

**UNIVERSIDADE FUMEC**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FCH**

**BRUNO PINHEIRO CAPUTO**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COM O DA EFETIVIDADE DA LEI PENAL**

**Belo Horizonte**

**2020**

BRUNO PINHEIRO CAPUTO

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COM O DA EFETIVIDADE DA LEI PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC como um dos requisitos para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador (a): Dr. Carlos Victor Muzzi Filho.

**Belo Horizonte**

**2020**

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

C255e Caputo, Bruno Pinheiro, 1988-  
Execução provisória da pena: colisão entre o princípio da  
presunção da inocência com o da efetividade da lei penal / Bruno  
Pinheiro Caputo. - Belo Horizonte, 2020.  
93 f.; 29,7 cm

Orientador: Carlos Victor Muzzi Filho  
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade  
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,  
Belo Horizonte, 2020.

1. Direitos fundamentais. 2. Execução provisória. 3.  
Pena (Direito). 4. Presunção de inocência. I. Título. II. Muzzi  
Filho, Carlos Victor. III. Universidade FUMEC, Faculdade de  
Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

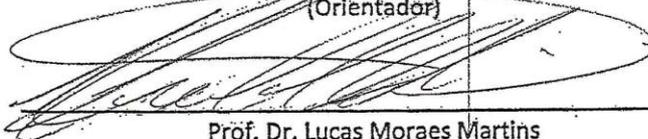
CDU: 347.952.6

Dissertação intitulada "EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COM O DA EFETIVIDADE DA LEI PENAL" autoria de BRUNO PINHEIRO CAPUTO, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:



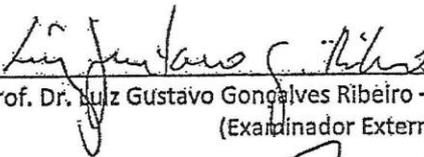
---

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho – Universidade FUMEC  
(Orientador)



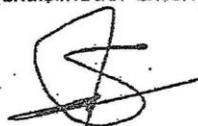
---

Prof. Dr. Lucas Moraes Martins  
(Examinador Interno)



---

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – DOM HELDER CÂMARA  
(Examinador Externo)



---

Prof. Dr. Sérgio Henrique Zandoná Freitas  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito  
Universidade FUMEC

Belô Horizonte, 16 de julho de 2020.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus por ter me concedido saúde para trilhar todo esse caminho.

No plano terrestre, gostaria de agradecer aos meus pais, Simone de Cassia Pinheiro Caputo e Wellington Caputo, por financiarem o meu estudo e acreditarem em mim. Também gostaria de agradecer ao meu irmão, Felipe Pinheiro Caputo, pelo companheirismo nos estudos.

À minha família, de um modo geral, também os meus sinceros agradecimentos, especialmente à minha avó Ana Rezende da Silva, por todo apoio de longa data.

Não posso deixar de lembrar as pessoas que participaram significativamente da minha formação e aqui não mais se encontram, como a minha avó Maria da Conceição Caputo; meu avô, Antônio Martins Brum; e os meus tios, que cedo nos deixaram, Renato Pinheiro da Silva e Sergio Luiz Lanza.

Aos meus verdadeiros(as) amigos(as), que sempre estiveram ao meu lado em qualquer momento, os meus agradecimentos pelos importantes momentos de diversão, pois são nesses momentos que se renovam as energias para continuar a seguir em frente. A amizade é essencial.

Por último, mas não menos importante, os meus agradecimentos à faculdade Fumec, em especial à Cláudia, pessoa que sempre nos atendeu com muita generosidade, e aos professores do Mestrado pelas excelentes aulas ministradas.

Dentre os professores, gostaria, em especial, de agradecer ao Professor Carlos Victor Muzzi Filho, por aceitar ser meu orientador, e, com isso, contribuir significativamente para este trabalho. Também gostaria de agradecer ao Professor Sérgio Henrique Zandona Freitas, pelo incentivo de continuar estudando e pesquisando, e ao Professor André Cordeiro Leal, por nos apresentar uma visão crítica do Direito e, assim, fazer-nos sair da zona de conforto, ainda que seja, com todo respeito, para discordar da sua opinião sempre bem fundamentada.

## RESUMO

O presente trabalho tem como temática a execução provisória da pena na Constituição da República de 1988. Diante disso, o trabalho enfrenta como problema de pesquisa a questão sobre ser a execução provisória da pena constitucional ou inconstitucional. Nesse sentido, a hipótese apresentada é a de ser constitucional a execução provisória da pena, na medida em que a presunção da inocência não se confunde com a proibição da prisão, já que esta é ligada à ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente. O trabalho é justificado pelo fato da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução provisória da pena gerar grande impacto na liberdade do acusado, já que, com a admissão da execução provisória da pena, poderá o réu, caso condenado, iniciar o cumprimento da sua pena logo após o julgamento pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal. O objetivo geral do trabalho é analisar o instituto da execução provisória da pena na Constituição da República para apresentar uma resposta satisfatória sobre a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Como objetivos específicos, apresentam-se a necessidade de analisar os direitos e garantias fundamentais na Constituição da República; os Tratados Internacionais de Direitos Humanos; os princípios da presunção da inocência e da efetividade da lei penal; o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à execução provisória da pena; e, finalmente, o debate sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Como marco teórico, o trabalho socorre-se dos ensinamentos de Robert Alexy, no seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais. No que se refere aos aspectos metodológicos, o trabalho é desenvolvido pela vertente dogmática jurídica. Além de tal vertente, o trabalho também se desenvolve a partir da bibliografia estrangeira e nacional, artigos científicos, decisões do Supremo Tribunal Federal, Direito Constitucional, Direito Processual e Direitos Humanos. Por último, o trabalho constatou ser a execução provisória da pena constitucional, na medida em que a prisão e a culpa não se confundem, pois, para a prisão, é necessária a ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente, estando a fundamentação da execução provisória da pena, basicamente, no fato de ser exaurida a análise fática e probatória na instância ordinária, além dos recursos para as instâncias superiores não terem efeito suspensivo.

Palavras-chave: Execução Provisória da Pena. Direitos Fundamentais. Presunção da Inocência. Efetividade da lei penal. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

The present work has as its theme the provisional execution of the penalty in the Constitution of the Republic of 1988. Therefore, the work faces as a research problem the question about whether the provisional execution of the constitutional or unconstitutional penalty. In this sense, the hypothesis presented is to be the provisional execution of the constitutional penalty, insofar as the presumption of innocence is not to be confused with prison, since this is linked to the written order and substantiated by the competent authority. The work is justified by the fact that constitutionality or unconstitutionality has a major impact on the freedom of the accused, since, with the provisional execution of the sentence, he may, if convicted, begin serving his sentence right after the trial by the Court of Justice or the Court Regional Federal. The general objective of the work is to analyze the institute of the provisional execution of the penalty in the Constitution of the Republic to present a satisfactory answer on its constitutionality or unconstitutionality. As specific objectives, the need to analyze fundamental rights and guarantees in the Constitution of the Republic is presented; the International Human Rights Treaties; the principles of the presumption of innocence and the effectiveness of the penal law; the position of the Supreme Federal Court in relation to the provisional execution of the sentence; and, finally, the debate on the constitutionality or unconstitutionality of the provisional execution of the sentence. As a theoretical framework, the work draws on the teachings of Robert Alexy, in his book *Theory of Fundamental Rights*. With regard to methodological aspects, the work is developed from the legal dogmatic perspective. In addition to this aspect, the work also develops from the foreign and national bibliography, scientific articles, decisions of the Supreme Federal Court, Constitutional Law, Procedural Law and Human Rights. Finally, the study found that the constitutional penalty was provisionally executed, insofar as the prison and the guilt are not confused, since for the prison it is necessary the written order and reasoned by the competent authority, being the grounds for the provisional execution of the penalty basically, in the fact that the factual and probative analysis in the ordinary instance is exhausted, in addition to the resources for the higher instances do not have a suspensive effect.

Keywords: Provisional Execution of Penalty. Fundamental rights. Presumption of Innocence. Effectiveness of criminal law. Proportionality.

O estudo ilumina a escuridão.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	13
2.1 A incorporação e o status dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro	24
3 PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE OU DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	38
4 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA LEI PENAL	46
5 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	49
6 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	59
7 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	88

## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado pretende discutir a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena sob o enfoque na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), tendo como marco teórico os ensinamentos de Robert Alexy, no seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais.

O marco teórico foi devidamente escolhido pelo fato de Alexy (2008) desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais, seu conteúdo essencial e o princípio da proporcionalidade.

Como se sabe, a execução provisória da pena é tema polêmico, na medida em que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, positiva o princípio da presunção da inocência, ao dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

A finalidade da discussão está no fato de se garantir o devido processo legal, já que caso seja verificado ser a execução provisória da pena inconstitucional, e o Brasil, através do Judiciário, inadmiti-la, chegar-se-á, inevitavelmente, à conclusão de estar garantido o devido processo legal.

A *contrário sensu*, caso se chegue à conclusão de ser a execução provisória da pena constitucional e o Judiciário inadmiti-la, o devido processo legal estará sendo desrespeitado.

Vale ressaltar não ser objeto deste trabalho aspectos ligados a questões políticas ou partidárias, mas, apenas, a análise do tema na Constituição da República.

Basicamente, a questão na discussão da execução provisória da pena é saber se o art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República veda-a ou não, isto é, se prisão e culpa confundem-se, já que no referido dispositivo não há vedação expressa de se iniciar a execução da pena antes da sentença penal condenatória, mas há a garantia da manutenção do “status” de não culpado até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Além do princípio da presunção da inocência, a execução provisória da pena está ligada também ao princípio implícito na Constituição da República da efetividade da lei penal.

Tal princípio ganha relevância constitucional, na medida em que a Constituição da República elenca, como, por exemplo, no artigo 5º, inciso XLII, os bens jurídicos a serem devidamente protegidos pela norma penal, sendo do interesse da própria Constituição ser a proteção efetiva.

Feitas tais observações, como os princípios da presunção da inocência e da efetividade da lei penal estão ligados aos direitos e garantias individuais, o trabalho abordará os seus aspectos gerais.

Nesse ponto, importante deixar claro não ser o objetivo dissecar o tema relacionado aos direitos e garantias fundamentais, mas, apenas, os seus aspectos gerais, conforme desenvolvido por Alexy (2008), o que se acredita ser uma das partes mais importantes na temática relacionada aos direitos fundamentais.

Ao trabalhar os aspectos gerais dos direitos fundamentais, será tratada, basicamente, a questão da diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, e, posteriormente, o tema relativo às cláusulas pétreas, diferença entre regras e princípios, conteúdo essencial dos direitos fundamentais, suporte fático amplo, restrito, teoria externa, teoria interna com seus limites imanescentes, conteúdo essencial relativo e absoluto.

À medida em que os temas forem sendo colocados, será percebida a posição do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988) a seu respeito, como, por exemplo, na questão das cláusulas pétreas.

Aliás, a posição do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988) sobre todos os temas relevantes tratados neste trabalho será buscada o todo tempo, até porque a discussão da execução provisória da pena dá-se de maneira muito enfática no âmbito desse Tribunal.

Ainda em relação ao capítulo dois, é importante salientar que o trabalho buscará analisar, de maneira mais detalhada, no seu subtítulo, a questão da incorporação dos principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos no direito brasileiro, uma vez que, nesses tratados, encontra-se positivado o princípio da presunção da inocência e, por isso, é importante trazer o modo de incorporação desses tratados e o “status” lhes conferido no Brasil.

Os capítulos três e quatro serão destinados à abordagem do princípio da presunção da inocência e da efetividade da lei penal, respectivamente, na Constituição da República.

Já no capítulo cinco, buscar-se-á a reação do Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição da República, em relação à execução provisória da pena, dando enfoque às principais decisões a respeito do tema.

O trabalho adentrará, finalmente, no capítulo seis, de forma mais específica, no objeto de estudo, ou seja, a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena. Nesse último capítulo do desenvolvimento, será feito um panorama da discussão a respeito da (in)constitucionalidade da execução provisória da pena, trazendo as opiniões favoráveis e contrárias.

Por último, na conclusão, será exposta a opção da adoção de algumas das teorias tratadas ao longo do trabalho para saber como foi desenvolvido e o modo como se chegou à conclusão de ser ou não a execução provisória da pena (in)constitucional.

## **2 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Inicialmente, antes de adentrar propriamente nos aspectos gerais dos direitos fundamentais na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), importante fazer a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, uma vez que o princípio da presunção da inocência está previsto nas duas ordens.

Conforme discorrido por Flávia Piovesan, no livro de sua autoria denominado “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, a diferença entre tais direitos reside no plano de positivação em que se dão, na medida em que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais protegem o cidadão contra o poder abusivo do Estado, estando pautados na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a autora argumenta que, “no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fonte de tais direitos é de natureza internacional” (PIOVESAN, 2010, p 16), o que vale dizer que os Direitos Humanos encontram-se encartados em documentos internacionais e os direitos fundamentais encontram-se na ordem interna de um Estado, como, por exemplo, na Constituição.

Disto resulta ser o âmbito de proteção dos Direitos Humanos maior que o dos direitos fundamentais, na medida em que não há como se exigir de um Estado a observância dos direitos fundamentais contidos na lei de outro Estado, sob pena de violação da soberania. Por outro lado, é exigível que um Estado cumpra com um tratado internacional de Direitos Humanos, o que retrata a importante característica dos Direitos Humanos serem responsáveis por relativizar a soberania dos Estados, eis que as suas normas obrigam o seu cumprimento por parte dos entes soberanos (PIOVESAN, 2010, p. 8).

Feita tal distinção, passa-se a analisar os aspectos gerais dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.

Os direitos fundamentais representam no ordenamento jurídico brasileiro papel central, haja vista que a Constituição da República de 1988 dispôs, ao longo do seu extenso corpo, normas fundamentais substanciais, como o direito à vida, à igualdade, ambas previstas no caput do artigo 5º, da Constituição da República, e às normas fundamentais procedimentais, como o devido processo legal (BRASIL, 1988), prescrito no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da

República, sendo o princípio da presunção da inocência norma ligada à liberdade e ao procedimento, conforme será melhor desenvolvido no capítulo três e seis.

Os dispositivos fundamentais estão contidos ao longo do texto constitucional por diversos enunciados normativos, os quais exprimem as normas, que tem estrutura de regras e princípios.

Discorrendo a respeito da norma, Robert Alexy afirma que:

Tanto as regras quanto princípios são normas, porque ambas dizem respeito ao dever-ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2008, p. 87).

Como se observa, a norma é a responsável por conter dentro de si as regras e os princípios, os quais determinam o modo de se conduzir, ou seja, as regras e princípios trazem conteúdo declarativo, permissivo ou proibitivo.

A título exemplificativo, o art. 5º, inciso LII da Constituição da República, diz que “não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião” (BRASIL, 1988). A norma a ser retirada do enunciado normativo, produto da sua interpretação, nesse caso, é aquela segundo a qual é proibida a extradição do estrangeiro nos crimes políticos ou de opinião.

Segundo nesse sentido, questão central é a distinção entre regras e princípios, eis que sem ela não se pode haver uma discussão adequada a respeito das restrições dos direitos fundamentais, o que afeta o seu âmbito de proteção (ALEXY, 2008, p. 85).

Alexy (2008), ao se debruçar sobre a diferenciação entre as regras e princípios, apega-se fortemente à característica da qualitatividade, ao dizer que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades jurídicas (...). Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquela que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção grau. Toda norma ou é uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 90).

Ao se referir às diferenças entre regras e princípios, Alexy (2008) atribui aos princípios, diferentemente das regras, serem verdadeiros “mandamentos de otimização”, ou seja, conforme

desenvolvido por Virgílio Afonso da Silva, devem os princípios ser realizados, na maior medida do possível, diante de uma realidade fática e jurídica, o que expõe o fato dos princípios serem realizados em diversos graus (SILVA, 2014, p. 46), que será tratado mais adiante.

A titularidade dos direitos fundamentais, conforme previsão literal do caput do artigo 5º, Constituição da República (BRASIL, 1988), é dos brasileiros, natos e naturalizados, e dos estrangeiros residentes no Brasil, esquecendo-se o constituinte originário de colocar o estrangeiro não residente no país.

Diante de tal omissão e realizando uma interpretação extensiva do citado artigo, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), conforme se extrai do Habeas Corpus nº 94.016/SP (BRASIL, 2008), da relatoria do Ministro Celso de Mello, reconheceu ao estrangeiro, não residente, a condição de titular de alguns direitos fundamentais, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural, dentre outros.

Nesse esquadro, assim como a pessoa natural, as pessoas jurídicas, em homenagem ao princípio da igualdade e àquilo que lhe for compatível, são também titulares de direitos individuais, como, por exemplo, à imagem e à propriedade, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Cautelar 2032-QO/SP (BRASIL, 2015).

Conforme já assinalado, os direitos fundamentais na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) representam uma garantia do cidadão contra o poder arbitrário do Estado, na medida em que conferem ao titular do poder constituinte originário, o povo, a faculdade de impor ao Estado condutas positivas, negativas, além de o direito de participação da vontade estatal.

