

# REFLEXÕES QUANTO O HABEAS CORPUS 126.292/SP: (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NA PENDÊNCIA DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

## *REFLECTIONS ABOUT HABEAS CORPUS 126.292/SP: (IM) POSSIBILITY OF EARLY EXECUTION OF THE SENTENCE PENDING EXTRAORDINARY APPEALS AGAINST THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE*

Paloma Marita Cavol Klee\*

“Non vi è libertà ogni qualvolta le legge permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa” Cesare Beccaria

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O Princípio da Presunção de Inocência. 1.1 Notas Gerais Sobre Conceito, História e As Formas de Interpretação Existentes. 1.2 Regra e Princípio: Postulados de Diferenciação e Formas de Interpretação. 1.3 Direitos Fundamentais: Sua Eficácia e quanto à Possibilidade de Restrição. 2 Análise Dos Fundamentos Denegatórios do HC 126.292/Sp. 2.1 Ponto a Ponto: Críticas aos Principais Argumentos Utilizados que Viabilizaram a Execução Antecipada da Pena. 2.2 Presunção de Inocência Versus Efetividade da Lei Penal. 3 Reflexos da Decisão em Âmbito Infraconstitucional e o Debate quanto à Mutabilidade (?) Realizada na Norma Constitucional 3.1 A Constitucionalidade do Artigo 283 do Código de Processo Penal 3.2 Ocorrência de Mutação Constitucional ou Ativismo Judicial? 3.2.1 Ativismo Judicial. 3.3 Análise do Caso sob a Perspectiva de Ambos os Institutos. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** O escopo do artigo é demonstrar a importância do princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, e consequentemente a relevância da preservação semântica constitucional. Nesta perspectiva, examina-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que reinterpreto o princípio da presunção de inocência, proferindo que a execução de sentença penal condenatória, exarada em segunda grau de jurisdição, mesmo que ainda sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio em fomento. Pretende-se demonstrar a gravidade deste novo entendimento, que imbuído pelo ativismo judicial, modificou texto constitucional, e ocultou-se quanto à constitucionalidade do art. 283 do CPP, cujo conteúdo espelha a norma contida no inciso LVII. Quanto ao delineamento metodológico, trata-se de uma pesquisa aplicada, qualitativa e descritiva, realizada a partir de fontes bibliográficas e documentais, com o emprego do método dedutivo. Conclui-se que a norma constitucional não permite a mitigação da presunção de inocência, pois deve perseguir o processado até a última instância recursal, assegurando sua liberdade, como também a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Culpabilidade; Execução da pena; Liberdade; Presunção de Inocência.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to demonstrate the importance of the principle of presumption of innocence provided in the Federal Constitution, article 5, paragraph LVII, and consequent the relevance of constitutional semantics preservation. In this perspective, the article will make a critical examination of the recent decision of the Supreme Court that reinterpreted*

\* Mestranda pela Universidade de Coimbra.

*the principle of presumption of innocence, proffering that the execution of criminal sentence, recorded in the second degree of jurisdiction, although still subject to special or extraordinary appeal does not breach the principle in development. It is intended to demonstrate the seriousness of this new understanding, which imbued by judicial activism, modified constitutional text, and hide the constitutionality of art. 283 of the CPP, whose content reflects the rule in subsection LVII. Regarding the methodological design, it's an applied research, qualitative and descriptive, made by bibliographic and documentary sources, with the use of the deductive method. We conclude that the constitutional provision dos not allow the mitigation of presumption of innocence, because should pursue the processor to the last appellate instance, ensuring their freedom and also the dignity of the human person.*

**Keywords:** *Guilty; Execution of the sentence; Freedom; Presumption of Innocence.*

## INTRODUÇÃO

Hodiernamente, com acentuada intensidade, um conflito de interesses cresce no processo penal brasileiro. Por um lado, o delicado e precioso direito fundamental a liberdade, intrínseco a todo o cidadão, fazendo parte do conceito de dignidade da pessoa humana, e por conseguinte, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Ocupando, neste atual cenário, o lado oposto, encontra-se a segurança pública. Por este compreende-se o dever que o Estado possui de combater, eficazmente, as violações perpetradas aos bens jurídicos mais caros a sociedade, utilizando-se do processo penal como forma de ataque a latente criminalidade.

Para fomentar o debate narrado, acrescenta-se a crise da execução penal no Brasil, que encontra-se entranhada por diversos problemas e descrenças em sua função punitiva e ressocializadora.

Diante deste panorama, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede do *habeas corpus* nº 126.292/SP, por sete votos à favor e quatro votos contra, que confirmando-se a sentença condenatória em 2º Grau, mesmo havendo a interposição de recurso especial e extraordinário, pode iniciar-se a execução da pena.

O presente estudo analisa o alcance do princípio da presunção de inocência, devido a reviravolta na interpretação até então realizada pela Corte Superior do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal. Ademais, se examina os argumentos utilizados pelos ministros que votaram contra a concessão de liberdade, contrapondo-os doutrina e jurisprudência divergente. Assim, procura-se a resposta para a seguinte pergunta: com o julgamento proferido no HC 126.292/SP, a Corte Superior feriu o princípio

da presunção de inocência, ultrapassando o limite normativo interpretativo da norma constitucional?

## **1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Relevante é a dedicação de um capítulo para tratar deste assunto fundamental em uma sociedade democrática. O princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição da República de 1988, é considerado um direito fundamental, porém, durante diversos períodos da história, o mesmo restou ocultado ou foi espantosamente mitigado pelo Estado.

Com isso, importante a compreensão deste complexo e multifacetado instituto, expandindo para temas como sua eficácia no ordenamento brasileiro e as possibilidades de restrição. Para tanto, a compreensão quanto aos direitos fundamentais e as diferenças existentes entre regras e princípios se torna de extrema importância.

### **1.1 Notas gerais sobre conceito, história e as formas de interpretação existentes**

A presunção de inocência constitui um dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito. É uma garantia processual penal, que objetiva defender a liberdade pessoal (MORAES, 2010, p.119), e em nosso ordenamento jurídico, encontra-se prevista na Constituição Federal, mais especificadamente no inciso LVII, do artigo 5º, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Importante se faz uma breve digressão no tempo, para ressaltar um momento fulcral na história da presunção de inocência.

Não é preciso em qual momento histórico houve o surgimento deste princípio, porém, existem relatos que remontam ao final do século XVII. Neste período, a presunção de inocência combatia as desigualdades latentes e procurava garantir que a culpa, e também as consequências advindas com a condenação, fossem declaradas posteriormente a sentença final emitida pelo Poder Judiciário (BOTTINI, 2012, p. 185). Contudo, foi durante a primeira metade do século XX que o princípio sofreu um de seus períodos de maior restrição.

Italianos como Vincenzo Manzini, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo foram os responsáveis pelas insurgências do indicado período, pois julgavam a presunção de inocência um instituto absurdo e ilógico, sendo que

Garofalo até mesmo exigia que a prisão preventiva, quando da ocorrência de crimes mais graves, fosse obrigatória (FERRAJOLI, 2010, p. 507).

Explana Luigi Ferrajoli (2010, p. 507) que este ataque ao princípio não se deu simplesmente pelo fato da necessidade de um juízo para a concretização da condenação, mas sim, devido a “[...] implicações mais estritamente garantistas em matéria de liberdade do imputado e de formação da prova”.

Adepto da Escola Técnico-Jurídica, Manzini proclamava uma inversão de valores, isto é, com a interposição de um processo criminal, a presunção deveria se dar pela procedência da acusação, e não pela inocência do acusado, pois para este doutrinador italiano, se predominasse a presunção de não culpabilidade, não haveria motivos para se processar alguém, ou justificativa para encarcerar de forma preventiva (GOMES FILHO, 2003, p. 123).

Somente após a imensurável tragédia ocasionada pelo regime nazifascista, período onde diversos direitos fundamentais foram solapados dos indivíduos, passou-se novamente a integrar nos textos constitucionais o princípio da presunção de inocência.

Como primeira leitura, deve ser interpretado como a posição ocupada pelo investigado ou acusado durante a persecução penal até o trânsito em julgado da sentença condenatória (ARANTES FILHO, 2010, p. 04).

O sistema processual penal, ao adotar o princípio da presunção de inocência, pretendeu com o mesmo preservar o estado de liberdade de todos os indivíduos que são processados e julgados. Para tanto, o princípio do devido processo legal se filia ao fomentado princípio para que ambos garantam que a culpa somente possa ser imputada a alguém em decorrência de um processo justo e posteriormente a uma sentença penal condenatória não recorrível (SALES, 1996, p. 23 e 25).

Segundo Catena (2015, p. 103) “a presunção de inocência funciona como princípio básico a todo o sistema penal, na medida em que situa o processo penal entre os parâmetros constitucionalmente admissíveis”.

Conforme Antônio Magalhães Gomes Filho (2003, p. 126), a redação do inciso constitucional não procura somente proteger a pessoa do acusado, quando inserido em um processo penal, mas sim qualquer pessoa, abrangendo, como exemplo referido pelo autor, quem se encontra sobre qualquer tipo de investigação.

Outra denominação conferida é presunção de não culpabilidade contudo, de acordo com Gustavo Badaró (2015, p. 57), é infrutífera as discussões levantadas em torno da diferença das nomenclaturas, pois para o referido autor, é idêntico o conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade.

Consoante Luigi Ferrajoli (2010, p. 505/506), a presunção de inocência deve vigorar até a existência de uma prova contrária inserida em sentença condenatória definitiva. e deve ser considerado “[...] o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Seguindo o entendimento de Canotilho, o doutrinador Antônio Magalhães Gomes Filho (2003, p. 130 e 131) reconhece o valor de garantia do princípio da presunção de inocência, revelando que este possui o propósito de tutelar a liberdade dos cidadãos, conjugando limites a atividade repressiva, demarcando assim o âmbito no qual o legislador ordinário possui para criação de normas que afetem tanto o princípio como os demais direitos fundamentais relacionados.

Destarte, importante se faz a colação do significado atribuído por Pierpaolo Cruz Bottini (2012, p. 186):

A presunção de inocência, portanto, foi consagrada como uma defesa do cidadão contra o arbítrio. Garante que a culpa advém de um processo, da oitiva dos argumentos das partes, da análise das provas, de uma relação dialética que apresenta ao juiz perspectivas da acusação e da defesa. Evita decisões açodadas, pré-julgamentos, preconceitos. Enfim, é um postulado que racionaliza a jurisdição e protege o cidadão do arbítrio.

Com isso, a presunção de não culpabilidade é um princípio que encontra-se previsto na Constituição da República, que visa ditar os parâmetros a serem seguidos durante a persecução penal, procurando sempre favorecer a liberdade individual.

Em simetria com Gustavo Badaró (2015, p. 57), é possível discriminar três significados do princípio: (1) garantia política; (2) regra de tratamento do acusado; (3) regra probatória.

Para verificar a ocorrência de um delito e sua autoria, obrigatoriamente deve haver uma tramitação processual, sendo figura central o princípio da presunção de inocência (BADARÓ, 2015, p. 57), prevalecendo e respeitando-se o princípio da dignidade da pessoa humana sobre os interesses da persecução penal (MAGALHÃES BOLINA, 2005, 435).

Devido à estreita conexão com a guarda da liberdade do cidadão, tudo que estiver envolvido com este direito, deve ser interpretado da forma mais benéfica ao investigado/acusado (ARANTES FILHO, 2010, p.05), pois a condição de inocente somente pode ser afastada perante prova segura do cometimento do crime (BADARÓ, 2015, p. 57).

