



Centro Universitário de Brasília - Uniceub  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

**LUDMYLLA MEDEIROS DO COUTO**

**ATIVISMO JUDICIAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO À  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Brasília

2019

LUDMYLLA MEDEIROS DO COUTO

**ATIVISMO JUDICIAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO À  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito na  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais no Centro  
Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientadora: Professora Christine Oliveira Peter da  
Silva.

Brasília

2019

LUDMYLLA MEDEIROS DO COUTO

**ATIVISMO JUDICIAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO À  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito na  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais no Centro  
Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientadora: Professora Christine Oliveira Peter da  
Silva.

Brasília, 24 de abril de 2019.

Banca Examinadora

---

Prof<sup>a</sup> Christine Oliveira Peter da Silva  
Orientadora

---

Examinador 1

## **RESUMO**

O trabalho tem como objeto de estudo o ativismo judicial e seus impactos na concretização dos direitos e garantias fundamentais, buscando trazer uma reflexão sobre a compatibilidade desse cenário com o Estado de Direitos Fundamentais. Nesse contexto, será estudada a confrontação do ativismo judicial para o que se chama de ativismo constitucional, atividade que caminha de mãos dadas com o Estado de Direito. Para melhor delimitação do tema, será estudado um direito fundamental em espécie, a saber, a presunção de inocência ou direito fundamental à não culpabilidade. Serão analisadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que discutiram sobre a possibilidade da execução provisória da pena, nos termos do que se encontra expressamente previsto no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso LVII. Assim sendo, o tema é controvertido no meio jurídico e divide opiniões acerca da constitucionalidade do posicionamento do STF quanto ao assunto e, portanto, serão explanadas as favoráveis e contrárias, a partir de uma análise crítica fundada nas posições teóricas apresentadas.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I: DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL...9</b>	
1.1 Considerações Iniciais.....	9
1.2 Ativismo Judicial e Ativismo Constitucional.....	10
<b>CAPÍTULO II: DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....18</b>	
2.1 Origem do direito à presunção de inocência.....	18
2.2 Culpabilidade e trânsito em julgado.....	22
2.3 Execução Provisória da Pena.....	24
<b>CAPÍTULO III: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....30</b>	
3.1 Habeas Corpus nº 84.078-7- MG.....	30
3.2 Habeas Corpus nº 126.292 – SP.....	38
3.3 Habeas Corpus nº 152.752 – PR.....	43
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o estudo do ativismo judicial, buscando demonstrar seu conceito, causas e consequências, em contraposição ao ativismo constitucional, termo que, embora não inédito, é recente e vem ganhando espaço nos discursos jurídicos dentro do contexto do estado de direitos fundamentais, que também será estudado.<sup>1</sup>

Ao ouvir falar sobre ativismo judicial, num primeiro momento, já é possível vislumbrar uma significativa carga valorativa inserida no termo no sentido de que muitos já o visualizam como algo bom ou ruim, pois, atualmente, com a notória atuação dos nossos tribunais superiores, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, o tema constantemente faz parte de discursos jurídicos, acadêmicos e populares acerca da concretização de direitos e garantias fundamentais.

O que se pretende neste trabalho, entretanto, não é defender ou criticar a atitude ativista, mas, sim, estudá-la sob suas diversas perspectivas, trazendo à tona suas nuances e, assim, engendrar uma reflexão acerca de suas consequências dentro do Estado de Direito. Sobretudo, o estudo buscará demonstrar os impactos do ativismo (seja ele o judicial ou o constitucional) no que tange à concretização de direitos fundamentais. Consequentemente, as abordagens feitas conduzirão a alguma conclusão a respeito do tema, no contexto teórico do que a Professora Christine Peter propõe como o Estado de Direitos Fundamentais.

Conforme mencionado, paralelamente ao estudo do ativismo judicial, surge a necessidade de demonstrar também as propostas do ativismo constitucional, importante ferramenta do Estado Constitucional, no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais.

O ativismo constitucional é um termo mais abrangente que leva em consideração não apenas o ativismo praticado pelo Poder Judiciário, mas também todo e qualquer ativismo praticado no âmbito de qualquer dos Poderes e de suas instituições na busca pela concretização dos direitos fundamentais inseridos em nossa Carta Magna.<sup>2</sup>

Já o ativismo judicial nos remete a uma atitude ativa somente do Poder Judiciário no âmbito dos conflitos jurídicos que chegam a suas mãos. Essa atitude pressupõe uma judicialização de demandas feita por parte da sociedade, pois, como sabemos, o Judiciário é

---

<sup>1</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 63-86, 2015.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

norteado pelo princípio da inércia, no qual não é permitido ao magistrado, em regra, atuar de ofício.<sup>3</sup>

A busca pelo Judiciário se dá quando não mais é possível resolver o problema por outros meios mais simples ou quando a lide ganha uma proporção que já não é mais possível aos particulares solucionarem sozinhos. Então, a existência de um elevado número de judicializações de demandas, fazendo com que o Judiciário comece a atuar onde outros Poderes é que deveriam fazer, leva-nos a acreditar que está havendo negligência por parte do Legislativo e do Executivo.

Nesse sentido, temos que o ativismo judicial também é resultado de omissão legislativa ou executiva, o que leva o Poder Judiciário a ter de agir com o intuito de suprir tais omissões. Essa situação pode criar um problema, fazendo com que um poder fique super inflado em relação aos demais, passando o Judiciário a uma posição de usurpador de funções do Poder Legislativo e do Poder Executivo.<sup>4</sup>

Para demonstrar os impactos do ativismo sobre os direitos fundamentais, será feita uma análise jurisprudencial de algumas decisões sobre um dos casos notórios que foi objeto de muitos debates entre os ministros do Supremo Tribunal Federal. As decisões analisadas têm como objeto de discussão a possibilidade sobre a execução provisória da pena, no âmbito do processo penal e os impactos dessa execução no direito fundamental à presunção de inocência.

A presunção de inocência é princípio basilar do processo penal, o que é facilmente demonstrado por meio de todos os outros princípios que norteiam o processo, que se tornou garantista por ocasião da promulgação da Constituição em 1988, o que nos mostra a preocupação dela em garantir um processo primado pela dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é fácil enxergar que a constitucionalização do processo penal teve o intuito de dar maior proteção ao indivíduo diante do poder punitivo do Estado.

As mudanças jurisprudenciais, com impactos diretos à Constituição, se deram por meio de 3 decisões provenientes dos seguintes *Habeas Corpus*: HC 84.078-7 MG<sup>5</sup>, HC nº 126.292 SP<sup>6</sup> e, por último, o mais recente HC nº 152.752 PR<sup>7</sup>, julgado pelo Supremo e que

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* ISSN 1138-4824, n. 13, Madrid (2009), p. 17-32.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zavascki. 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf> >

gerou grande repercussão pois poderia representar um outro marco no entendimento da Corte, mas veio a ratificar o que já havia sendo entendimento firmado pelo HC 126.292.

O marco da mudança teve início com o julgamento do HC nº 84.078-7<sup>8</sup>, decidido em 05 de fevereiro de 2009, de relatoria do ministro Eros Grau, que teve como entendimento final a impossibilidade da execução provisória da pena, por terem os ministros, naquela ocasião, entendido que a atitude afrontava o direito à presunção de inocência.

Posteriormente, em 2016, e, vale ressaltar, já com novas cadeiras ocupadas, o STF revisou seu entendimento acerca do assunto por meio do julgamento do HC nº 126.292-SP<sup>9</sup> e passou a adotar posicionamento oposto ao adotado anteriormente, ou seja, passou a entender que não constitui afronta ao artigo 5º, inciso LXII (direito à presunção e inocência), da Constituição Federal, a execução provisória da pena.

Com o julgamento do HC nº 152.752-PR<sup>10</sup>, de relatoria do ministro Edson Fachin, o tema voltou a ser discutido e gerou muita especulação sobre se iria ou não ocorrer nova revisão da jurisprudência, porém o entendimento permaneceu o mesmo e é o que vem sendo aplicado até então, qual seja, a execução provisória da pena não afronta a CF de 1988.

Nesse contexto, o trabalho tem o intuito de demonstrar o ativismo judicial em um caso específico de grande repercussão, aprofundando, assim, o estudo sobre o direito à presunção de inocência e, por último, por meio de análise jurisprudencial, expor cada uma das razões trazidas nos acórdãos analisados e os impactos do ativismo no que tange à relativização ou efetivação de direitos fundamentais.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Relator: min. Teori Zavascki. 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf> >

## CAPÍTULO 1: DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL

### 1.1 Considerações Iniciais

Nossa Constituição nos traz logo em seu artigo 2º<sup>11</sup> o princípio da separação dos poderes, importante limitador da atuação dos órgãos do Estado e caracterizador de um regime democrático. Em termos mais técnicos, os autores afirmam que a separação de poderes é, na verdade, uma separação de funções do poder, já que este é uno.<sup>12</sup>

Nesse sentido, há, dentro do texto constitucional, vários exemplos da aplicação do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes de forma que um exerce sobre o outro controle de forma recíproca, sem prejuízo da independência de cada um.<sup>13</sup>

Tal controle tem extrema relevância para o eficiente funcionamento do nosso Estado Democrático de Direito, não permitindo que um Poder se sobreponha ao outro e, assim, os três atuem harmonicamente de forma a proteger os indivíduos de eventuais abusos, como ocorria no passado.<sup>14</sup>

Nesse sentido, afirma o ministro Luís Roberto Barroso<sup>15</sup>:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.

Para se ter ideia da importância desse princípio em nossa ordem constitucional, ele encontra-se elencado no rol das chamadas cláusulas pétreas, que são aquelas em que não se pode emendar o dispositivo com tendência a querer abolir o direito ali colocado. De igual forma, é importante que na prática da atuação estatal não haja desrespeito ao princípio em questão.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 2º ed. Editora Saraiva.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zavascki. 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >

Nesse sentido, já de antemão, é possível estranhar o termo ativismo judicial, pois soa como se o Poder Judiciário estivesse atuando mais do que deveria (adiante veremos que é exatamente isso) ou mais do que os outros Poderes, o que, nesse caso, se mostra incoerente dentro de um Estado em que as funções dos Poderes são separadas e entre eles pretende-se exercer um controle a fim de evitar a sobreposição de um em relação ao outro.

## 1.2 Ativismo judicial e o Ativismo Constitucional

Antes de invadir os estudos sobre ativismo judicial, é importante trazer à tona o fenômeno que o precede, qual seja, a judicialização, pois, como se sabe, o Poder Judiciário, em regra, age por provocação de terceiro interessado na sua atividade, o que consubstancia o princípio da inércia. Pois bem, a judicialização corresponde às demandas que são levadas ao Poder Judiciário diariamente pelos indivíduos para que, assim, ele exerça sua atividade judicante.<sup>17</sup>

Quando há excessiva judicialização de demandas ocorre uma verdadeira transferência de poder dos Poderes Legislativo e Executivo para as mãos do Poder Judiciário, que passa a agir mais ativamente na vida dos cidadãos, decidindo, na maioria das vezes, sobre questões que interferem diretamente na esfera privada dos indivíduos.<sup>18</sup>

Entre as causas da judicialização, segundo o ministro Luís Roberto Barroso, está a redemocratização, que ganhou força com a promulgação da Constituição de 1988, pois, a carta magna fortaleceu as instituições essenciais à justiça, o que fez com que o Poder Judiciário também se tornasse fonte de concretização de direitos fundamentais. Uma outra causa foi o processo de constitucionalização de diversas matérias antes não encontradas em seu texto, o que faz com que a Constituição Cidadã se caracterize como uma Constituição eminentemente analítica e, por fim, a última causa apontada como motivadora da judicialização é o sistema de controle de constitucionalidade altamente abrangente, fazendo com que ainda mais questões sejam judicializadas.<sup>19</sup>

A própria possibilidade de judicializar uma demanda é um direito fundamental assegurado constitucionalmente, correspondente ao direito de ação, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão à direito será afastada do Poder Judiciário.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Barroso, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> ORSATTO, Sílvio Dagoberto. A atuação do poder judiciário no estado constitucional em face do fenômeno

O direito de ação então abre portas para que outros direitos possam ser concretizados por meio de decisões judiciais. A judicialização caminha, pois, junto com o ativismo judicial, mas ao passo que aquela é um fato, que está fora da esfera de controle dos magistrados, o ativismo judicial é uma atitude de escolha acerca do modo como será tomada as suas decisões.<sup>21</sup>

O ativismo judicial é, pois, ação que implica em uma participação expansiva do Poder Judiciário na intenção de dar maior alcance e sentido ao texto constitucional, o que provoca, em maior ou menor grau, uma invasão na esfera de competência dos outros Poderes, o que, em alguns casos, ocorre pela própria omissão deles.<sup>22</sup>

Nesse ponto, colaciono a contribuição de Ronald Dworkin<sup>23</sup> em uma de suas obras:

Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizada na prática.