Qualquer pessoa que esteja no Brasil pode, por exemplo, exigir que o Estado se abstenha de adentrar em sua casa, fora das hipóteses descrita no texto constitucional. Como pode, também, cobrar do Estado uma conduta positiva de lhe garantir, a título exemplificativo, a implementação do seu direito à saúde ou mesmo ter a prerrogativa de participar da vida ativa do Estado no tocante à tomada de decisões, como se dá pelo plebiscito, pelo referendo e pela iniciativa popular.

Além de tais garantias alcançadas, os direitos fundamentais também se vinculam às autoridades responsáveis por exercerem as funções legislativa, executiva e judiciária, pois, no exercício dessas funções, seus agentes devem ter, como norte, o conteúdo dos direitos fundamentais.

Na Constituição da República, uma leitura apressada do seu texto poderia levar o intérprete a entender que os direitos fundamentais estariam dispostos somente nos capítulos dos “Direitos individuais e coletivos”, ante a literalidade do art. 60, §4º, inciso IV (BRASIL, 1988), o qual diz não ser objeto de emenda a proposta tendente a abolir “os direitos e garantias individuais”.

A importância de se definir o que são direitos e garantias fundamentais está no fato de serem as cláusulas pétreas uma limitação material ao poder constituinte derivado reformador, pois o impede de tentar a sua abolição.

Com efeito, realizando uma interpretação meramente gramatical do art. 5º, §4º, inciso IV, da Constituição da República (BRASIL, 1988), somente há que se considerar como cláusula pétrea o rol contido no art. 5º da Constituição da República, deixando de considerar, como cláusula pétrea os “direitos sociais”, os “direitos de nacionalidade”, os “direitos políticos” e os “direitos de organização em partidos políticos”, dentre outros direitos dispostos ao longo do texto constitucional.

Evidentemente, tal conclusão não foi a desejada pelo poder constituinte originário, na medida em que a dignidade da pessoa humana repousa no texto constitucional como fundamento da república.

Nesse contexto, no art. 5º, §2º da Constituição da República diz que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros do regime ou dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte” (BRASIL, 1988).

Como se vê, a norma cristaliza o fato dos direitos e garantias fundamentais não se exaurirem somente no capítulo “dos direitos e garantias individuais”, eis que poderão estar ao longo de todo o texto constitucional e, até mesmo, em tratados internacionais em que seja parte a República Federativa do Brasil.

Diante do problema apresentado a respeito do rol de direitos fundamentais ao longo do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), ao fazer interpretação sistemática da Constituição da República, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/Distrito Federal (BRASIL, 1993), reconheceu estarem os direitos fundamentais espalhados pela Constituição (BRASIL, 1988), ao dizer que o princípio tributário da anterioridade é direito e garantia individual do cidadão.

Em seu voto, o Ministro Celso de Melo expôs ser o princípio da anterioridade “limitação ao poder impositivo do Estado, representando um dos direitos fundamentais mais importantes outorgados pela Carta da república ao universo dos contribuintes” (BRASIL, 1993).

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal voltou a se debruçar sobre os direitos e garantias individuais na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685/Distrito Federal (BRASIL, 2006), ao reconhecer ser o artigo 16, da Constituição da República, norma ligada ao direito e à garantia individual e, portanto, cláusula pétrea, conforme segue:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da cf. alegação de violação ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (CF, art. 16) e às garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal (CF, art. 5º, caput, e liv). Limites materiais à atividade do legislador constituinte reformador. Art. 60, § 4º, iv, e 5º, § 2º, da CF. (BRASIL, 2006).

Tal manifestação do Supremo Tribunal Federal deixa claro ser a interpretação sistemática a mais correta do texto constitucional quanto ao alcance da expressão “direitos e garantias individuais”, contida no artigo 60, §4º, inciso IV, pois leva em consideração a Constituição como um todo, não apenas um único dispositivo, dado que “enfrenta questões de compatibilidade num todo estrutural, ou seja, compreende o ordenamento jurídico como um todo dotado de unidade” (GONÇALVES, 2015, p. 171).

Dito isso, considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal de declarar ser o princípio da anterioridade cláusula pétrea, pode-se concluir ter havido o reconhecimento de serem consideradas direitos fundamentais outras normas dispostas ao longo do texto constitucional.

Seguindo quanto aos aspectos gerais dos direitos fundamentais, não há como escapar da abordagem da temática relacionada aos princípios, tendo Alexy (2008) afirmado ser tal espécie de norma ligada a uma realidade fática, a qual está relacionada com a amplitude e restrição do direito fundamental, apresentando duas vertentes.

A primeira vertente é apresentada através do suporte fático restrito das normas de direitos fundamentais.

Silva, ao discorrer sobre o suporte fático restrito, diz ser “a característica principal das teorias que pressupõe um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental é a não-garantia a alguma ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas” (SILVA, 2014, p. 79-80).

Vale dizer que tal vertente discorre a respeito da possibilidade de se determinar o que integra a norma de direito fundamental antes da incidência normativa. Isto leva à conclusão de se determinar o que a norma de direito fundamental protege de “antemão”, retirando de sua incidência aquilo que entende não ser protegido. (SILVA, 2014, p. 81-82)

A segunda vertente é apresentada por um suporte fático amplo, em que se defende a incidência da norma de direito fundamental a todos os casos que *prima facie* podem ser por ela regidos, ou seja, a todas as ações, estados ou posições jurídicas que tematicamente a ela se referem (SILVA, 2014, p. 9).

Das duas vertentes apresentadas, a que tem mais representatividade constitucional é a do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, haja vista não excluir de “antemão” qualquer possibilidade de uma norma fundamental regular uma situação que *prima facie* poderia ser regulada, implicando maior proteção aos direitos fundamentais (SILVA, 2014, p. 110).

Com relação à realidade jurídica, que também compõe o conceito de mandamento de otimização, pode-se dizer, conforme desenvolvido por Alexy, ser justamente a consequência de o princípio incidir em todas as situações *prima facie* ligadas ao seu âmbito de incidência que o levará a colisões com outro princípio de direito fundamental, sendo que, da colisão entre ambos, sairá a regra a reger o caso, isto é, a realidade jurídica encontra-se na incidência ampla do princípio e, quando há colisão, no resultado da aplicação da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 90).

Da diferenciação apresentada entre regras e princípios, vislumbra-se, de acordo com Alexy (2008), a questão da colisão entre princípios e o conflito aparente entre regras, o que acaba levando a mais uma diferenciação entre as duas espécies de normas.

Nesse sentido, Alexy diz que os “princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas” (ALEXY, 2008, p. 106).

Diante disso, pode-se extrair serem as regras normas a serem cumpridas ou não cumpridas, não permitindo haver entre si um conflito real, mas apenas aparente, sendo a consequência de um conflito real a declaração de invalidade de uma das regras, pois são razões definitivas.

Assim, o conflito aparente de regras é perfeitamente possível, dado existir soluções jurídicas para sanar tais conflitos, como, por exemplo, a regra da “lei posterior revoga lei

anterior” ou “lei especial revoga lei geral”. É também perfeitamente possível que uma regra seja excepcionada diante de outra regra sem que haja qualquer invalidação, conforme citado acima.

Os princípios, ao contrário das regras, por serem mandamentos de otimização com âmbito mais geral, sofrem a colisão entre eles quando, por exemplo, alguma coisa é proibida por um princípio e permitida de acordo com outro.

Diante da colisão entre os princípios, não deve haver a declaração de invalidade de um deles em relação ao outro, mas apenas um princípio terá que ceder em relação ao outro.

Disso resulta que a relação conflituosa entre princípios e entre as regras ocorrem em dimensões diferente. As regras realmente conflituosas estão na dimensão da validade e os princípios, além da validade, no peso (ALEXY, 2008, p. 94).

Na colisão entre princípios, que não é aparente, mas real, deve-se socorrer a proporcionalidade, a qual irá, diante do caso concreto, permitir que se pondere qual dos dois princípios oponentes irá prevalecer, sempre se atendo para que na sua aplicação “a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio dependa do grau de importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 167)

Caso interessante a respeito da aplicação da proporcionalidade de princípios foi a Reclamação nº 22.328 (BRASIL, 2018), julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2018, em que se debateu a respeito da colisão entre a liberdade de expressão e o direito da personalidade.

Naquele caso, foi determinado pelo juízo da vara cível da Comarca do Rio de Janeiro que o reclamante retirasse a matéria jornalística do seu sítio eletrônico por entender ser abusiva, a ponto de ferir os direitos da personalidade do reclamado, notadamente, no caso, a honra e a dignidade.

Diante da situação, o reclamante, utilizando como parâmetro a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, na qual o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988) proibira, enfaticamente, a censura da publicações jornalísticas, bem como tornara excepcional qualquer tipo de intervenção na divulgação de notícias e opiniões, ajuizou a referida reclamação.

O Supremo Tribunal Federal, diante de tal confronto exposto, entendeu prevalecer o princípio da liberdade de expressão, por ter posição de destaque na Constituição da República

de 1988 (BRASIL, 1988), haja vista ser pré-condição para o exercício esclarecido dos direitos e liberdades fundamentais.

Para chegar à conclusão, verifica-se, pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ter o Tribunal utilizado a técnica da proporcionalidade, conforme exposto:

Tanto a liberdade de expressão como os direitos de privacidade, honra e imagem têm estatura constitucional. Vale dizer: entre eles não há hierarquia. De modo que não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer. 18. Em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de ponderação, que, como se sabe, é uma técnica de decisão que se desenvolve em três etapas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade (STF, 2018).

Como se nota, o caso citado acima ilustra bem a colisão de normas contidas na Constituição da República (BRASIL, 1988) e o importante papel da proporcionalidade para dar respostas diante de tais normas da mesma hierarquia.

Como destacado, na colisão de princípios faz-se necessário socorrer-se da proporcionalidade, a qual é subdivida em três sub-regras.

Desde já, é importante ressaltar ser a proporcionalidade tratada neste trabalho como regra, pois impõe, após passar pelas suas sub-regras, um dever definitivo, não *prima facie*. Soma-se a tal argumento que a proporcionalidade não pode ser chamada de princípio pelo fato dos princípios serem verdadeiros mandamentos de otimização, o que não ocorre com a proporcionalidade (SILVA, 2014, p. 168).

Todavia, importante registrar a discordância de Humberto Ávila sobre ser a proporcionalidade chamada de regra. Para o autor, a proporcionalidade deveria ser chamada de postulado. Diante disso, Ávila, afirma que:

a proporcionalidade, por exemplo, também não pode ser considerada uma espécie de princípio, porque não é realizada em vários graus, mas num só (a medida é ou não adequada, necessária ou proporcional), e porque não é objeto de ponderação, mas próprio critério dela, sendo inconcebível sua superação em razão dos princípios horizontalmente colidentes (ÁVILA, 2014, p. 140).

Conforme exposto, Ávila (2014) acredita ser a proporcionalidade um postulado pelo fato de ser aplicada para ponderar outros princípios, os quais, diretamente, aplicam-se aos casos concretos. Isto é, a proporcionalidade não se aplica aos casos concretos, mas apenas como

critério na ponderação dos princípios aplicáveis a determinado caso, motivo pelo qual deve a proporcionalidade ser chamada de postulado.

Não obstante a tal posicionamento de Ávila (2014), conforme discorrido, o que a proporcionalidade determina, após haver a colisão entre os princípios de mesma hierarquia, é uma regra para reger o caso concreto.

Entendido ser a proporcionalidade uma regra, passa-se a analisar as suas sub-regras.

A primeira sub-regra da proporcionalidade é a da “adequação”, responsável por asseverar que a medida adotada deverá ser adequada para a consecução do fim pretendido, ou seja, analisa-se o meio e o fim. Nesse ponto, conforme esclarecido por Silva (2014), a pergunta a se fazer é: “a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objeto perseguido?” (SILVA, 2014, p. 170).

A segunda sub-regra da proporcionalidade é a da “necessidade”, a qual diz que na colisão de princípios fundamentais deve-se adotar, dentre os meios aptos, o que menos diminua o âmbito da proteção do princípio fundamental afastado e, portanto, atingido e, ainda assim, fomente o fim perseguido (SILVA, 2014, p. 170).

Por último, a terceira sub-regra é a da proporcionalidade em sentido estrito, a qual examina a relação de custo e benefício do princípio a ser invocado como apto a regular a relação jurídica ou o fato. O que deve ficar evidenciado, nessa fase, é ser o benefício proporcionado com a restrição do princípio superior ou encargo imposto (SILVA, 2014, p. 174).

Resumindo, de forma didática, Nayara Viana Rabelo (2011) assim discorre sobre o princípio da proporcionalidade:

Em síntese, a restrição de um direito fundamental para conformar-se ao princípio da proporcionalidade e ser, por consequência, constitucional, deve, a um só tempo, ser apta para ao menos contribuir na realização do objetivo almejado, ser a menos gravosa possível, mas com igual eficiência de outras medidas comparativas para a consecução da finalidade, e possuir desvantagens inferiores aos benefícios proporcionados (RABELO, 2011, S/P).

Vê-se, claramente, a necessidade da passagem pelas três sub-regras da proporcionalidade para que a norma de direito fundamental seja afastada de maneira a não causar maiores prejuízos, senão aqueles realmente necessários pelo seu afastamento.

O afastamento da norma de direito fundamental, na colisão entre princípios, não deve ser tal em que o seu núcleo essencial seja atingido. Diante disso, questão tormentosa a ser tratada em matéria de direitos fundamentais refere-se a sua restrição.

Para Alexy, “restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições prima facie garantidas por princípios de direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 281).

Como se percebe, as restrições a direitos fundamentais para o Alexy (2008) vão atingir os bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, dentre outros, sem que haja afetação ao “núcleo essencial” de tais direitos.

A respeito do “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP, em que se discutia a questão referente à progressão de regime em crime hediondo, já que a Lei 8072, de 25 de Julho de 1990 previa a impossibilidade de progressão de regime em crimes dessa natureza, decidiu ser a impossibilidade de progressão um atentado ao princípio da individualização da pena por ter atingido o seu “núcleo essencial”, haja vista que retiraria do juiz da execução qualquer possibilidade de individualizar o cumprimento da pena do réu.

O ministro Gilmar Mendes, de forma didática, assim se manifestou:

A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado. Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a ideia de individualização enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas em maculatura. Daí afirmar Maria Lúcia Karam, em texto já referido por Peluso, que “a imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento de pena privativa de liberdade, com vedação de progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim indevidamente retirando-lhe eficácia, assim, indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante” (Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, in: Escrito em Homenagem a Alberto Silva Franco, São Paulo, 2003, p. 314) (BRASIL, 2006).

Como se percebe, não pode o legislador vir a elaborar normas que excluam, por completo, o núcleo dos direitos fundamentais, sob pena de subverter toda a ordem constitucional pautada pela dignidade da pessoa humana, atentando contra o poder constituinte originário.

Assim, há impossibilidade de atingimento do núcleo essencial dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, a possibilidade de restrição às suas normas, ou seja, aos bens jurídicos,

restando a seguinte pergunta: estariam as restrições contidas dentro dos próprios direitos fundamentais, ou seja, dentro do seu conteúdo, ou essas restrições estariam fora dos direitos fundamentais?

Para responder a pergunta exposta acima, será utilizado a obra de Alexy, em que o autor socorre-se de duas teorias, externa e interna, para saber onde estariam as restrições de direitos fundamentais, dentro da norma ou externo a ela. (SILVA, 2014, p. 127).

Para a teoria externa, os direitos fundamentais somente seriam restringidos a partir de uma exigência externa de outro direito fundamental, pois há a necessidade de se conciliarem os diversos direitos, sejam eles individuais, difusos ou coletivos.

Levando-se em consideração a teoria externa, deve-se admitir que a restrição a direitos fundamentais será identificada a partir da colisão entre princípios, utilizando-se a proporcionalidade.

Diante de tais considerações, chega-se à conclusão que a teoria externa leva em consideração dois objetos, o direito, em primeiro lugar; e, destacado do direito, as restrições (SILVA, 2014, p. 138).

Lado outro, a teoria interna assevera que os direitos fundamentais já nascem com um conteúdo determinado e, assim o sendo, o que não está determinado nesse conteúdo não pertence ao direito fundamental, o que leva à consequência da restrição do direito fundamental está interno no próprio direito fundamental. Nesses termos, de forma clara, expõe Silva “que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele” (SILVA, 2014, p. 128).

Adotando-se a teoria interna do direito fundamental, não há como se socorrer na proporcionalidade, visto que não haverá colisão entre princípios, pois a sua restrição estará em sua ordem interna, o que levará apenas à declaração do conteúdo determinado no direito fundamental. A presente teoria, resumidamente, leva em consideração a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites, pois, para a teoria interna, a norma é estruturada apenas em regra (SILVA, 2014, p. 129).

Outra questão de grande relevância ligada aos direitos fundamentais, e percebida por Silva (2014) é a relação entre núcleo essencial e a eficácia das normas constitucionais.