O segundo pode ser traduzido pela expressão *in dubio pro reo*, ou seja, como regra de julgamento, a presunção de inocência além de exigir a observância das normas jurídicas pertinentes, define que para ser decretada uma pena através de uma sentença condenatória, deverá ser provado, indubitavelmente, a culpa do acusado, por meio de provas angariadas lícitamente, do contrário a absolvição deve se impor (ARANTES FILHO, 2010, p. 09).

Conforme Augusto Jobim Amaral (2016, p. 03):

Se, de modo mais simples, o processo penal não representa mero meio para a realização do Direito Penal, mas o dispositivo por excelência de limitação do poder punitivo, garantido pela função jurisdicional, em que a prova é a atividade necessária para se verificar se um sujeito cometeu um delito, até que ela se produza mediante um juízo regular, ninguém poderá ser considerado culpado. Assim é que classicamente se aduziu do princípio da jurisdicionalidade o postulado da presunção de inocência. Trata-se, para além de ser presunção “até que se prove o contrário”, de um corolário lógico-racional do próprio processo penal e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão pelo procedimento.

Assim posto, percebe-se que não se trata somente de um critério para se dissolver uma dúvida, mas sim um verdadeiro parâmetro a ser balizado durante toda a tramitação processual.

Por fim, com a instituição da presunção de inocência, não permite-se que o acusado, tanto durante a fase investigativa como na fase processual em si, seja elevado ao *status* de culpado. Este princípio configura uma regra de tratamento e não de convencimento. Posto isto, se a acusação não demonstrar ao juízo a culpa do acusado, não pode ser o processado impendido de provar sua inocência. Ainda, a presunção de não culpabilidade incute ao julgador uma “[...] responsabilidade de tutelar os interesses do acusado, estando assim voltado à contenção dos atos arbitrários dos detentores ocasionais do poder” (PRADO, 2001, p. 43).

Neste ínterim, o exaltado princípio impede a imputação de medidas restritivas pessoais, antes do reconhecimento da culpa, como forma de

execução antecipada da pena, baseada simplesmente na possibilidade da condenação do processado. Exceção, porém são as privações da liberdade que ostentam natureza cautelar, desde que fundamentadas e baseadas em uma situação de necessidade, como também para amparar a efetividade processual (OLIVEIRA, 2011, p. 47/48).

A posição mais radical adotada pela doutrina foi encabeçada por Luigi Ferrajoli (2010, p. 515). Este, milita por um processo onde não exista prisão preventiva, afirmando que o acusado deve poder ir ao juízo livre, e desta forma em igualdade com a acusação, respeitando-se com isso a dignidade da pessoa humana. Ressalta que “[...] nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos. E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar”.

Acreditando não ser este o caminho mais sensato, mas afirmando que as prisões provisórias devem ser reduzidas ao mínimo de incidência, Rosberg Souza Crozara (2010, p. 275) destaca que a tutela jurisdicional advirá do processo principal e não da concessão cautelar. Com isso, “[...] conferir ao processo cautelar uma função de satisfação do direito material é usurpar a função de cautela, cujo conceito coincide com o de garantia”.

Conforme Norberto Flach (2000, p.56), a perda da liberdade está intrincada com a verdade da culpabilidade do acusado, o que somente ocorre com a condenação e o trânsito em julgado. Assim, a constrição da liberdade apenas procede-se antes do mencionado período, quando necessitar-se de cautela, que deve ser devidamente fundamentada.

Continua o mencionado autor afirmando que a presunção de inocência deve ser entendida também como postulado de segurança jurídica “[...] que lança influência até sobre o próprio poder judicial de cautela penal, cuja característica de morigeração deve ser bem mais pronunciada do que no processo civil”. Assim, não é cabível admitir em âmbito penal uma antecipação de tutela por exemplo, pois deve prevalecer a taxatividade das medidas (FLACH, 2000, p. 57).

Para entender-se a força cogente do princípio da presunção de inocência, cabe neste momento compreender não só a diferença entre

regras e princípios, mas também a eficácia e modos de restrição dos direitos fundamentais.

## **1.2 Regra e princípio: postulados de diferenciação e formas de interpretação**

Secular, mas sempre relevante a distinção entre regra e princípio. As diferenciações entre estes primeiramente eram realizadas sobre o critério generalidade, ou seja, os princípios eram considerados normas de generalidade relativamente alta e as regras, por outro lado, constituíam normas de generalidades relativamente baixas. (HECK, 2003, p. 55).

Os dois grandes expoentes do tema, Alexy e Dworkin, convergem em dois requisitos: que tanto os princípios como as regras possuem igual *status* de norma jurídica; e que a distinção entre estes possui um caráter qualitativo e não de grau (SOUSA, 2012, p. 98).

O doutrinador André Ramos Tavares (2003, p. 34), ao referir quanto às diferenças destes dois institutos ressalta que o grau de abstração dos princípios é a melhor traço para distingui-los “[...] pois não se reportam a qualquer descrição de situação fática (hipotética) em específico, adquirindo, assim, a nota da máxima abstratividade (objetividade)”.

A emblemática tese da separação entre normas e princípios foi primeiramente concebida por Dworkin e é desenvolvida da seguinte maneira por Luís Afonso Heck (2003, p. 57 e 58): as regras são aplicadas na sistemática do tudo ou nada (*all-or-nothing fashion*), isto é, somente é válida uma regra quando esta regulariza de forma integral uma matéria, pois do contrário será inválida e conseqüentemente descumprida.

Neste sentido, e conforme desenvolvido por Alexy, as regras são aplicadas pelo sistema denominado de subsunção: um fato, encaixando-se no tipo legal abstrato, deve sofrer a incidência deste, como também suas conseqüências. Ainda, havendo embate entre duas regras, somente uma pode prevalecer (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 109).

Os princípios, por outro lado, são aplicados a um complexo maior de situações, não buscando a delimitação de condutas, mas assim possuindo um elevado grau de abstração. Na Constituição brasileira, por exemplo, onde há um rol extenso de princípios, é indubitável os conflitos

gerados pelo caso concreto entre eles. Portanto, deve-se empregar a técnica da ponderação<sup>1</sup> (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 110).

Emanados da superação ao positivismo jurídico, onde se propagava a existência de apenas regras no sistema jurídico, os princípios surgiram da difícil solução dos denominados *hard cases* (SOUSA, 2012, p. 97), onde não era possível simplesmente escolher entre uma ou outra regra.

Segundo explicitou Heck a cerca da teoria de Dworkin, os princípios possuem uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*) que se revela no conflito entre estes. Para solucionar o impasse, deve-se atribuir um peso a cada um dos princípios no momento de sua incidência ao caso concreto, e o que possuir maior peso é o que deverá ser aplicado (2003, p. 58). Para tanto, deve ocorrer concessões mútuas, sem desvirtuar a força vital de cada um dos princípios (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 110).

Existem três critérios que se ocupam na distinção entre regras e princípios com maior destaque na doutrina: quanto ao modo de aplicação, o qual deve ser realizado nos parâmetros acima já ponderados; quanto ao conteúdo, sendo que as regras definem condutas, já os princípios tratam sobre valores que devem ser resguardados (moralidade, por exemplo) ou fins a serem atingidos. Por fim, quanto à estrutura, as regras descrevem exatamente os atos que devem ser realizados para o seu devido cumprimento. Os princípios, por outro lado, assinalam “estados ideais” a serem alcançados não ditando uma conduta (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 112/113).

Portanto, as regras desenvolvem seus postulados à segurança jurídica devido a sua estabilidade e previsibilidade, de outra banda para a concretização da justiça, se faz necessária normas mais maleáveis, como o são os princípios, para que seus sentidos possam ser moldados pelo intérprete a cada caso concreto. Posto isto, (...) a estrutura das regras facilita a realização do valor segurança, ao passo que os princípios

---

<sup>1</sup> Anizio Pires Gavião Filho (2015, p. 148), em seus escritos, explica que o princípio da ponderação integra o princípio da proporcionalidade, pois este pode ser dividido em três princípios parciais, quais sejam: o da idoneidade, o da necessidade, como também o da proporcionalidade em sentido estrito, encaixando-se a ponderação neste último. Conforme o referido autor “Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade cuidam das possibilidades fáticas. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito se refere as possibilidades jurídicas, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão”.

oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada” (BARCELLOS, *apud* BARROSO, BARCELLOS, 2002, p. 110 e 111).

### **1.3 Direitos fundamentais: sua eficácia e quanto à possibilidade de restrição**

Os direitos fundamentais retratam-se como resposta as situações de agressão ou ameaça vivenciadas pela sociedade, que podem advir tanto do próprio Estado, como também de núcleos do poder privado. Mas seu significado não se restringe a isso, indo além, sendo assim verdadeiros meios cogentes para o Estado efetivar seus mandamentos, caracterizando-se, conforme Alexy, como princípios objetivos (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p.75).

Diversos doutrinadores debruçaram-se sobre o tema da eficácia das normas constitucionais, classificando-as em diversas categorias. Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 251), analisou tais propostas de divisão, e referiu que mesmo em meio as incompatibilidades, duas categorizações se destacam: as normas que de pronto podem gerar efeitos apresentando assim “suficiente normatividade”, e do outro lado, as que necessitam da intervenção do legislador para gerar efeitos.

Mais especificadamente, quanto à eficácia dos direitos fundamentais, o Constituinte de 1988 inclui o seguinte dispositivo na Carta Constitucional: “Art. 5º, §1º:As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. No parágrafo segundo do referido artigo, houve a determinação da não-taxatividade do rol de direitos fundamentais, pois permitiu-se que através dos tratados e convenções internacionais houvesse sua contínua expansão (FLACH, 2000, p. 37). Assim, procurou-se dar aos direitos fundamentais a maior eficácia possível, independentemente de medidas concretizadoras que possam vir a ser realizadas.

Debate-se tanto na doutrina como jurisprudencialmente se haveria um âmbito de restrições aos direitos fundamentais.

Entendidos os direitos fundamentais como princípios, somente podem sofrer algum tipo de limitação quando tal estiver prevista no corpo normativo constitucional ou na existência de uma lei ordinária com base na própria Carta Magna (MENDES, BRANCO, 2014, p. 199 e 200).

Para tanto, deve-se respeitar a reserva legal de cada norma constitucional, para que assim possa se dar efetividade ao direito

fundamental, evitando-se a incoerência de arbitrariedades pelo legislador que podem levar, por exemplo, a uma restrição do âmbito de proteção. Isto se traduz em uma atenção a segurança jurídica (MENDES, BRANCO, 2014, p. 202).

Devido a extensão e complexidade desta matéria e o espaço reduzido deste artigo, não se adentrará com profundidade no tema da reserva legal, suas subdivisões, aplicação e princípios correlatos. Apenas se faz necessário uma abordagem quanto ao princípio da proporcionalidade.

Conforme é explicitado por grandes doutrinadores, o princípio da proporcionalidade encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988, mas sua cogência está no fato de podermos extraí-lo de outros princípios constitucionais (ALMEIDA, 2010, p. 66). Em consonância com o doutrinador Elival da Silva Ramos (2010, p.120), “a exigência de proporcionalidade decorre da necessidade de que as leis e atos normativos subalternos observem as normas constitucionais de cunho teleológico, enquanto decorrência da própria supremacia hierárquica dessas normas”.

Continua o referido autor que o uso da expressão princípio da proporcionalidade existe em diferentes significados:

Muitas vezes o que se tem em vista é norma - matriz da garantia de proporcionalidade legislativa, derivada da exigência de que a legislação restritiva de direitos fundamentais observe o devido processo legal; em outras situações, trabalha-se com o mero postulado hermenêutico a orientar o intérprete-aplicador na fiscalização da constitucionalidade de leis que busquem harmonizar normas finalísticas de incidência simultânea e, por isso mesmo, aparentemente colidentes; por último há o uso, já mencionado, da proporcionalidade enquanto modo peculiar de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, tendo em vista o pleno acatamento dos fins que a constituição impõe ao legislador (RAMOS, 2010, p. 123).

