 de maio de 2016.

¹¹⁹ **STRECK**, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2010.

¹²⁰ *Idem*.

Streck.¹²¹ Fenômeno que consiste no uso abusivo de princípios, culminado na criação de enunciados pseudo-normativos, visando resolver determinados casos considerados “difíceis”.

Dito de outra forma, a utilização da regra da ponderação vem servindo como uma espécie de “álibi teórico” capaz de relativizar os mais diversos direitos e garantias fundamentais - tal qual se deu no presente estudo do caso do HC 126.292 -, bastando para tal invocar haver uma tensão/colisão entre um determinado princípio, este com DNA constitucional, e um outro, fruto da discricionariedade do juiz, para ao final construir a solução que melhor condiz com a subjetividade do intérprete.¹²²

Corroborando o que dito, no julgamento do HC 126.292/SP, os “princípios” da efetividade da justiça e da efetividade do processo foram citados em quatorze oportunidades, como se fosse possível relativizar a garantia fundamental da presunção de inocência, que possui status de cláusula pétrea, ao argumento de que a presunção de inocência, tal vinha sendo entendida, ofenderia o assim denominado princípio da efetividade – e veja-se que o ministro Roberto Barroso chegou a atribuir à garantia da presunção de inocência a falta de efetividade do processo penal brasileiro.¹²³

Por tudo e por todos, nunca é demais lembrar que no Estado Democrático de Direito os fins, por mais nobres que sejam, nem sempre justificam os meios. E esse é o preço que a modernidade nos cobrou quando optamos entre a civilização e a barbárie. Sendo assim, o combate à impunidade e a inefetividade da Justiça penal – expressões que viraram uma mantra nesses tempos de Operação Lava Jato - somente podem se dar nos estreitos marcos da legalidade, e não no atropelo de direitos e garantias fundamentais.

E numa palavra final, a postura ativista do Supremo Tribunal Federal me faz lembrar o conceito elaborado por Ernst H. Kantorowicz, quando da sua obra “Os dois corpos do rei”, ideia muito importante para o estudo do

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

¹²³ **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. HC 126.292/SP. Brasília, DF, Dje de 17 de maio de 2016.

pensamento político. A tese consistia basicamente na ideia de que o rei possuiria um corpo físico (natural e sujeito a imperfeições, como qualquer outra pessoa) e um corpo místico (perfeito por estar diretamente ligado ao divino, às figuras de Cristo e conseqüentemente de Deus).¹²⁴ Pois bem, quando os réus do HC 126.292/SP se dirigiram ao Supremo Tribunal Federal, não foram para pedir a opinião pessoal de cada magistrado (corpo natural) acerca do principio da presunção de inocência, mas para saber o que a constituição, as leis e a jurisprudência, enfim, o direito têm a dizer. E quem deve dar a resposta é o corpo imaterial do juiz. E isso, exatamente porque a resposta tem sido subjetiva, discricionária, arbitrária.

¹²⁴ O auge dessa aplicação se deu quando o Parlamento inglês recorreu a essa ficção (1642) para conjurar, em nome e por meio da autoridade de Carlos I (corpo político-divino-imaterial do Rei), os exércitos que iriam combater o mesmo Carlos I (corpo natural e material do Rei). [...] Por intermédio da Declaração dos Lordes e Comuns, *o corpo político do Rei era retido no e pelo Parlamento, enquanto o corpo natural era colocado “no gelo”*. Isto porque o Rei é a fonte da justiça e da proteção, mas os Atos de Justiça e proteção *não são exercidos em sua própria pessoa*, nem dependem de seu desejo, mas por meio de suas Cortes e seus Ministros que devem cumprir seu dever nesse sentido. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. *Consultor Jurídico*. <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>. Acesso em: 10 de nov. de 2016.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. Processo Penal Esquematizado. *Processo Penal Esquematizado*. Rio de Janeiro : Método, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BATOCHIO, José Roberto. O entendimento do Supremo e o estado de inocência sob ataque. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-08/jose-roberto-batochio-estado-inocencia-ataque>>. Acesso em: 18 de set. de 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 9 de out. de 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A presunção de inocência e o sucesso da operação "lava jato". *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-28/direito-defesa-presuncao-inocencia-sucesso-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 10 de out. de 2016.

—. Deixem em paz o princípio da presunção de inocência. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-08/direito-defesa-deixem-paz-principio-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 17 de set. de 2016.

—. O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acesso em: 15 de set. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF-MC 347. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, DJe 19 de fev. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, DJe 25 de fev. de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 144/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, DJ de 06 de Agosto de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80.719/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, DJe de 29 de março de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, DJe de 17 de maio de 2016

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes, et al., et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo : Saraiva, 2008.

COSTA, Marcos da. Distorções na condenação de segunda instância. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-08/marcos-costa-distorcoes-condenacao-segunda-instancia>>. Acesso em: 31 de out. de 2016.

DOTTI, René Ariel e **GOMES,** Luiz Flávio. Execução provisória da pena logo após a decisão de 2º grau: irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243522,61044-Execucao+provisoria+da+pena+logo+apos+a+decisao+de+2+grau>>. Acesso em: 15 de set. de 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. São Paulo : Saraiva, 2010.