Antes de adentrar propriamente na classificação da eficácia das normas constitucionais, é importante constar a observação realizada por Silva a respeito da teoria da eficácia das normas

constitucionais por serem poucas “as teorias que, a despeito da existência de algumas críticas pontuais, são tão aceitas, por longo tempo, quanto àquela desenvolvida por José Afonso da Silva em fins da década de 1960” (SILVA, 2014, p. 208-209).

Conforme delineado por Silva, a teoria da eficácia das normas constitucionais parte do pressuposto de “serem todas as normas constitucionais dotadas de eficácia, ainda que, em alguns casos, como nas normas constitucionais de eficácia limitada, indireta” (SILVA, 2014, p. 208-209).

Fixadas as premissas da teoria de José Afonso da Silva, insta trazer os conceitos das classificações das normas constitucionais.

As normas constitucionais de eficácia plena, são aquelas que reúnem todos os elementos para a produção de todos os possíveis efeitos jurídicos, o que significa terem aplicabilidade direta e imediata (SILVA, 2014, p. 212). Ou seja, nas palavras de José Afonso da Silva são as normas que “desde a entrada em vigor de Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situação que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (SILVA, 2008, p.101)

Já as normas constitucionais de eficácia contida, apesar de reunirem todos os seus elementos para a produção dos seus efeitos jurídicos, poderão sofrer restrição por parte do constituinte derivado (SILVA, 2014, p. 213). Nesse sentido, José Afonso da Silva as definem como “aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados” (SILVA, 2008, p.101).

Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia limitada não reúnem todos os elementos para a produção de todos os seus efeitos, por necessitarem de complementação do poder público para tal (SILVA, 2014, p. 214), tendo José Afonso da Silva as conceituado como sendo aquela que o “legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei” (SILVA, 2008, p.126).

Como se percebe, a diferença entre as normas constitucionais de eficácia contida para as normas constitucionais de eficácia limitada está na maneira de atuação do legislador.

Na norma constitucional de eficácia contida, o legislador vai atuar para fazer restrições; enquanto, na norma constitucional de eficácia limitada, o legislador vai atuar para aumentar o âmbito de eficácia da norma.

Partindo da teoria elaborada por José Afonso da Silva quanto a aplicabilidade das normas constitucionais, conforme já dito, não se pode deixar de considerar a crítica realizada por Virgílio Afonso da Silva, partindo da teoria externa, quanto à classificação adotada por José Afonso da Silva das normas constitucionais.

A teoria externa tem como pressuposto os direitos fundamentais somente serem relativizados em caso de colisão devido a sua incidência ampla. Ora, se a teoria de eficácia das normas constitucionais tem como um dos seus pressupostos a ideia de que algumas normas constitucionais têm eficácia mediata, então a conclusão que se pode chegar é a impossibilidade da divisão em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada, segundo a teoria externa, mostrando-se incompatível a teoria externa com a dita classificação (SILVA, 2014, p. 254).

Enfrentado ainda as questões relativas ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, cumpre trazer à tona a delicada discussão acerca do conteúdo essencial absoluto ou relativo dos direitos fundamentais.

A teoria do conteúdo essencial absoluto advoga a tese da existência de um núcleo dentro da norma fundamental intransponível (SILVA, 2014, p. 187).

A teoria absoluta subdivide-se em estática e dinâmica. Esta vislumbra a ideia de que, embora o conteúdo do direito fundamental seja absoluto, não há óbice na mudança do seu conteúdo com o passar do tempo. Já a estática não aceita essa mudança na ordem tanto material quanto temporal, o que leva à conclusão de a teoria estática do conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais aceitar que a norma fundamental é intangível e imutável (SILVA, 2014, p. 188-189).

O conteúdo essencial relativo, diferentemente do absoluto, considera o núcleo essencial dos direitos fundamentais a partir das condições fáticas e da colisão entre a norma fundamental.

Por tal teoria, verifica-se a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais para proteger outros direitos fundamentais responsáveis por proteger bens jurídicos mais importantes para aquele caso concreto. A partir dessa colisão, após ser realizada a aplicação da

proporcionalidade, não há falar em afetação do conteúdo essencial do direito restringido (SILVA, 2014, p. 188-189).

Como se nota, o presente capítulo percorreu temas relevantes sobre os direitos fundamentais, tendo como marco teórico Robert Alexy e socorrendo dos ensinamentos do professor Virgílio Afonso da Silva, o qual compartilha da mesma visão de Alexy. Assim o sendo, diante de tudo o que foi apresentado, é importante explicar a opção deste trabalho em adotar um suporte fático amplo, a teoria externa e o conteúdo essencial relativo do direito fundamental.

A adoção de tais teorias reside no fato de que não se pode excluir, de “antemão”, qualquer ação, estado ou posição jurídica ligada ao direito fundamental, devendo, conforme discorrido, a restrição ao direito fundamental ser externa a ele.

Diante disso, repudia-se a visão baseada na adoção do suporte fático restrito, teoria interna e limites imanescentes e o conteúdo essencial absoluto, por sofrerem dificuldades para declarar o que integra ou não o direito fundamental.

Nesse contexto, Silva (2014), fazendo a crítica à teoria do conteúdo essencial absoluto, mas que pode ser estendida às teorias do suporte fático restrito e teoria interna com seus limites imanescentes, diz:

da mesma forma que já se viu quando da análise de modelos de suporte fático restrito e da teoria interna, o grande desafio de qualquer teoria absoluta sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é a definição do que pertence a esse conteúdo e do que dele deve ser excluído (SILVA, 2014, p. 187).

Diante do exposto, ao contrário dessas teorias restritivas, as teorias ampliativas, que aceitam a colisão entre princípios, têm maior facilidade de fundamentar aquilo protegido por elas *prima facie* e, por isso, admitem a incidência da proporcionalidade, uma vez que basta estar uma ação, fato ou posição jurídicas a ela tematicamente relacionados que serão protegidos, inicialmente, pelo direito fundamental.

## 2.1 A incorporação e o status dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Antes de discorrer a respeito do modo de incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelo Brasil, é necessário realizar algumas abordagens genéricas referentes ao sistema global de proteção de Direitos Humanos, seus precedentes históricos, e ao sistema regional de proteção de Direitos Humanos.

Posteriormente, após saber o que é o sistema geral e regional, é necessário adentrar na incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira, haja vista ser importante o conhecimento do procedimento da internalização de tais tratados e da origem do tratado em que o Brasil seja signatário, ou seja, do sistema global ou regional de Direitos Humanos, sem prejuízo do status normativo que lhe é conferido.

Conforme alertado por Flávia Piovesan, o sistema global de proteção de Direitos Humanos é algo criado na segunda metade do século XX, pós segunda guerra mundial, sendo, portanto, uma sistema recente, atribuído seu desenvolvimento “às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse” (PIOVESAN, 2010, p. 121).

Nesse aspecto, importante ressaltar haver documentos anteriores ao sistema global geral de Direitos Humanos que, de alguma forma, formaram o embrião da proteção global de Direitos Humanos, mas que não foram suficientes, como, por exemplo, o Direito Humanitário, Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (PIOVESAN, 2010, p. 121).

Como tais documentos explanados acima não cumpriram o papel de proteção, de forma ampla e irrestrita a todos os seres humanos, além de não serem capazes de impedir a segunda guerra mundial, foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU -, após o término da segunda grande guerra. (PIOVESAN, 2010, p. 121).

Diante da perplexidade, foi necessária, através do consenso de grande parte dos países, a proteção internacional do ser humano em relação aos Direitos Humanos e, com isso, a relativização da soberania dos Estados.

Foi nesse contexto o surgimento da Organização das Nações Unidas, a qual foi aprovada por quarenta e oito países, tendo oito abstenções, trazendo os direitos de primeira e segunda geração, além de citar os direitos de terceira geração, combinando, assim, o discurso liberal e o discurso social, ou seja, juntando o valor da liberdade com o da igualdade (PIOVESAN, 2010, p. 142).

Como a carta da ONU é considerada uma convenção, ou seja, em tese não tem efeito vinculante sobre os Estados, foram elaborados, posteriormente, dois pactos internacionais com o objetivo de desenvolver os Direitos Humanos de primeira e segunda gerações.

A importância da criação de tais tratados internacionais é que, enquanto acordo de vontades, obrigam os vinculantes e, hoje, constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional (PIOVESAN, 2010, p. 43).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992) foi elaborado no âmbito do sistema geral global com o objetivo de prever os direitos de primeira geração, civis e políticos.

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais (BRASIL, 1992) foi elaborado também no sistema geral global para prever os direitos de segunda geração, ou seja, sociais, econômicos e culturais.

Embora os Direitos Humanos sejam indivisíveis e interdependentes, foi necessária a elaboração de dois pactos no sistema geral global de Direitos Humanos pelo fato de prevalecer que a tese dos direitos de primeira geração é autoaplicável, enquanto os de segunda geração são normas programáticas, isto é, normas a serem implementadas pelos Estados progressivamente (PIOVESAN, 2010, p. 165).

A Convenção da Organização das Nações Unidas (BRASIL, 1948), juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992) representam o sistema geral global de Direitos Humanos, pois não se restringem a determinados grupos, sendo denominados de Declaração Internacional de Direitos.

Tal conjunto de normas, Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, 1948), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992) e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992), formam a maior expressão de internacionalização dos Direitos Humanos, sendo referência para os demais Tratados na matéria (PIOVESAN, 2010, p. 162).

Ao lado do sistema geral global de proteção dos Direitos Humanos, existe o sistema global especial de proteção dos Direitos Humanos, o qual visa complementar o sistema Geral de proteção de Direitos Humanos, só que de forma mais individualizada, pormenorizada.

Piovesan (2010), discorrendo a respeito dos sistemas global e especial, assevera:

O sistema geral e especial são complementares, na medida em que o sistema especial de proteção é voltado, fundamentalmente, à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem tutela especial. Daí se apontar não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça e etc. (PIOVESAN, 2010, p. 192).

O sistema especial, conforme exposto, é ligado à defesa de grupos ou pessoas historicamente vítimas de violações de Direitos Humanos, como a mulher, o negro, dentre outros.

Como exemplo do Sistema Global especial de Direitos Humanos, podem-se citar os seguintes tratados: Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de eliminação racial (BRASIL, 1969), Convenção sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes (BRASIL, 1991).

Ao lado do sistema Global geral e especial de proteção aos Direitos Humanos, encontram-se os Sistemas Regionais de Direitos Humanos.

No âmbito do Sistema Regional de Direitos Humanos, está o Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992), principal instrumento de implementação de Direitos Humanos dentro da Organização dos Estados Americanos, o qual foi ratificado em 1969 e promulgado pelo Brasil em 1992 pelo Decreto executivo n. 678/1992.

O pacto enuncia em seus artigos apenas os direitos de primeira geração, civis e políticos, cabendo aos Estados garantir o exercício de tais direitos.

Em relação aos direitos de segunda geração, constata-se estarem apenas citados no tratado, em seu art. 26.

Além do Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992), há também, na América, o Protocolo de San Salvador (BRASIL, 1999), responsável pelo tratamento das matérias relacionadas aos Direitos Humanos de segunda geração.

A grande vantagem do sistema regional de Direitos Humanos é a possibilidade de estar mais interligado com os Estados signatários, já que, como o sistema é regional, reflete melhor as peculiaridades, a cultura e a tradição de uma determinada região (PIOVESAN, 2010, p. 250).

Somado a isto, o sistema regional coopera, devido às proximidades dos Estados, com o cumprimento dos tratados e, em caso de descumprimento, com a pressão política para que cesse eventual descumprimento.

A respeito da incorporação dos Tratados Internacionais, observa-se que cada Estado decide a formalidade pela qual irá incorporar o pacto internacional, em razão da sua soberania.

No Brasil, a Constituição da República, no art. 84, inciso III, determina ser competência do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (BRASIL, 1988).

O art. 49, inciso I, da Constituição da República (BRASIL, 1988), por sua vez, prescreve ser de competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (BRASIL, 1988).

Ora, como explica Flávia Piovesan, verifica-se, pela combinação dos art. 84, inciso VIII e do art. 49, inciso I, ambos da Constituição da República (BRASIL, 1988), haver a necessidade, conforme decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480/DF (BRASIL, 1998), dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos serem celebrados pelo Presidente da República, com assinatura internacional do pacto, e, posteriormente, referendado pelo Congresso Nacional, haja vista trazer ao Brasil compromissos gravosos ao patrimônio nacional, pois a implementação de compromissos internacionais referentes a Direitos Humanos depende de verba. (PIOVESAN, 2010, p. 92-93).

Diante disso, chega-se à conclusão de ser o aperfeiçoamento dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos um ato complexo, ou seja, a necessidade de fusão de duas vontades, uma do Presidente da República; outra do Congresso Nacional.

Após a celebração, pelo Presidente da República, do Tratado Internacional de Direitos Humanos, e a sua aprovação pelo Congresso Nacional, o pacto volta ao Presidente da República para ratificação, seguido do seu depósito, tendo como efeito jurídico a produção dos seus efeitos no âmbito internacional.

Por último, após ratifica-lo na ordem internacional, o Presidente da República promulga o Tratado de Direitos Humanos através de um Decreto executivo para que passe a vigorar na ordem interna brasileira.

Tal decreto é essencial para a validade do pacto internacional protetor dos Direitos Humanos possa produzir efeitos na ordem interna, uma vez que confere publicidade e, com isso, vincula condutas e abstenções que o violem.

Todavia, importante ressaltar que o Decreto executivo apenas promulga e dá publicidade ao Tratado de Direitos Humanos para que possa operar seus efeitos no Brasil, não obstante o referido Tratado ter nascido no ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto Legislativo, ou seja, com a aprovação do Congresso Nacional, uma vez que se trata de ato complexo (PIOVESAN, 2010, p. 192-193).

Após a incorporação do tratado internacional, verifica-se serem os direitos e garantias nele previstos terem eficácia imediata, a teor do art. 5º, §1º, Constituição da República, o qual dispõe “que as normas definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Com relação à hierarquia do pacto de Direitos Humanos, observa-se ter o Brasil, com a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), passado a dar tratamento diferenciado na ordem jurídica interna aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados.

O §2º, do art. 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988) prescreve que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

O que o citado dispositivo menciona, dentre outras coisas, é serem as normas de Direitos Humanos decorrentes de Tratados Internacionais materialmente constitucionais, por coadunarem com o regime democrático e o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

Nesse sentido, explana Piovesan:

Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (PIOVESAN, 2010, p. 52).

Como se percebe, o art. 5º, §2º da Constituição da República (BRASIL, 1988) é uma norma constitucional aberta, haja vista permitir que os Direitos Humanos aumentem o rol interno de direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional.

Ao prever o texto constitucional uma cláusula aberta para o influxo de normas de Direitos Humanos advindo dos tratados internacionais, é verificável ser a Constituição da República (BRASIL, 1988) incompleta em relação às matérias de direitos fundamentais, na medida em que, *a contrario sensu*, se acreditasse ser completa, não haveria necessidade do rol de direitos fundamentais serem complementados pelo normas internacionais de Direitos Humanos incorporadas.

A consequência desse status conferido aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é serem, na hierarquia interna da ordem jurídica, normas supralegais, isto é, normas que estão hierarquicamente acima da lei ordinária e abaixo da Constituição da República (BRASIL, 1988), conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 466.343/São Paulo (BRASIL, 2008).

Devido à relevância do tema, importante trazer as razões invocadas pelo Ministro Gilmar Mendes para concluir possuírem as normas de Direitos Humanos status supralegal na hierarquia interna das normas:

O anacronismo da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, mesmo antes da reforma constitucional levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45/2004, está bem demonstrado em trechos da obra de Cançado Trindade, que cito a seguir: “A disposição do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se ipso jure ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do artigo 5º(1) da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente. 20 Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica - ainda seguida em nossa prática constitucional - da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembleia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal - como veio a ocorrer no ano seguinte - da cláusula que hoje é o artigo 5º(2). Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada

concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992. É esta a interpretação correta do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos - que na verdade não existem -, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.”<sup>37</sup>

37 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos 21 Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana (BRASIL, 2008).

Observa-se, resumidamente, ter o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), através do voto do Ministro Gilmar Mendes, considerado serem os tratados internacionais de Direitos Humanos normas supralegais, quando não aprovados segundo o quórum do art. 5º, §3º da Constituição da República (BRASIL, 1988), devido ao seu caráter de compromisso com a dignidade da pessoa humana.

Embora hoje seja matéria pacificada na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), nem sempre foi assim.

Em 1995, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 72.131/RJ, ao enfrentar a questão referente à prisão do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal afirmou não existir primazia dos tratados de Direitos Humanos sobre o direito interno, ficando decidido existir a possibilidade da prisão do depositário infiel:

EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa

caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida (BRASIL, 1995).

No julgamento acima, o Supremo Tribunal Federal, através do pleno, concluiu ter o Pacto de São José da Costa Rica status de norma ordinária e, assim sendo, ser perfeitamente possível a prisão do depositário infiel.

Todavia, a questão dos *status* das normas de Direitos Humanos no Brasil ainda continuou gerando grandes discussões.