Neste interim, o princípio da proporcionalidade ou também denominado de “proibição de excesso no direito constitucional”, vem a ser aplicado com o objetivo de o legislador analisar a necessidade adequação da medida legislativa (MENDES, BRANCO, 2014, p. 225). Assim, deve ser entendido como aquele que “[...] impõe os limites materiais de toda a actividade do Estado que ponha em causa direitos fundamentais”, considerado assim o limite dos limites (MIR PUIG, 2009, p. 12).

O princípio da proporcionalidade relaciona-se com o uso adequado do fim(s) da norma e os meios manipulados para a consecução daquele(s). Assim, na relação meio-fim deve-se sempre controlar o excesso, constituindo uma barreira ao arbítrio do legislador, pois este não está autorizado a interferir nos valores e princípios contidos na Constituição Federal (NISHIYAMA, 2011, p. 239 e 243).

Portanto, para auferir se o princípio da proporcionalidade está sendo realmente observado pelo legislador, deve-se atentar aos seus subprincípios: a adequação, pretendendo-se verificar se o meio interventivo adotado é apto para se atingir o objeto pretendido, ou seja, devem ser ineficazes os demais meios menos gravosos; o da necessidade, expressa a ideia de que deve ser garantido ao indivíduo a menor desvantagem, requerendo-se a menor renúncia ao direito fundamental; e ainda o da proporcionalidade em sentido estrito, o qual se relaciona ao caso concreto e a ponderação da solução encontrada (NOGUEIRA, 2010, p. 413/414).

A ponderação, técnica utilizada em conflitos entre direitos fundamentais, busca sua solução frente ao caso concreto. Na Constituição da República, não há uma hierarquia entre os direitos, mas não se nega a prevalência dos direitos e garantias individuais, devido a fixação das cláusulas pétreas (artigo 60, §4º), como também da dignidade da pessoa humana e todos os valores a este vinculados (MENDES, BRANCO, 2014, p. 241).

Devido a sua exposição constitucional, o intérprete, frente a um conflito, não pode simplesmente aplicar um direito fundamental em oposição a exclusão total do outro, que também poderia ser aplicado ao caso concreto. Com isso, primeiramente, deve-se identificar todas as normas cabíveis de serem utilizadas para a solução, identificando os possíveis conflitos entre elas. Em segundo lugar, deve-se analisar o cenário do caso concreto conjugando-o com os elementos normativos. Por último, conforme já exposto neste trabalho, atribui-se pesos a estes princípios decidindo-se qual deve preponderar perante o caso concreto (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 117/118).

Assim, Alexy afirma que “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, *apud* LEIVAS, 2015, p. 97).

Tal solução não está isenta de críticas. O autor Paulo Gilberto Congo Leivas (2015, p. 96) refere-se que Habermas acreditava que um Tribunal, ao atuar imbuído pelo princípio da ponderação, age de forma

arbitrária, pois não existe medidas para se justificar a preferência dada a certo princípio e ainda explana que direitos individuais podem ser sacrificados em prol de direitos coletivos.

Comentando quanto a atual conjectura brasileira, o princípio da ponderação ainda não está devidamente objetivado, permitindo-se o espaço para a discricionariedade judicial. Porém, conforme afirma Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2003, p. 120), a aplicação da ponderação não pode ser usada como desculpa para o exercício indiscriminado do ativismo judicial. Com isso, explicam que a legitimidade das sentenças que utilizaram a técnica da ponderação é realizada mediante o exame da argumentação escolhida.

Após toda esta formulação pertinente quanto aos princípios constitucionais, cabe referir um pouco mais especificadamente ao princípio da presunção de inocência.

Considerado integrante da categoria denominada “caráter judicial”, todos os direitos consagrados nesta definição possuem um papel essencial na efetivação do Estado Democrático de Direito. Procurando assegurar a eficácia da atuação processual, estes direitos vem integrados ao princípio da dignidade da pessoa humana, devido ao entendimento de que o homem não é um simples objeto da finalidade processual (MENDES, BRANCO, 2014, p. 396/399).

O princípio previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CF é uma norma de eficácia plena, ou seja, de auto aplicação, devido a sua estrutura normativa, como também diante da função que ocupa no sistema processual penal.

Em conformidade com José Afonso da Silva (2002, p.101), estas normas podem ser conceituadas como “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular”.

A presunção de inocência encaixa-se nesta classificação, uma vez que proíbe a aplicação dos efeitos jurídicos sobre o denunciado antes do trânsito em julgado da sentença penal. Em efeito, não houve e não há a necessidade da intervenção do legislador ordinário para lhe conceder eficácia. Porém, mesmo nesta condição de eficácia plena, a presunção de inocência pode vir a sofrer algum tipo de limitação como explicitado acima em relação outros direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 251 e SILVA, 2002 p. 81).

Ressalta-se, porém, que os direitos individuais, para serem restringidos, deve-se obedecer os ditames do princípio da proporcionalidade (FLACH, 2000, p.35), da forma na qual já foi exposto.

Posto isso, em conformidade com o apontado por André Ramos Tavares (2003, p. 48), atualmente o desafio imposto ao Direito não é o elaborar normas para todos os tipos de demandas sociais, mas sim o de prover uma das tantas soluções que podem ser localizadas no sistema, de forma racional e sempre devidamente justificada.

Atualmente, existe uma inversão do princípio da proporcionalidade quando inserido no âmbito das prisões processuais: devido ao clamor da sociedade, estimulado pela mídia que diariamente expõe os investigados de forma na qual restem “condenados” antes mesmo de ser iniciada a persecução penal, acaba-se por reduzir a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência arbitrariamente, esquecendo-se do seu real significado.

## **2 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DENEGATÓRIOS DO HC 126.292/SP**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016, julgou o *habeas corpus* 126.292/SP, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a concessão de liberdade ao réu (HC nº 313.021/SP). Em 1º Grau, o acusado foi condenado à pena de 05 anos e 04 meses, em regime inicial fechado, sendo-lhe imputado o crime de roubo majorado. Ao apelar, em liberdade, pela reforma da decisão proferida pelo juízo *a quo*, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou seu pleito e determinou a expedição do mandado de prisão. Em HC impetrado no STJ, este decidiu pela manutenção da restrição à liberdade do acusado.

Em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal, por maioria<sup>2</sup>, denegou a ordem, determinando que a execução provisória da pena, alastrada em decisão condenatória em grau de apelação, mesmo que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não infringe o princípio da presunção de inocência.

Inobstante alguns ministros terem explanado que esta decisão não possui efeito vinculante, diversos tribunais por todo o Brasil absorveram o novo entendimento e passaram a aplicá-lo em seus novos julgados. Devido

---

<sup>2</sup> Votaram a favor os Ministros Teori Zavascki (relator), Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

poder ser considerada uma decisão emblemática, importante analisar e discutir os argumentos utilizados pelos ministros.

## **2.1 Ponto a ponto: críticas aos principais argumentos utilizados que viabilizaram a execução antecipada da pena**

Em seus votos, de forma unânime, os ministros reconheceram a importância do princípio da presunção de inocência em nossa sociedade. Alguns trouxeram à baila momentos históricos significativos na construção do princípio, outros, como Teori Zavascki, ressaltaram as contribuições do instituto na consagração de normas processuais como aquelas referentes ao ônus probatório, provas, devido processo legal e a ampla defesa. A partir deste ponto, passaram a tecer críticas em face do elevado princípio constitucional, como também a expor os fundamentos que culminaram na denegação da ordem.

O ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 37/39), em seu voto, afirmou que o postulado da presunção de inocência é um princípio, e nesta condição, não é absoluto, ou seja, “[...] não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes”, e por isso, pode vir a ser restringido por outras normas constitucionais a depender das circunstâncias do caso concreto, mas sem que isso permita o esgotamento do seu núcleo essencial.

Neste momento elencar-se-á alguns dos argumentos utilizados pelos ministros para a virada de entendimento e possibilidade da execução antecipada, como também se oporá os argumentos contra.

Neste íterim, explanam alguns ministros que o princípio da presunção de inocência sofre uma degradação durante a tramitação processual, “perdendo” sua força cogente conforme as decisões condenatórias são proferidas. Desta forma, até a sentença de primeiro grau, a presunção seria plena irradiando seus efeitos por todo o procedimento penal, principalmente quanto ao ônus da prova. Entretanto, a sentença condenatória representaria um “[...] juízo de culpabilidade que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal” (ZAVASCKI, 2016, p. 09).

Com a interposição de um recurso para o Tribunal de Justiça, e este vindo confirmar a condenação, ocorre o exaurimento do exame sobre os fatos e as provas. Para o ministro Zavascki é neste momento que “[...] se

concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza” (2016, p. 09).

Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 41) sustenta, em seu voto, que:

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

Com isso, o ministro Gilmar Mendes (2016, p. 68) explica que o recurso especial e o extraordinário necessitam da provocação das partes, contudo, com sua interposição, prevalece o interesse coletivo, pois suas matérias são apenas federal e constitucional (respectivamente), valendo assim para o “aperfeiçoamento da jurisprudência”, ou como Edson Fachin (2016, p. 23) refere em sua exposição, para “estabilizar, uniformizar e pacificar a interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional”.

Por fim, ressaltam os ministros à favor da antecipação da pena que estes recursos são apenas recebidos no seu efeito devolutivo, com isso, não foram engendrados para rever as “injustiças do caso concreto”, nem como uma outra oportunidade de o acusado rever uma sentença na qual não concordou com os seus termos.

Respeitada a opinião dos eminentes ministros, não se pode filiar ao entendimento exposto. Como será demonstrado por mais de vez, a norma contida no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal é cristalina em sua redação, estipulando que a desconstrução da presunção de inocência apenas pode ocorrer após o trânsito em julgado da decisão penal, sendo assim este seu núcleo essencial.

Conforme explica o ministro Celso de Mello (2016, p. 84), a presunção de inocência funciona como “[...] uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou

restringam a esfera jurídica das pessoas em geral”. Com isso, atribuição de peso menor ao princípio da presunção de inocência, durante o transcurso do processo penal, deflagra uma ponderação realizada pelo Estado que resulta na imputação de culpa antes do trânsito em julgado, que desconsidera por completo a norma constitucional.

Ainda, deflagra o real motivo desta graduação: a busca pela efetividade da lei penal, pois escancara-se o interesse em preservar a imagem do Poder Judiciário perante a sociedade, como órgão que “aplica” a lei penal, ou seja condena e restringe a liberdade do acusado, sendo assim despreocupado com os direitos proclamados pela própria norma constitucional ao acusado.

Ressalta-se que não está de todo errado buscar garantir este outro direito; porém, garanti-lo calcado na derrocada da presunção de inocência é incorreto. O inciso LVII é contundente: a presunção deve caminhar com o acusado até o trânsito em julgado. Ponto. Não cabem interpretações que mitiguem este período de abrangência, pois a norma constitucional não deixou espaço para tanto.

Ademais, com esta linha de pensamento, denota-se que o Supremo Tribunal Federal confere maior credibilidade à legislação ordinária, que apenas regulamenta a tramitação dos recursos nos Tribunais Superiores, em prejuízo as garantias constitucionais da liberdade e presunção de não culpabilidade (FLACH, 2000, p. 64). Ocorre que, pelo grau de relevância dos direitos em jogo, percebe-se com facilidade qual deve prevalecer.