O motivo de não ser plenamente possível que o juiz encontre solução para todos os casos no direito positivado é simples, não há como o legislador prever todos os possíveis conflitos que podem surgir na sociedade. Para isso é dado ao magistrado outros meios de suprir as lacunas que eventualmente surgirem.

Segundo alguns autores, o ativismo judicial é até necessário num Estado Democrático de Direito na medida em que também é fonte de concretização de direitos fundamentais e garantidor de eventuais agressões que os cidadãos possam vir a sofrer do próprio Poder Legislativo e, nesse ponto, é possível vislumbrar o sistema de freios e contrapesos em atuação.<sup>24</sup>

Em maior ou menor medida, pois, é possível afirmar que o juiz quando decide cria direitos por meio de sua atividade judicante. Nesse sentido, o que despende preocupação é os

---

da judicialização das políticas públicas no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 238-251

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 128

<sup>24</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 2-22

limites dessa atuação, pois é essencial, para manutenção do Estado de Direito, que os Poderes estejam sempre atuando harmonicamente.<sup>25</sup>

Criação judicial do direito e ativismo judicial são termos que não se confundem, pois, a criação judicial do direito é o próprio exercício regular do poder-dever do Poder Judiciário, enquanto que o ativismo judicial seria a extrapolação desse poder-dever.<sup>26</sup>

No Brasil, o grande protagonista de toda a discussão sobre ativismo judicial é o Supremo Tribunal Federal, o que não poderia ser diferente já que é ele o guardião da Constituição da República e, portanto, nossa instância constitucional a quem se recorre sempre que surgem os casos difíceis no contexto da nossa Carta Magna.

Entretanto, é importante lembrar que, enquanto guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal deve assegurar o respeito às normas constitucionais de forma que os direitos ali elencados sejam materialmente assegurados e não apenas formalmente, e faz isso como última instância a quem recorremos. Tal função, porém, não legitima atuação para além do que a própria Constituição autoriza, que é o sentido que imprime, negativamente, o termo ativismo judicial.

É o limite traçado pelo princípio constitucional da separação dos poderes que delimita a criação judicial do direito para que ela não se transforme em ativismo judicial, o que, em alguns casos, é de fácil constatação, porém em outros há alto grau de complexidade em definir esses limites levando em conta a abertura deixada pelo próprio texto.<sup>27</sup>

Luís Roberto Barroso<sup>28</sup>, elenca algumas situações em que é possível enxergar o ativismo judicial, são elas:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A situação que será analisada em nosso estudo não parece se adequar a nenhuma das hipóteses elencadas pelo ministro, pois trata-se de um dispositivo ao qual foi dado

---

<sup>25</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 2-22

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. p. 22.

interpretação diversa em diferentes momentos, fazendo com que haja uma grande dúvida acerca da real vontade do legislador constituinte e também se na situação houve extrapolação de poder do Supremo Tribunal Federal no momento de interpretar a norma, fazendo com que uma nova norma fosse criada e nos levando a um estado de insegurança jurídica.

É possível visualizar a primeira situação quando o STF, por ocasião do julgamento da ADPF 132<sup>29</sup> reconheceu a união homoafetiva, concluindo que o emprego da palavra “família” no texto constitucional, assim como no Código Civil, abrange não só aquela constituída por homem e mulher, mas também contempla a união entre pessoas do mesmo sexo, pois a orientação sexual do indivíduo não pode ser usada como fundamento à desigualação jurídica.

A segunda, é realizada quando algum dos legitimados impetra uma das ações de controle de constitucionalidade, caso em que, atendidos os requisitos constitucionais para conhecimento da ação, o STF fica obrigado a se manifestar acerca da constitucionalidade ou não da norma impugnada, foi o que ocorreu quando o Supremo se manifestou, por meio da ADIN 4815<sup>30</sup>, sobre a publicação de biografias não autorizadas.

A terceira situação ocorre quando, por exemplo, o Poder Judiciário impõe a um hospital que seja dado a um determinado indivíduo o direito de ser internado em uma UTI em caráter de urgência.

Na primeira situação, é possível visualizar o Poder Judiciário atuando ativamente e invadindo a esfera de competência típica do Poder Legislativo, mas com o fim de concretizar direitos fundamentais, assim como na terceira hipótese o Judiciário invade a esfera de competência do Poder Executivo, mas por omissão deste e no intuito de assegurar um direito fundamental.

Em contraponto ao ativismo judicial está a autocontenção judicial que busca um posicionamento mais retraído de forma a se evitar a invasão na esfera de competências dos demais poderes. Até a Constituição de 1988 essa era a característica do Poder Judiciário brasileiro, porém, com a promulgação da carta magna e todo o processo de redemocratização

---

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Min. Ayres Brito. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 4815. Relator: Min. Cármen Lúcia. 2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>

advindo junto com ela, conforme dito anteriormente, o Poder Judiciário passou a ser mais atuante.<sup>31</sup>

Apesar do ativismo judicial ser uma onda que vem tomando conta das Cortes Constitucionais em vários países, o Brasil ainda tem lugar de destaque nesse sentido, pois questões de todos os tipos chegam ao Supremo para julgamento e os cidadãos brasileiros acompanham tudo ativamente, na expectativa de terem suas demandas atendidas.<sup>32</sup>

Sobre a atividade judicante, Inocêncio Mártires Coelho<sup>33</sup> nos ensina o seguinte:

*Interpretar não é criar, advertem os interpretativistas, é simplesmente aplicar a norma com o sentido e o alcance que lhe atribuíram as instâncias de representação popular, cujas decisões políticas não podem ser substituídas pelas decisões jurídicas – sobretudo as de forte inspiração política – da magistratura constitucional.*

Os interpretativistas são aqueles que pretendem interpretar a Constituição de maneira mais limitada, de modo a não haver uma criação judicial de norma por entenderem que tal atitude é incompatível com o princípio democrático, já que magistrados não chegam ao poder por meio de escolha popular. Porém, os interpretativistas não chegam a ser fortemente positivistas pois admitem a necessidade de adequação do texto à realidade social, não devendo o aplicador da norma prender-se tão somente à literalidade constitucional, mas interpretá-la pautado por limites previamente estabelecidos.<sup>34</sup>

Já os não interpretativistas são aqueles que seguem uma posição oposta, defendendo uma interpretação mais expansiva, o que se coaduna com o ativismo judicial vivido na contemporaneidade.<sup>35</sup>

Nesse sentido é também o que abriga Fernando Lassalle, que adverte para importância da atualização da Constituição à realidade social, que vive em constante mudanças e por esse motivo não deve ser engessada sob pena de se tornar uma mera folha de papel e não refletir a realidade constitucional que por ela é regida.<sup>36</sup>

Importante levantar alguns pontos que são colocados em oposição ao aumento da intervenção do Judiciário na vida dos cidadãos, entre eles estão os riscos que o ativismo

---

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2011.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> COELHO, Inocêncio Mártires, *Interpretação constitucional*. p.105-111.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

judicial traz para a legitimidade democrática, o que traz a discussão o fato de os agentes do Poder Judiciário não serem eleitos, conforme defendido também pelos interpretativistas.<sup>37</sup>

Outro risco é o da politização da justiça, que pode ocorrer, por exemplo se magistrados passarem a tomar decisões populistas diante de omissões legislativas, o que faz com que as pessoas comecem a ver no Poder Judiciário um herói, salvador da pátria e isso não é saudável para a democracia. Por isso, então, é que há meios de se evitar esse tipo de conduta, como por exemplo a motivação racional a que estão obrigados os magistrados, que devem sempre expor, amparados pelo ordenamento jurídico, as razões de suas decisões.<sup>38</sup>

E, por fim, um outro contraponto diz respeito à capacidade institucional do Judiciário e os seus limites pois, num Estado que tem como fundamento basilar a separação de poderes é de suma importância que haja equilíbrio na tomada de decisões de cada um deles para que não ocorra hegemonia de um poder em relação ao outro. Algumas decisões, segundo o então ministro Barroso, não cabem ao Poder Judiciário tomar, pois, na maior parte das vezes, o magistrado não consegue enxergar o impacto sistêmico que uma decisão pode causar na realidade social do país.<sup>39</sup>

E, assim como o estado de direito tem evoluído para um estado constitucional, preocupado sempre em tornar efetiva a Constituição no que tange aos direitos fundamentais, juntamente com ele uma importante ferramenta em atualização ao ativismo judicial: o ativismo constitucional. A respeito disso, inicialmente, nas palavras de Christine Peter<sup>40</sup>:

O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jusfundamentais em todas as práticas do poder, seja pelo legislador, seja pelo juiz.

O ativismo constitucional, pois, traduz-se num ativismo vindo dos três poderes do Estado e de suas instituições com o intuito único de concretizar direitos constitucionais, o que se coaduna com o estado de direitos fundamentais, que revela-se como uma atualização do estado direito.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2011.

<sup>38</sup> COELHO, Inocêncio Mártires, *Interpretação constitucional*. p.105-111.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2011.

<sup>39</sup> COELHO, Inocêncio Mártires, *Interpretação constitucional*. p.105-111.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2011.

<sup>40</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 63-86, 2015.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

Nesse sentido, o deslocamento do ativismo judicial para o constitucional nos leva a um novo olhar em relação a separação das funções dos poderes, em que se percebe que, para a efetivação de direitos fundamentais é necessário que haja sim um ativismo, ainda mais com uma Constituição analítica como a brasileira, mas esse ativismo deve vir de todas as funções do poder estatal e não apenas de um deles por não ser compatível com o estado constitucional.<sup>42</sup>

Assim, de acordo com Christine Peter<sup>43</sup>, há três perspectivas sobre as quais podemos visualizar o ativismo constitucional, quais sejam, o plano ideológico, o plano teórico e o metodológico.

O plano ideológico nos remete a um ativismo preocupado com a concretização de direitos fundamentais baseado na teoria da ordem de valores, que é aquela que diz que todo o ordenamento jurídico está vinculado aos direitos fundamentais e que, para tanto, necessita do ativismo advindo de todas as instituições dos poderes e não apenas do Poder Judiciário para alcançar seus fins. A crítica feita aqui é no sentido de que o seguimento a essa teoria conduz a percepção de uma hierarquia entre as normas constitucionais, fazendo com que as normas que tratam de direitos fundamentais se sobreponham a outras normas da Constituição, o que não é admitido em nosso ordenamento.<sup>44</sup>

O plano teórico enfrenta o ativismo como alternativa para solução de alguns problemas decorrentes do positivismo, partindo de um pressuposto humanista, embasando suas atitudes na dignidade da pessoa humana e direcionando seu olhar para o indivíduo como sujeito de direitos. Nesse sentido, o ativismo constitucional pode ser usado como ferramenta no neoconstitucionalismo, pois este é um novo paradigma que surge como atualizador do estado constitucional e que se preocupa em dar concretização aos direitos constitucionais, portanto o ativismo constitucional e neoconstitucionalismo convivem juntos harmonicamente com os mesmos fins.<sup>45</sup>

Sobre o neoconstitucionalismo, ratificando o exposto, Luís Roberto Barroso<sup>46</sup> nos ensina o seguinte:

---

<sup>42</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 63-86, 2015.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> BARROSO, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. número 9, 2007.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

E, por fim, o plano metodológico é aquele que está preocupado em concretizar os direitos fundamentais em sua dimensão fática, tentado, por meio das técnicas de ponderação e atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, resolver conflitos de concorrência e colisão dos direitos, o que implica em um dispêndio maior por parte do julgador, já que terá que justificar bem suas razões.<sup>47</sup>

Superadas as distinções entre ativismo judicial e constitucional, é possível perceber que, levando em consideração os princípios que norteiam o estado democrático de direito, a atitude ativista é necessária mas deve ser empenhada pelos três poderes harmonicamente e não apenas por um em detrimento dos demais, pois um cenário desse tipo nos conduz a um estado de crise fazendo crer que está ocorrendo omissão por parte dos demais poderes.