Nesse sentido, a questão da hierarquia dos tratados de Direitos Humanos veio a ter calma quando, por meio da Emenda Constitucional 45, inseriu-se o §3º, no art. 5º, prescrevendo serem “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas à Constituição” (BRASIL, 1988).

A partir de tal emenda, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), conforme já destacado, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/São Paulo (BRASIL, 2008), passou a entender serem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos norma supralegal quando não aprovados segundo a forma do art. 5º, §3º da Constituição da República (BRASIL, 1988).

No que se refere aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados com “*status*” de Emenda Constitucional, verifica-se ser mais uma forma de alteração do texto constitucional, além de o processo de Emenda à Constituição e do processo informal de alteração da norma constitucional através da chamada mutação constitucional, ou seja, o dispositivo constitucional continua o mesmo, mas é reinterpretado devido a uma nova realidade fática, jurídica ou social.

Até o presente momento, foram quatro tratados internacionais de Direitos Humanos incorporados pelo Brasil com *status* de emenda constitucional.

O primeiro foi a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2009), o segundo foi o seu protocolo facultativo (BRASIL, 2009), o terceiro foi o Tratado de Marraqueche e o quarto foi o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para

Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) (BRASIL, 2018).

Uma questão polêmica a respeito dos tratados equivalentes à Emenda Constitucional refere-se ao fato de a ocorrência de suas disposições serem contrárias às disposições constitucionais. Nesse caso, a solução para o enfrentamento do problema seria a adoção do critério de interpretação da norma que mais favoreça a dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2010, p. 104).

Além de tal polêmica, não se pode esquecer serem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados com *status* equivalentes às Emendas Constitucionais cláusulas pétreas, haja vista versarem sobre a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e norma protegida pelo art. 64, §4º, inciso I da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Outra questão importante é a discussão a respeito das consequências em considerar as normas decorrentes de Tratados de Direitos Humanos supralegal e, materialmente, constitucional.

Uma primeira consequência é a possibilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que não são formalmente constitucionais, poderem ser denunciados na ordem internacional, enquanto os tratados de Direitos Humanos equivalentes às emendas constitucionais não poderem ser. Diante disso, a denúncia a ser realizada pelo Estado deve seguir o mesmo procedimento da incorporação do tratado internacional, que, no caso brasileiro, é um ato complexo, isto é, a soma da vontade do Executivo com o Legislativo.

Sobre o assunto, discorre Piovesan:

Diversamente dos Tratados materialmente constitucionais, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia. Isto porque os direitos nele enunciados receberam assento no Texto Constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos do membros, em casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação (PIOVESAN, 2010, p. 82).

Uma segunda consequência está ligada ao controle difuso/concreto de constitucionalidade, tendo como parâmetro normas de Direitos Humanos incorporadas pelo Brasil, haja vista terem posição privilegiada na hierarquia das normas e serem materialmente constitucionais. Nesse contexto, vale ressaltar não ser possível, em sede de controle abstrato de

constitucionalidade, ter como parâmetro normas de Direitos Humanos com *status* supralegal, eis estarem abaixo da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Entretanto, embora não seja possível a realização do controle de constitucionalidade abstrato, é perfeitamente possível o efeito paralisante que tais normas podem impor na ordem jurídica brasileira, conforme já ocorrido com a questão da prisão do depositário infiel.

Ora, a Constituição da República, no art. 5º, inciso LXVII, dispõe ser lícita a prisão civil por inadimplemento da obrigação alimentar e do depositário infiel (BRASIL, 1988).

No entanto, o Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992), no art. 7º, item 7, prescreve ser vedada a prisão do depositário infiel, tendo tal pacto de Direitos Humanos sido ratificado pelo Brasil e, portanto, ser norma materialmente constitucional e formalmente supralegal.

Dessa forma, a partir desses dispositivos, como resolver o problema do conflito entre a Constituição da República (BRASIL, 1988) e o Tratado Internacional de Direitos Humanos? Ou seja, é permitida ou não a prisão do depositário infiel?

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), enfrentando a questão, decidiu não ser possível a prisão do depositário infiel, editando a súmula vinculante número 25, a qual aduz ser “ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito” (BRASIL, 2009).

A Corte, para chegar a tal decisão, desenvolveu o raciocínio no sentido de ser o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República (BRASIL, 1988), que prevê a prisão do depositário infiel, é norma constitucional de eficácia limitada. Vale dizer, para que possa produzir seus efeitos imediatos, é necessária a regulamentação por parte do constituinte derivado, o que não ocorria até aquele presente momento.

Nesse contexto, como o Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992) é norma materialmente constitucional e formalmente supralegal, ou seja, por estar acima da lei ordinária, tem-se que tal tratado possui um efeito irradiante apto a impedir a regulamentação, pela própria lei ordinária, da prisão do depositário infiel, fazendo com que a previsão da prisão do depositário infiel fique sem regulamentação infraconstitucional, o que traz como consequência, por ser norma constitucional de eficácia limitada, não poder ter eficácia imediata e, portanto, não ser aplicável.

Pela clareza do voto, importante trazer novamente as explicações do Ministro Gilmar Mendes, no já mencionado Recurso Extraordinário n. 466.343/ São Paulo:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2008).

Mais uma vez, o caráter de compromisso com a dignidade da pessoa humana dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos foi fundamental para adotar a tese do efeito paralisante.

Nesse diapasão, fato é ser a incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, seja como norma supralegal ou norma com status de Emenda Constitucional, uma demonstração de respeito do Brasil, perante a comunidade internacional, de garantidor da dignidade da pessoa humana.

Assim, observa-se serem os indivíduos tidos como sujeitos de direito internacional, o que lhes confere maior proteção.

### 3 PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE OU DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

A Constituição da República, ao tratar da inocência, utilizou-se da terminologia “não culpabilidade”, conforme prescrito no art. 5º, inciso LVII, ao dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Diante disso, embora possa parecer não ter o constituinte originário positivado o princípio da presunção da inocência, é importante ressaltar ser utilizado neste trabalho a terminologia “não culpabilidade” como sinônimo de “presunção de inocência”.

Isso porque, é notável ser a Constituição da República preocupada com os direitos e garantias fundamentais, não fazendo sentido dizer não ser o princípio da presunção da inocência nela previsto somente pelo fato de ter utilizado a palavra “culpado”, no art. 5º, inciso LVII, Constituição da República.

Some-se a isso, além dos direitos e garantias nela explícita e implicitamente citados, a Constituição da República (BRASIL, 1988) ainda deu um tratamento generoso aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, nos termos do art. 5º, §§2º e 3º, conforme aprofundado no capítulo anterior.

Com efeito, ainda que se queira manter um apego estritamente literal ao art. 5º, inciso LVII, Constituição da República (BRASIL, 1988), por ter utilizado a terminologia “culpabilidade”, não há como deixar de reconhecer ser o princípio da presunção da inocência positivado na ordem jurídica brasileira, uma vez que o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992) e o Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992), ambos incorporados ao direito brasileiro, trazem em suas disposições o princípio da presunção da inocência.

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por exemplo, o princípio encontra-se positivado no art. 14, item 2, o qual afirma que “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (BRASIL, 1992).

Barbagalo (2015), atento a essa questão, diz:

Por fim, no atual estágio de evolução do direito, não faz qualquer sentido tentar diferenciar inocência de não culpabilidade, duas faces da mesma moeda. Os autores que adotam uma ou outra expressão, com raras exceções, não divergem que a essência

de ambos os institutos é a mesma, consubstanciada em regras de tratamento e, como consequência, na excepcionalidade das medidas coercitivas processuais (favor libertatis); e ainda na produção, em contraditório, e análise do conjunto probatório (in dubio pro reo) (BARBAGALO, 2015, p. 70).

Destarte, seja apenas pela variação semântica ou pela incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira, será abordado neste trabalho o princípio da não culpabilidade como sendo sinônimo de presunção de inocência.

Cesare Beccaria, autor renomado da criminologia clássica, em sua obra “Dos Delitos e das Penas”, já expunha, no século XVIII, o princípio da presunção da não culpabilidade ao afirmar que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada” (BECCARIA, 2006, p. 47).

A presunção de não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro deve abarcar, inicialmente, todas as ações, estados e posições jurídicas que se encontram em seu âmbito de proteção, tendo destaque, dentro do seu âmbito de proteção, ser norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo.

Como norma de tratamento, tem-se haver o dever do acusado ser tratado como inocente e, por isso, a prisão ser excepcional. Nesse sentido, Barbagalo discorre que a presunção da inocência “ênfatiza dois pontos principais: um deles relacionado ao tratamento do imputado como inocente, e outro relacionado à forma de produção e posterior análise do material probatório” (BARBAGALO, 2015, p. 72).

Já como norma probatória e de juízo, a presunção da inocência impõe a acusação a incumbência de provar, através de provas lícitas a autoria e materialidade do crime narrado na peça acusatória, devendo o juiz, ao final da instrução processual, analisar o material probatória colhido nos autos (MOARES, 2010, p.463-465).

Além da presunção da inocência interferir, significativamente, nos autos processuais como norma de tratamento, probatória e de juízo, não se pode olvidar estar também ligada a aspectos extraprocessuais, que também denotam norma de tratamento, mas de uma perspectiva externa aos autos. Ou seja, a presunção da inocência impõe um dever a quem está fora da relação jurídica processual, tendo o princípio função de vetar a publicidade abusiva do investigado ou réu, conforme não passado despercebido por Fernando Brandini Barbagalo, ao afirma que:

imagens e qualquer informação sobre fatos e pessoas envolvidas em uma investigação ou processo criminal deve ser realizada com o maior comedimento, de preferência

sem os comentários desvairados de pseudojornalistas-justiceiros, de entrevistas de testemunhas (que podem ser induzidas pelas perguntas do repórter) e sem a dramatização da notícia como é rotineiramente feito, principalmente pelos jornais televisivos (BARBAGALO, 2015, p. 86).

A respeito dessa norma de tratamento externa aos autos criminais, deve-se lembrar ser o investigado ou acusado de um crime, ainda que preso cautelarmente, inocente até a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nesse sentido, Beccaria já expunha que “a prisão deveria deixar nota alguma de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida” (BECCARIA, 2006, p. 35). Ora, o que o referido autor afirma é não servir a prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, para estigmatizar aquele que ficou preso durante o curso da investigação ou do processo.

Isso porque o fato de o réu ter ficado preso antes da sentença penal transitada em julgado não quer dizer que será julgado culpado do crime que lhe é imposto. Pelo contrário, ainda que preso, continua a ser considerado inocente até o reconhecimento da sua culpabilidade pelo Judiciário com o trânsito em julgado.

Com efeito, preocupado com a inocência do preso cautelarmente, a Lei de Execução Penal, nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, dispõe, no art. 84, que o preso provisório deverá ficar separado do preso definitivo (BRASIL, 1984).

Seguindo nesse sentido, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em que o Brasil é signatário, também observa-se estar o princípio da presunção da inocência positivado, conforme já exposto no subtítulo anterior.

Na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, encontra-se exposto no item XI.1, o qual prescreve que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (BRASIL, 1948).

É de se notar, conforme se observa, ser o princípio da presunção da inocência norma basilar na seara internacional.

Porém, com uma redação um pouco diferente da Constituição da República (BRASIL, 1988), já que as normas internacionais dizem ser o réu inocente até a comprovação da sua

culpabilidade, nos termos da lei, respeitados os direitos e garantias à defesa. Ou seja, não é necessário, segundo os diplomas internacionais retromencionados, ter o trânsito em julgado para deixar de considerar o réu inocente, haja vista ser necessária a prova da sua culpabilidade de acordo com lei, em julgamento público e no qual tenham sido observadas as garantias necessárias à sua defesa.

Assim o sendo, com o devido respeito, Antônio Scarance Fernandes, no seu livro “Processo Penal Constitucional”, comete um equívoco ao afirmar, citando Flávia Piovesan, ter o princípio da presunção da inocência sido reproduzido no Brasil fielmente como nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (FERNANDES, 2000, p. 25).

Dessa feita, considerando-se ainda somente a redação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, o réu deveria iniciar o cumprimento da pena após o esgotamento dos recursos em segunda instância, que não são poucos, sem contar com os sucedâneos recursais, como o *Habeas Corpus* (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, desde o início da persecução penal é garantido ao acusado a possibilidade de impetração do *Habeas Corpus* para o trancamento da investigação, caso o acusado entenda ser infundada, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1046892/CE (BRASIL, 2012).

Posteriormente, durante todo trâmite processual, que deverá ser regido pela ampla defesa e pelo contraditório, em especial na primeira instância, poderá o réu, contra as decisões interlocutórias não terminativas, em regra, interpor Recurso em Sentido Estrito, conforme art. 581 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Do julgamento do Recurso em Sentido Estrito, poderá opor Embargos de Declaração, conforme art. 619, Código de Processo Penal e, ainda, posteriormente, caso cabível, Recurso de Embargos de Divergência ou de Nulidade, nos termos do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo penal, podendo ainda ser oponível contra os Embargos de Divergência ou de Nulidade outro Embargos de Declaração.

Com a prolação da sentença, o réu poderá interpor Apelação, conforme art. 593 do Código de Processo Penal, tendo o recurso efeito devolutivo e suspensivo. Do julgamento da Apelação, poderá ser interposto Embargos de Declaração e, caso cabível, posteriormente, Embargos de Divergência ou de Nulidade, seguidos novamente da possibilidade dos Embargos de Declaração.

Nesse momento, após o julgamento do último Embargos de Declaração na segunda instância, está formada a culpa do réu, uma vez que haverá o exaurimento da discussão de fatos e provas, devendo, seguindo somente a regra literal do princípio da presunção da inocência nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos já citados, ser iniciada o cumprimento da pena, mesmo pendente Recurso Especial ou Extraordinário.

Assim, já se percebe, de forma mais clara, a diferença redacional do princípio da presunção da inocência no âmbito internacional para o âmbito nacional, já que no âmbito internacional é necessária a comprovação da culpa para o início do cumprimento da pena e, inicialmente, no âmbito nacional o trânsito em julgado.

Não obstante tal diferença, insta ressaltar a importância da citação dos documentos internacionais de Direitos Humanos por integrarem o ordenamento jurídico brasileiro como norma materialmente constitucional, conforme desenvolvido anteriormente no subtítulo 2. 1.

Assim, vale lembrar ter o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), em conformidade com o art. 5º, §2º, Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), decidido serem materialmente constitucionais as normas internacionais de Direitos Humanos não aprovados segundo o quórum do art. 5º, §3º, Constituição da República (BRASIL, 1988), tendo tais normas adentrado na ordem jurídica interna como supralegais, de acordo com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988) no julgamento do Recurso Extraordinário sob o número 349703, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a

prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional (BRASIL, 2008).

Nota-se, de acordo com o referido acordão, ter o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988) cumprido com o comando constitucional dos parágrafos 2º e 3º, do art. 5º, Constituição da República, para dar a devida importância a toda norma internacional de Direitos Humanos incorporada ao ordenamento jurídico o status, formalmente falando, de estar acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição da República, caso não alcancem o quórum qualificado exigido no art. 5º, §3º, Constituição da República.

A consequência desse status das normas de direitos humanos incorporadas pelo Brasil é o reforço, no presente caso, do princípio da presunção da inocência, já que previsto tanto na Constituição da República quanto nos Tratados Internacionais.

Questão polêmica quando se trata do referido princípio é em relação à execução provisória da pena.

Nesse momento, sem apresentar qualquer posição favorável ou contrária, até porque o tema será tratado mais adiante nos capítulos cinco e seis de forma mais aprofundada, é importante citar ter o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), no paradigmático julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54 (BRASIL, 2019), julgados em 2019, pronunciado ser a execução provisória da pena inconstitucional ante a literalidade do princípio da presunção da inocência contido no art. 5º, inciso LVII, Constituição da República (BRASIL, 1988).

A execução provisória da pena, após a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), sempre foi tema polêmico diante do princípio da presunção da inocência.

No Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), vigorou, por mais de vinte anos, a tese segundo a qual a execução provisória da pena era constitucional, como, por exemplo, nos seguintes julgados: *Habeas Corpus* 68.726, de relatoria do Ministro Nerí da Silveira, realizado em 1991; *Habeas Corpus* 74.983, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado em 1997; *Habeas Corpus* 91.635, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia, julgado em 2007, dentre outros.

Somente em 2009, ao apreciar o *Habeas Corpus* 84078/MG, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, é que o órgão constitucional reconheceu ser a execução provisória da pena inconstitucional por ferir o princípio da presunção da inocência, fazendo uma interpretação meramente literal do texto constitucional, o que foi revista no citado julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP e, posteriormente, novamente revista no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 43, 44 e 54 (BRASIL, 2019).

A referência histórica ao tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988) ao princípio da presunção da inocência na sua vertente prisão é importante para que fique claro, independentemente da posição a ser adotada, ser o histórico do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), em regra, reconhecer a constitucionalidade da execução provisória da pena.

Além disso, a consequência da declaração da inconstitucionalidade da execução provisória da pena é o fato de o réu somente iniciar o cumprimento do decreto condenatório após o esgotamento de todos os recursos possíveis e imagináveis. Dessa feita, após o esgotamento dos recursos na instância ordinária, não será permitido o início do cumprimento da pena, podendo ser interposto Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça e Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, sendo a fundamentação de tais recursos vinculada.