Ainda, Pierpaolo Cruz Bottini, afirma que independentemente de haver o efeito suspensivo, a Constituição Federal “[...] impede a imposição de quaisquer medidas decorrentes de juízo provisório de culpa até o trânsito em julgado”. Desta forma, deve-se considerar que mesmo superada a discussão quanto à matéria fática, a culpa ainda não está formada, pois pode também depender da solução de uma controvérsia jurídica, como quando se discute a validade das provas angariadas durante a tramitação processual (2012, p. 188) ou ainda alguma nulidade processual, sendo que em ambos os casos a prisão restaria ilegal.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. (2010, p. 605) ressalta em sua obra que o problema em questão não deve circundar quanto à concessão ou não do efeito suspensivo, pois além de considerá-lo um instituto com feições civilistas - e conseqüentemente inadequado ao processo penal - este fere a ampla defesa e o princípio da presunção de inocência, pois não se pode admitir antecipação da pena.

Conforme os doutrinadores Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho (2005, p. 88), diferentemente do processo civil, onde é possível a execução provisória “(...) assegurando o gozo da propriedade, ferreteou-se, na esfera criminal, o princípio da presunção de inocência”, pois a execução antecipada na esfera civil representa na grande maioria das vezes uma antecipação de cunho monetário, que se não confirmada em sentença de mérito, pode vir a ser restituída. Já a liberdade de um indivíduo nunca pode lhe ser devolvida.

Neste mesmo parâmetro importa referir que a Lei de Execução Penal (nº 7.210/84<sup>3</sup>), condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o Ministro Eros Grau (2009, p. 1055), quando se manifestou no HC nº 84.078/MG, de sua relatoria, explanou que a referida lei é condizente com a Constituição da República, como também “[...] sobrepõem-se, temporal e materialmente ao disposto no artigo 637 do CPP” qu trata sobre o efeito devolutivo.

Com isso, percebe-se que não há legitimidade em iniciar a execução da pena apenas pelo fato de não ter sido atribuído efeito suspensivo nos recursos extraordinários, pois a presunção de inocência, na condição de regra de tratamento, deve acompanhar o acusado durante todo o trâmite processual, não podendo ser diminuído seu âmbito de abrangência por norma infraconstitucional criada em meio civilista, quando existem outras regras de seu mesmo nível hierárquico corroborando o texto constitucional.

Deve-se atentar que não há espaço para interpretações quando a Constituição Federal coloca como limite explícito o trânsito em julgado. Desta forma, apenas com a superação deste marco pode-se [...] dar início a uma reprimenda penal, assim deve ser, sob pena de rasgar uma cláusula pétrea sem o menor pudor. Tal previsão não existe por mero capricho" (SILVA JÚNIOR, 2016).

Em outro ponto de seus votos, os ministros apoiaram-se no que Luís Roberto Barroso denominou de “uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer”(2016, p. 46). Utilizando-se de exemplos concretos, expressaram que devido ao fato de se necessitar do trânsito em julgado para iniciar a execução da pena, adentra-se com diversos tipos de recursos com o cunho protelatório para que se angarie a prescrição e assim o não cumprimento de eventual condenação.

---

<sup>3</sup> Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Ao referir que o último marco interruptivo da prescrição penal é a publicação de sentença ou acórdão recorríveis, e devido a isso os demais recursos impetrados não são aptos a interromper a contagem do prazo prescricional, Teori Zavascki (2016, p. 18) afirma que “assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”.

Ressalta-se que devido a previsão no ordenamento legal dos recursos processuais, os mesmos devem ser usados pelo advogado do réu, nas situações que lhes caibam, do contrário agirá de forma inepta. Outro ponto a ser atentado é que existem requisitos previstos na lei para a interposição de recursos como no extraordinário onde necessita-se a demonstração da repercussão geral, buscando assim evitar a procrastinação recursal (BOTTINI, 2012, p. 06).

Contudo, não pode-se solucionar a questão da protelatoriedade dos recursos, e ao mesmo tempo valorização da jurisdição criminal através da retenção do princípio da presunção de inocência. Assim, tais problemas devem ser resolvidos pela lei, ou seja, através de uma restrição maior das possibilidades de ingresso em recursos, por exemplo, a ser feita pelo legislador (BOTTINI, 2012, p. 06).

O Ministro Eros Grau (2009, p. 1054/1055), ao proferir seu voto no Habeas Corpus nº 84.078/MG, quanto ao assunto de recursos protelatórios, assumiu o seguinte entendimento:

Ora - digo eu agora - a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...

Com isso, resta novamente evidente não ser possível restringir um direito fundamental de tamanha importância e afetabilidade na sociedade, como é o da presunção de não culpabilidade, em prol de um Poder Judiciário com maior credibilidade. Não por este caminho. Efetividade judicial não se traduz apenas na restrição da liberdade de um indivíduo quando considerado culpado, mas também em um processo equânime, onde seja oportunizando a ambas as partes a ampla defesa, o contraditório,

a celeridade no andamento do feito e isto inclui todas as oportunidades existentes na legislação para tanto a defesa como a acusação recorrerem e defender suas teses.

Nesta linha, o ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 33), em seu voto, apresentou alguns dados interessantes de exposição: apenas 1.5% dos recursos extraordinários são providos em favor do réu, e durante o período de janeiro de 2009 até abril de 2016, nas decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF, as decisões absolutórias não representaram 0,035% do total.

O repórter Brenno Grillo (2016), em artigo publicado no site Consultor Jurídico, traz outros dados igualmente importantes: refere que de 80 recursos impetrados no STJ pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 37,5% são concedidos. Englobam estes pedidos de absolvição, diminuição da pena decretada ou ainda mudança do regime recursal. Ainda, 17, 5% dos processos houve a redução da pena ou o regime foi modificado.

Ainda, Augusto Jobim do Amaral (2016, p. 03) revela que entre os anos de 2006 a 2014, de cada quatro decisões referentes a *habeas corpus*, em uma o STJ mudava algum ponto do julgamento realizado no 2º Grau.

Analisando todos estes dados apresentados, percebe-se que mesmo havendo uma pequena taxa de casos onde os réus são absolvidos no julgamento de recursos extraordinários, existe, por outro lado, uma taxa significativa de recursos que são total ou parcialmente reformados pelo STF, concedendo outras medidas que influenciam diretamente na execução da pena.

Posto isto, em uma democracia, devem legisladores e magistrados guiarem-se pelo que a muito tempo Luigi Ferrajoli pregava: a preservação do princípio da presunção de inocência, pois este protege a imunidade dos inocentes, mesmo que isto represente a impunidade de algum culpado. Com isso, mesmo sendo poucas, ou mesmo uma decisão na qual a Corte Superior absolva um réu, assim deve pautar sua conduta, preservando até o trânsito em julgado a condição de inocência. Este é o preço que deve-se pagar por uma democracia.

Ainda, sob outro viés, objetivaram alguns ministros demonstrar a razão pela qual acreditam que o princípio da presunção de inocência deve ser restringido a partir da legislação de outros países. O ministro Teori Zavascki, por exemplo, citou oito países nos quais a execução da pena inicia-se sem ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A Ministra Ellen Gracie (2005, p. 04) em seu voto emitido no julgamento do *habeas corpus* nº 85.886/RJ, relatoria ministra Laurita Vaz, externou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema. Aqui não pode ser diferente”.

Não nega-se o tratamento diferenciado de tantos outros países quanto à temática da execução da pena, porém não se pode fechar os olhos e não perceber que o Brasil, não somente referendou os tratados internacionais quanto ao tema, mas fez mais: ampliou a tutela conferida a esta garantia individual determinando que somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória é que uma pessoa perderia o *status* de inocente (ZILLI, 2010, p. 20/21). É notória a importância e o estudo das legislações exteriores, porém deve-se estar atento as peculiaridades da *terrae brasiliis*.

Lênio Luiz Streck, (2016) logo após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, escreveu um artigo expondo que a Corte errou ao modificar seu entendimento, afirmando que “gostando ou não, essa é a Constituição que temos”. E mais, este é o Estado que temos: Democrático de Direito. E por isso que o processo penal deve ter seus pilares firmes na dignidade da pessoa humana e na presunção de inocência.

Percorrendo mais uma das motivações elencadas pelos ministros no *habeas corpus* em fomento, Luís Roberto Barroso (2016, p. 44/45) atento a credibilidade do Poder Judiciário, com base no artigo 312 do CPP, sustenta que com a decisão condenatória proferida em 2º Grau, momento este onde ocorre o exaurimento da discussão quanto aos fatos e provas angariadas durante o processo, torna-se discrepante a impossibilidade de prisão do réu devido a garantia da ordem pública.

Conforme o citado ministro, por ordem pública deve ser entendido “[...] como a eficácia do Direito Penal exigida para a proteção da vida, da segurança, e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal”. Com isso, proclama que a não execução da pena antecipadamente acaba por descredibilizar o Judiciário, devido ao longo período para repreender o delito, falhando assim com a sociedade e seu dever de proteção, deixando as pessoas com uma sensação de impunidade, como também sacode a imagem do direito penal quanto ao seu caráter preventivo (2016, p. 44/45).

Diversamente do entendimento propagado, Lucas Catib de Laurentiis (2012, p. 189) entende não ser possível a utilização de argumentos

fundados na defesa da ordem pública, como também econômica, pois se o réu encontrava-se em liberdade até a decisão condenatória em apelação e tais argumentos não foram suficientes para decretar sua prisão após a prática do crime, muitos menos o serão posteriormente ao julgamento em segunda instância e enquanto aguarda-se o julgamento de algum dos recursos extraordinários.

Devido a insegurança vivida pela sociedade, houve uma inversão no caráter do Direito Penal; criado para ser subsidiário, de intervenção mínima na sociedade e como último recurso para defesa dos bens jurídicos passou, devido ao aumento expressivo na criminalidade, a um Direito Penal máximo, tomando a posição de “guardião da segurança” (VOLPE FILHO, 2013, p. 51).

Assim, as pessoas possuem a falsa impressão de que com crescimento do número de leis que incriminam uma maior quantidade de condutas, que com a relativização de direitos fundamentais, e com a segregação dos acusados, se estará garantindo segurança pública. Posto isso, visualiza-se inúmeras reformas legislativas que ocorrem conforme os pleitos sociais, como também diversos magistrados surpreendentemente proferindo decisões que cambiam conforme interesses políticos (VOLPE FILHO, 2013, p. 53/54).

Sem dúvidas vivencia-se uma época de crise, mas é durante este período que o Estado deve procurar preservar ao máximo os princípios e os valores sociais para que a sociedade não se sobressalte com mudanças inesperadas (AURÉLIO, 2016, p. 77).

Restringir direitos fundamentais que protegem os processados pode acalantar a sociedade dando a falsa impressão de que o sistema penal está cumprindo o seu papel de restaurador da paz social, porém o passado está como testemunha das atrocidades cometidas pelo Estado em nome do “bem estar social”, não sendo diferente do que está ocorrendo atualmente. Com isto importa ressaltar a necessidade de se “[...] acautelar contra devaneios autoritários. Não interessa se as aventuras são empreendidas em nome do “bem” e da “segurança”: o que importa é o potencial que os argumentos em questão representam para vulnerar a democracia e os direitos fundamentais que são inerentes a ela” (KHALED JÚNIOR, 2016, p. 05 e 06).

Conforme preleciona Norberto Flach (2000, p. 71), o Estado não pode utilizar o Direito Penal “como instrumento de conformação de comportamentos sociais, com forte caráter simbólico e insinuador de “respostas” estatais prontas e enérgicas ao fenômeno da criminalidade”.