---

<sup>47</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 63-86, 2015.

## CAPÍTULO 2: DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

### 2.1. Origem da presunção de inocência

Em todo o tempo, desde antigamente, o indivíduo sempre esteve em situação de inferioridade diante Estado, quando no passado este era autoritário. Tratava-se, pois, de uma relação vertical deste com os cidadãos, o que, nesse ponto (relação vertical), não mudou nos dias de hoje, porém, após as duas grandes guerras mundiais, nota-se que as Constituições pelo mundo passaram a ter uma preocupação maior com o indivíduo, dando-lhe mais proteção, visto que sua situação de vulnerabilidade subsiste.

Não diferente das outras Constituições do mundo, nossa Constituição de 1988 também se preocupou em trazer expressamente direitos que, em um outro momento, foram negligenciados aos cidadãos. Em se tratando de processo penal, essa situação de vulnerabilidade do indivíduo torna-se ainda maior, pois o cidadão é diminuto diante do poder punitivo estatal, precisando, dessa forma, de uma proteção ainda maior em face dele. E é por isso que doutrinas processuais penais garantistas<sup>48</sup> afirmam que o processo penal é, em verdade, um instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado, servindo para inibir possíveis abusos, autoritarismos ou arbitrariedades do Estado sobre o indivíduo que responde a processo criminal.

Dentre as normas que permeiam o processo penal brasileiro, a presente pesquisa irá ater-se à presunção de inocência, princípio basilar do processo penal e que constitui hoje uma de suas principais garantias, tendo em vista as diversas atrocidades que já foram acometidas contra o indivíduo no passado por ter sua culpabilidade afirmada precocemente.<sup>49</sup>

Inicialmente, a presunção de inocência, além de constituir uma garantia ao acusado em um processo penal, é, antes de tudo, um direito assegurado pela própria Constituição Federal, sendo, pois, uma garantia constitucional expressa, tamanha sua importância na vida do indivíduo. Tal norma dita que somente será considerado culpado pela prática de algum ilícito aquele que, submetido a processo permeado pela ampla defesa e contraditório, tiver sentença penal condenatória com trânsito em julgado.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

<sup>49</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira; 2ed.; São Paulo: EDIPRO, 2015.

<sup>50</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1988: art. 5º, LVII.

Embora seja chamado por muitos de princípio, não há consenso na doutrina e jurisprudência quanto à classificação dessa norma, sendo que existem correntes com motivos racionais para justificar ambas as posições, que ora afirmam que é um princípio, ora afirmam que é regra e isso também será objeto de estudo no momento da análise jurisprudencial.

Para os fins a que se propõe o presente trabalho, é importante o estudo das origens da presunção de inocência, de forma que possamos entender o porquê esse direito está na Constituição e por que o constituinte escreveu o texto da forma que lá está colocado, para então termos condições de entender também os argumentos colocados quando da análise jurisprudencial que será feita no capítulo seguinte.

O direito à presunção de inocência, segundo alguns doutrinadores, tem seus primeiros resquícios no direito romano. Entretanto, só foi de fato positivado em um ordenamento jurídico durante a Revolução Francesa, com o advento da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, importante marco para o início do reconhecimento desse direito.<sup>51</sup>

Na Roma antiga, quando vigorava o processo inquisitório, inexistiam garantias aos acusados, o processo era mera formalidade para aplicação da pena e este norteava-se pela presunção de culpabilidade.<sup>52</sup>

Sobre esse direito, Eugênio Pacelli<sup>53</sup> nos rememora os pressupostos que norteavam o processo penal no passado:

Voltando ao passado, o princípio fundamental que norteava o Código de Processo Penal, então, era o da presunção de culpabilidade. Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente?

Evidentemente, a aludida dúvida somente pode ser explicada a partir de um pressuposto: o de que o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, presunção de culpa, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritário, como aquela do regime italiano da década de 1930, nada há a se estranhar. Mas a lamentar há muito. Sobretudo no Brasil, onde a onda policlesca do Código de Processo Penal produziu uma geração de juristas e de aplicadores do Direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras.

---

<sup>51</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. 2015. ISBN: 978-85-60464-03-6

<sup>52</sup> PACIFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (abril-junio 2017), Abril 2017 – ISSN: 1988-7833.

<sup>53</sup> PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21 ed. Editora Atlas. 2017.

E, sobre a origem da presunção de inocência, Pacelli<sup>54</sup> nos ensina:

O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).

Desse modo, percebemos que o que temos hoje é o completo oposto do que o que nos foi dado no passado, quando vigorava a presunção de culpabilidade. A situação do indivíduo diante do Estado era de completa vulnerabilidade e a arbitrariedade das decisões judiciais prevalecia.

Na época em que houve a ascensão da igreja católica, teve início o período inquisitorial, em que o indivíduo era penalizado por seus pecados e qualquer mera suspeita de cometimento de infração levava-o a ser considerado culpado, prevalecendo, de igual forma, a presunção de culpa.<sup>55</sup>

Naquela época, todos os poderes de instruir, acusar e julgar estavam concentrados em uma só pessoa, o que fazia com que o julgador fosse totalmente parcial e o acusado ainda mais fraco diante do poder punitivo.<sup>56</sup>

Com o advento do Iluminismo e, posteriormente, a Revolução Francesa, o processo inquisitorial começou a sumir, pois foram constatadas diversas falhas nele. Caminhando com a evolução, começou-se a exigir que fosse comprovada a culpa daqueles que eram acusados de algum crime.<sup>57</sup>

Mais tarde, em 1948, a presunção de inocência foi positivada no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que prescreveu da seguinte forma<sup>58</sup>:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de

---

<sup>54</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21 ed. Editora Atlas. 2017.

<sup>55</sup> PACIFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (abril-junio 2017), Abril 2017 – ISSN: 1988-7833.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Declaração Universal dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>

acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Observe-se que, até então, os textos que trouxeram o direito não estabeleceram nenhuma especificidade ou marco temporal para definir como se daria a comprovação dessa culpabilidade, reservando isso à lei, porém, a declaração da ONU, em avanço, já trouxe também o princípio da publicidade e a garantia de defesa, o que robustece a dignidade do indivíduo dentro de um processo criminal.

Em 1966, foi celebrado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>59</sup>, ratificado pelo Brasil em 1992, em que acomodou o seguinte texto: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Mais tarde, em 1969, o Pacto São José da Costa Rica<sup>60</sup> também previu texto quase idêntico a esse, que passou a vigorar no Brasil também em 1992 depois de ter sido ratificado por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992 e o Decreto nº 678, de 6 de maio de 1992.

No Brasil, quando entrou em vigor o nosso atual Código de Processo Penal, muitas críticas foram feitas pois nele foram suprimidas diversas garantias sociais que até então tinham sido conquistadas pelos cidadãos.<sup>61</sup>

Dentre todas as constituições brasileiras, a primeira a trazer consigo o direito à presunção de inocência foi a Constituição da República de 1988, que, além de expressar a norma, a expressou com rigor estabelecendo marco para a comprovação da culpabilidade, o trânsito em julgado, quando então o indivíduo sai do estado de inocência e passa a ser considerado culpado.<sup>62</sup>

José Afonso da Silva define a natureza da presunção de inocência ora como direito, ora como garantia. É uma garantia na medida em que traz proteção à liberdade de locomoção do indivíduo, impedindo que o Estado a restrinja antes de comprovar a sua culpa

---

<sup>59</sup> Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)

<sup>60</sup> Pacto São José da Costa Rica. Disponível em [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

<sup>61</sup> PACIFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (abril-junio 2017), Abril 2017 – ISSN: 1988-7833.

<sup>62</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. 2015. ISBN: 978-85-60464-03-6

e é direito pois encontra-se elencado no rol de direitos fundamentais. Nos ensina, ainda, que é um princípio pois serve de fundamento valorativo para o direito processual penal.<sup>63</sup>

## 2.2. Culpabilidade e o trânsito em julgado

Outro ponto importante a se ressaltar é que a maioria das Constituições do mundo não trazem expressamente o momento em que o indivíduo pode deixar de ser considerado culpado, trazendo em seu texto apenas que deverá ser considerado inocente até que sua culpa seja comprovada legalmente, diferentemente das Constituições brasileira, italiana e portuguesa, que afirmaram o estado de inocência até o julgamento definitivo, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>64</sup>

Foi objeto de muitos debates durante a Assembleia Nacional Constituinte a forma como o direito à presunção de inocência seria inserido na Constituição de 1988 e, muitos dos textos propostos, não mencionavam o trânsito em julgado, prevendo apenas redações como “Todo e qualquer cidadão acusado de um ato delituoso é considerado inocente até que sua culpabilidade resulte cabalmente demonstrada, através de processo regular, no qual se lhe tenha assegurada plena e ampla defesa” ou “Todo acusado se presume inocente até que haja declaração judicial de culpa; e tem direito de ser preservada ao máximo possível essa condição”. Porém, no fim, o texto que ficou convencionado foi aquele que estabeleceu a inocência até o trânsito em julgado.<sup>65</sup>

Tem relevância ter conhecimento que o texto passou por diversos estudos e debates até chegar ao que ficou estabelecido, pois assim, percebemos que o que foi positivado foi feito por vontade do legislador, já que teve a oportunidade de fazer de modo diverso.

Entretanto, há críticas quanto ao que foi escrito na Constituição pelo fato do texto ter passado por diversas alterações feitas pelos constituintes sem muito fundamento técnico, o que resultou em alguns dispositivos deficientes, necessitando de interpretações que, na maior parte das vezes, não são consensuais e causam alvoroço.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Silva, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>>

<sup>64</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. 2015. ISBN: 978-85-60464-03-6

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

Nota-se que a Constituição Federal pretendeu seguir o modelo italiano em sua redação, pois esta também exige sentença definitiva para que seja aferida a culpabilidade, a diferença é que o texto da Constituição da Itália prevê a presunção de não culpabilidade enquanto a nossa prevê a presunção de inocência (embora isso não seja unânime).

Embora pareça sem importância, a diferença entre as duas terminações já foi objeto de discussão e a escolha por uma delas traz consequências interpretativas para sua aplicação prática. Quando se fala em presunção de não culpabilidade, ao absolver um acusado, por exemplo, por falta de provas, não está se afirmando sua inocência, mas apenas informando que não foi possível colher provas suficientes para aferição de sua culpabilidade. Quando se fala em presunção de inocência, a visão é outra, pois o indivíduo, enquanto não condenado, é inocente, ou seja, por qualquer motivo que ele venha a ser absolvido, tal absolvição só irá ratificar seu estado de inocência.<sup>67</sup>

Em razão dessa semelhança entre o texto das duas Constituições é que alguns doutrinadores acreditam que, já que a Constituição brasileira sofreu influência da italiana, o que deve ser extraído de seu texto é a presunção e não culpabilidade.<sup>68</sup>

Em termos práticos, em verdade, as nomenclaturas não intentam grande diferença, pelo menos não no Brasil, pois, como se sabe, uma vez acusado em processo criminal o indivíduo já é etiquetado<sup>69</sup> e passa a ser visto com outros olhos pela sociedade. Se for encarcerado, ainda que preventivamente, a situação ainda piora. O Supremo Tribunal Federal não estabelece distinções entre os termos, usando-os como sinônimos em suas decisões, conforme veremos mais adiante.

O professor José Afonso da Silva<sup>70</sup> pondera, sabiamente, que a culpabilidade integra o conceito de crime, sendo seu terceiro elemento e, para que se fale em condenação de um indivíduo, necessário é que haja comprovação dessa culpabilidade que, nos termos da Constituição Federal, se dá com o trânsito em julgado. Se para condenar, é exigível a culpabilidade comprovada, para aplicar uma pena ela deve ser exigida com muito mais rigor, porém, não é o que está acontecendo.