Isto porque o art. 102, inciso III, alínea “a”, “b”, “c” e “d” da Constituição da República prescreve que o Supremo Tribunal Federal julgará, mediante Recurso Extraordinário, a decisão que contrariar dispositivo constitucional; declarar a inconstitucionalidade de Tratado ou Lei Federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; e julgar válida lei local contestada em face da Constituição (BRASIL, 1988). Além disso, deverá o recorrente, conforme art. 102, parágrafo terceiro, Constituição da República, demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

Já o Superior Tribunal de Justiça julgará, em Recurso Especial, nos termos do art. 105, inciso III, alínea “a”, “b” e “c”, a decisão recorrida que contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes a vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face e lei federal; e dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

Caso a decisão recorrida, na visão do recorrente, apresente razão para ser interposto Recurso Especial e Extraordinário, deverá apresentar ambos os recursos, sendo o juízo de admissibilidade feito no próprio Tribunal. Este, caso rejeite o recurso, abrirá possibilidade para

que o recorrente interponha Agravo, no próprio Tribunal, conforme art. 1042, Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), podendo o Tribunal reconsiderar a sua decisão ou remeter os autos à instância superior.

Como se não bastasse, chegando os autos na instância superior para o juízo de admissibilidade inicia-se um longo e complexo trâmite, pois da decisão contra a admissibilidade caberá Agravo Regimental para a turma, art. 1021, Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), e, dependendo do julgamento, poderá ser cabível Embargos de Divergência, sem prejuízo da apresentação dos Embargos de Declaração.

Vale ressaltar ser todo o caminho do sistema recursal de admissibilidade realizado duas vezes, caso tenha Recursos Especial e Extraordinário, uma no Superior Tribunal de Justiça e outra no Supremo Tribunal Federal.

Após a decisão sobre a admissibilidade do recurso, abrem-se duas possibilidades: ou o recurso é rejeitado e os autos baixam-se as instâncias ordinárias para o cumprimento da pena, ou é aceito o recurso e os autos serão analisados pela instância superior, podendo, contra sua decisão, ser novamente interposto Embargos de Declaração.

#### 4 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA LEI PENAL

O princípio da efetividade da lei penal, previsto implicitamente na Constituição da República, assevera que a aplicação da lei penal deva ser capaz de produzir um efeito real, ou seja, a lei penal deve ser aplicada para resolução do caso concreto dentro de um prazo razoável do processo, respeitando o devido processo legal. (BARBAGALO, 2015, p. 133-138)

Nesse contexto, percebendo a importância do princípio da efetividade da lei penal, o Ministro Luís Roberto Barroso, na decisão do *Habeas Corpus* 126.292/SP, o qual mudou o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da execução provisória da pena, assim se manifestou:

Encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre no art. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade (BRASIL, 2016).

Tal princípio, muito desenvolvido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, geralmente, quando debatido, de forma direta ou indireta, encontra-se em uma discussão na qual é necessário fazer um contraponto ao princípio da presunção da inocência, ainda mais quando relacionado ao tema da execução provisória da pena, como aqui se propõe.

Isto é devido à necessidade de ser harmonizados os direitos e garantias individuais do investigado ou réu com os interesses da sociedade em investigar e punir a prática criminosa, de forma efetiva.

José Carlos Barbosa Moreira, preocupado com essa harmonização, no artigo de sua autoria denominado “Efetividade do Processo e Técnica Processual” diz:

Cabe agora uma palavra de advertência para alguns riscos a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade do processo. Consiste o primeiro na tentação de arvorar a efetividade em valor absoluto: nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. É esquecer que no Direito, como na vida, a suma sabedoria consiste em conciliar, tanto quanto possível, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total do outro (MOREIRA, S/P).

Como se nota, a efetividade do processo penal ou da lei penal não pode se dar a qualquer custo, pois, assim o fazendo, estará, na verdade, violando os direitos e garantias fundamentais, quando o que o princípio pretende é justamente defendê-los.

Ora, verifica-se, assim, haver uma colisão entre o princípio da efetividade da lei penal e da presunção da inocência relacionada ao tema da execução provisória da pena, o que será aprofundado no capítulo seis, somente assentando nessa oportunidade tal colisão, uma vez que o princípio da presunção da inocência prega, inicialmente, que a execução da pena somente se inicia após esgotados todos os recursos e o princípio da efetividade da lei penal, inicialmente, aceita o início do cumprimento da pena após a comprovação da autoria e materialidade do crime.

Seguindo nesse diapasão, a importância da efetividade da lei penal está no fato de a referida lei de caráter penal ser legislada para proteger os bens jurídicos mais importantes contidos na Constituição da República, como, por exemplo, a vida, a liberdade, o patrimônio, dentre outros.

De nada adiantaria a Constituição da República, no art. 5º, inciso XXXV, garantir a inafastabilidade da jurisdição e no art. 5º, inciso LXXVIII, assegurar a duração razoável do processo, se a lei penal não for efetiva, pois tal efetividade surge justamente para, conforme dito, proteger os bens jurídicos violados e desautorizar a autotutela (BARBAGALO, 2015, p. 134).

Além disso, a efetivação da lei penal é também importante para restaurar a ordem jurídica violada, assegurando a paz social, a segurança pública, retirando, assim, a sensação de impunidade, sem prejuízo, conforme dito, de deixar de assegurar ao acusado o devido processo legal.

Nesse sentido, Beccaria já expunha o fato da “perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade” (BECCARIA, 2011, p. 75-76).

Ora, o que se percebe é ser o princípio da efetividade da tutela penal um princípio da índole constitucional, justamente por ter a lei penal a missão de proteger os bens jurídicos mais importantes contidos na Constituição da República.

Ademais, a efetividade da lei penal deve ser tal que produza no acusado e na sociedade a sensação de punibilidade em caso de transgressão das normas penais.

Porém, tal sensação somente ocorrerá se a lei penal for efetiva, pois de nada adianta o indivíduo ter cometido o crime e, depois de dez anos ou mais, ser condenado e cumprir pena.

A título exemplificativo, o famoso caso Pimenta Neves, em que o processo demorou onze anos até o início do cumprimento da pena decorrente do trânsito em julgado, conforme exposto por Marcelo Cunha de Araújo, em seu livro “Só é preso quem quer: bastidores do sistema de punição seletiva” (ARAÚJO, 2012, p. 41-49).

No referido caso, o jornalista Antônio Pimenta Neves assassinou a Jornalista Sandra Gomide, sua ex namorada, em 2000, sendo réu confesso, mas, somente em 2011, seu processo transitou em julgado e começou o cumprimento da sua pena (ARAÚJO, 2012, p. 41-49). Quando ocorre tamanha mora do Judiciário em efetivar a lei penal, é de rigor ter havido violação aos direitos fundamentais das vítimas e, na órbita internacional, de Direitos Humanos, haja vista restar evidenciada a violação do princípio da vedação da proteção deficiente, o qual o Estado deve oferecer à população proteção a seus bens jurídicos tutelados na Constituição da República (BRASIL, 1988).

Não passando despercebido o interesse das vítimas na solução da lide penal, Barbagalo diz:

Deve-se enfatizar, por oportuno, também a existência do interesse da(s) vítima(s) e seus familiares na duração razoável do processo, eis que diretamente interessada(s) no desfecho do processo, quer psicologicamente, quer financeiramente, eis que concluído o processo e havendo condenação, poderá requerer diretamente a reparação dos prejuízos através da ação civil ex delicto (art. 63, CPP), caso não tenha sido determinada a reparação mínima de que trata o art. 387, IV, do Código de Processo Penal (BARBAGALO, 2015, p. 136).

Nesse interregno, sabedor da importância da proteção dos bens jurídicos mais importantes para se conviver em sociedade e prevendo ataques consideráveis contra tais bens jurídicos, o constituinte originário prescreveu no texto constitucional diversos mandamentos de criminalização, como, por exemplo, o contido no art. 5º, inciso XLIII, o qual prescreve que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitem” (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, conforme desenvolvido por Alexy (2008), adotando um conceito de princípio como mandamento de otimização, deve o princípio da efetividade da lei penal, *prima facie*, incidir em todas as ações, fatos ou posição jurídica a ele tematicamente relacionado.

Isto quer dizer ser tal princípio, inicialmente, conforme já dito, capaz de autorizar o início do cumprimento da pena com o julgamento na segunda instância, após garantidos a ampla defesa e o contraditório, pois o objetivo do princípio é proteger os bens jurídicos.

Dessa feita, verifica-se poder o réu interpor Recurso de Embargos de Declaração, conforme art. 619, Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), contra decisão interlocutória antes de proferida a sentença.

Como o julgamento à interposição dos Embargos de Declaração interrompem o prazo para a interposição de outro recurso, após o seu julgamento poderá o réu interpor Recurso em Sentido Estrito contra decisão interlocutória não terminativa, conforme art. 581 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Do julgamento do Recurso em Sentido Estrito, que poderá ser atacado por Embargos de Declaração, abra-se a possibilidade do réu interpor o recurso de Embargos de Divergência ou de Nulidade, quando não unânime o julgamento, nos termos do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo penal, sem prejuízo, novamente, da oposição de novos Embargos de Declaração contra a decisão dos Embargos de Divergência ou de Nulidade, quando, então, poderá os autos voltar à primeira instância para prosseguimento do feito.

Prosseguindo o feito, chega-se à sentença, a qual poderá ser atacada por Embargos de Declaração e, com o julgamento desse recurso, estar efetivada a jurisdição de primeiro grau.

Da sentença, poderá o réu interpor o recurso de apelação, conforme artigo 593, do CPP, a qual pode ser atacada novamente de embargos de divergência, caso haja decisão não unânime em favor do réu, e, posteriormente, novos embargos de declaração.

Com o julgamento dos últimos embargos de declaração, estará aberta a possibilidade da execução provisória da pena, em regra, podendo, assim, o réu, *prima facie*, iniciar o cumprimento da pena, caso condenado, tendo-se como base exclusivamente o princípio da efetividade da lei penal.

Vale ressaltar ser tal posição apenas inicial, já que há uma grande diferença entre o direito inicial e o definitivo, conforme desenvolvido no capítulo dois e que será melhor demonstrado no capítulo seis, no qual se analisará, de forma mais prática, a questão do direito “*prima facie*” e do direito “definitivo”.

Nesse momento, novamente é importante deixar claro ser a obra de Alexy (2008), em regra, voltada justamente para desenvolver o caminho entre o direito inicial e o definitivo, utilizando-se, quando da colisão entre princípios da mesma hierarquia, da proporcionalidade, a qual exige uma série de compromissos teóricos, como a utilização da teoria externa dos direitos fundamentais, o suporte fático amplo e o conteúdo essencial relativo.

Assim, diante de todo o exposto, a lei penal deve ser efetiva, considerando ter sido criada para proteger os bens jurídicos constitucionais mais caros, como a vida, contra ataques efetivos ou tentativas de ataques realizados pelo próprio Estado ou terceiros, fortalecendo, dessa forma, o ordenamento jurídico, a paz social e a segurança, sempre atentando para não violar os direitos básicos do acusado, como da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, dentre outros, que levarão, inevitavelmente, ao devido processo legal.

## 5 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A in(constitucionalidade) da execução provisória da pena, desde a Constituição da República, sempre foi tema polêmico no Supremo Tribunal Federal em virtude do art. 5º, inciso LVII, Constituição da República, positivando o princípio da presunção de inocência, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

No Supremo Tribunal Federal, prevaleceu, por mais de vinte anos, a tese segundo a qual o princípio da presunção de inocência é compatível com a execução provisória da pena, conforme citam os seguintes julgados, exemplificadamente: *Habeas Corpus* 68.726, de relatoria do Ministro Nerí da Silveira, realizado em 1991 (BRASIL, 1991) e *Habeas Corpus* 74.983, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado em 1997 (BRASIL, 1997).

Somente em 2009, por meio do *Habeas Corpus* 84078-7/MG, tendo como relator o Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988) passou a adotar posição completamente oposta à sua tradição, isto é, passou a considerar ser o princípio da presunção de inocência incompatível com a execução provisória da pena.

Diante da magnitude do julgamento, passa-se a analisar os motivos que levaram à corte mudar o seu entendimento e, além disso, a demonstrar que, mesmo com a alteração do seu posicionamento, o tema ainda continuava ser polêmico no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988).

O *Habeas Corpus* 84.078-7/MG foi impetrado pelo paciente Omar Coelho Vitor, denunciado pelo crime de tentativa de homicídio qualificado, tendo o Tribunal do júri o condenado a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Posteriormente, após recurso do Ministério Público, foi levado a novo Júri, sendo condenado a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça, inicialmente fechado, o que o levou a impetrar diversos recursos e o presente *Habeas Corpus*.

Diante da impetração do citado *Habeas Corpus*, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), conforme já asseverado, decidiu considerar a execução provisória da pena inconstitucional.

Nesse contexto, pode-se citar o voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual sintetiza o fundamento da posição vencedora desse julgamento, ao afirmar:

Também considero que não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento da pena. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (vide art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si. Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convolva em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada (BRASIL, 2009).

Ora, é verificável, pelo voto exposto, que está em consonância com a posição vencedora nesse julgamento, ser a inadmissão da execução provisória da pena fundamentada, única e exclusivamente, pelo princípio da presunção de inocência contido na Constituição da República (BRASIL, 1988).

Através de tal princípio, chega-se à conclusão de ser a execução provisória da pena atentatória contra o devido processo legal e, portanto, capaz de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que transforma o réu em objeto do processo, pois se executa a pena antes do trânsito em julgado.

Percebe-se ser a tese da inconstitucionalidade da execução provisória da pena apegada fortemente ao princípio da presunção da inocência, considerando, obviamente, que prisão e inocência é a mesma coisa e teve o mesmo tratamento pelo constituinte originário, o que deve ser observado pelo Judiciário.

Não obstante tal posicionamento, verifica-se haver vozes consideráveis em sentido contrário no referido julgamento, as quais podem ser representadas através do voto do Ministro Joaquim Barbosa, conforme segue:

É de se ter em conta que a possibilidade de execução provisória do julgado vem da necessidade de dar efetividade ao processo, evitando que se frustrasse a condenação já exaustivamente determinada nas instâncias ordinárias, em que a ação penal tramitou e foi submetida à análise percutiente pelos órgãos competentes para análise dos fatos. Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade - considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema corte -, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos (e nisto o nosso ordenamento é rico), de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e também à própria

atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas[...] Para além disso, é de se ressaltar que os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo em nosso ordenamento jurídico positivo, razão pela qual não se configura violação ao princípio da não-culpabilidade a determinação de cumprimento da pena após o julgamento da apelação pelo Tribunal competente. Aliás, não existe uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, tanto é que há processos julgados em única instância por esta Corte; menos ainda haveria direito a um triplo grau! Nem mesmo o Pacto de San Jose da Costa Rica garante a existência de um terceiro grau de jurisdição, como ora se pretende. A garantia está restrita ao direito de recorrer contra a sentença condenatória, como dispõe o art. 80, n° 10, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Entendo, ainda, que a Emenda Constitucional n° 45, ao condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário à estrita demonstração, em cada caso, da presença de repercussão geral, veio a reforçar o entendimento de que é compatível como nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária. Esta tendência de racionalização da atividade jurisdicional, restringindo as hipóteses de exame de mérito do recurso extraordinário, contribui para a concretização do direito à razoável duração do processo[...]. É importante, ainda, levarmos em consideração que o ordenamento jurídico brasileiro não atribui efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, como dispõem os artigos 27, §2º, da Lei n° 8.038/90, e art. 637 do Código de Processo Penal. Nos termos deste último dispositivo legal, verbis: "O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença." Assim, na esteira do que determinado pelo legislador processual penal, considero que a atribuição do efeito meramente devolutivo aos recursos de natureza extraordinária não viola a Constituição da República, permitindo que o condenado impugne aquilo que considera passível de recurso, sem impedir o seu recolhimento ao estabelecimento prisional apropriado. Não creio haver maiores riscos para o ius libertatis com este posicionamento, considerando-se os inúmeros recursos que chegam a ser providos por esta Corte e sabendo-se, de antemão, que os fatos e provas discutidos nos autos não mais poderão ser objeto de análise no bojo do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial, o que ilide, em muito, a possibilidade de cometimento de arbitrariedades (BRASIL, 2009).

Pelo citado voto vencido, que sintetiza os argumentos da tese perdedora, admite-se a constitucionalidade da execução provisória da pena, tendo como embasamento diversos argumentos jurídicos de ordem constitucional.

Sustentam os vencidos ser a execução provisória da pena constitucional pelo fato de, na verdade, o que justifica a prisão, na segunda instância, é a ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente, conforme artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República, após o exaurimento da discussão de toda a matéria fática e probatória, tendo o réu sofrido sucessivas condenações, o que permite iniciar, após esgotados os recursos em segunda instância, a execução provisória da pena, eis serem os Recursos Especial e Extraordinário dotados de efeito apenas devolutivo e, além disso, não se poder discutir mais nos tribunais superiores matéria de fato e de provas.