Portanto, a prisão não pode representar a resposta para as angústias sociais, como se, houvessem “cortado o mal pela raiz”.<sup>4</sup>

Com isso, a custódia de um indivíduo como meio de combater a imagem de impunidade criada pela sociedade não pode vingar. Como já fomentado, a liberdade individual deve ser a regra durante o trâmite processual, e não a exceção após a sentença condenatória em apelação, quando ainda pendente de julgamento recursos extraordinários. Ademais, como forma de combater atos procrastinatórios deve-se utilizar de forma mais incisiva o instituto já previsto em nosso ordenamento jurídico, qual seja o da punição a litigância de má-fé.

Acrescenta-se por fim, a todas essas razões até então expostas, o motivo mais alarmante e que torna a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação em um verdadeiro descalabro: a inclusão de um indivíduo, cuja culpa não está perfectibilizada em uma sentença penal transitada em julgado, no sistema prisional brasileiro.

O encarceramento é extremamente degradante em amplos sentidos na vida de alguém: seja fisicamente, moralmente, psicologicamente ou socialmente, não há quem saia de um presídio sem as marcas - por vezes literais - deste sistema repressor.

Como referido por Ricardo Lewandowski, surpreende esta guinada na decisão em fomento, diante do já constatado estado calamitoso no qual se encontra o sistema carcerário brasileiro, até mesmo assentido pelo próprio STF na ADPF 347 (onde reconheceu-se a falência do sistema prisional brasileiro). O Excelentíssimo, em seu voto, indaga: “então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é nosso sistema prisional?” (2016, p.98). Responde-se: não, não dever-se-ia ministro.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2000, p. 355) explana que as violações se dão devido a problemas como períodos muito compridos de encarceramento, assistência médica inadequada, corrupção, insuficiente número de funcionários, bem como o despreparo destes para lidar com as situações cotidianas de uma penitenciária, dentre outros aportes.

Desta forma, não é possível compactuar com a antecipação da pena da forma delineada no julgamento do HC 126.292, pois inserir um

---

<sup>4</sup> Winfried Hassemer (2014, p. 41) afirma que o direito penal moderno, o senso de segurança deve ser imaginado como um Direito Penal Constitucional. Conforme o autor: “esse direito deve manter as fundamentais tradições do direito penal: a referência à pessoa, a adequância da resposta à injustiça e culpa, os objetivos de proteção e cuidado. Só nessa esfera há segurança pelo direito penal” .

indivíduo, que ainda não teve o juízo sobre sua culpa concretizado em uma sentença condenatória transitada em julgado, em um ambiente nefasto como é o sistema carcerário, significa solapar tudo o que a dignidade da pessoa humana preza, principalmente diante do fato de a prisão não estar atingindo seus objetivos primordiais de prevenção e repressão dos delitos.

E mais. Não há indenização que reflita e que seja suficiente para “apagar” os efeitos de uma segregação. O Estado não pode se imiscuir, agarrando-se à saída furtiva das indenizatórias caso retire a liberdade de inocente, pois deve estar comprometido para que isso não aconteça. Para tanto, não pode relativizar o âmbito de abrangência do princípio da presunção de inocência.

Denota-se diante dos argumentos expostos, que a antecipação da execução da pena, na pendência de recursos extraordinários, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fere sim o princípio norteador do processo penal: a presunção de inocência, que além de ser um direito fundamental de todos os indivíduos, é uma cláusula pétrea.

Os três poderes, ressaltando-se o Poder Judiciário, devem sim estarem atentos aos clamores sociais, porém devem também estarem assentados em bases fixas e sólidas existentes em um Estado Democrático de Direito, e a presunção de inocência representa justamente isto. Tal Direito Fundamental procura resguardar o indivíduo de possíveis arbitrariedades do Estado quanto à restrições a sua liberdade.

Com isso, o princípio da presunção impõem um limite, que não pode ser ultrapassado ou reinterpretado: somente com o trânsito em julgado da decisão pode-se executar a pena.

De acordo com Geraldo Prado (2015, p. 12), o nosso sistema “não admite a equiparação (igualdade) entre os direitos (e garantias) fundamentais do acusado e os deveres-poderes do Estado de repressão ao delito (situação jurídica)”. Assim, não pode prevalecer o interesse na efetividade da lei penal, com a degradação da presunção de inocência.

Ademais, não pode-se negar o que custou a humanidade períodos como o inquisitório, onde conceitos como presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e dignidade da pessoa humana não existiam na prática jurídica. Por essa razão, não se pode permitir que direitos fundamentais tão arduamente conquistados sejam arruinados novamente por quem deveria preservá-los acima de tudo.

Minimizar este direito, pode, em um primeiro momento, acalantar sim os anseios populares, exaltados com o aumento da criminalidade e com

a aparente inércia do judiciário, mas isto posteriormente volta-se contra os indivíduos, pois não é a partir da retaliação de direitos fundamentais que se chegará a uma paz, a uma segurança, a uma democracia. Deve-se portanto, procurar medidas na lei que agilizem o trâmite processual, não deixando de observar princípios como a ampla defesa, contraditório, e é claro a presunção de inocência preservando-se desta forma os pilares do Estado Democrático de Direito.

## **2.2 Presunção de inocência versus efetividade da Lei Penal**

O Habeas Corpus nº 126.292 trouxe em seu íntimo o conflito entre dois grupos de normas constitucionais. A evidente primeira norma é o princípio da presunção de inocência, já muito aviltado neste trabalho, e que tem em seu âmbito de proteção a função de impedir que medidas restritivas a liberdade sejam aplicadas ao processado antes do reconhecimento de sua culpabilidade. Ocupando o outro lado da disputa, coloca-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal.

Restou elencado pelo ministro Barroso (2016, p. 40) um rol de bens jurídicos como a vida, dignidade humana, dentre outros e aonde os mesmos podem ser encontrados na Constituição da República (artigo 5º caput e inciso LXXVII e artigo 144), referindo que todos estes clamam por um sistema penal “efetivo, sério e dotado de credibilidade”, o que se traduz no cumprimento do princípio da efetividade da lei penal.

Para analisar o presente conflito, prudente seguir a avaliação proposta por Alexy, a qual já foi desembaraçada na primeira parte deste escrito, utilizando-se como modelo a análise de caso concreto feita por Paulo Gilberto Cogo Leivas (2015, p. 111 a 113) valendo-se para tanto do princípio da proporcionalidade conjuntamente com os seus subprincípios. Será uma análise mais sintética devido a extensão restrita do presente trabalho, mas mesmo assim pontual para a compreensão do tema.

Primeiramente, de acordo com o subprincípio da adequação, a restrição a algum direito fundamental deve almejar um objetivo constitucional. Assim, a Suprema Corte, com a denegação da ordem, pretendeu assegurar o princípio da efetividade da função jurisdicional, para tanto restringindo a presunção de inocência, direito fundamental elencado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

Essa medida não é apta para o alcance do referido objetivo, pois permite que um indivíduo que está sendo processado, ao ser sentenciado e

condenado em segundo grau, inicie a execução da pena, mesmo que esteja pendente de julgamento um recurso extraordinário ou especial, quando a norma constitucional define taxativamente o contrário.

Conforme observado no subcapítulo supra, mesmo não sendo um princípio absoluto, a norma constitucional que consagra a presunção de inocência é clara quanto ao limite que deve ser observado tanto pelo legislador como pelo magistrado para inicialização do cumprimento da pena: o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com isso, mesmo sendo a efetividade e a credibilidade da Justiça objetivos constitucionais que devem ser buscados pelos operadores do direito constantemente, os mesmos não podem ser alcançados às custas da mitigação da presunção de inocência.

Prosseguindo na análise do princípio da proporcionalidade, consoante o subprincípio da necessidade, deve-se verificar se existem limitações menos gravosas, mais igualmente aptas para se alcançar a finalidade perseguida. No presente caso, acredita-se sim que haveria outras medidas menos restritivas e que não causariam o recrudescimento do princípio da presunção de inocência.

Uma reanálise das normas que estruturam e consagram os tipos de recursos processuais, como também seus requisitos para interposição sempre é necessário. Ademais, o combate mais fervoroso a litigância de má-fé, como também a preocupação com o número suficiente de funcionários públicos e julgadores para atender com eficiência todas as demandas deve também prender a atenção do Estado.

Por fim, segundo o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se então se franquear na lei da ponderação ensinada por Robert Alexy (p. 161 apud LEIVAS p. 111 e 112) “quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro”.

Para tanto, a primeira medida é verificar o grau de afetação do princípio da presunção de não culpabilidade pela medida da eficácia jurisdicional. Neste caso é grave o grau de lesão, pois mesmo sendo empregado para efetividade da lei penal, se está restringindo o princípio da presunção de inocência em um ponto considerado crucial, devido à restrição à liberdade de um indivíduo, antes do trânsito em julgado, quando a norma constitucional claramente veda a antecipação do cumprimento da pena.

Em um segundo momento deve-se verificar a importância de satisfação do princípio da efetividade da função jurisdicional. O Ministro

Barroso (2016, p. 40) afirma que bens jurídicos como a vida, dignidade da pessoa humana e integridade física, aliados com o princípio da duração razoável do processo e o postulado da segurança, pleiteiam a efetividade da lei penal, e ainda que a mesma credibilidade perante a sociedade, pois a execução da pena cumpre duas tarefas primordiais: desencoraja o indivíduo que cometeu o crime a praticar novas condutas ilícitas, e inibe que as demais pessoas cometam atos reprovados penalmente. Não nega-se a importância destes fatores.

Por fim, no terceiro momento deve-se analisar se a relevância da satisfação do princípio da eficácia jurisdicional legitima a o grau de lesão ao princípio da presunção de inocência.

O doutor Paulo Gilberto Cogo Leivas (2015, p. 112), ao confrontar o princípio da presunção de não culpabilidade com os princípios da moralidade e probidade, referiu que aquele por ser um direito fundamental e os outros dois direitos coletivos, o primeiro deve receber um peso maior de relevância. Igualmente aplica-se esta análise ao embate em fomento neste trabalho.

O princípio da presunção de inocência é um direito individual que preserva o indivíduo da fixação de medidas restritivas de direitos, quando não justificada sua necessidade, buscando preservar em seu âmago um dos bens jurídicos mais caros em nossa sociedade: a liberdade. Este direito expressa-se através de diversas formas, como com o direito de expressão, de associação e o de religião, mas nenhum deles é possível sem a verdadeira liberdade de ir e vir. Por isso, no presente caso concreto, se atribui um peso maior ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Para punir, não resta dúvida da imprescindibilidade do processo penal em sua plenitude: ampla defesa, contraditório, devido processo legal e a presunção de inocência, do início ao fim.

O fim do processo tem um marco bem visível, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com previsão na própria Constituição da República sendo assim uma cláusula pétrea, o princípio

da presunção de inocência impõe qual é o momento no qual se pode inculir a culpabilidade no processado.

### **3 REFLEXOS DA DECISÃO EM ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL E O DEBATE QUANTO À MUTABILIDADE (?) REALIZADA NA NORMA CONSTITUCIONAL**

Neste tópico, abordar-se-á, primeiramente, quanto à constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Relevante discussão, devido a impossibilidade de coexistência da nova interpretação realizada pela Corte Superior, no HC 126.292/SP, na norma contida no inciso LVII, da CR, com a regra acostada no indicado artigo da lei infraconstitucional.

Por fim, se analisará a base interpretativa da decisão que permitiu a execução antecipada da pena condenatória, conforme o voto do ministro Luís Roberto Barroso, qual seja a mutação constitucional, procurando entender se efetivamente a mudança de entendimento foi caso de mutação ou de ativismo judicial.