---

<sup>67</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. 2015. ISBN: 978-85-60464-03-6

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> SILVA, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>>

Outro ponto controvertido diz respeito a presumir inocente alguém que um juiz de primeira instância está condenando, pois, como se sabe, o juiz só deve condenar se estiver convicto da culpa do indivíduo. Ao olhar por esse lado parece existir incoerência entre as normas do próprio ordenamento, mas, se analisarmos a questão por um outro viés, e, valendo-se de uma interpretação sistêmica, pode-se perceber que talvez quis o constituinte dar ao acusado o direito de ter sua situação analisada sob outros olhos, pois, o juiz é ser humano e, assim sendo, também pode errar, o que de fato acontece. Então, numa tentativa de evitar um inocente condenado definitivamente, justifica-se o direito do réu de contestar aquilo que o julgador afirma e então preserva-se mais uma vez sua dignidade humana.<sup>71</sup>

### **2.3. Execução provisória da pena**

A própria expressão já nos remete a um significado, a provisoriedade da execução de uma pena. Ou seja, será algo temporário, que poderá ou não se tornar definitivo. O problema reside no fato da irreversibilidade dessa decisão, pois aqui, estamos tratando de uma liberdade individual, a liberdade de locomoção.

A execução provisória da pena consiste em uma antecipação do cumprimento da pena imposta por meio de sentença penal condenatória e que já teve as possibilidades de recursos ordinários esgotados. Assim, mesmo que haja recursos extraordinários pendentes, é possível que se inicie o cumprimento da pena. Chama-se antecipação da execução porque esta ocorre antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, o raciocínio seguido é o de que o processo se divide em duas fases, a ordinária, composta pela primeira e segunda instância; e a extraordinária, que ocorre nos tribunais superiores. Vencida as instâncias ordinárias, restariam respeitados o direito ao duplo grau de jurisdição e o direito à presunção de inocência, entretanto, não é o que defende os constitucionalistas.<sup>72</sup>

Todo esse cenário é possível de ocorrer porque os recursos extraordinários são desprovidos do efeito suspensivo, o que significa dizer que a interposição deles não tem o condão de suspender a execução da pena imposta na decisão recorrida.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. 2015. ISBN: 978-85-60464-03-6

<sup>72</sup> IBCCRIM. *Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 24 – nº 281 – Abril/2016 – ISSN 1676-366. Disponível em [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)

<sup>73</sup> *Ibidem*.

Assim, na tentativa de impedir que continue ocorrendo a execução provisória da pena, há Projetos de Lei<sup>74</sup> tramitando no Poder Legislativo que pretendem alterar a Lei 8.038/1990, que dispõe sobre os recursos especial e extraordinário, e o Código de Processo Penal a fim de dar efeito suspensivo a esses recursos, impedindo, assim, que a pena seja executada provisoriamente.<sup>75</sup>

Quando esses recursos são utilizados no âmbito do processo civil, é mais aceitável a execução da sentença na pendência desses recursos tendo em vista o requisito da reversibilidade da decisão, que consiste na possibilidade de retorno ao *status quo ante*<sup>76</sup>, ou seja, caso a decisão recorrida seja alterada na fase recursal é possível que aquilo que foi executado retorne ao estado anterior. Já em processo penal, tal situação não se mostra possível.

José Afonso da Silva, em parecer emitido sobre o assunto, afirma que, se em matéria processual civil é exigida a possibilidade de reversão da decisão para que esta possa ser executada a título provisório, logo, muito mais deve ser exigido em matéria processual penal, em que estamos lidando com a liberdade de locomoção do indivíduo e, por óbvio, não há como devolver a ele o tempo em que teve sua liberdade restringida caso a decisão definitiva seja em sentido contrário a anteriormente proferida.<sup>77</sup>

Os defensores da execução provisória da pena costumam citar o que ocorre na grande maioria dos países em que não há óbice algum quanto a ocorrência dela, já que as Cartas Internacionais as quais todos esses países devem obediência e, inclusive, o Brasil, apenas aduz em seu comando que o indivíduo é inocente até que fique provada a sua culpa. A partir daí foi dado a cada Estado a obrigação de dar fiel execução a essa norma da forma que for mais conveniente em suas Constituições.<sup>78</sup>

Acontece que, no Brasil, a escolha do legislador constituinte foi estabelecer de maneira incisiva o marco temporal da comprovação dessa culpa, o que não foi feito nos outros países, dando, portanto, abertura para que magistrados pudessem decidir que momento seria esse. A importância de se obedecer a vontade do legislador constituinte é o respeito a separação de

---

<sup>74</sup> PL 4577/2016. Disponível em <

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078412> >

<sup>75</sup> IBCCRIM. *Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 24 – nº 281 – Abril/2016 – ISSN 1676-366. Disponível em [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)

<sup>76</sup> Estado em que as coisas estavam antes.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. Disponível em <

<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>>

<sup>78</sup> Execução provisória da pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. Disponível em <

[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3\\_execucao\\_provisoria\\_da\\_pena\\_versao\\_final\\_corrigido2.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf)>

poderes, é o respeito a uma norma que também foi escolhida por ele para ser considerada cláusula pétrea e, vale lembrar, que o Legislativo é representante direto do povo, o que já não ocorre com o Poder Judiciário, que são representantes indiretos.

Em nosso próprio ordenamento jurídico já tivemos Constituições que flexibilizaram esse princípio, conforme colacionado abaixo artigo da Constituição do Brasil de 1824<sup>79</sup>:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. [SIC]

Percebe-se que, nessa norma sim foi dado um maior grau de abertura para decisões no caso concreto, pois a Constituição não expressou o que seria ou em que momento se daria a “formação da culpa”, o que já não ocorreu na Constituição de 1988, em que o constituinte deixou claro que a presunção de inocência só acaba quando ocorre o trânsito em julgado.

Nossa constituição é classificada como rígida por somente admitir a alteração em seu texto mediante emenda à constituição por meio do poder constituinte derivado, que exige um quórum qualificado de 3/5, em dois turnos e em cada casa do Congresso Nacional. Perceptível é que o constituinte originário não quis facilitar a alteração da Constituição.

Pois bem, para fazer interpretações à Constituição de forma a adequá-la aos anseios da sociedade e torná-la efetiva é necessário que se respeite os limites impostos pelo próprio poder constituinte originário, pois é completamente incompatível com nosso Estado Democrático dar a qualquer dos poderes poder sem limites para realizar suas atribuições.

Além da limitação formal exigida para alteração da Constituição Federal, há também limitações materiais dispostas no artigo 60, §4º da CR em que aqueles direitos considerados como cláusulas pétreas não podem ser objetos de emenda tendente a aboli-los, o que, dessa forma, não impede que venham a ser ampliados.

---

<sup>79</sup> Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>

Gilmar Mendes nos ensina que a finalidade da cláusula pétrea não é preservar a redação de uma norma constitucional, seu intuito vai além disso, elas servem para impedir que haja um retrocesso constitucional, rompendo com princípios e estruturas da Constituição motivado pela sedução de determinado momento político.<sup>80</sup>

Roberto Barroso nos diz em um de seus votos sobre o assunto que a possibilidade da interpretação sistêmica feita pelo Supremo, conferindo ao texto do dispositivo interpretação diversa do que está positivado decorre da forma de alteração constitucional conhecida como mutação constitucional.<sup>81</sup>

Mutação constitucional é a alteração dada à interpretação da norma constitucional pelo Poder Judiciário, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma sem que para isso seja necessário que ocorra uma alteração formal em seu texto.<sup>82</sup>

Entretanto, nas palavras de Gilmar Mendes<sup>83</sup> “A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.”

Levando em consideração que o constituinte originário estabeleceu limites materiais para o poder constituinte derivado é importante nos atentarmos para o fato de que tais limites devem também ser observados pelo Poder Judiciário quando se vale da mutação constitucional para alterar a norma da constituição.

Quais limites seriam esses? O direito à presunção de inocência está previsto no artigo 5º da Constituição Federal e é considerado cláusula pétrea, logo, a limitação reside no fato de que eventuais alterações ao texto, sejam por meio de emenda ou sejam por meio da mutação constitucional, devem respeitar o disposto no artigo 60, §4º da CF, ou seja, não é possível alteração tendente a abolir um direito fundamental, mas apenas ampliá-los.

Está claro que a nova interpretação dada pela Corte não amplia o direito à presunção de inocência, mas sim o restringe, contrariando duplamente a Constituição Federal, tanto no que se refere à afronta ao direito ali assegurado ao réu em processo criminal, como também

---

<sup>80</sup> Mendes, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. 2014.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zavascki. 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >

<sup>82</sup> Mendes, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. 2014.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

desrespeitando os limites materiais impostos pela própria Constituição por ocasião de alterações realizadas em seu texto ou em sua interpretação.

Segundo José Afonso da Silva, o que ocorreu no julgado do HC 126.292 não foi mutação constitucional, nas palavras dele “Na verdade, isso não é mutação constitucional, mas mudança na interpretação da norma”<sup>84</sup>. E, por fim, completa: “Em suma, interpretação, como tal, não pode mudar a Constituição. O Acórdão sabe disso, por isso lanço mão da doutrina da mutação constitucional, que também não o pode.”<sup>85</sup>

Além disso, outro ponto discutível e que o professor José Afonso traz à tona e, na hipótese, também não poderia ter margem para interpretação é se o direito à presunção de inocência seria regra ou princípio. Se for levado em consideração que trata-se de um princípio é possível que haja ponderação no caso concreto, já quando se trata de regra aplica-se o “tudo ou nada”.

Os ministros que votaram a favor da execução provisória, por óbvio, defendem que se trata de um princípio e, portanto, passível de interpretação, já quem posiciona-se contrariamente à execução provisória, diz tratar-se de uma regra e, tal qual, deve ser aplicada conforme a literalidade da Constituição.

No acórdão nº 84.078<sup>86</sup>, afirmou-se que executar a pena provisoriamente é incompatível com a Constituição e fazer isso só justifica-se a pretexto de ser conveniente para o magistrado e não para o processo penal.

Luís Roberto Barroso, trouxe como uma das justificativas de seu voto o fato de o sistema de justiça estar em descrédito com a sociedade.<sup>87</sup>

O argumento enfrentado de que o sistema de justiça está em descrédito a pretexto de se mitigar um direito expressamente assegurado pela Constituição, permitindo assim a execução provisória da pena, significa que estamos diante de uma mitigação de um direito fundamental com o fim de sanar uma falha do próprio Estado, ou seja, com o intuito de dar uma resposta à Sociedade pelas falhas do Judiciário no que tange à punição daqueles que cometem crimes, está se atenuando um direito constitucional, que conseqüentemente acaba por violar outras garantias constitucionais, como o devido processo legal. Um completo

---

<sup>84</sup> Silva, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. p. 14

<sup>85</sup> *Ibidem*. p. 15

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº126.292-SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao\\_sob\\_o\\_numero\\_10460083](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao_sob_o_numero_10460083)

absurdo priorizar a celeridade de um processo em detrimento de garantias ligadas diretamente ao direito à liberdade de locomoção e à dignidade da pessoa humana.

O excesso de possibilidade de recursos tem sido o motivo do descrédito do sistema de justiça, porém o Estado deve procurar resolver o problema de outra forma que não seja suprimindo direitos conquistados até aqui.

### CAPÍTULO 3: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

#### 3.1. Habeas Corpus nº 84.078-7- MG

Apesar de, desde a promulgação da Constituição de 1988, estar impresso no texto constitucional o direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a execução provisória da pena sempre foi admitida no processo penal brasileiro, até que o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7 - MG, em 2009, de relatoria do então Ministro Eros Grau, mudou o entendimento da Corte Constitucional, entendendo que seria incompatível com o texto constitucional a antecipação da execução da pena.<sup>88</sup>

O Habeas Corpus em análise foi impetrado em favor do réu Omar Coelho Vitor, que foi denunciado pelo crime de homicídio qualificado (artigo 121, §2º, I e IV c/c artigo 14, II do código penal), porém sua condenação foi por homicídio privilegiado e sua pena foi dosada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. O órgão acusador apelou da sentença e o caso foi levado ao plenário novamente para realização de novo Júri, que resultou em uma condenação majorada de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime integralmente fechado, o que posteriormente foi alterado para regime inicialmente fechado após julgamento da apelação da defesa.<sup>89</sup>

A defesa interpôs recurso extraordinário e especial, sendo que apenas o último foi admitido pelo Tribunal e o Ministério Público, por sua vez, pediu a prisão preventiva do réu por acreditar que este apresentava intenções de fuga. Assim, foi decretada a prisão preventiva do condenado provisório.<sup>90</sup>

Com base nisso, o Habeas Corpus foi impetrado em questionamento aos fundamentos da preventiva, se os motivos que ensejaram a decisão seriam idôneos para manutenção da prisão cautelar, uma vez que o impetrante do *writ* afirmou e trouxe alguns documentos comprobatórios de que os fatos alegados pelo Ministério Público como motivadores da prisão cautelar não prosperavam, pois, o réu não tinha intenção de furtar-se da aplicação da lei penal.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Ibidem.