Nesse diapasão, ficou também destacado que, com a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de Dezembro de 2004, para a interposição de recurso extraordinário, é necessário demonstrar a repercussão geral da matéria, justamente pelo fato de não serem os tribunais superiores

instâncias ordinárias, mas instâncias de uniformização da jurisprudência, o que reforça a ideia de ser a execução provisória da pena constitucional, haja vista não estar mais em discussão a matéria de interesse subjetivo, mas que repercute na sociedade como um todo.

Soma-se a tal fato, foi também expresso pelos votos não fazer sentido o réu ou investigado ser preso, de forma cautelar, antes de qualquer sentença penal condenatória, quando presentes a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e estejam presentes os requisitos do art. 312, Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e não puder ser preso após a cognição exauriente dos fatos e provas do juízo de primeira instância e confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça.

Resumidamente, a tese perdedora no *Habeas Corpus* nº 84078/MG faz uma interpretação sistemática da Constituição da República (BRASIL, 1988) e apresenta inúmeros argumentos constitucionais, conforme destacado anteriormente, fugindo da interpretação meramente gramatical para afirmar ser perfeitamente compatível com o princípio da presunção da inocência a execução provisória da pena.

Certo é que após o julgamento do presente *Habeas Corpus*, a regra passou a ser que a prisão somente deveria ocorrer após esgotados todos os recursos possíveis, ou seja, com trânsito em julgado.

Com tal decisão, o paciente impetrante do *Habeas Corpus* que mudou o entendimento do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988) a respeito da execução provisória da pena, conforme assinalado na rediscussão da matéria referente à execução provisória da pena, em 2016, pelo voto do Ministro Teoria Zavascki, conseguiu a prescrição da pretensão punitiva através de sucessivos recursos interpostos.

Isto é, como consequência imediata da decisão do Supremo tribunal Federal (BRASIL, 1988) de esperar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o próprio paciente, acusado e condenado pelo grave crime de tentativa de homicídio qualificado, conseguiu a prescrição, conforme se extrai do voto do Ministro Teori Zavascki, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP:

Interessante lembrar, quanto a isso, os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao já mencionado HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), que resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa. Veja-se: “Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a qu/antas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi

recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’” (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015) (BRASIL, 2016).

Percebe-se que, de forma direta, o impetrante do *Habeas Corpus* 84078/MG, o qual foi utilizado para discussão da execução provisória da pena e, portanto, o responsável pela alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988), beneficiou-se com tal decisão, haja vista ter alcançado, através do intrincado e complexo sistema recursal brasileiro, a prescrição da pretensão punitiva, sem cumprir pena pelo cometido de crime hediondo, pois, para o Supremo Tribunal Federal, somente se pode prender, em regra, após o esgotamento de todos os recursos possíveis, mesmo que tais recursos estejam destituídos de efeito suspensivo e não sirvam para rediscussão de fatos e provas.

Feito tal registro importante, verifica-se que o tema continuou sendo polêmico, até que, em 2016, o Supremo Tribunal Federal, através do *Habeas Corpus* 126.292/SP, voltou a rediscuti-lo, tendo revisto o seu posicionamento.

Dessa feita, prevaleceu, com os mesmos argumentos da tese perdedora do *Habeas Corpus* 84078/MG, a posição no sentido da constitucionalidade da execução provisória da pena.

Sintetizando os argumentos da tese vencedora, pode-se citar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

O PRESSUPOSTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO NÃO É O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA, MAS ORDEM ESCRITA E FUNDAMENTADA DA AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE 14. Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária

competente, conforme se extrai do art. 5<sup>a</sup>, LXI, da Carta de 1988<sup>10</sup> [...] Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo[...] Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5<sup>o</sup>, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida. 24. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5<sup>o</sup>, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros. 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. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. 26. Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5<sup>o</sup>, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3<sup>o</sup>, do CPP). 27. Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (BRASIL, 2016).

É notável, a partir dos argumentos vencedores selecionados através do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ser considerada a execução provisória da pena constitucional pelos

argumentos de serem as instâncias ordinárias responsáveis pela análise fática e probatória, não alcançando tal análise o recurso especial e extraordinário, os quais não detêm efeito suspensivo.

Ademais, ficou evidente ser a presunção de inocência um princípio e, como tal, pode ser relativizado, ao contrário das regras.

Soma-se a tal fato que, para a interposição de recurso extraordinário, é necessário a comprovação da repercussão geral, isto é, que a matéria foge ao interesse subjetivo da parte e passa a interessar a todos os sujeitos à lei brasileira, o que significa dizer serem os recursos para a instância superior aptos à higidez do sistema, ou seja, à sua uniformização, dando segurança jurídica.

Não obstante tais argumentos, os numerosos(a) Ministros(a) vencidos, Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, mantiveram o posicionamento da incompatibilidade da execução provisória da pena com o princípio da presunção de inocência, o que pode ser observado através do voto do Ministro Marco Aurélio, o qual manteve seu posicionamento a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória da pena:

Presidente, o acesso aos Tribunais de Brasília ainda está pendente. Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional (BRASIL, 2016).

Mais uma vez, agora nesse citado julgamento de 2016, a tese, naquela oportunidade do *Habeas Corpus* 84078/MG vencedora, apegou-se fortemente à interpretação literal do princípio da presunção da inocência para dizer ser impossível a execução da pena decorrente de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, ressalvadas as prisões cautelares.

Asseverou ser o art. 5º, inciso LVII, Constituição da República, norma merecedora de interpretação literal, ante a clareza do seu enunciado dispositivo.

Como se não bastasse, após a rediscussão de matéria do referido Recurso Extraordinário deliberado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, a matéria voltou a ser discutida nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, 44 e 54, julgadas conjuntamente, tendo o Supremo Tribunal Federal, através do seu pleno, dito ser a execução provisória da pena

inconstitucional em razão do princípio da presunção de inocência contido no art. 5º, inciso LVII, Constituição da República, conforme se verifica no acórdão:

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019 (BRASIL, 2019).

No julgamento, mais uma vez, ficou claro o embate entre a interpretação literal do princípio da presunção da inocência contido na Constituição da República e a interpretação sistemática do texto constitucional, tendo saído vencedor a interpretação literal e, portanto, ficado decidido ser a execução provisória da pena inconstitucional.

Como se percebe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir de 2009, tornou-se oscilante em relação à execução provisória da pena, o que arranha o princípio da segurança jurídica.

Na Corte, observa-se que o tema está longe de ter qualquer tipo de consenso, dado que a última decisão demonstrou a continuidade da divisão interna a favor e contra a execução provisória da pena, tendo o julgamento ficado em 6 (seis) votos a favor da inconstitucionalidade da execução provisória da pena a 5 (cinco) votos favorável a execução provisória da pena.

Assim o sendo, mesmo tendo em 2019 decidido ser a execução provisória da pena inconstitucional, o sentimento é que mais cedo ou mais tarde, olhando o histórico recente de julgamentos referentes à execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal voltará a deliberar sobre a matéria, sangrando, mais ainda, o princípio da segurança jurídica.

## 6 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Antes de adentrar propriamente na questão da execução provisória da pena, cabe novamente sustentar a adoção, para efeito deste trabalho, conforme explanado por Alexy (2008) e Silva (2014), do conceito de princípio e a consequência da adoção de tal conceito.

Isto se deve ao fato de, partindo-se do conceito de princípio, destrinchando-o, poderão ser percebidos todos os compromissos teóricos até que se chegue à regra da proporcionalidade e, ao aplicá-la, no aprofundamento da questão da execução provisória da pena, pois a discussão de tal prisão perpassa pela análise da colisão entre dois princípios constitucionais, o da presunção da inocência, explícito; e o da efetividade da lei penal, implícito.

Alexy propõe serem os princípios verdadeiros mandamentos de otimização, ou seja, os princípios são normas que devem ser realizadas na maior medida do possível, diante de possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2008, p. 90).

A consequência dessa adoção é a expansão, *prima facie*, dos princípios.

Vale dizer, devem as suas normas incidirem ao máximo possível, somente sendo limitadas pelas possibilidades fáticas e jurídicas, o que permite a colisão entre essa espécie de norma, ou seja, de princípios.

Desde já é importante deixar claro estar presente a colisão entre os princípios “quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido” (ALEXY, 2008, p. 93).

Diante dessa colisão, um princípio de maior peso, no caso concreto, irá se sobrepor ao outro princípio de menor peso, sem que seja o princípio de menor peso declarado inválido, nem atingido seu núcleo essencial (ALEXY, 2008, p. 93).

Dito isso, chega-se à conclusão de estar a colisão entre princípios no âmbito do peso, não da validade, o que garante continuar existindo o princípio de menor peso no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, analisando o conceito de princípios atribuído por Alexy, verifica-se poderem ser os princípios limitados pela possibilidade fática e jurídica.

A possibilidade fática é aquela atrelada ao suporte fático dos princípios e está ligada ao seu âmbito de proteção e à sua restrição, isto é, o âmbito dos bens jurídicos protegidos pelo direito fundamental.

Tal amplitude e restrição é relacionada com a seguinte pergunta: a norma de direito fundamental inclui no seu âmbito de proteção toda ação, fato, estado ou posição jurídica que estejam, isoladamente considerados, ligados à sua temática? Ou não, é necessário alguma exclusão prévia de alguns fatos, estados ou posições jurídicas da norma de direito fundamental? (SILVA, 2014, p. 73).

Para responder à pergunta, é necessário recorrer a duas teorias responsáveis por trabalhar a questão da amplitude e da restrição do direito fundamental.

A primeira teoria é do suporte fático restrito das normas de direitos fundamentais, tendo como característica principal a “não garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas” (SILVA, 2014, p. 79-80). Percebe-se que tal teoria exclui e, portanto, restringe, o âmbito de proteção do direito fundamental, para dizer, antes da incidência do direito fundamental, o que é e o que não é protegido pelo direito fundamental.

Isso tem como consequência decifrar aquilo que pertence ao âmbito temático do direito fundamental antes que a norma incida, ou seja, declarar o que pertence ao âmbito de proteção do direito fundamental.

Assim, por exemplo, há o direito fundamental à liberdade religiosa. Esta, antes de incidir em qualquer ação, estado ou posição jurídica a ela tematicamente relacionada, seria analisada e decifrada para se dizer o que pertence e o que não pertence ao seu âmbito de proteção, segundo a teoria restritiva do direito fundamental.

A consequência de se fazer isso é, *a contrario sensu*, dizer o que não pertence ao direito fundamental analisado e, conseqüentemente, a possibilidade maior de restrição de tal direito que não pertence ao âmbito de proteção da norma.

Nesse diapasão, por exemplo, ao analisar o direito à liberdade religiosa, pode-se chegar à conclusão do proselitismo não integrar o seu âmbito de proteção.

Isto leva a uma consequência muito importante, ou seja, a prática do proselitismo não poderá ser protegida pela liberdade religiosa, já que não pertence ao seu âmbito de proteção, podendo ser relativizado pelo legislador ordinário.

Desde já, percebe-se o risco trazido pela teoria do suporte fático restrito das normas de direitos fundamentais, uma vez que declarar o que pertence ou o que não pertence ao direito fundamental é algo extremamente complexo e que traz a danosa consequência de retirar do seu âmbito de proteção alguma ação, estado ou posição jurídica que possam estar ligados à temática da norma de direito fundamental.

Refletindo sobre esse ponto, Silva faz um alerta ao afirmar que a teoria restritiva, na verdade, diminui a proteção do direito fundamental, ao afirmar que

essas teorias, ao excluir de antemão essa proteção, liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo. A partir delas, por exemplo, proibir o proselitismo nas emissoras comunitárias ou criar qualquer exceção ao sigilo bancário são atos que podem ser realizados, sem necessidade de fundamentação constitucional, pelo legislador ordinário, visto que se nega, de antemão, a inclusão de um (proselitismo) e de outro (sigilo bancário) na proteção dos direitos fundamentais. O ônus argumentativo, como se vê, desaparece (SILVA, 2014, p. 253).

Como se vê, na teoria restritiva o ônus argumentativo para dizer o que pertence e o que não pertence à norma é relativizado, pois simplesmente há a exclusão, de antemão, de todas as ações, fatos e posições jurídicas tematicamente ligados à norma de direito fundamental.

Prosseguindo-se com as teorias do suporte fático, tem-se a segunda teoria, denominada de suporte fático amplo dos direitos fundamentais, tendo como característica principal a proteção, *prima facie*, de toda ação, estado ou posições jurídicos que estejam ligados, ainda que isoladamente, ao âmbito temático do direito fundamental (SILVA, 2010, p. 109).

De acordo com essa teoria, verifica-se que não há exclusão nem a restrição de qualquer direito fundamental *prima facie*. Pelo contrário, inicialmente, tudo aquilo que esteja tematicamente ligado ao direito fundamental será por ele protegido, sendo a sua restrição algo posterior, quando houver colisão entre os princípios da mesma hierarquia.

A virtude de tal teoria, conforme já explicado, é a não aceitação de qualquer exclusão de algo que esteja, *prima facie*, ligado ao direito fundamental.

Nesses termos, por exemplo, pode-se novamente recorrer à norma ligada à liberdade religiosa.

Tal norma, a partir da teoria do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, incidiria, sem maiores consequências, *prima facie*, na questão do proselitismo. Ou seja, a norma não excluiria a conduta do proselitismo, inicialmente, já que, tematicamente, a ela está relacionada.

Dito isso, o proselitismo seria abarcado pelo âmbito de proteção da norma de direito fundamental ligada à liberdade religiosa, somente podendo ser relativizado com uma fundamentação constitucional em caso de colisão entre princípios contidos na Constituição da República.

Isto demonstra ser a tarefa dos que adotam a teoria do suporte fático amplo mais fácil, eis ser a sua função apenas identificar se aquela ação, estado ou posição jurídica estão relacionados tematicamente ao direito fundamental, uma vez que sendo relacionados, automaticamente, estarão protegidos, *prima facie*, por aquela norma, ficando a restrição do direito fundamental ao momento em que houver a colisão.

Fixadas as bases do suporte fático, cumpre discorrer a respeito da possibilidade jurídica.

A possibilidade jurídica, que compõe o conceito de princípio como mandamento de otimização, conforme desenvolvido por Alexy, é fruto justamente da consequência de o princípio incidir em todas as situações *prima facie* ligadas ao seu âmbito de incidência que o levará a colisões com outro princípio de direito fundamental, sendo que, da colisão entre ambos, sairá a regra a reger o caso, isto é, a realidade jurídica encontra-se na incidência ampla do princípio e, quando há colisão, no resultado da aplicação da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 90).

Porém, para se falar em colisão e recorrer à regra da proporcionalidade, deve-se analisar a teoria externa e a teoria interna, já que, dependendo da adoção de uma dessas teorias, não se poderá recorrer à regra da proporcionalidade.

Para a teoria interna dos direitos fundamentais, somente há um objeto: o direito e seus limites imanescentes.

Assim, os limites do direito são algo interno a ele, tendo como conclusão que “em termos de estrutura normativa, é que direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna tem sempre a estrutura de regras” (SILVA, 2010, p. 109).

Conforme observado por Silva (2014), a adoção da teoria interna leva, inevitavelmente, à exclusão de qualquer colisão entre princípios de direito fundamental e, conseqüentemente, não se pode utilizar a regra da proporcionalidade, já que não há colisão, por ser o âmbito de proteção do direito algo interno ao próprio direito (SILVA, 2014, p. 129).

Por outro lado, para a teoria externa, os direitos fundamentais somente seriam restringidos a partir de uma exigência externa de outro direito fundamental, pois há a necessidade de se conciliarem os diversos direitos, sejam eles individuais, difusos ou coletivos.

Levando-se em consideração a teoria externa, deve-se admitir que a restrição a direitos fundamentais será identificada a partir da colisão entre princípios, utilizando-se a proporcionalidade para realizar o sopesamento e identificar qual princípio tem maior peso para preponderar sobre o outro.

Diante de tais considerações, chega-se à conclusão que a teoria externa leva em consideração dois objetos, o direito, em primeiro lugar; e, destacadas, as restrições (SILVA, 2014, p. 138).

Por último, antes de adentrar propriamente na colisão entre o princípio da presunção da inocência com o princípio da efetividade da lei penal, vale lembrar a questão do conteúdo essencial do direito fundamental, já que é matéria intimamente ligada à regra da proporcionalidade.

Assim, fica a pergunta: o conteúdo do direito fundamental é algo absoluto ou relativo?

Discorrendo sobre o tema, Silva (2014) explica haver duas teorias, a saber: a teoria do conteúdo essencial absoluto e a teoria do conteúdo essencial relativo.

O conteúdo essencial absoluto advoga a tese de ser o núcleo do direito fundamental algo identificável e intransponível, que não deve ser rompido (SILVA, 2014, p. 187).

Pelo conceito, percebe-se que, a partir do momento em que se identifica o conteúdo essencial do direito fundamental, tal conteúdo passa a ser intransponível, impenetrável.