#### **3.1 A constitucionalidade do Artigo 283 do Código de Processo Penal**

Debate caloroso suscitado por alguns doutrinadores devido a decisão proferida no HC nº 126.292, foi quanto à não declaração da inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP.

O referido artigo foi incluído no CPP através da Lei 12.403/11, que modificou normas atinentes a “prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares”. Recebeu a seguinte redação:

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

Na exposição de motivos, a supressão de diversos artigos do CPP com a criação do artigo 283, teve como objetivo estipular que restrições a liberdade dos processados somente podem ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença condenatória em caráter cautelar. Com isso, compreenderam que: a execução “antecipada não se coaduna com

os princípios e garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito”(Projeto de Lei nº 4.208/01, p. 12).

Posto isto, importa retornar ao âmbito da decisão proferida no HC em fomento. Os ministros que votaram no sentido de denegar a ordem pleiteada, em sua maioria, abstiveram-se de comentários quanto à referida norma infraconstitucional. Apenas o ministro Luís Roberto Barroso exteriorizou seu entendimento, porém, sem nada mencionar quanto à sua constitucionalidade.

Para o referido ministro, a ponderação do princípio da presunção de inocência não encontra barreiras no artigo 283 do CPP, pois a presente norma deve ser interpretada conforme a Constituição Federal, e não o oposto (2016, p. 13), ou seja, Luís Roberto Barroso acredita que o inciso LVII, do art. 5º, da CF, somente subordina a culpabilidade ao trânsito em julgado, e não a prisão, sendo assim necessário apenas a ordem escrita e fundamentada advinda da autoridade judiciária competente para que se restrinja a liberdade de um processado.

Ainda refere que para ser decretada a privação da liberdade de um indivíduo, basta uma ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Explana que isso não “esvazia” a presunção de inocência, pois existem outros efeitos que somente podem ser desencadeados com o trânsito em julgado, como por exemplo a perda de cargo, indenizações, reincidência, dentre outros.

Por fim, neste contexto o ministro Gilmar Mendes (2016, p. 67) expõe que a norma constitucional não demonstra o que significa declarar a culpabilidade de alguém. Isto, então, possibilita ao legislador infraconstitucional definir os limites desta expressão.

Denegando estes argumentos, importa fomentar que “[...] a culpabilidade e a pena são indissociáveis na tradição do Direito Penal brasileiro, sendo que aquela é o exato limite dessa” (BRAGA, 2016, p. 01). A culpabilidade é assim um “pressuposto de aplicação da pena”, analisando desta forma a conduta do réu e não a sua pessoa (MASSON, 2015).

Com isso, como a culpabilidade apenas é plenamente aferida com a sentença condenatória transitada em julgado, a pena também deve se sujeitar a este “marco temporal” (BRAGA, 2016, p. 01). Portanto, não se pode coadunar ao entendimento supra mencionado.

Importa referir que existe uma diferença entre prisão provisória a título cautelar, que abrange a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva; e a prisão provisória processual. Esta última

inadmissível diante da norma constitucional contida no inciso LVII, do art. 5º e "[...] sobretudo por significar antecipada admissão de culpabilidade do pronunciado ou do condenado, de todo inaceitável" (TUCCI, 1992, p. 135).

Assim, ninguém poderá ser preso com o intuito de cumprimento da pena quando pendente de julgamento recursos extraordinários, conseqüentemente a sentença condenatória não pode produzir seus efeitos, enquanto ainda não foram findados todos os meios de defesa existentes ao processado.

Conforme Geraldo Prado (2001, p. 45), para haver a plena efetividade da presunção de inocência, não admitir-se-ia qualquer tipo de segregação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, se assim o fosse, haveriam "reações sociais arbitrárias", devido a demanda societária por segurança, visando o combate eficaz ao crime. Com isso, o modo de manter um equilíbrio é permitindo a prisão do processado durante o trâmite processual quando o "[...] imputado puser em risco o conteúdo de verdade que o processo penal terá de buscar, ou vier a inviabilizar a aplicação da lei penal, deixando em perigo a efetivação da sanção criminal", mas por outro lado, coibir a prisão com que tenha o objetivo de iniciar antecipadamente o cumprimento da pena, pois isto somente pode vir a acontecer com uma decisão de mérito, e com o trânsito em julgado desta.

Isso significa que é plenamente possível e permitido ao magistrado restringir a liberdade do processado antes mesmo do trânsito em julgado, entretanto, deverá fazê-lo através de uma medida cautelar, que obrigatoriamente deve ser fundamentada, conforme previsão do inciso LXI, do artigo 5º da Constituição Federal. Do mandamento do art. 283 do CPP extrai-se que esta prisão não pode ter como função a execução antecipada da pena. Eugênio Pacelli de Oliveira (2015, p. 499) refere que:

De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar; jamais descumprir.

A interpretação, portanto, do artigo 283 do CPP, indubitavelmente deve ser conforme a Constituição Federal, mas atentando-se ao seguinte sentido: um indivíduo somente pode ser privado de sua liberdade, diante de uma sentença condenatória transitada em julgado ou durante o trâmite processual, quando fundamentada e por ordem escrita de autoridade

judiciária competente, na condição de medidas cautelares (prisão em flagrante, temporária ou preventiva).

Diante da omissão, pelo Plenário do STF, quanto à constitucionalidade ou não do artigo 283 do CPP, a Ordem dos Advogados do Brasil (2016, p. 04) promoveu uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, que recebeu o número 44, com o propósito de reconhecimento da validade da presente norma.

Partindo deste ponto, refere a ADC que havendo a intenção, pelo STF, de sustentar o entendimento maculado no HC 126.292, terá que declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP, pois do contrário não poderão os tribunais deixarem de aplicá-lo, devido a sua permanente higidez.

Conforme referido por Lênio Luiz Streck (2016) o “judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei se a declarar formalmente inconstitucional”, com isso a decisão proferida no HC 126.292, violou expressamente a Súmula Vinculante nº 10<sup>5</sup> e o artigo 97 da Constituição Federal<sup>6</sup>. Ambos tem o intuito de não permitir que uma norma válida seja desconsiderada para alcançar um diferente propósito (STRECK, 2016).

Para se viabilizar a declaração de inconstitucionalidade, a Suprema Corte deverá trazer à baila o porquê que o artigo 283 lesa a Constituição da República (STRECK, 2016), tarefa difícil, pois conforme os advogados que subscreveram a ADC, o referido artigo sofreu a incidência da teoria da constitucionalidade espelhada, ou seja, esta norma infraconstitucional “[...] repete o conteúdo material e formal do que está contido na Constituição da República” (ADC nº 44, 2016, p. 12).

Posto isto, o referido artigo teve como propósito robustecer o princípio da presunção de inocência, integrando o direito processual penal com as normas constitucionais, determinando nitidamente em quais momentos aceita-se a prisão de um indivíduo. Por isso, o STF na visão do signatários encontrava-se encurralado: se quisesse manter o novo entendimento, teria que declarar inconstitucional artigo que reproduziu o dispositivo constitucional, e assim o faria para ajustar a

---

<sup>5</sup> “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

<sup>6</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. .

legislação infraconstitucional à Constituição da República (ADC nº 44, 2016, p. 05 e 12).

Ademais, ao proferir a decisão no *habeas corpus* de nº 133.387/DF, o ministro e relator Fachin, obteve nova oportunidade de se manifestar quanto ao tema. Manteve-se fiel a posição exposta no HC nº 126.292, acrescentando pontuações quanto ao artigo em fomento. Referiu que o novo Código de Processo Civil, em seus artigos 995 e 1.029, §5º,<sup>7</sup> manteve a regra constante no artigo como o 637 do CPP e na Lei 8.038, conferindo apenas efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário, sendo o efeito suspensivo considerado excepcional (p. 05). Com isso, a decisão emanada pelo Plenário do STF apenas confirmou a regra de provisoriedade da execução da pena e assim, não teria objetado o art. 283 do CPP.

Refere em seu voto, que se houvesse conflito entre a regra prevista no art. 283 do CPP com as normas que estipulam o efeito devolutivo nos recursos excepcionais, o mesmo se resolveria através de um "critério temporal", ou seja, deveria prevalecer o novo CPC, pois tem vigência posterior (p. 06).

Ocorre que, este critério não é o mais adequado para a resolução do presente embate, pois enquanto o Código de Processo Penal é lei especial, o Código de Processo Civil é lei geral, sendo assim, um não pode revogar o outro devido a especialidade. Ademais, a discussão ultrapassa o âmbito das legislações infraconstitucionais, uma vez que o art. 283, conforme supra mencionado, espelha uma norma constitucional, e ainda, visa resguardar o direito fundamental da liberdade (STRECK, 2016).

Com isso, independentemente de ter ou não ter efeito suspensivo, a regra tanto prevista no artigo 5º, LVII, da CF, como a constante no artigo 283, do CPP são claras: a execução da pena através da segregação do indivíduo apenas pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A parte desta discussão, o Plenário do STF por maioria, ao julgar a ADC 44 em conjunto com a ADC 43 (que por clara conclusão buscava o mesmo apelo) entendeu que o art. 283 do CPP não impede o início da

---

<sup>7</sup> Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Art. 1.029 § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

execução da pena após condenação em segunda instância, sendo que houve uma reafirmação dos argumentos utilizados no julgamento do HC 126.292.

### **3.2 Ocorrência de mutação constitucional ou ativismo judicial?**

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a guinada ocorrida no entendimento do Supremo Tribunal Federal é possível devido ao instituto da Mutação Constitucional. Com isso, relevante sua análise.

A Constituição Federal deve representar para o Estado e para os cidadãos estabilidade, e para isto, possui um critério formal e rígido para modificação de suas normas que ocorre através de emendas ou revisão. Por outro lado, a sociedade, ao construir sua história, muda de valores a todo instante. Há 28 anos, a Constituição Cidadã procurou proteger determinados direitos e assegurar garantias que na época se apresentavam essenciais aos indivíduos, mas hoje nem todas mostram-se relevantes. Assim, as normas constitucionais também devem ser maleáveis e aplicadas conforme o contexto social. Para tanto, há um meio informal para realizar tais modificações de interpretação na Constituição, este denominado de mutação constitucional (PINTO, 2007, p. 05 e 06).

Tal instituto permite a alteração da interpretação da norma constitucional, mas sem alterar o seu texto. Neste sentido, para Glauco Salomão Leite (2009, p. 102), mutação constitucional "[...] consiste em uma modificação da norma jurídica (resultado da interpretação), impulsionada por novos fatores sociais, políticos e/ou econômicos, mas mantendo-se intacto o Texto Constitucional".

Isto é possível devido a diferenciação existente e já aceitável doutrinariamente entre norma e texto. Contudo, importante ressaltar que norma e texto não deixam de se concatenar "sendo norma o produto da construção do sentido de um texto, estando, portanto, limitada aos limites semânticos do texto" (GUIMARÃES, 2014, p. 72).

Para tanto, exige-se a observância de dois limites a mutação constitucional: o primeiro refere-se a semântica da norma constitucional, procurando-se preservar o sentido primordial desta. Em outras palavras, é o limite imposto pelo texto constitucional. Ultrapassando-o, o interprete estará deturpando a Constituição. Assim, procura-se evitar eventuais arbítrios realizados pelos juízes diante de suas aspirações pessoais (GUIMARÃES, 2014, p. 71/72).

O segundo limite refere-se a necessidade do respeito aos princípios fundamentais, como também ao núcleo essencial da Constituição, preservando-se desta forma o sistema constitucional em sua totalidade (GUIMARÃES, 2014, p. 73/75).