Em seu voto, o relator ressaltou que afastado os motivos que ensejaram a prisão preventiva, a manutenção da privação do paciente configuraria execução antecipada da pena. O ministro, manifestou-se no sentido de que o entendimento até então adotado merecia revisão da Corte. Aduz que somente um desafeto da nossa Constituição poderia admitir a ocorrência da execução provisória antes do trânsito em julgado, pois a CF é clara em seu texto e, portanto, a prisão nesses termos só poderia ser decretada a título cautelar (prisão em flagrante, prisão temporária ou prisão preventiva).<sup>92</sup>

Além disso, a antecipação da pena também viola ampla defesa do acusado, pois, como o próprio nome nos permite inferir, ela não deve ser visualizada de maneira restrita, mas sim de maneira ampla, abrangendo todas as fases processuais, incluindo as extraordinárias. Portanto, qualquer consequência gravosa ao réu, deve ser aplicada observado aquela condição constitucional, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que só ocorre quando se esgota todas as possibilidades de recurso.

As produções legislativas dos anos 90 mostram-se reacionárias aos anseios populares, afirma o relator, o que representa um retrocesso, de certa forma, pois, invertendo-se a premissa de que o indivíduo é inocente até que fique comprovada sua culpa, tem-se que ele é culpado até que fique comprovada sua inocência, é a mensagem que nos é passada quando um réu em processo penal tem sua pena executada provisoriamente.<sup>93</sup>

O direito processual penal constitui garantia do indivíduo face ao poder punitivo do Estado, pois, não é demais lembrar que o acusado, no processo penal, constitui parte mais frágil diante do Estado, sendo, portanto, desiguais. Dessa forma, os representantes desse poder não podem agir de forma a dar resposta ao desejo de vingança da sociedade, pois, dessa forma, estaríamos, ainda que indiretamente, regredindo aos tempos em que a vingança privada prevalecia, em que o “olho por olho, dente por dente” é que comandava. Agir dessa forma significa desvirtuar a finalidade do processo penal e transformar o que, outrora foi garantia do réu, em arma contra ele.<sup>94</sup>

O ministro Menezes Direito, em seu voto no Habeas Corpus nº 84.087-7, denegou a ordem por entender que a norma do artigo 5º não tem o alcance que o relator pretende dar, entendendo que o que posto ali não é uma vedação à privação de liberdade antes do julgamento

---

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>93</sup> Ibidem.

<sup>94</sup> Ibidem.

dos recursos especiais e extraordinários, já que tais recursos se restringem à análise de matéria de direito e não de matéria de fato. É por esse motivo, aduz o ministro, que tais recursos não têm efeito suspensivo e possuem acesso restrito, de modo a evitar o retardamento da execução.<sup>95</sup>

Afirma ainda que vedar a execução da pena antes do julgamento dos recursos dirigidos às instâncias extraordinárias seria atribuir efeito suspensivo a eles. A admissão da prisão cautelar antes do trânsito em julgado e não admissão da execução da pena antes dele é o reconhecimento de valor superior<sup>96</sup>

O ministro Celso de Melo inicia seu voto ressaltando o caráter instrumental da prisão preventiva apta a auxiliar a atividade estatal dentro do processo penal, não podendo, de forma alguma, constituir sanção ao acusado, pois só a prisão pena tem essa função.

A liberdade, enquanto direito constitucional, não pode ser prejudicada a pretexto de dar efetividade a um discurso autoritário. A Constituição, ao trazer expressamente em seu texto a presunção de inocência, impõe ao Estado uma regra de tratamento que impede que se desfira ao acusado ser tratado como se culpado fosse.<sup>97</sup>

Obedecer a essa norma constitucional representa proteger direitos e garantias fundamentais do acusado e também é requisito de legitimação da imposição de sanções. As instituições jurídicas estatais não podem se sobrepor a mandamento constitucional dentro de um Estado de direito. A Constituição possui limites que devem ser observados para sua efetiva proteção.<sup>98</sup>

O ministro cita algumas declarações internacionais que consagram a presunção de inocência e lembra ainda do Decreto-lei, editado em uma época autoritária, em que era imposto ao acusado o dever de provar que não era culpado, pois, era vigente a presunção de culpa.<sup>99</sup>

Hoje, de maneira totalmente oposta, o ônus de comprovar acusações é de quem as faz, ou seja, ao Ministério Público. Portanto, parte-se da presunção de inocência até que fique provado, dentro do processo, que o cidadão é culpado.<sup>100</sup>

---

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>96</sup> Ibidem.

<sup>97</sup> Ibidem.

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> Ibidem.

<sup>100</sup> Ibidem.

E a descaracterização da presunção de inocência tem momento certo e determinado pela Constituição, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Importante ressaltar também que o caminhar da marcha processual não faz com que a presunção de inocência se afaste progressivamente, ou seja, o fato de o réu ter condenação confirmada na segunda instância não afasta seu direito constitucional, que subsiste também no segundo grau.<sup>101</sup>

A presunção de inocência é, portanto, um obstáculo a eventuais arbitrariedades que possam atingir direitos básicos assegurados pela Constituição. Tamanha é a importância em assegurar a efetivação dessa presunção que nem mesmo inquéritos ou ações penais em curso tem o condão de afetar de forma negativa o acusado, pois somente o ato definitivo e irreversível possui essa força.<sup>102</sup>

Coerentemente, a Constituição, ao tratar, por exemplo, da suspensão de direitos políticos, só autoriza essa ocorrência após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Dessa forma, percebe-se que as normas constitucionais convergem harmonicamente na afirmação da importância do estado de inocência presumido.<sup>103</sup>

Qualquer possibilidade, portanto, de reversão de decisão condenatória, com pronunciamento absolutório, ainda que seja recursos extraordinários, impede que direitos venham ser atingidos justamente porque é esse o propósito de ter sido inserida na Constituição o princípio da presunção e inocência. Com essas considerações, o ministro Celso de Melo acompanha o relator do Habeas corpus.<sup>104</sup>

O ministro Menezes Direito em sentido contrário ao relator no Habeas Corpus, posiciona-se favoravelmente à execução imediata da pena se não houver recurso pendente provido de efeito suspensivo.<sup>105</sup>

O ministro Cezar Peluso no seu voto no Habeas Corpus ressalta a incoerência da Suprema Corte ao relembrar decisão proferida que, à época, em 2007, fixou que não era compatível com a Constituição lei estadual que impusesse ao funcionário público desconto nos vencimentos enquanto ainda pendente ação penal por crime funcional. Entretanto, apesar de nessa decisão não permitir que medida gravosa que causariam danos patrimoniais fosse

---

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>102</sup> Ibidem.

<sup>103</sup> Ibidem.

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> Ibidem.

aplicada provisoriamente, pretendia-se permitir que a execução provisória da pena fosse aceita quando constituiria medida ainda mais gravosa, pois privaria a liberdade do indivíduo.<sup>106</sup>

É válido lembrar que efeitos patrimoniais possuem reversibilidade em caso de posterior absolvição, o que já não ocorre com a privação da liberdade, pois tempo de encarceramento não pode ser devolvido ao indivíduo de maneira alguma.<sup>107</sup>

Nem mesma as penas restritivas de direito podem ser executadas provisoriamente de acordo com a lei de execução penal em vigor e de acordo com decisões proferidos pelo próprio Supremo, em que repele a execução provisória das medidas. Se então penas menos graves não admitem execução provisória, quanto mais penas mais graves como é a privação da liberdade.<sup>108</sup>

O ministro Joaquim Barbosa em contraposição ao aduzido pelo ministro Cezar Peluso afirma que as estatísticas mostram como o sistema recursal é falho já que permite uma excessividade de recursos e, se for aguardar o julgamento de todos os recursos possíveis o processo jamais chegará ao fim. Entretanto, aponta o ministro Cezar Peluso o sistema carcerário está lotado, com quantidade superior ao suportado, o que é incoerente com a fala do ministro Joaquim.<sup>109</sup>

Porém, não é razoável que a solução para um sistema recursal exarcebado que o indivíduo tenha que pagar com sua liberdade. É como penalizar alguém por exercer seu direito, o que também vai de encontro com o processo penal constitucional. É como o indivíduo exercer seu direito ao silêncio e isso ser usado para prejudicá-lo já que não está cooperando para a solução do litígio.<sup>110</sup>

Bastante levantado pelos ministros contrários à execução provisória é que há a possibilidade de prisão cautelar quando esta se mostrar necessária dentro das hipóteses admitidas em lei e que, portanto, não há motivos para uma execução antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>111</sup>

Tal impossibilidade deriva de mandamento constitucional que foi bastante claro em sua redação ao afirmar que ninguém será considerado culpado até que transite em julgado

---

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> Ibidem.

<sup>109</sup> Ibidem.

<sup>110</sup> Ibidem.

<sup>111</sup> Ibidem.

a sentença. Contrariar isso, é cometer ato totalmente inconstitucional e, nas palavras do ministro Celso de Mello, ato lesivo ao “*status libertatis*” da pessoa.<sup>112</sup>

O ministro Eros Grau em sua opinião no voto do Habeas Corpus ressalta a importância de dar à liberdade o mesmo tratamento que se dá à propriedade na Corte. Nesse sentido, afirma em seu voto: "A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade" (e me referi àquele caso) "certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade."<sup>113</sup>

O ministro Joaquim Barbosa no voto que proferiu no Habeas Corpus ressalta que deve ser respeitada as decisões das instâncias ordinárias, pois foram proferidas por juízes presumidamente idôneos para tanto e que permitir que a execução se dê somente após o julgamento de todos os recursos prejudica a efetividade do processo, pois frustra a condenação determinada pelas instâncias de primeiro e segundo grau levando a um estado de impunidade.<sup>114</sup>

Assim, levando em conta o infindável número de processos que abarrotam o Poder Judiciário e as inúmeras possibilidades de interpor recursos leva, em muitos casos, ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva fazendo com que a tutela jurisdicional não seja efetiva.<sup>115</sup>

Ressalta ainda a relatividade do princípio da presunção de inocência, sendo prova disso a legitimidade da prisão preventiva e prisão temporária. Entretanto, ressalte-se que tais institutos diferenciam-se da prisão pena pois seu objetivo é dar efetividade ao bom andamento do processo e não punir o acusado, tanto é que para se operar a prisão preventiva ou temporária é necessária a verificação de alguns requisitos elencados pelo Código de Processo Penal.<sup>116</sup>

O fato dos recursos extraordinário e especial não serem dotados de efeito suspensivo é outro argumento levantado pelos defensores da execução provisória da pena, pois a falta do efeito suspensivo autoriza, desde logo, que a decisão seja cumprida ainda que na pendência de recursos.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup> Ibidem.

<sup>116</sup> Ibidem.

<sup>117</sup> Ibidem.

Joaquim Barbosa alega ainda que não há garantia a um triplo grau de jurisdição, mas tão somente um direito à interposição de recursos contra a sentença condenatória e, além do mais, a restrição colocada para interposição de recurso extraordinário reforça a ideia de que é possível executar a pena provisoriamente visto que a maioria dos recursos extraordinários não são providos e grande parte dos que são poderiam também ter a questão resolvida por meio de habeas corpus.<sup>118</sup>

O que se pretende também é cumprir com a razoável duração do processo e, sendo assim, entende-se que, esgotado o exame em primeira e segunda instância, a regra é o cumprimento imediato da decisão já que o recurso extraordinário é desprovido de efeito suspensivo. E, caso o réu sofra algum constrangimento ilegal ele conta com o remédio constitucional do Habeas Corpus em que poderá até suspender o cumprimento da pena.<sup>119</sup>

Ressalta também a prejudicialidade das funções da pena ao não permitir a execução provisória, pois esperar o esgotamento das possibilidades de recurso faria com que a prevenção geral e especial restassem perdidas.

O ministro Ayres Brito no Habeas Corpus votou pela concessão do habeas corpus e pela impossibilidade da execução provisória da pena. Afirmando, assim, que a liberdade é a regra, prisão é medida excepcional e, em nossa Constituição, a única hipótese em que se admite prisão automática, ocasionando a mitigação da presunção de inocência é quando o indivíduo está em flagrante delito.