GALLI, Marcelo. Prisão com decisão de segundo grau "libertou" advogados, diz Barroso. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/prisao-decisao-segundo-grau-libertou-advogados-barroso>>. Acesso em: 07 de out. de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Estamos sendo enganados pelo populismo penal. *Consultor Jurídico*. <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/luiz-flavio-gomes-estamos-sendo-enganados-populismo-penal>>. Acesso em: 10 de set. de 2016.

GRILLO, Brenno. STJ aceita 37,5% dos recursos pedindo absolvição, diz Defensoria do RJ. *Consultor Jurídico*. <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-25/stj-aceita-375-recursos-pedindo-absolvicao-defensoria>>. Acesso em: 10 de out de 2016.

HIRECHE, Gamil Föppel El. Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de emergência. *Consultor Jurídico*. <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>>. Acesso em: 10 de out. de 2016.]

JESUS, Damásio de. O princípio da presunção de inocência. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI59834,61044-O+principio+da+presuncao+de+inocencia>>. Acesso em: 15 de set. de 2016.

JR, Aury Lopes. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 12 de nov. de 2016.

—. *Prisões Cautelares*. São Paulo : Saraiva, 2013.

—. *Direito Processual Penal*. São Paulo : Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo : Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador : Juspodvm, 2014.

—. *Manual de Processo Penal*. Salvador : Juspodvm, 2015.

MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. Direitos fundamentais: aspectos gerais e históricos. *Revista da Unifebe*. 2012.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo : Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar e **BRANCO**, Paulo Gustavo Monet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2013.

Ministro da Justiça diz que prefere morrer a ir para a cadeia. *Estadão*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-da-justica->

diz-que-prefere-morrer-a-ir-para-a-cadeia,959839>. Acesso em: 04 de nov. de 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra : Coimbra Portugal, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo : Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

O Estado de Coisas Inconstitucional e a incoerência do STF. *Canal ciências criminais*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-incoerencia-do-stf/>>. Acesso em: 04 de nov. de 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

Permitir prisão após segunda instância é mudar irregularmente a Constituição. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-08/permitir-prisao-grau-mudar-irregularmente-constituicao>>. Acesso em: 18 de set. de 2016.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Sem reforma na lei, não cabe execução provisória de decisão penal. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-01/moraes-pitombo-reforma-lei-nao-cabe-prisao-antecipada>>. Acesso em: 12 de set. de 2016.

População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos. *Ministério da Justiça e Cidadania*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>>. Acesso em: 04 de nov. de 2016.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria>. Acesso em: 11 de out. de 2016.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. Quando o Juiz pensa “esse cara sou eu” e se vale do jeitinho de Procusto. *Empório do direito*. <http://emporiododireito.com.br/quando-o-juiz-pensa-esse-cara-sou-eu-e-se-vale-do-jeitinho-de-procusto-por-alexandre-morais-da-rosa-e-gisele-tobler/>. Acesso em: 02 de nov. de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. É necessário questionar a polêmica execução provisória da pena. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-30/direitos-fundamentais-controvertendo-polemica-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 15 de set. de 2016.

—. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo : Malheiros, 2006.

SOUKI, Hassan Magid de Castro. O STF e a ameaça ao princípio da presunção de inocência. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236516,71043-O+STF+e+a+ameaca+ao+principio+da+presuncao+de+inocencia>>. Acesso em: 15 de set. de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

—. Juízos morais do STJ e STF fazem retroagir data do trânsito em julgado. *Consultor Jurídico*. <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/juizos-morais-stj-stf-fazem-retroagir-data-transito-julgado>>. Citado em: 10 de out. de 2016.

—. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. *Consultor Jurídico*. <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 16 de set. de 2016.

—. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. *Consultor Jurídico*. em: 10 de nov. de 2016.] <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>. Acesso em: 08 de out. de 2016.

—. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência? *Consultor Jurídico*. <<http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 08 de out. de 2016.

—. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2010.

—. Presunção da inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? *Consultor Jurídico*. <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 10 de out. de 2016.

—. Superando os diversos tipos de positivismos: por que hermenêutica é applicatio? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. 2014, Vol. 34, 2.

—. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 8 de set. de 2016.

TASSE, Adel El. A volta da "execução provisória" da pena. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234134,11049-A+volta+da+execucao+provisoria+da+pena>>. Acesso em: 16 de 09 de 2016.

TÁVORA, Nestor e **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador : Juspv, 2012.

TORRANO, Bruno. Supremo Tribunal Federal não pode ter papel iluminista no Estado. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista>>. Acesso em: 17 de set. de 2016.]

TRINDADE, André Karam. Umberto Eco e o desrespeito ao texto nas superinterpretações do Supremo. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-27/umberto-eco-desrespeito-texto-superinterpretacoes-stf>>. Acesso em: 10 de set. de 2016.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. A presunção de inocência ainda vigora? *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218453,51045-A+presuncao+de+inocencia+ainda+vigora>>. Acesso em: 15 de set. de 2016.

—. Garantismo, ainda que muito, é sempre pouco. *Consultor Jurídico*. <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-04/leonardo-yarochewsky-garantismo-ainda-sempre>>. Acesso em: 18 de 09 de 2016.