De acordo com tal conceito, verifica-se haver uma compatibilidade teórica entre a teoria do suporte fático restrito, teoria interna com seus limites imanentes e a do conteúdo essencial absoluto do direito fundamental, já que tais teorias declaram o conteúdo do direito antes da sua incidência em qualquer estado, ação ou posição jurídica.

Ainda, quanto ao conteúdo essencial absoluto, observa-se haver a sua subdivisão em conteúdo essencial absoluto dinâmico e estático.

O conteúdo essencial absoluto dinâmico é aquele em que o “direito fundamental, quando, embora constitua uma área intransponível em qualquer situação, seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo” (SILVA, 2014, p. 188).

Ou seja, o conteúdo essencial é mutável ao longo do tempo, ainda que tenha característica de ser absoluto, impenetrável.

Já o conteúdo essencial absoluto estático advoga a tese do conteúdo essencial do direito fundamental ser algo imune ao tempo, ou seja, algo intransponível e que não se altera (SILVA, 2014, p. 189).

Isto é, o conteúdo essencial do direito fundamental será sempre o mesmo a partir da sua identificação.

Por outro lado, existe a tese do conteúdo essencial relativo, o qual tem por característica ser o núcleo essencial do direito fundamental, algo relativo e que dependa das condições fáticas e das colisões entre os diversos direitos, no caso concreto (SILVA, 2014, p. 196).

Vê-se, claramente, ser a tese do conteúdo essencial relativo algo relacionado à regra da proporcionalidade, pois o conteúdo essencial do direito fundamental será analisado a partir das condições fáticas e jurídicas, não havendo, ao contrário da teoria absoluta, a predeterminação daquilo que compõe o núcleo do conteúdo essencial do direito fundamental.

Nesse contexto, de acordo com o exposto até o momento, é de suma importância deixar assente a opção da escolha, conforme desenvolvido por Alexy (2008), da adoção da teoria de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, da teoria externa e da teoria do conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais.

Isto se deve ao fato de tais compromissos teóricos estarem relacionados à regra da proporcionalidade, que será analisada abaixo para resolver a questão da colisão entre princípios de ordem constitucional.

Tal posicionamento é de extrema importância, na medida em que, caso fossem adotadas quaisquer das teorias restritivas e, posteriormente, recorresse-se à regra da proporcionalidade, estaria havendo uma tremenda contradição, pois não é possível haver colisão entre princípio,

utilizando, por exemplo, a teoria interna com seus limites imanentes, já que a restrição ao direito fundamental seria algo interno ao próprio direito, não em outro.

Atenta a essa questão, Maurício Zanoide de Moraes assevera:

Conforme já afirmado acima, ressurgem incoerente aceitar a teoria que defende o suporte fático restrito para os direitos fundamentais e, após realizar cortes apriorísticos tanto no âmbito de proteção (excluindo situações, posições ou estados) quanto nas “intervenções estatais” (excluindo-se algumas formas de regulamentação ou conformação como possíveis reduções a serem analisadas) da norma, ainda se aplicar outras reduções àqueles direitos por força da proporcionalidade no exame casuístico. Assim, ou os adeptos da teoria institucional dos direitos fundamentais (limites imanentes), por coerência, não se utilizam da proporcionalidade no momento da aplicação da norma ao caso concreto, ou estarão, de forma imprópria, cumulando erroneamente formas diversas de reduções aos direitos fundamentais (MORAES, 2010, p. 312).

Nesses termos, a importância da atenção de recorrer a regra da proporcionalidade quando se utilizar das teorias restritivas, eis que não guardam relação e, assim, há uma contradição insanável.

Seguindo nesse sentido, agora adentrando mais na questão da execução provisória da pena, a Constituição da República, no art. 5º, inciso LVII, positiva o princípio da presunção da inocência, o qual, *prima facie*, deve ser interpretado da forma mais ampla possível dentro do seu âmbito temático.

Como o princípio deve ser interpretado de forma ampla, não se pode olvidar existir um aumento de colisões dos princípios constitucionais, dado o aumento do seu âmbito de incidência, conforme já assentado.

Sobre esse viés, por outro lado, encontra-se na carta constitucional, implicitamente, o princípio da efetividade da lei penal, o qual deve, *prima facie*, ser interpretado da forma mais ampla possível dentro do seu âmbito temático.

Ora, diante da interpretação ampla dada aos princípios, é observado haver uma colisão do princípio da presunção da inocência com o princípio da efetividade da lei penal, haja vista que, *prima facie*, o princípio da presunção de inocência permite, dentre outras situações, que o réu fique em liberdade até que sobrevenha a última sentença penal condenatória, enquanto o princípio da efetividade da Lei penal, *prima facie*, advoga a tese da necessidade da lei penal ser efetiva e, portanto, a sanção ser aplicada assim que reconhecida a autoria e a materialidade do crime.

Assim o sendo, no caso de colisão de princípio de mesma hierarquia, deve-se recorrer à regra da proporcionalidade e, inevitavelmente, percorrer a teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2008), a qual perpassa pelo caminho do direito *prima facie* até o direito definitivo, sendo este, no presente caso, alcançado após a aplicação da regra da proporcionalidade.

Vale ressaltar, conforme a teoria externa, estar a restrição do direito fora do próprio direito, pois, do contrário, não seria possível recorrer-se à proporcionalidade, já que o limite do direito, ou sua restrição, estaria interno e, assim, não haveria colisão com outro direito.

Destarte, existe o princípio da presunção da inocência em si analisado, o qual é objeto de restrição quando em colisão com outro princípio de igual hierarquia. Isto é, a restrição ao direito fundamental da presunção da inocência encontra-se fora do direito fundamental, trazendo como consequência não ser possível a restrição do direito fundamental partir de sua ordem interna, haja vista a dificuldade de fundamentação para dizer o motivo de aquele estado, ação, posição ou situação jurídica serem excluídos, de antemão, da incidência do direito fundamental.

Com efeito, o que a regra da proporcionalidade faz é permitir ao intérprete uma fundamentação constitucional para relativizar os direitos fundamentais, sem que tal relativização atente contra o conteúdo essencial do direito fundamental, permitindo uma fundamentação clara para saber os motivos de um princípio ter maior peso que o outro e, assim, relativizá-lo.

Para aplicar a regra da proporcionalidade, é necessária a passagem por suas três sub-regras denominadas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, as quais, se ultrapassadas de forma positiva, indicam ser o objeto de análise proporcional.

No presente caso, o objeto é a in(constitucionalidade) da execução provisória da pena, que leva à colisão entre o princípio da presunção da inocência e da efetividade da lei penal, com a finalidade de se preservar o devido processo legal, uma vez que, caso se chegue à conclusão de ser o princípio da presunção da inocência de maior peso do que o princípio da efetividade da lei penal, a decisão do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988) nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 (BRASIL, 2019) encontra amparo constitucional e, portanto, garante o devido processo legal.

Caso contrário, chegando-se à conclusão de ter o princípio da efetividade da lei penal maior peso e, mesmo assim, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL,

1988) nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43,44 e 54 (BRASIL, 2019), o réu somente poder iniciar o cumprimento da sua pena após esgotados todos os recursos, é verificável ser tal decisão desproporcional e, assim, ferir a regra da proporcionalidade e do devido processo legal.

Feitas tais explanações, passa-se a aplicar a regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras.

A primeira sub-regra é a da adequação, responsável por realizar uma compatibilidade entre o meio e o fim pretendido.

Diante disso, conforme assevera Silva (2014), fica a pergunta: a execução provisória da pena é o meio adequado para se resguardar o devido processo legal? (SILVA, 2014, p. 170).

Uma leitura apressada do art. 5º, inciso LVII, leva à conclusão de não ser o meio adequado para garantir o devido processo legal, por ser inconstitucional, ante a sua literalidade: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Logo, imagina-se: como alguém pode iniciar cumprimento da sua pena se não se esgotaram todos os recursos e, portanto, ser inocente?

Caso essa pergunta fosse feita para Paulo Saint Pastous Caleffi, certamente diria que ninguém pode iniciar o cumprimento da sua pena antes de esgotados todos os recursos, conforme exposto no seu livro “Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil”, em que defende ser a execução provisória da pena inconstitucional ao afirmar:

O valor normativo hierarquicamente superior da Constituição Federal faz dela um parâmetro obrigatória de todos os demais dispositivos legais do ordenamento jurídico. Por consequência, a validade da norma dependerá da sua conformidade constitucional, que deve ser compreendida em seu conjunto de valores principiológicos. Nesse sentido, a presunção de inocência deve ser referendada como uma imprescindível garantia constitucional do indivíduo no processo penal, restando perfectibilizada na necessidade de ocorrência do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para a efetivação da prisão. Seja como “norma de tratamento”, como “norma probatória” ou como “norma de juízo” (ou também como “regra de fechamento”), a presunção de inocência caracteriza-se como regra imutável e, portanto, não suscetível à criação interpretativas do alcance de seu conteúdo (CALEFFI, 2018, p. 145).

Como se percebe, o autor conclui que a prisão e a presunção de inocência tiveram o mesmo tratamento pelo constituinte originário, sendo certo que, para haver a prisão de alguém, é necessário esgotarem-se todos os recursos, em respeito ao princípio da presunção da inocência.

Evidentemente, uma leitura meramente gramatical da Constituição da República é a menos indicada, eis ser seu emaranhado de normas um corpo único, o qual deve ser lido e interpretado de forma sistemática, sem desconsiderar o direito posto através dos enunciados normativos.

Ademais, tal interpretação gramatical do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República ainda encontra problemas, uma vez que a norma diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, não deixando claro a questão da prisão, o que permite concluir ser a leitura que o referido autor faz do citado dispositivo constitucional gramatical e, ao mesmo tempo, extensiva.

Seguindo nesse contexto, certo é que mais adiante, ainda no art. 5º, só que agora no inciso LXI, a Constituição da República prescreve: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Através do supramencionado enunciado normativo, o constituinte originário trouxe a previsão excepcional da prisão em flagrante poder ser feita sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, relativizando o princípio da presunção da inocência e do juiz natural.

Diante disso, todas as outras prisões, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, obviamente com a finalidade de manutenção dos caros princípios militares da hierarquia e da disciplina, devem ser objeto da ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente.

Nessa linha de pensamento, pode-se já chegar a uma primeira conclusão: a prisão, no Brasil, não se confunde com a presunção da inocência, por expressa disposição constitucional.

Este é um ponto crucial.

Isto porque, não raras as vezes, aqueles que defendem a inconstitucionalidade da execução provisória da pena misturam o princípio da presunção da inocência com a prisão, quando, na verdade, o constituinte originário tratou-os de modo diverso, embora estejam relacionados.

Misturando os institutos, percebe-se, claramente, quando Caleffi (BRASIL, 2018), diz que:

a presunção de inocência deve ser referendada como uma imprescindível garantia constitucional do indivíduo no processo penal, restando perfectibilizada na necessidade de ocorrência do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para a efetivação da prisão (CALEFFI, 2018, p. 145).

No Supremo Tribunal Federal, a confusão entre tais institutos também esteve presente, quando os ministros votaram a questão da execução provisória da pena.

O Ministro Eros Grau, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078/MG, votando contra a execução provisória da pena, manifestou-se no sentido de culpa e prisão serem institutos que se confundem na Constituição da República, ao afirmar que: “aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado -- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2009).

Como se percebe, acreditam os defensores da inconstitucionalidade da execução provisória da pena que o réu somente pode iniciar o cumprimento da sua pena após esgotados todos os recursos, como se a prisão e a inocência, no Brasil, tivessem o mesmo tratamento.

Todavia, o constituinte originário, ao tratar da prisão, como já observado acima, fê-lo no art. 5º, inciso LXI, ao prescrever que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

A norma é cristalina ao dizer que a prisão deriva da ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, não se confundindo, assim, a prisão com a presunção da inocência.

Tanto isso é verdade que, no Brasil, é permitida a prisão cautelar, seja ela preventiva ou temporária, não sendo necessário sequer denúncia para a sua decretação, bastando que exista prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria e o preenchimento dos requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal (BRASI, 1941).

Assim, nessas medidas excepcionais, o que garante a legalidade da prisão, dentre outros fatores, é a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, até para se preservar o princípio do juiz natural.

E nem se diga que o motivo da constitucionalidade de tal prisão é a sua natureza jurídica de ser prisão cautelar e, portanto, diferente da prisão pena da execução provisória, pois, ainda que uma seja medida cautelar e outra seja sanção, ambas, inevitavelmente, levam ao cárcere e, por isso, necessitam da ordem escrita e fundamentada da autoridade competente.

Ademais, não faz sentido permitir a prisão de uma pessoa através de uma cognição sumária, como as prisões cautelares, e não permitir através de uma cognição exauriente dos fatos e provas, como é na execução provisória da pena.

Seguindo nessa linha intelectual, diferentemente do Brasil, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, notadamente no Tratado Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992), a presunção da inocência cessa com a comprovação da culpa, permitindo o início do cumprimento da pena.

No Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo, consta no item 8.2 que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa” (BRASIL, 1992).

Ora, percebe-se entender a presunção da inocência até a comprovação, pelo Estado, da culpa, segundo os tratados citados.

No Brasil, a culpa é comprovada na segunda instância, uma vez que lá haverá o esgotamento da matéria fática e probatória.

Diante disso, novamente, com todo o respeito, comete um erro Caleffi, ao dizer que o Brasil, ao admitir a execução provisória da pena através do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, viola os citados Tratados Internacionais de Direitos Humanos (CALEFFI, 2018, p. 132-133).

Na verdade, o Brasil cumpre com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, uma vez que, através da citada decisão, a prisão pena somente é executada após a comprovação da culpa, ou seja, após esgotados todos os recursos em segunda instância, conforme previsto nas normas internacionais.

Fixado necessitar a prisão da ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, fica a pergunta: qual seria a fundamentação da autoridade competente para determinar a execução provisória da pena?

Aqui, mais uma vez, é necessária uma reflexão.

A fundamentação da autoridade competente para a execução provisória da pena decorre do fato de a matéria fática e probatória serem exauridas nas instâncias ordinárias, Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal.

Não sem sentido, é serem os recursos Especial e Extraordinário, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, não dotados de efeito suspensivo, conforme se extrai do art. 995, Código de Processo Civil, ao afirmar que “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”.

Mais à frente, o art. 1029, §5º, Código de Processo Civil, deixa bem claro, fazendo uma leitura a contrário *sensu*, serem tais recursos não dotados de efeito suspensivo, ao prescrever que a parte poderá fazer requerimento de concessão de efeito suspensivo.

Além disso, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), desde muito tempo, no art. 637, prescreve não ter efeito suspensivo o recurso extraordinário.

Soma-se a tal argumento, que o poder constituinte reformador de emenda, através da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de Dezembro de 2004, acrescentou, no art. 102, o parágrafo terceiro, a necessidade de demonstração da repercussão geral na interposição do Recurso Extraordinário, ao prescrever:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (BRASIL, 2004).

O legislador, ao se deparar com tal norma constitucional, no Código de Processo Civil, em seu art. 1035, parágrafo primeiro, apresentou sua interpretação ao conceito de repercussão geral para prescrever que “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (BRASIL, 2015).

Ora, para efeitos da repercussão geral não basta a comprovação do interesse subjetivo na análise do recurso, devendo ser demonstradas questões que afetem os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como questões ligadas à economia, à política, dentre outras matérias sensíveis à coletividade.

Isto é necessário pelo fato de os tribunais superiores terem sua formação com a finalidade de manter a higidez do sistema, ou seja, para dar maior segurança jurídica, pois suas decisões repercutem nas instâncias ordinárias.

Atento a tais questões, ou seja, dos recursos especiais e extraordinários não terem efeito suspensivo e a necessidade de repercussão geral, o Ministro Luis Roberto Barroso, no

juízo do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, diz ser constitucional a execução provisória da pena, ao afirmar:

Entendo, ainda, que a Emenda Constitucional nº 45, ao condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário à estrita demonstração, em cada caso, da presença de repercussão geral, veio a reforçar o entendimento de que é compatível como nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária. Esta tendência de racionalização da atividade jurisdicional, restringindo as hipóteses de exame de mérito do recurso extraordinário, contribui para a concretização do direito à razoável duração do processo[...] É importante, ainda, levarmos em consideração que o ordenamento jurídico brasileiro não atribui efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, como dispõem os artigos 27, §2º, da Lei nº 8.038/90, e art. 637 do Código de Processo Penal. Nos termos deste último dispositivo legal, verbis: "O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença." Assim, na esteira do que determinado pelo legislador processual penal, considero que a atribuição do efeito meramente devolutivo aos recursos de natureza extraordinária não viola a Constituição da República, permitindo que o condenado impugne aquilo que considera passível de recurso, sem impedir o seu recolhimento ao estabelecimento prisional apropriado. Não creio haver maiores riscos para o *ius libertatis* com este posicionamento, considerando-se os inúmeros recursos que chegam a ser providos por esta Corte e sabendo-se, de antemão, que os fatos e provas discutidos nos autos não mais poderão ser objeto de análise no bojo do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial, o que ilide, em muito, a possibilidade de cometimento de arbitrariedades (BRASIL, 2009).