Aduz que é necessário sim ponderar a justiça penal eficaz e a liberdade do individual, porém, muito bem colocado, afirma que justiça penal eficaz não se alcança com o sacrifício do devido processo legal.

Por fim, explica que a defesa dele pela não aplicabilidade do direito à presunção de não culpabilidade no processo eleitoral não é contraditório com o voto no presente acórdão, uma vez que a esfera eleitoral obedece a outros critérios e tutela outro tipo de interesses que levam em conta também a representatividade popular, o interesse da sociedade como um todo. O que é diferente no processo criminal já que lida diretamente com a liberdade individual.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>119</sup> Ibidem.

<sup>120</sup> Ibidem.

O ministro Cezar Peluzo, concedeu a ordem em Habeas Corpus, posicionando-se contrariamente à execução provisória da pena. O ministro fez uma contextualização histórica para explicar a lógica de seu voto.<sup>121</sup>

Num primeiro momento a presunção de inocência surgiu como reação contra o tratamento que era dispensado ao réu antigamente, pois a presunção era de culpa, cabendo ao réu comprovar sua inocência e, além disso, chegavam a arrancar confissão por meio de tortura sem que isso incorresse em nulidade para o processo.<sup>122</sup>

Mais tarde, na Itália, as discussões giravam em torno dos fins do processo, afirmavam que ele seria um instrumento de defesa do réu contra o Estado, instrumento de cidadania. O terceiro momento aduzido pelo ministro é a Declaração Universal dos Direitos Humanos em que a especial atenção voltou-se para a regulação do ônus da prova.<sup>123</sup>

O ministro encara a presunção de inocência como sendo um princípio que veio para tutelar a dignidade da pessoa humana ao indivíduo que responde a um processo penal. Que o fato de alguém estar sendo acusado em um processo criminal não lhe retira sua dignidade perante o Estado até que sobrevenha sentença penal condenatória definitiva.<sup>124</sup>

O devido processo legal além de ser aquele que atende aos preceitos da lei, é também aquele que segue os ditames da justiça, um processo justo, e não há como dizer justo um processo que impõe medidas gravosas ao indivíduo, como a privação da liberdade enquanto sanção, sem ter ainda uma condenação definitiva que a justifique.<sup>125</sup>

A Ministra Ellen Gracie, em seu voto no Habeas Corpus, denega a ordem se posicionando favoravelmente à execução provisória, argumentando que esse instituto foi admitido desde quando a Constituição foi promulgada e não há como afirmar que durante 20 anos as cadeiras anteriores se equivocaram ao permitir a execução provisória, é uma jurisprudência consolidada. Além do mais, ela segue na linha de posicionamentos já expostos, em que a análise de fatos e provas se esgota nas instâncias ordinárias.

Ministro Marco Aurélio votou pela concessão da ordem e pautou seu voto na impossibilidade de retorno ao *statu quo ante* na esfera criminal justamente porque não há como devolver ao indivíduo o tempo que perdeu encarcerado, indenização do Estado não

---

<sup>121</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>122</sup> Ibidem.

<sup>123</sup> Ibidem.

<sup>124</sup> Ibidem.

<sup>125</sup> Ibidem.

satisfaz o prejuízo que lhe foi causado, diferente do que ocorre na esfera civil em que há diversas situações em que é possível reverter uma medida deferida antecipadamente e isso constitui um requisito para tanto, o requisito da reversibilidade da decisão.<sup>126</sup>

Por fim, o ministro Gilmar Mendes votou pela concessão do Habeas Corpus, sendo contrário, portanto, à execução provisória da pena. Interessante dado foi mostrado por ele sobre o número de Habeas Corpus concedidos pelo Supremo apesar de os recursos extraordinários serem admitidos em números bastantes reduzidos, talvez por sua delimitação temática.<sup>127</sup>

O voto do ministro permeado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois, tal princípio não permite que o indivíduo se torne objeto da ação estatal, mas ao executar a pena provisoriamente parece ser exatamente isso que se faz.<sup>128</sup>

O respeito aos princípios, direitos e garantias fundamentais que trazem normas de proteção ao cidadão é justamente o que diferencia um regime democrático de um totalitário e por isso é tão importante preocupar-se com a correta aplicação dessas normas.<sup>129</sup>

Ademais, o ministro traz também o princípio da proporcionalidade como justificador da impossibilidade da execução provisória da pena, pois está se falando aqui da restrição da liberdade da pessoa e por isso não há que se falar em prisão a não ser que estejam presentes os pressupostos da prisão preventiva.<sup>130</sup>

Foi a partir desse acórdão que se consolidou uma nova jurisprudência, em que não foi permitido mais que a pena fosse executada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O que veio a mudar sete anos mais tarde, quando do julgamento do Habeas Corpus 126.292, que será descrito a seguir.

### **3.2. Habeas Corpus nº 126.292 SP**

Em 2016, ocorreu mudança na jurisprudência da Suprema Corte, no que diz respeito a execução antecipada da pena, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 126.292-SP, de relatoria do ministro Teori Zavascki, impetrado em favor do paciente Marcio

---

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator: min. Eros Grau. 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >

<sup>127</sup> Ibidem.

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> Ibidem.

<sup>130</sup> Ibidem.

Rodrigues Dantas, que teve por autoridade coatora o relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça, que denegou ordem de outro Habeas Corpus impetrado após o Tribunal de Justiça negar provimento a apelação e ter expedido mandado de prisão contra o réu.<sup>131</sup>

O ministro Relator votou pela denegação da ordem trazendo em seu voto diversos julgados que demonstram que realmente a Corte sempre manteve sua jurisprudência assentada na compatibilidade da execução provisória da pena e o direito à presunção de inocência, o que só veio a mudar em 2009, com o julgamento do Habeas Corpus descrito no item anterior.<sup>132</sup>

Para o ministro, a presunção de inocência existiu até a sentença condenatória ser proferida, momento em que já tem início uma formação do juízo de culpabilidade. Dessa forma, para o juiz que condena em primeiro grau, fica superada a presunção de inocência.<sup>133</sup>

Depois que se encerra o duplo grau de jurisdição ocorre uma preclusão da matéria fático-probatória, pois os recursos dirigidos às instâncias extraordinárias limitam-se à análise de matéria de direito, o que, para o relator, justifica a relativização da presunção de inocência e a falta de efeito suspensivo desses recursos.<sup>134</sup>

Para ele, então, a execução da pena na pendência de recursos não compromete o núcleo essencial do direito à presunção de inocência que, segundo escreve, foi o que o legislador constituinte quis proteger.<sup>135</sup>

O ministro Edson Fachin, que acompanhou o voto do relator, ressalta que a regra da presunção de inocência não tem caráter absoluto, que as instâncias ordinárias tem soberania no que diz respeito à avaliação de provas e fatos e que, acesso aos tribunais superiores se dá por absoluta excepcionalidade, que deve ocorrer com o fim apenas de fazer com que exerçam seus papéis de uniformizadores.<sup>136</sup>

Ressalta, assim como os outros, a infinidade de possibilidades de recursos oponíveis as decisões que fariam com que a execução demorasse muito a acontecer e observa

---

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zavascki. 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >

<sup>132</sup> Ibidem.

<sup>133</sup> Ibidem.

<sup>134</sup> Ibidem.

<sup>135</sup> Ibidem.

<sup>136</sup> Ibidem.

que conferir caráter absoluto à presunção de inocência é desconfiar absolutamente das decisões das instâncias ordinárias.<sup>137</sup>

Por fim, aduz que a solução para eventuais decisões teratológicas, com eminente injustiça se dá por meio de medidas cautelares que podem conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinários, assim como também o habeas corpus resolve esse problema.<sup>138</sup>

O ministro Luís Roberto Barroso também se coadunando com o entendimento do relator do Habeas Corpus pauta seu voto nas seguintes premissas: a execução provisória da pena não ofende a presunção de inocência; a Constituição condiciona a culpabilidade ao trânsito em julgado e não a prisão; a presunção de inocência é princípio e não regra; a execução da pena é necessária para assegurar a ordem pública e a credibilidade do Poder Judiciário.<sup>139</sup>

Observa ainda que a medida irá coibir a interposição de recursos protelatórios, valorizar as instâncias criminais ordinárias e reduzir os crimes de colarinho branco pois, a execução antecipada da pena faz com que quem comete esses crimes de fato cumpram suas penas, pois, afirma que os indivíduos pobres têm sua liberdade cerceada desde o primeiro grau. Com isso, acredita que haverá redução da seletividade do sistema penal.

Por fim, a espera pelo julgamento de recursos extraordinários pode ocasionar a prescrição, impedindo a aplicação da lei penal. Portanto, a execução antecipada diminui a sensação de impunidade.<sup>140</sup>

A ministra Rosa Weber votou por manter a jurisprudência já consolidada desde de 2009, resolvendo prestigiar, assim, a segurança jurídica, pois não é plausível alterar a jurisprudência pela mudança de membros do Supremo Tribunal Federal.<sup>141</sup>

O Ministro Luiz Fux, acompanhou integralmente o relator e os ministros que assim também o fizeram, ressaltando a desvirtuação do direito a não culpabilidade e que não há como depois de ter sido condenado em todas as instâncias o indivíduo chegar ao STF sendo presumidamente inocente. Para ele, a culpa já está comprovada com o esgotamento as

---

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zawaski. 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >

<sup>138</sup> Ibidem.

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> Ibidem.

<sup>141</sup> Ibidem.

instâncias ordinárias, não necessitando do trânsito em julgado para que a pena comece a ser executada.<sup>142</sup>

A Ministra Cármen Lúcia, que também acompanhou o relator, afirma que outras são as consequências aplicáveis somente após o trânsito em julgado e não o da prisão, que, segundo ela, é cabível e não afronta o princípio em questão pois tal possibilidade pode ser extraída inclusive de documentos internacionais.<sup>143</sup>

O ministro Gilmar Mendes votou pela possibilidade da execução provisória e iniciou, juntamente com o ministro Barroso, fazendo referência à percepção que a imprensa internacional tem do Brasil, aduzindo o fato de que há exceção de prisão preventivas, no entanto, não é possível executar a pena antes do trânsito em julgado. Sendo assim, o fato de não conseguir executar a pena depois da condenação faz com que exista um grande número de prisões preventivas para que se consiga punir de alguma forma.<sup>144</sup>

Alude o ministro que o núcleo da presunção de inocência é impor à acusação o ônus da prova da existência do crime e de sua autoria, além do que o réu não deve ser tratado como culpado. Entretanto, ser tratado como culpado é que necessita de uma regulamentação do legislador para que fique bem delimitado em que circunstâncias se daria isso.<sup>145</sup>

Aqui, ressalte-se, por mais que eventualmente não tenha ficado claro o que vem a ser “ser tratado como culpado”, há de convir-se que encarcerar o indivíduo é que não é tratado com a presunção de não culpabilidade, pois até mesmo quando preso cautelarmente, aos olhos da sociedade, o indivíduo já está condenado, ainda que futuramente venha ser absolvido.

Ele também fala sobre a progressividade da culpa, que a medida que o indivíduo é condenado pela instância superior tem-se que estaria sua culpa sendo aferida gradativamente, o que talvez seja incompatível com a presunção de inocência como encontra-se enunciada na Constituição.<sup>146</sup>

Seu voto também, assim como o do ministro Roberto Barroso, é sustentado pela afirmação de que a presunção de inocência é princípio e não regra e, sendo assim, é passível de ponderação frente a outros princípios, contrariamente do que diz o constitucionalista José

---

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zavascki. 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >

<sup>143</sup> Ibidem.

<sup>144</sup> Ibidem.

<sup>145</sup> Ibidem.

<sup>146</sup> Ibidem.