Fundamenta o entendimento do ministro Luís Roberto Barroso o fato de que a mudança de paradigma quanto à execução provisória da pena é uma mutação necessária para corrigir os danos causados pela primeira mutação ocorrida com o HC nº 84.078 de 2009, pois diante da atual conjectura social não aceita-se uma interpretação do inciso LVII, “conservadora e extremada” (2016, p. 6 e 08).

Refere-se ainda o Ministro Barroso (2016, p. 09), que a presunção de inocência necessita de “uma interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais com ao vida, a integridade psicofísica, a propriedade - todos com status constitucional”.

Em contraponto, o doutrinador Lênio Luis Streck (2016), explana que o julgamento proferido no HC 126.292 não efetuou uma mutação constitucional na norma contida no inciso LVII, do art. 5º, da CR, pois a modificação de entendimento perpetrada não somente remodelou a norma, mas como também o texto constitucional.

Em outro escrito, Streck (2007) explica que o Direito em si e principalmente o texto constitucional, não podem estarem sujeitos a inflexão livre de sentido. Assim, alerta que em alguns casos, a mutação representa a troca do Poder Constituinte pelo Poder Judiciário, sendo tal substituição incabível. “Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”. Por isso, afirma o referido doutrinador que a decisão determinando a execução da pena posteriormente a decisão condenatória em segundo grau representou ativismo judicial (STRECK, 2016).

Posto isso, necessário se faz uma análise mais abrangente quanto ao instituto do ativismo judicial.

A jurisdição deve ser definida como “função estatal de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação contravertida”(THEODORO, 2004, p. 34). Com isso a atividade de jurisdição é uma atividade provocada pelos interessados, para resolução de conflitos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, confirmou-se a relação existente entre Direito e Política, o que possibilitou um crescimento na atuação do Poder Judiciário, e consequentemente abriu as portas para o fenômeno do ativismo judicial (TASSINARI, 2013 p. 26).

Atualmente, denota-se a ineficácia e a omissão dos poderes Legislativo e Executivo em realizar suas funções primordiais, não conferindo, e muito menos garantindo os direitos fundamentais necessários a todo o cidadão. Soma-se a isto o descrédito junto a opinião pública, diante dos diversos escândalos políticos que vieram a tona nos últimos anos.

Diante desta triste realidade, os magistrados de todo o país tem assumido o papel de representantes do povo para concretizar o texto constitucional (COSTA; DUARTE, 2016, p.13). Para o Poder Judiciário “[...] foi outorgada a condição de escudo da sociedade, protetor dos direitos individuais contra os avanços indevidos do Estado” (BOCCATO, 2015, p.68), como também pressiona-se o mesmo por celeridade para a realização dos fins da Carta Magna, para a fruição dos direitos fundamentais.

Desta maneira, o Poder Judiciário, utilizando-se dos princípios e dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, procura contornar as omissões dos demais poderes, para desta forma garantir soluções justas ao caso concreto (ARANHA FILHO, 2014, p.308), não se vislumbrando mais um juiz inerte diante do processo.

Este é cenário político e social que contribui para a propagação do ativismo judicial na sociedade brasileira, adquirindo conotação ampla, o que dificulta sua conceituação.

A origem do termo ativismo judicial remonta o século XX, nos Estados Unidos da América, desenvolvido para criticar a atuação de juizes que criavam jurisprudências a partir de critérios subjetivos, em questões sociais que deveriam ser debatidas pelos poderes legitimados pelo voto popular (PELLEGRINI; TURATTI, 2015, p.225).

Para o doutrinador Milard Zhak Alves Lehmkuhl (2015, p. 16 e 17), para a expressão ativismo judicial, deve ser atribuído o sentido de “[...] representar a ação política expansiva e criativa do juiz na defesa e implementação de valores ligados à dignidade humana expressos no núcleo da constituição”. Ou seja, segundo o referido autor, os magistrados não podem ser aplicadores frios da lei, e diante da omissão dos demais poderes, deverá agir como “produtor da norma jurídica”.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso aduz que o Poder Judiciário, dotado de jurisdicionalidade, em nome da concretização dos valores e fins

constitucionais, acaba interferindo no meio de atuação dos demais poderes. A partir disto autor cita três diferentes condutas nas quais o Judiciário pode se manifestar ao assumir uma postura ativista:

[...] (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 (BARROSO, 2008, p. 04).

O doutrinador Thiago Teraoka (2015, p.117) acrescenta as condutas de Barroso mais um critério, qual seja, a superação de precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal.

Nesta mesma linha de raciocínio, quem defende o ativismo judicial afirma que o mesmo contribui para o aprimoramento da democracia, especialmente no que tange aos direitos fundamentais, pois assim o Poder Judiciário interfere de forma mais ativa no espaço dos demais poderes, concretizando desta forma um maior número de valores e fins constitucionais.

Como já referido, o ativismo vem se espalhando diante da omissão dos demais poderes, o que leva a uma atitude proativa do Judiciário para a efetivação das políticas públicas. Outro motivo é que o mesmo não pode se furtar do julgamento de uma demanda diante da falta de solução legislativa adequada ou quando o Poder Executivo foi omissivo na implementação de direitos fundamentais. Conjuntamente, deve atuar frente a não implementação de políticas públicas em prol da sociedade (TESHEINER, 2015, p.136).

Ocorre que essa intervenção não pode ser indiscriminada, devendo haver uma ponderação entre os meios que encontram-se disponíveis aos magistrados e os fins desejados, preservando-se a razoabilidade e a proporcionalidade.

O professor Schelesinger compreende que mesmo que o ativismo tenha como propósito o caráter politicamente progressista, ele pode representar uma ameaça a democracia, pois quem deve tomar as decisões sobre como deve ser efetivada a proteção dos direitos fundamentais é as instituições eleitas democraticamente (DIMOLIUS, 2011, p.461).

Existem doutrinadores que se inquietam com a instauração do ativismo judicial no Brasil, afirmando tratar-se de uma ação do Poder Judiciário desautorizada pela Constituição Federal quanto à separação dos poderes, como também por ser incumbência do Poder Legislativo, mesmo com suas imperfeições e omissões, decidir as regras de solução de conflito na sociedade, pois o deve fazer através do debate, levando em consideração a pluralidade de concepções existentes (BOCCATO, 2015, p.69).

Outro ponto a se temer é que, mesmo havendo o lado positivo de se estar agindo em prol da sociedade, buscando alcançar-lhes os direitos fundamentais, quando o órgão responsável por esta função não a realiza, há o lado negativo de ser o ativismo “[...] o instrumento mais efetivo de concentração de poder nas mãos de um só órgão, quiçá de uma só pessoa” (BOCCATO, 2015, p.70).

Com propriedade escreve o autor Daniel Sarmiento (2007, p 144) que alguns juízes deslumbrados com a possibilidade de buscarem a justiça, passaram a negligenciar o dever que possuem de fundamentar os seus julgados. Conforme o autor, o decisionismo está “travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões gradiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeira “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”.

Quem vê o ativismo com maus olhos, refere que decisões proferidas com convicções pessoais do julgador, onde este modifica o sentido do texto da lei, devem ser chamadas de “posturas ativistas”. A discricionariedade judicial, portanto, pode levar tanto a posturas vanguardistas como conservadores, pois são baseadas em considerações pessoais ou políticas de quem as julga. “Daí não haver sentido em se falar acerca de bom ou mau ativismo” (ABBOUD, LUNELLI, 2015, p. 29).

Com isso, questiona-se se o sentido do texto constitucional e até mesmo das leis estão a disposição do intérprete – no caso o juiz – para que o mesmo o modifique de acordo com que acredita ser o mais justo, somente em conformidade com suas convicções.

Percursor no trato do tema, Lênio Luis Streck (2013) relata que o protagonismo judicial do Poder Judiciário para muitos é inevitável, mas ressalta que o magistrado, ao atribuir sentido a norma, não significa que ele possa dar o sentido que lhe convier, deixando de observar o texto constitucional, pois do contrário se estará ferindo a democracia.

Com o ativismo judicial, denota-se decisões que revelam as preferências políticas de cada magistrado, e com isso, o ativismo deve ser compreendido como um “problema de legitimidade democrática” (ABBOUD, LUNELLI, 2015, p. 31).

Para a doutrinadora Clarissa Tassinari (2011, p. 136/138), o enfoque e o fortalecimento cada vez maior do Poder Judiciário, vindo este a agir encoberto pelo ativismo judicial, deve ser “contido”, devido ao desrespeito perpetrado por este na separação dos poderes, assumindo responsabilidades incumbidas ao executivo e ao legislativo, ultrapassando uma necessária e aceitável cooperação, vindo assim a atuar de forma discricionária.

### **3.3 Análise do caso sob a perspectiva de ambos os institutos**

Compulsando os votos que resultaram na mudança de interpretação do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República, como também analisando os conceitos supra expostos, não é possível denotar a ocorrência de mutação constitucional.

Os ministros, ao afirmarem que a presunção de inocência pode ser mitigada, devendo a execução da pena condenatória ocorrer independentemente de estarem pendentes recursos extraordinários, não só mudou o sentido da norma constitucional, como também o seu texto. Claramente o inciso indicado refere que a pena somente pode ser executada após o trânsito em julgado. O HC 126.292, porém, propõem o justamente o inverso: a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Assim, ao ultrapassar “os limites semânticos do texto constitucional” (STRECK, 2016) restamos perante uma decisão imbuída de ativismo judicial, que neste caso ultrapassou o limite da interpretação dita razoável.

O Poder Judiciário não pode restar inerte diante das novas circunstâncias sociais e os diferentes valores construídos em cada época, estando os magistrados em uma posição muito favorável para perceber com mais facilidade os mencionados câmbios societários. Contudo, importante ressalva faz o doutrinador Délio Lins e Silva Júnior (2016):

Os anseios populares devem ser ouvidos, sim, mas pelas nossas casas legislativas. O Poder Judiciário não pode pautar sua atuação pelo clamor social, mas sim pelas leis existentes e vigentes em nosso ordenamento jurídico. O “eco no tecido social” não pode ser míope e mudar de acordo com as conveniências de cada composição que a nossa Suprema Corte venha a ter.

Com isso, não pode-se aceitar a flexibilização demasiada da interpretação das normas, principalmente as contidas na Carta Magna. O intérprete deve ter um limite, mesmo diante da ineficiência dos demais poderes e na presença de mudanças sociais. Este marco é a semântica da norma. O doutrinador Lênio Luís Streck (2015) apregoa: "juristas devem lutar dentro das regras de jogo e *bajo a la* Constituição. A democracia, do mesmo modo, mesmo quando não funciona bem, não pode ser vista como um problema".

No presente caso, estamos tratando de uma modificação realizada em uma cláusula pétreia, que em seu núcleo essencial busca proteger a liberdade dos indivíduos. Para atingir os objetivos visados pela decisão proferida no HC nº 126.292, como a eficácia da jurisdição penal, não podemos restringir a presunção de inocência na forma deliberativa como ocorreu. O inciso LVII é, como por reiteradas vezes afirmado, claro em sua redação. A execução da pena somente pode ocorrer após o trânsito em julgado.

Modificar o texto desta norma constitucional foi uma manobra imbuída pelo ativismo judicial, e não se pode assentir com tal infringência. O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, sendo uma de suas funções a fiscalização do cumprimento dos direitos fundamentais não aceitando-se o papel de criador de novos conceitos para trânsito em julgado nem para qualquer norma constitucional. Assim, não há fundamento plausível para se aceitar tal derrocada e modificação de sentido de um texto constitucional totalmente claro em sua redação, cabendo o retorno a jurisprudência anteriormente já pacificada.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal elenca diversas garantias e direitos que devem ser respeitados e assegurados a todos os indivíduos. Dentre estes, encontra-se a presunção de inocência: direito fundamental, que durante trâmite processual, busca proteger o acusado em múltiplos sentidos, visando que a imputação da culpabilidade somente ocorra através de uma sentença condenatória transitada em julgado - e a partir deste momento, a inicialização da execução da pena - devendo tal ser lastreada em provas angariadas lícitamente e que permitam a conclusão indubidosa da culpa, pois do contrário a absolvição deve se impor.