Afonso da Silva<sup>147</sup> em parecer sobre o assunto. Por essa razão é que, para o ministro, é possível que o legislador possa regulamentar essa norma mesmo que isso implique em agravar a situação do acusado que responde a um processo penal.<sup>148</sup>

O ministro Marco Aurélio votou contrariamente ao relator e acompanhou a ministra Rosa Weber. Discursou brevemente aduzindo que o rumo tomado pelo Supremo com essa decisão esvazia o modelo garantista e põe em dúvida se nossa carta ainda é cidadã.<sup>149</sup>

Ademais, ressalta o perigo dessa mudança em tempos de crise, já que a poucos anos atrás a posição adotado pela Corte era totalmente oposta ao que está sendo admitido por ocasião do julgamento desse Habeas Corpus.<sup>150</sup>

Diferente do que os ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso ressaltaram, sobre ser a presunção de inocência princípio e não norma, Marco Aurélio observa que a interpretação de uma norma possui limites e o primeiro deles é, onde há clareza, não é necessário interpretação, sendo preciso apenas e tão somente a aplicação da regra ao caso concreto, o que se coaduna com o conceito de regra, que, em sua convicção, é a presunção de inocência. É norma, não princípio.<sup>151</sup>

Afirma que o caminho tomado é uma verdadeira emenda à Constituição, que talvez não pudesse ser feita nem mesmo pelo legislativo em virtude da limitação imposta pelo artigo 60 da Constituição. Executar a pena provisória é inverter a ordem natural das coisas.<sup>152</sup>

Ministro Celso de Mello inicia ressaltando que a presunção de inocência representa uma conquista história contra o Estado e o abuso de poder que persistiam nos tempos remotos. Que esse direito nasceu em reação aos abusos cometidos nessa época e a repulsa a esse direito conquistado de forma tão árdua mostra-se incompatível com o regime democrático e com nosso sistema constitucional.<sup>153</sup>

Do princípio da presunção de inocência emana uma regra de tratamento que impede que qualquer indivíduo possa ser tratado como culpado independente da natureza do

---

<sup>147</sup> SILVA, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf> >

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zavascki. 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >

<sup>149</sup> Ibidem.

<sup>150</sup> Ibidem.

<sup>151</sup> Ibidem.

<sup>152</sup> Ibidem.

<sup>153</sup> Ibidem.

crime cometido, enquanto não sobrevier uma sentença penal condenatória definitiva que afirme esse estado.<sup>154</sup>

A observância a esse direito é também proteção para o indivíduo em face do Estado e constitui requisito de legitimação para aplicar as penas resultantes da condenação. A Constituição deixou bem claro os limites para a descaracterização dessa presunção, direito do indivíduo.<sup>155</sup>

O ministro lembra ainda, em contraposição ao aduzido pelo ministro Barroso, que não é adequado comparar a experiência do Brasil com a dos Estados Unidos ou qualquer outro país que admite a execução antecipada pois a Constituição desses países não exige trânsito em julgado como a nossa muito bem enfatiza.<sup>156</sup>

Por fim, o ministro Ricardo Lewandowski deu seu voto prestigiando a presunção de inocência, ressaltando que essa norma da Constituição não admite interpretação pois ela é taxativa e clara em seu texto, devendo tão somente ser aplicada. Observa ainda que o que deve ser revisto é o fato de os recursos extraordinários não terem efeito suspensivo, o que deve ser mudado para ficar em harmonia com a Constituição.<sup>157</sup>

Traz à tona também o fato de a pouco tempo antes do julgamento desse Habeas Corpus o Supremo ter proferido decisão em que afirmava o estado de coisas inconstitucional dentro dos presídios, onde os presos vivem em estado precário e o princípio da dignidade da pessoa humana é algo remoto e agora pretende-se viabilizar ainda mais a entrada de pessoas no cárcere em prejuízo de outro direito constitucional.<sup>158</sup>

E, por fim, lembra que nosso Estado até os dias de hoje privilegia mais a propriedade do que a liberdade e isso é notável pela leitura do Código de Processo Civil em contraste com o resultado dessa decisão. Também é notório isso pela leitura do Código Penal, em que as penas dos crimes contra propriedade são bem mais rigorosas do que dos crimes contra a pessoa.<sup>159</sup>

### **3.3. Habeas Corpus nº 152.752 PR**

---

<sup>154</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Relator: min. Teori Zavascki. 2016. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >

<sup>155</sup> Ibidem.

<sup>156</sup> Ibidem.

<sup>157</sup> Ibidem.

<sup>158</sup> Ibidem.

<sup>159</sup> Ibidem.

Em 2018, a condenação do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, levou a Suprema Corte a discutir novamente a constitucionalidade da execução provisória da pena. Alguns ministros mudaram seus votos e argumentos, conforme veremos a seguir, mas a jurisprudência manteve o entendimento em uma votação em que 2 ministros e 4 ministras manifestaram-se a favor da execução provisória e 5 ministros manifestaram-se contra.<sup>160</sup>

Por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 152.752, impetrado em favor de Luiz Inácio Lula da Silva, questiona-se novamente se a execução antecipada da pena afronta o direito à presunção de inocência.<sup>161</sup>

O ministro Edson Fachin, relator do acórdão, votou pela denegação da ordem por acreditar não haver ilegalidade na execução provisória da pena, aduziu as condenações já sofridas pelo Brasil por órgãos internacionais em razão de morosidade na resolução de lides criminais, o que negligencia a razoável duração do processo e o direito de acesso à justiça.<sup>162</sup>

Defende que a execução provisória da pena é decorrência natural da condenação, não necessitando de motivação específica, uma vez que a necessária motivação é dada no momento da condenação.<sup>163</sup>

O ministro Gilmar Mendes foi um dos que mudou parcialmente seu posicionamento no julgamento do Habeas Corpus, votando pela concessão da ordem, manifestando-se contrário à execução provisória da pena em alguns casos, já que a partir do entendimento firmado em 2016, as instâncias inferiores passaram a executar a pena de forma automática, independente da quantidade de pena ou da gravidade do crime.<sup>164</sup>

Portanto, defende ele que a presunção de inocência não é tudo ou nada e não deve ser aplicada a execução provisória de forma automática independente das circunstâncias do caso. A execução da pena é uma possibilidade e não uma imposição, então, apesar de afirmar ser possível o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deve ser analisado o caso concreto para entender a necessidade da medida.<sup>165</sup>

Diante de algumas execuções automáticas ocorridas após o entendimento firmado em 2016, em que ocorreram prisões ilegais, visto que ao chegar ao Superior Tribunal de Justiça o quantum da pena foi diminuída e conseqüentemente declarada a prescrição, o ministro Gilmar Mendes, com vistas a proteger a segurança jurídica entendeu como sendo

---

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf> >

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> Ibidem.

<sup>164</sup> Ibidem.

<sup>165</sup> Ibidem.

mais seguramente possível a execução provisória após julgamentos de recursos dirigidos ao STJ, quando então a sentença condenatória adquire maior grau de estabilidade.<sup>166</sup>

Além dessa possibilidade, entendeu como sendo possível a execução provisória da pena, após a condenação em segunda instância, em casos de crimes mais graves e com cumprimento de pena em regime inicial fechado a fim de garantir da ordem pública ou nos casos de trânsito em julgado progressivo, quando parte da sentença já é robusta o suficiente para ser executada.<sup>167</sup>

Dessa forma, observa-se que o ministro Gilmar Mendes, ao perceber as repercussões negativas de se aplicar absolutamente a execução provisória da pena, endureceu seu posicionamento quanto ao tema a fim de evitar ilegalidades na coação da liberdade de locomoção do indivíduo.<sup>168</sup>

O ministro Alexandre de Moraes, votou pela denegação da ordem afirmando não haver ilegalidade que fosse iniciada a execução da pena já que esse é o posicionamento adotado pelo Supremo durante quase todos os anos de vigência da Constituição de 1988 e, além disso, durante todos esses anos a grande maioria dos ministros sempre votaram pela possibilidade da execução provisória.<sup>169</sup>

Aduz que a presunção de inocência é *juris tantum*, ou seja, pode ser relativizada quando produzidas provas mínimas dentro do devido processo legal que comprovam a culpabilidade do agente. Afirma que a presunção de inocência deve ser interpretada a luz dos outros princípios constitucionais que compõem o processo criminal, tais como a razoável duração do processo e o acesso à justiça. Portanto, estaria sendo respeitado o direito à presunção de inocência quando respeitados os critérios probatórios para aferir a culpabilidade do agente.<sup>170</sup>

Para o ministro Alexandre de Moraes, não permitir que seja executada uma sentença condenatória devidamente fundamentada e confirmada em segundo grau de jurisdição, é atribuir ineficácia ao princípio da efetiva tutela jurisdicional.<sup>171</sup>

O ministro Luís Roberto Barroso, que denegou a ordem, manteve seu posicionamento trazendo os fundamentos de seu voto conforme o fez anteriormente. Explica

---

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf> >

<sup>167</sup> Ibidem.

<sup>168</sup> Ibidem.

<sup>169</sup> Ibidem.

<sup>170</sup> Ibidem.

<sup>171</sup> Ibidem.

a ocorrência de uma mutação constitucional que se deu em 2016 por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 126.292, o qual foi objeto de análise no item anterior.<sup>172</sup>

Traz os três impactos negativos decorrentes do entendimento firmado pelo julgamento do Habeas Corpus 84.078-7, em 2009, ao não permitir a execução provisória da pena. O primeiro deles é o incentivo para que ocorra infundáveis interposições de recursos protelatórios que objetivam apenas retardar o andamento do processo para alcançar a prescrição. Em segundo lugar, afirma que essa impossibilidade de executar a pena aumentou a seletividade do sistema punitivo, já que é muito mais fácil encarcerar um pobre com drogas do que um rico que comete crimes de colarinho branco. E, por fim, o enorme descrédito do sistema de justiça causado pela demora do andamento dos processos e pela sensação de impunidade gerada na população.<sup>173</sup>

A ministra Rosa Weber votou pela denegação da ordem pautando seu voto, inicialmente pelo princípio democrático, típico de uma sociedade plural que leva a Corte a muitas vezes tomar decisões que não são tão populares. Ponderou também a importância de a jurisprudência do Supremo não mudar sempre que as cadeiras mudarem em respeito a segurança jurídica.<sup>174</sup>

Por fim, discorre sobre o princípio da colegialidade, que deve protagonizar um tribunal tendo em vista que as decisões são tomadas, em regra, em conjunto e não individualmente. Por essa razão, é importante manter uma uniformidade nas decisões dentro de um órgão colegiado.<sup>175</sup>

O Ministro Luiz Fux, que denegou a ordem, inicia seu voto afirmando que a norma em admite sim interpretação já que não é clara quando usa a expressão “ser considerado culpado”. Portanto, para se alcançar a vontade do legislador, é necessário interpretar essa norma juntamente com outras normas constantes na Constituição.<sup>176</sup>

Faz uma separação entre o que a Constituição traz sobre não considerar culpado até o trânsito em julgado com a possibilidade de prisão, ponderando que são coisas distintas

---

<sup>172</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf> >

<sup>173</sup> Ibidem.

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> Ibidem.

<sup>176</sup> Ibidem.

e que a primeira é que foi delineada pela Constituição, não tendo expressada que a prisão não poderia ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>177</sup>

Discorre sobre a unidade da Constituição que não deve ter suas normas interpretadas isoladamente já que os princípios e regras constituem um todo que devem ser lidos sistematicamente para que assim chegue-se a um resultado mais eficaz possível. Isso é feito por meio da ponderação de princípios para alcançar a vontade do constituinte ao caso concreto.<sup>178</sup>

Ressalta que à época da Idade Média garantir a presunção de inocência era diferente do que se entende por garanti-la hoje, pois em nosso contexto histórico presumir inocente é também realizar um processo justo em que todas as garantias processuais sejam asseguradas, tais como contraditório, ampla defesa, juiz natural e, sobretudo, as regras processuais sobre ônus da prova impostos à acusação. É de suma importância, portanto, interpretar o princípio à luz dos anseios atualizados da sociedade, respeitando sua construção histórica.<sup>179</sup>

Por fim, o ministro define que o direito à presunção de inocência disponibiliza ao réu o direito a ser tratado como inocente durante o processo e disponibiliza também os direitos relativos ao ônus probatório, como o de não produzir prova contra si mesmo, o de não poder ser condenado por meio da utilização de provas ilícitas, o direito ao silêncio que não pode ser utilizado em seu desfavor. Conclui ressaltando que o direito à presunção de inocência não significa imunidade à prisão e, portanto, constitucionalmente possível executar pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>180</sup>

O ministro Dias Toffoli votou pela concessão da ordem, discorrendo que a presunção de inocência é dividida em norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento. A norma probatória traduz-se na obrigação de o ônus da prova ser inteiramente do órgão acusador, a norma de juízo que permite ao magistrado condenar apenas quando houver certeza sobre a culpabilidade já que a dúvida deve favorecer o réu e, por fim, a norma de tratamento assegura ao réu que ele seja tratado como inocente durante todo o processo.<sup>181</sup>

---

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf> >

<sup>178</sup> Ibidem.

<sup>179</sup> Ibidem.

<sup>180</sup> Ibidem.

<sup>181</sup> Ibidem.

Apresenta os tipos de prisão ressaltando que a prisão-pena só é possível diante de um juízo definitivo de culpabilidade pois, fora dessas hipóteses, somente é cabível uma das prisões processuais. Executar, portanto, a pena-sanção provisoriamente é antecipar um juízo de culpabilidade ainda não plenamente formado, o que viola a regra de tratamento imposta pela presunção de inocência.<sup>182</sup>

O trânsito em julgado não se dá com o esgotamento das instâncias ordinárias, ele se dá com o esgotamento de absolutamente todas as instâncias e a Constituição foi clara quando pontuou que a presunção de inocência perdura até o trânsito em julgado. Ademais, o ministro ressalta que já há mecanismos para coibir a interposição abusiva de recursos com o intuito de alcançar a prescrição.<sup>183</sup>

O ministro Ricardo Lewandowski, no sentido do que já aduzido na decisão anterior, iniciou o voto ressaltando o contexto em que nos foi dado os direitos constitucionais que hoje temos, conquistas em reação a um regime absoluto.<sup>184</sup>

A rigidez perdura ao olhar para a Constituição e ver os limites impostos à possibilidade de reforma dela. O artigo 60 impõe essas restrições e o direito à presunção de inocência consta em um dos grupos abrangidos por essas limitações.<sup>185</sup>

Nem mesmo ao Poder Legislativo é autorizado reformar direitos fundamentais de forma a vulnerá-los, de igual forma isso deve ser obedecido pelo Poder Judiciário quando for realizar mutação constitucional. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer política criminal.<sup>186</sup>

Entendendo, portanto, ser a presunção de inocência cláusula pétreia e reconhecendo os perigos da irreversibilidade da decisão que priva a liberdade do indivíduo, o ministro votou pela concessão da ordem por ser inconstitucional a execução provisória da pena.<sup>187</sup>

O ministro Marco Aurélio, votou pela concessão da ordem, acompanhando o ministro Ricardo Lewandowski, aludindo em seu voto que a norma que traz a presunção de

---

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf> >

<sup>183</sup> Ibidem.

<sup>184</sup> Ibidem.

<sup>185</sup> Ibidem.

<sup>186</sup> Ibidem.

<sup>187</sup> Ibidem.

inocência é clara e permitir que a pena seja executada antes do trânsito em julgado é dar um passo maior do que a Constituição permitiu.<sup>188</sup>

O ministro Celso de Mello, votou pela concessão da ordem, manifestando-se contrariamente à execução provisória da pena por entender que afronta o direito fundamental do réu à presunção de inocência.<sup>189</sup>

Ressalta a importância das Instituições Jurídicas respeitarem os limites impostos pela própria Constituição para que se possa concretizar a garantia aos direitos fundamentais.

O ministro relembra decisão proferida pela Corte, em um outro momento, na qual foi derogada norma que autorizava inserir o nome do indivíduo pronunciado no “rol dos culpados” por entender que era incompatível com a presunção de inocência, só devendo isso ocorrer quando houvesse condenação definitiva. Porém, agora está sendo permitido uma situação mais gravosa sem condenação definitiva, que é a execução prematura da pena, o que se mostra, no mínimo, incoerente.<sup>190</sup>

Ressalta ainda que de fato a presunção de inocência não é norma absoluta e não o é porque seu limite encontra-se justamente no trânsito em julgado estabelecido pela própria Constituição.

Ademais, o ministro observa que não há que se legitimar a execução provisória da pena com os fundamentos da prisão preventiva, pois a preventiva não é decretada com base em juízo de culpabilidade, já a prisão pena constitui sanção ao réu condenado criminalmente.

Por fim, a Ministra Carmem Lúcia, votou pela denegação da ordem, já que seu entendimento é o de que é constitucional a execução da pena após o esgotamento de recursos dirigidos às instâncias ordinárias.<sup>191</sup>

Em todos os momentos em que foi discutido sobre a possibilidade de execução provisória da pena, a ministra Carmen Lúcia sempre se posicionou favorável, o que não foi diferente nesse momento. A ministra fundamenta seu voto na efetividade jurisdicional que abarca não somente o respeito à garantia de liberdade do indivíduo, mas também a segurança jurídica e a pacificação social.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf> >

<sup>189</sup> Ibidem.

<sup>190</sup> Ibidem.

<sup>191</sup> Ibidem.

<sup>192</sup> Ibidem.

Assim, observa-se que apenas no período compreendido entre 2009, com o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7, e 2016, com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu que a execução provisória da pena era incompatível com o direito constitucional à presunção de inocência.<sup>193</sup>

Desde a promulgação da Constituição de 1988, excluído o lapso temporal mencionado no parágrafo anterior, sempre foi admitida execução provisória da pena com fundamento em todos os argumentos levantados pelos ministros favoráveis à hipótese.

E a jurisprudência atual segue nesse raciocínio de que não afronta o direito à presunção de inocência, e, portanto, está em consonância com a Constituição Federal, executar a sentença penal condenatória ainda que na pendência de recursos extraordinários, já que esses são desprovidos de efeito suspensivo.

---

<sup>193</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 152.752. Relator: min. Edson Fachin. 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf> >

## CONCLUSÃO

Aos três Poderes do Estado é permitido exercer as funções um dos outros de forma atípica, mas isso constitui exceção, não regra. A regra que deve ser aplicada é que cada Poder trabalhe harmonicamente uns com os outros sem que ocorra a usurpação de função.

O ativismo pode e deve existir, porém o exercício dele deve acontecer no âmbito de todos os Poderes dentro dos limites de suas respectivas competências, fazendo nascer, assim o ativismo constitucional que, como visto no trabalho, propõe a ideia de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário trabalham juntos e ativamente convergindo para um resultado comum, qual seja, a efetivação de direitos e garantias fundamentais, buscando dar máxima efetividade ao texto constitucional, o que se apresenta totalmente compatível com nosso Estado Democrático de Direito.

Pois bem, o ideal seria o ativismo constitucional, porém o que vem ocorrendo é um ativismo judicial exacerbado, que tem trazido caos e preocupação entre operadores do direito. A execução provisória da pena é um típico caso em que se observa atuação ativista do Poder Judiciário, especialmente da Suprema Corte.

Apesar de em alguns casos o ativismo judicial produzir uma efetividade no que diz respeito à garantia de um direito fundamental, o fato, por si só, de o Poder Judiciário ter que agir para poder assegurar um direito que deveria ter sido feito pelo Poder Executivo ou Poder Judiciário, apesar de produzir um efeito positivo em seu resultado, é preocupante pois demonstra uma crise no âmbito dos Poderes no exercício de suas competências.

Apesar disso, o Poder Judiciário tem atuado tão ativamente que, em muitos casos, é visto como o “salvador da pátria” pois tem dado solução a conflitos quando os outros poderes são omissos. O perigo é que, o que deveria ser exceção, acabou tornando-se regra, pois tudo tem sido levado para pronunciamento do Poder Judiciário, como se ele fosse a esperança para a solução de todos os problemas que surgem e isso tudo faz com que o sistema fique abarrotado de processos, um número de demandas superiores ao que o judiciário suporta e a consequência é que a marcha processual torna-se lenta pois os juízes possuem limitações.

O outro problema, e esse considerado ainda pior, é quando essa atuação ativista vem em prejuízo do cidadão fazendo com que direitos fundamentais sofram algum tipo de mitigação. É o que vem ocorrendo com a presunção de inocência, tratada na presente pesquisa.

A presunção de inocência é direito constitucional que foi inserido nas constituições pelo mundo de modo a acabar com as violações que ocorriam com os indivíduos fruto de um sistema autoritário que ignorava totalmente a humanidade das pessoas.

O direito a presunção de inocência, assim como os demais direitos assegurados constitucionalmente, é, em verdade, uma conquista adquirida em forma de direito e garantia em face do Estado de forma a equilibrar essa relação vertical Estado indivíduo.

Os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal são de tamanha importância que o próprio Poder Constituinte impôs restrições ainda maiores à modificação desses direitos a fim de assegurar que seu núcleo essencial se torne intangível.

Ao Poder Legislativo, portanto, quando foi imposta a vedação do artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal, pretendeu-se dar proteção à sociedade em face do Estado para que os direitos e garantias fundamentais não fossem atingidos por seus representantes.

A execução provisória pena claramente representa uma mitigação do direito a presunção de inocência, mitigação essa que quando se efetiva torna-se irreversível pois atinge diretamente um outro direito fundamental, qual seja, a liberdade de locomoção.

Há, portanto, já de imediato pelo menos 3 problemas em acatar esse instituto, o desrespeito ao direito à presunção de inocência que conseqüentemente leva a violação também do direito ao devido processo legal e, por fim, atinge diretamente o direito à liberdade de locomoção, que constitui, depois do direito à vida, um dos direitos mais importantes previstos em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, a conclusão a que se chega é, os direitos fundamentais, listado entre as cláusulas pétreas, não podem ser mitigados nem mesmo por emenda constitucional, procedimento extremamente rigoroso de alteração da Constituição, como pode-se admitir que o Poder Judiciário o faça por meio da interpretação de 11 ministros, pior, por meio de interpretação de 6 ministros (aqueles que votaram a favor da execução provisória)?

Deve-se ressaltar ainda, o tremendo momento de insegurança jurídica em que se vive, pois cada vez que mudam-se os ministros da Corte, muda-se o entendimento sobre a possibilidade ou não de antecipar a execução da pena. Pois, como vimos, até 2016, quando o entendimento mudou, a Corte afirmava ser inconstitucional esse instituto.

Ao permitir que a execução provisória da pena aconteça estamos diante de uma reforma feita pelo Judiciário em relação ao direito à presunção de inocência que tende a abolir

esse direito, uma vez que está-se atingindo seu núcleo essencial. Nesse sentido, como afirmar que alguém é presumidamente inocente quando essa pessoa já encontra-se sendo sancionada pelo crime que supostamente cometeu?

É completamente incoerente a execução provisória da pena com o direito à presunção de inocência nos termos em que foi escrito em nossa Constituição. Os dois institutos não convivem em harmonia.

Nesse sentido, apesar de hoje o entendimento que prevalece ser o da possibilidade de antecipação do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por todos os motivos expostos na presente pesquisa, a conclusão a que se chega é tal instituto é inconstitucional, não devendo ser permitido.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3 ed. Porto Alegre: Livraria ‘ ‘ do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. Malheiros Editores. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. Saraiva. 2010.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* ISSN 1138-4824, n. 13, Madrid (2009), p. 17-32.

\_\_\_\_\_. Roteiro da manifestação oral feita em seu voto sobre Habeas Corpus de Lula. Web. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf>. Acesso em: 18/04/2018.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 18/04/2018.

\_\_\_\_\_. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 em 9 de novembro de 1992. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 18/04/2018.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus. 1. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio da Presunção de Inocência. (CF, art. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória confirmada por Tribunal de Segundo Grau de Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. 2. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Plenário. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao\\_sob\\_o\\_numero\\_10460083](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao_sob_o_numero_10460083). Acesso em 16/03/2018.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus. 1. *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. 2. Habeas Corpus n. 84.078-7/MG. Plenário. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 22/04/2018.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus nº 152.752 Paraná. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 04 de abril de 2018. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>. Acesso em 09/04/2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5 ed. São Paulo: Edipro, 2012.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. 1996, ano 33, nº 33, p. 25-43.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4º ed. Saraiva. 2011.

\_\_\_\_\_. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 3-21, 2015.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. Levando os direitos a sério.

FISCHER, Douglas. Execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente. *Revista Direito Público*, v. 6, n. 25, p. 7-30, 2009.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 63-86, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21 ed. Editora Atlas. 2017.

PACIFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (abril-junio 2017), Abril 2017 – ISSN: 1988-7833. Em línea: <http://www.eumed.net/rev/ccss/2017/02/inocencia.html>. Acesso em 18/04/2018.

SILVA, José Afonso. *Parecer sobre a execução provisória da pena*. Web. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em 16/04/2018.