A exaltação do princípio da presunção de inocência não pode ser vista como uma afronta à segurança jurídica, nem a eficácia da lei penal, muito menos a direitos outros como a vida e a propriedade, pois com ele existe a intenção de assegurar um dos direitos mais caros a todos os indivíduos: sua liberdade.

Isto não representa a eliminação de todo o tipo de prisão. A restrição a liberdade do acusado pode ser determinada cautelarmente, com o intuito de garantir o processo, lastreado em um dos fundamentos contidos no artigo 312 do CPP. Porém, tal não pode ser utilizada com o intuito de cumprimento antecipado da pena, pois desta forma esvai-se o conceito de cautelariedade e desrespeita-se o princípio da não culpabilidade, diante do fato de que a pena somente por ser inculcada ao processado mediante comprovação da culpa pelo delito imputado. Com isso, a execução da pena somente pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Presencia-se um Estado caótico devido a crise em diversos setores, estimulada pela corrupção sendo desvendada nos Poderes Executivo e Legislativo. A insegurança tomou conta da sociedade, que devido ao aumento da criminalidade clama e pressiona o Poder Judiciário pela eficiência no trâmite dos processos em âmbito penal, com a custódia imediata dos acusados. Ocorre que, este estigma criado em relação a prisão, como em relação as pessoas que sofrem um processo criminal, as quais não podem possuir nenhum tipo de garantia ou até mesmo respeito durante o procedimento, devem ser ceifadas e não estimuladas como acabou fazendo o Supremo Tribunal Federal com a decisão proferida no HC 126. 292.

O Estado Democrático de Direito está calcado na dignidade da pessoa humana, sendo assim, todos os processados tem o direito a ter sua liberdade como regra e não como exceção. Ademais, encarcerar atualmente não representa mais punibilidade e ressocialização a pessoa alguma, e sim é uma instituição com valores deturpados, insalubre e corruptiva.

A Suprema Corte, ao inovar na interpretação do inciso LVII, do art. 5º da CR, pretendeu mitigar a presunção de inocência, conforme o andamento processual e as condenações sobrepujadas, favorecendo assim a eficácia da lei penal, e a quebra do paradigma da impunidade e da protelariedade recursal. Ocorre que, mesmo com todo merecido respeito, enganou-se o STF ao reformular seu entendimento.

Falhou, pois ultrapassou o limite semântico da norma constitucional, reinscrevendo o seu texto, conspurcando função que não

lhe foi atribuída. Como visto, não há norma irrestringível, todas podem sofrer algum tipo de diminuição em seu campo de atuação frente ao caso concreto. Porém, existem limites, e no caso do inciso LVII, estes encontram-se claros, pois não há dificuldades no significado da expressão "trânsito em julgado".

Ocorre que com a decisão em fomento, a Suprema Corte agiu de forma ativista, não respeitando os ditames constitucionais e ainda distorcendo o art. 283 do CPP que nitidamente se espelhou no texto constitucional, pois o reproduziu para permitir que a lei infraconstitucional pudesse estar conforme os ditames da Carta Cidadã.

Ademais, não nega-se a justeza dos argumentos, porém os mesmos não poderiam ter sido calcados na derrocada do princípio da presunção de inocência. Existem outros meios nos quais é possível atingir as mesmas pretensões. Caminhos mais longos, sem dúvida, mas mais alinhados com os propósitos constitucionais, como uma reformulação nas regras processuais, a aplicação mais eficaz das normas que combatem a protelariade processual, e um maior desenvolvimento e eficiência administrativa.

Em tempos como os vívidos atualmente, os pilares da democracia devem estar firmes e não modificarem-se conforme a política brasileira, ou seja, normas como a presunção de inocência que são direitos individuais não podem ser eliminados em prol de interesses ditos sociais, que na verdade são ponderados superiores a este com o propósito de acalantar os pleitos da sociedade.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal reformule seu julgamento, retornando ao pacificado entendimento de que a presunção de inocência não pode ser mitigada, devendo perder sua cogência apenas no momento em que transitada em julgado uma sentença condenatória penal, sendo este o período demarcatório para a inicialização da execução da pena.

Aguarda-se pelos próximos capítulos desta história, triste em seu enredo pelos diversas feridas causadas ao principio da presunção de inocência, mas que se espera um final feliz, onde a força normativa

constitucional vença, e assim sejam respeitado os direitos mais primordiais a todo o cidadão: a liberdade como também a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. LUNENNI, Guilherme. **Ativismo judicial** e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista Processo. Vol. 242 ano 40. São Paulo, abr 2015.

ALMEIDA, Joaquim Caetano de. A aplicação da teoria da proporcionalidade constitucional no direito penal. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 38, out./nov. 2010.

AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 281, abr. 2016.

ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues Castro. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. Revista de Direito Constitucional e internacional. v.22.n.86. São Paulo, 2014.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. Revista Liberdades, São Paulo, n. 4, mai./ago. 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3º ed. rev. atual. ampl. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2015.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A doutrina da proibição de insuficiência (“*untermabverbot*”). In HECK, Luis Afonso (org.) Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 1º/03/2016.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In LEITE, George Salomão. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. Malheiros. São Paulo, 2003.

BRAGA, João Marcos. Incongruências históricas julgamento do HC 126.292. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-04/joao-braga-incongruencias-historicas-julgamento-hc-126292> > Acesso em 02 de agosto de 2016.

BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 23, n 90. São Paulo: 2015.

BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência: art. 32., n. 2, da CRP. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 70, p.433-461, 1994

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 32, n. 117. out. 2012.

CATENA, Víctor Moreno. Sobre o princípio da presunção de inocência. *Revista CEJ*, Brasília, v. 19, n. 67, ago./dez. 2015.

COSTA, Igor Amaral da; DUARTE, Hugo Garcez. Jurisdição constitucional: reflexões sobre a judicialização da política e o ativismo judicial no STF sob a (in)efetividade dos direitos fundamentais. Uma crise de representatividade? *Revista Bonijuris*. nº 626. Curitiba, 2016.

CROZARA, Rosberg de Souza. Prisão e liberdade: qual o real sentido da presunção de inocência?. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIMOLIUS, Dimitri. LUNARDI, Soraya Gasoaretto. Ativismo e autocontentação judicial no controle de constitucionalidade. In: FALLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. JusPODIVM. Salvador, 2011.

FERRAIJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3º ed. rev. trad. Norberto Bobbio, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FLACH, Norberto. *Prisão Processual Penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras de ponderação racional. In HECK, Luis Afonso (org.) Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência: princípios e garantias. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES, Pablo Cesar Borgo. Mutação Constitucional: alguns apontamentos sobre seus limites. Direito Público. v.10. n. 57. São Paulo, mai/jun. 2014.

GRILLO, Brenno. STJ aceita 37,5% dos recursos pedindo absolvição, diz Defensoria do RJ. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-mai-25/stj-aceita-375-recursos-pedindo-absolvicao-defensoria> > Acesso em 12 de agosto de 2016.

HASSEMER, Winfried. Defesa contra o perigo pelo direito penal: uma resposta para as atuais necessidades de segurança? Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 12, n. 55, out./dez. 2014.

HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In LEITE, George Salomão (org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principlol gicas da constituição. Malheiros. São Paulo, 2003.

HULSMAN, Louk H.C. Abolicionismo penal e deslegitimação do sistema carcerário: uma conversação com Louk Hulsmann. Verve: revista semestral do Nu-Sol- Núcleo de Sociabilidade Literária. n. 21. São Paulo, mai. 2012.

KHALED JÚNIOR. Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. Boletim IBCCRIM. v. 2. n. 281. São Paulo: abr. 2016.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. A presunção de inocência e a não previsão de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial. Boletim Científico ESMPU. n. 38. Brasília, jan./jun. 2012.

LEHMKUHL, M lard Haf Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. Revista Bonijuris. n  615, Curitiba, 2015.

LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipóteses de mutação (in)constitucional. *Direito Público*. v. 7. n. 29. São Paulo: set./out. 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A racionalidade da ponderação em Robert Alexy. In HECK, Luis Afonso (org.) *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 8º ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Método, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIR PUIG, Santiago. O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 19, n. 1, jan./mar. 2009

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Execução penal e falência do sistema carcerário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 8. n. 29. São Paulo, jan./mar. 2000.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Os princípios da interpretação constitucional: a razoabilidade, a proporcionalidade e outros princípios interpretativos. *Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, jan./jun. 2011.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. O princípio constitucional da proporcionalidade como limite de proteção ao bem jurídico. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 15, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15º ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PELLEGRINI, Janine Maria; TURATTI, Luciana. As deliberações do STF relacionadas a definições de direitos fundamentais: é possível falar em ativismo judicial? *Revista dos Tribunais*. nº 952, .São Paulo, 2015

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. O inquietante fenômeno da mutação constitucional. *Revista Bonijuris*. v. 19. n. 528. Curitiba, nov. 2007.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Prisão e liberdade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v.283, mai. 2001.

\_\_\_\_\_. O trânsito em julgado da decisão condenatória. *Boletim IBCCRIM*. v. 23. n. 277. São Paulo: dez. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. *Revista direitos humanos fundamentais*, Osasco, v. 14, n. 1, jan./jun. 2010.

RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos Garantistas - uma análise da legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. *Revista dos Tribunais*. v. 899, pSão Paulo, set. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Notas sobre o princípio da presunção de não culpabilidade. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 22, n. 63, abr./jun. 1996.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins. Cidadania condenada, em segunda instância, pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/lins-silva-jr-cidadania-condenada-segunda-instancia-stf>> Acesso em 07 de setembro de 2016.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, v. 48, n. 192, out./dez. 2011

STRECK, Lênio Luiz, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva\\_stf\\_controle\\_difuso](http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso)> Acesso em: 18 de agosto de 2016.

STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004

\_\_\_\_\_. "O problema é o processo", Dr. Moro? Até Reinaldo Azevedo sabe que não! Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-02/senso-incomum-problema-processo-moro-reynaldo-azevedo-sabe-nao>> Acesso em 28 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. O Supremo não é guardião da moral da nação. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>> Acesso em 1º de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. Presunção de inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>> Acesso em 1º de julho de 2016.

\_\_\_\_\_. Teori do STF contra Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 - sinuca de bico para o STF! Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>> Acesso em 12 de junho de 2016.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In. LEITE, George Salomão (org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. Malheiros. São Paulo, 2003.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutação constitucional e ativismo judicial. Cadernos Jurídicos. v. 16. n. 40. São Paulo: 2015.

TESHEINER, José Maria da Rosa; THAMAY, Renan Faria Kruger. Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. V. 23. n. 92. Belo Horizonte, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 33. São Paulo, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. Presunção de inocência e prisão provisória: análise crítica da súmula n. 09 do Superior Tribunal de Justiça. *Fascículos de Ciências Penais*. v. 05. n. 2. Porto Alegre abr./jun. 1992.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. Direito Penal líquido: análise do direito penal contemporâneo à luz da sociedade da insegurança. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*. v. 14. n. 82. Porto Alegre, out./nov. 2013.

WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de. Crítica à execução antecipada da pena (revisão da súmula 267 pelo STJ). *Boletim IBCCRIM*. ano 12. n. 149. São Paulo: abr. 2005.

ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 18. n. 85. São Paulo, jul./ago. 2010.