Como se percebe, para o Ministro, dentre outros argumentos, as instâncias superiores existem para manter o hígidez do sistema normativo.

Seguindo nesse sentido, à fundamentação da execução provisória da pena somar-se-ia também ao fato de que se permitir que o réu inicie o cumprimento da sua pena somente após esgotados todos os recursos, estar-se-ia, na verdade, subvertendo todo o sistema montado pela Constituição da República (BRASIL, 1988), eis haver a transformação dos tribunais superiores em verdadeiras instâncias ordinárias, pois, após condenado em segunda instância, sabendo da necessidade de recorrer para não ser preso, é natural a perseguição por recursos de todas as formas, inclusive de forma protelatória, para tentar alcançar a prescrição da pretensão punitiva.

A própria composição dos tribunais superiores é indicativo que serve para demonstrar a hígidez do sistema jurídico, não atendendo a interesses subjetivos das partes.

Questões ligadas à justiça e à injustiça de decisões, matéria probatória e fática, são função de análise da justiça ordinária.

Assim, acentuado está ser a execução provisória da pena adequada a fomentar o devido processo legal, uma vez que a discussão da matéria fática e probatória encontra-se exaurida na segunda instância, não tendo os Recursos Especial e Extraordinário efeito suspensivo, sendo a

jurisdição dos Tribunais superiores apta a manter a higidez do sistema, não se preocupando com o interesse subjetivo da parte, ainda mais com a necessidade de demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar a segunda sub-regra da proporcionalidade, ou seja, a necessidade.

Antes de adentrar propriamente na sub-regra da necessidade é importante alertar não ser tal sub-regra ligada a uma situação de urgência, pois, aqui, é um teste comparativo (SILVA, 2014, p. 170-171).

Nesse ponto, como a análise a ser feita é comparativa, deve-se verificar que “um ato estatal é necessário quando comparado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade” (SILVA, 2014, p. 171).

Nesse interregno, a pergunta, no exame da necessidade, é a seguinte: existe outra forma de se garantir o devido processo legal, restringindo menos o princípio da presunção da inocência e, ao mesmo tempo, permitindo a execução provisória da pena?

A resposta a essa pergunta é não, uma vez que não existe outra alternativa para limitar menos a presunção da inocência pelo princípio da efetividade da lei penal no sentido de admitir a execução provisória da pena.

Isto porque se verifica, embora tenha havido a sua restrição, ser o princípio da presunção da inocência plenamente vigente nas instâncias ordinárias, primeiro e segundo graus de jurisdição, somente sendo relativizado depois do esgotamento da matéria fática e probatória.

Vale dizer, somente é relativizado após o réu sofrer uma condenação por um órgão colegiado.

Não se pode esquecer também todo o caminho percorrido até a condenação pelo órgão colegiado em segundo grau de jurisdição. Ou seja, o réu, antes do decreto condenatório pelo Tribunal de Justiça, em regra, foi investigado. Da investigação nasceu uma denúncia, da denúncia instaurou-se um processo, no qual foi garantida a ampla defesa e o contraditório, e, após o julgamento do processo, os autos chegaram à segunda instância, que, para executar a sentença, teve que aguardar todo o esgotamento dos recursos.

Destarte, mostra-se ser a execução provisória da pena medida necessária.

Por último, deve ser analisada a regra da proporcionalidade em sentido estrito, terceira sub-regra da proporcionalidade.

Nessa fase, deverá ficar demonstrada a relação entre custo e benefício, ou seja, o benefício causado pela preponderância do princípio da efetividade da lei penal deve ser superior ao encargo imposto pela relativização do princípio da presunção da inocência (SILVA, 2014, p. 174).

O princípio da efetividade traz um benefício superior ao princípio da presunção da inocência em matéria de execução provisória da pena, uma vez que não deixa os tribunais superiores transformarem-se em instâncias de revisão, quando, na verdade, existem para uniformização da jurisprudência e, assim, trazer maior segurança jurídica, mantendo a higidez do sistema jurídico.

Além disso, não executar a pena após esgotadas todas as matérias fáticas e probatórias é um recado passado ao réu de poder ser o sistema recursal um trampolim para a impunidade, já que, como a pena não pode ser executada mesmo depois de sucessivas condenações e com esgotamento fático e probatório, deve-se recorrer de todas as formas e sob a utilização de todos os argumentos possíveis, jurídicos ou não, protelatórios ou não, haja vista a tentativa de evitar o cárcere com a prescrição.

Sob esse contexto, percebe-se que a não admissão da execução provisória da pena poderá levar a uma maior seletividade do sistema, na medida em que a pena só pode ser cumprida após o esgotamento de todas as instâncias, beneficiando-se, assim, o réu com maior poder financeiro, já que, evidentemente, poderá contar com advogados habilitados, conhecedores do intrincado e complexo sistema recursal brasileiro, para fazer com que o processo jamais termine, jamais transite em julgado.

Enquanto o réu pobre, carecedor de recursos financeiros, terá mais dificuldade de alcançar as instâncias superiores, com a finalidade de discutir as matérias aventadas nos autos processuais em que é acusado.

Seguindo nesse diapasão, ainda que o réu, independente da sua classe social, consiga recorrer até a último grau de jurisdição, evitando, assim, a sua prisão enquanto não transitado em julgado o processo, a consequência é desastrosa, pois o condenado em segunda instância poderá postergar o início do cumprimento da sua pena pela interposição de sucessivos recursos,

ainda, conforme dito, que os Recursos Especial e Extraordinário não tenham efeito suspensivo, além da matéria fática e probatória já estar exaurida nas instâncias ordinárias.

Nesses termos, só para demonstrar o cenário da admissão da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, o réu condenado, após o esgotamento dos recursos em segunda instância, poderá interpor Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça e Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, sendo a fundamentação de tais recursos vinculada.

Isto se deve pelo fato de o art. 102, inciso III, alínea “a”, “b”, “c” e “d” da Constituição da República prescrever que o Supremo Tribunal Federal julgará, mediante Recurso Extraordinário, a decisão que contrariar dispositivo constitucional; declarar a inconstitucionalidade de Tratado ou Lei Federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; e julgar válida lei local contestada em face da Constituição (BRASIL, 1988). Além disso, deverá o recorrente, conforme art. 102, parágrafo terceiro, Constituição da República, demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

Já o Superior Tribunal de Justiça julgará, em Recurso Especial, nos termos do art. 105, inciso III, alínea “a”, “b” e “c”, a decisão recorrida que contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes a vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

Caso a decisão recorrida, na visão do recorrente, apresente razão para ser interposto Recurso Especial e Extraordinário, deverá apresentar ambos os recursos, sendo o juízo de admissibilidade feito no próprio Tribunal. Este, caso rejeite o recurso, abrirá possibilidade para que o recorrente interponha Agravo, no próprio Tribunal, conforme art. 1042, Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), podendo o Tribunal reconsiderar a sua decisão ou remeter os autos à instância superior.

Como se não bastasse, chegando os autos na instância superior para o juízo de admissibilidade inicia-se um longo e complexo trâmite, pois da decisão contra a admissibilidade caberá Agravo Regimental para a turma, art. 1021, Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), e, dependendo do julgamento, poderá ser cabível Embargos de Divergência, sem prejuízo da apresentação dos Embargos de Declaração.

Vale ressaltar ser todo o caminho do sistema recursal de admissibilidade realizado duas vezes, caso tenha Recursos Especial e Extraordinário, uma no Superior Tribunal de Justiça e outra no Supremo Tribunal Federal.

Após a decisão sobre a admissibilidade do recurso, abrem-se duas possibilidades: ou o recurso é rejeitado e nos autos baixam-se as instâncias ordinárias para o cumprimento da pena, ou é aceito o recurso e os autos serão analisados pela instância superior, podendo, contra sua decisão, ser novamente interposto Embargos de Declaração.

Sem dúvida alguma, a execução provisória da pena traz um benefício imensamente superior ao encargo de ter que relativizar o princípio da presunção da inocência, dado que o princípio da presunção da inocência somente é relativizado quando é exaurida a discussão dos fatos e das provas, além de todos os recursos na instância ordinária.

Ademais, o início do cumprimento da pena com o julgamento dos recursos na instância ordinária é garantidor da razoável duração do processo, conforme art. 5º, inciso LXXVIII, que prescreve que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988)

Como se verifica, o dispositivo constitucional consagra a razoável duração do processo, já que nada ou pouco adiantaria a Constituição da República trazer os bens jurídicos a serem tutelados e o processo demorar demasiadamente para terminar.

Dessa forma, a execução provisória da pena, por todos os motivos expostos, é o meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para garantir celeridade da tramitação dos autos criminais, sem deixar de observar o princípio da presunção da inocência, ampla defesa e contraditório.

Aliás, sobre a ampla defesa e o contraditório, é importante salientar não terem sido atingidas pelo fato de o réu iniciar o seu cumprimento de pena quando ainda não transitada em julgado a sentença penal condenatória, uma vez que ainda pode recorrer para as instâncias superiores, ainda que não tenha se apresentado para o cumprimento da pena após a ordem de prisão.

Essas garantias não chegam sequer a serem relativizadas.

Com efeito, por último, vale a pena levantar uma questão que poderia colocar em dúvida o fato de os benefícios com a relativização do princípio da presunção da inocência serem menores do que os malefícios, que é a questão das decisões teratológicas.

Não se desconhece, evidentemente, a possibilidade de inocentes sofrerem prisões com a execução provisória da pena, como também já ocorreu ao se garantir que o início do cumprimento da pena somente seja iniciado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Todavia, como a execução provisória da pena admite o início do cumprimento da pena após o esgotamento da instância ordinária, uma questão a ser levada a cabo é o fato de a decisão do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal ser, conforme dito, teratológica ou, embora bem fundamentada, ser contrária à jurisprudência dos tribunais superiores ou mesmo versar sobre questão de grande discussão na seara jurídica que influencie diretamente, por exemplo, na tipicidade do fato e, assim, possa alterar a sorte do acusado de modo a alcançar uma absolvição ou um regime de pena mais brando.

Ora, nesses casos o ideal é que, após o esgotamento da instância ordinária, seja dado aos recursos interpostos pelo réu efeito suspensivo até que sejam esgotados todos os recursos, uma vez que não se pode flertar com a liberdade do acusado.

Caso o Judiciário, de ofício ou a pedido, não preste o efeito suspensivo aos recursos do acusado, este pode impetrar *Habeas Corpus* preventivo ou repressivo na instância superior, com a finalidade de ser mantida a sua liberdade até a definição do último recurso do seu processo.

Isto demonstra haver, no sistema jurídico brasileiro, meios eficazes de evitar que uma prisão ilegal seja determinada no âmbito da execução provisória da pena.

Portanto, diante de todo o exposto, após passar pelas três sub-regras da proporcionalidade, fica evidente ser a execução provisória da pena proporcional e, portanto, constitucional, já que garante o devido processo legal.

Como se viu, a vantagem de se utilizar a proporcionalidade para resolver o problema da colisão entre os princípios de direitos fundamentais é garantir que, ao confrontar normas fundamentais, uma ceda em relação a outra sem que tenha seu núcleo essencial atingido.

Isto se deve ao fato da proporcionalidade ser um instrumental apto a relativizar os direitos fundamentais de modo a não atingir o núcleo essencial do direito fundamental

relativizado, eis que com a passagem das suas três sub-regras é obrigatório a exposição de toda a fundamentação constitucional para se relativizar o direito fundamental de menor peso e, assim, como há fundamentação constitucional, não há o atingimento do conteúdo essencial da norma com estrutura de princípios do direitos fundamental.

Nesses termos, Silva (2014), como acerto, diz que “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial do direito fundamental” (SILVA, 2014, p. 197).

Com efeito, pode-se dizer que a restrição ao direito fundamental é constitucional, quando houver a devida fundamentação constitucional, não interessando a intensidade dessa restrição. Isto é, pode ser que uma restrição leve ao direito fundamental seja inconstitucional, por falta de fundamentação, e uma restrição intensa em um direito fundamental seja constitucional, por ter a devida fundamentação (SILVA, 2014, p. 198).

O que importa, em matéria de restrição ao direito fundamental, é a devida fundamentação constitucional.

Utilizar a proporcionalidade e, portanto, a necessidade de fundamentação constitucional é também uma forma de maior controle da sociedade sobre as atividades do judiciário e do legislativo, eis que terão acesso a todos os argumentos para relativizar direitos fundamentais e, assim, ter maior controle sobre as funções de julgar e legislar (SILVA, 2014, p. 254).

Fixado ser a execução provisória da pena constitucional e, portanto, o princípio da efetividade da lei penal, quando relacionado a esse tema, ter maior peso que o princípio da presunção da inocência, deve-se verificar como fica o princípio da presunção da inocência após relativizado.

O princípio da presunção da inocência, como não sendo apto a manter o acusado em liberdade até o trânsito em julgado, está muito mais ligado a questões de regras probatórias, de julgamento e de tratamento, as quais compõe e entrelaçam a matéria relacionada à presunção da inocência.

Ligada a questões das regras probatórias, pelo fato de o dever de provar a autoria e materialidade do crime ser de quem acusa, haja vista estar o réu coberto pelo estado de inocência, devendo o acusador retirar tal manto, através de uma prova lícita e de tal forma que prove a autoria e materialidade do crime de modo satisfatório (MORAES, 2010, p. 464-465). Diante disso, Moraes (2010) afirma que:

o ônus de provar no processo penal é da acusação, uma vez que, partindo o órgão acusador do pressuposto juspolítico do “estado de inocência” do cidadão, é a ele que caberá demonstrar a sua tese pela culpa do indivíduo e, portanto, caberá a ele o ônus de demonstrar essa tese não pressuposta pela Constituição (MORAES, 2010, p. 463).

A acusação, movimentando o Judiciário com a denúncia ou queixa crime, terá o ônus de demonstrar serem os fatos narrados na peça acusatória verdadeiros com provas lícitas, não podendo haver a inversão do ônus da prova no processo penal.

Quanto à regra de julgamento, a presunção da inocência está ligada, principalmente, ao momento da sentença do juiz, que, em caso de dúvida razoável, tem o dever de inocentar o acusado. Diante disso, afere-se o fato de tal regra incidir sobre o material probatório contido nos autos, ou seja, já produzido e que deverá ser lícito (MORAES, 2010, p. 468-469).

Além das duas regras, há também a regra de tratamento, a qual diz que as medidas cautelares contra o acusado devem ser a exceção.

Nesse contexto, Moraes, utilizando o suporte fático amplo dos direitos fundamentais, alega que viola a presunção da inocência no sentido de regra de tratamento todas as normas que imponham a antecipação da sanção penal, *prima facie*, até a sentença penal condenatória (MORAES, 2010, p. 427).

Percebe-se, ter o autor, partido do direito *prima facie*, dito estar a norma de tratamento apta a não impor ao acusado qualquer sanção penal antes do trânsito em julgado.

A expressão “*prima facie*” utilizada não é por qualquer motivo. Evidentemente, quando se opta por utilizá-la é que ainda não houve qualquer colisão entre o princípio da presunção da inocência e outro princípio constitucional apto a relativizar tal princípio.

Aqui, nesta etapa do trabalho, já se percebe ter passado o princípio da presunção da inocência, em colisão com o princípio da efetividade da lei penal, na matéria relacionada à execução provisória da pena, na regra da proporcionalidade, restando concluído ter o princípio da presunção da inocência menor peso em comparação ao princípio da efetividade da lei penal quanto ao fato de a prisão ser iniciada em segunda instância.

Dessa feita, tem-se ser a regra de tratamento apta a impedir a imposição contra o réu de medidas cautelares de forma indiscriminada, não compondo o seu conceito a proibição da execução provisória da pena, já que, nessa temática, o princípio da efetividade da lei penal relativiza o princípio da presunção da inocência.

Dito isso, pode-se dizer ser o princípio da presunção da inocência norma de maior relevância no cenário jurídico brasileiro, o que não se desconhece, dado que estruturador do processo penal, na medida em que influencia na distribuição do ônus da prova, na excepcionalidade da decretação das medidas cautelares e na regra de julgamento.

Sobre a sua importância, Aury Lopes Junior (2016), que considera a execução provisória da pena inconstitucional, destaca:

O processo, e em particular o processo penal é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político.<sup>8</sup> Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência que é, nas palavras de PISANI, um “presupposto implícito e peculiar del processo accusatorio penale”.<sup>9</sup> O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana.<sup>10</sup> Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência.<sup>11</sup> Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria (LOPES JUNIOR, 2016.).

Percebe-se que o princípio da presunção da inocência e o devido processo legal estão intimamente ligados, já que, conforme dito, o princípio da presunção da inocência é estruturador do processo devido.

Por ser princípio de maior relevância nos direitos e garantias fundamentais contido na Constituição da República, verifica-se ser aqueles que defendem a tese da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, como, por exemplo, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme detalhado no capítulo cinco, apegados fortemente a tal norma a ponto de fundamentar a inconstitucionalidade da execução provisória da pena única e exclusivamente na interpretação literal do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República.

Com isso, esquecem aqueles que defendem tal posição e, aqui, este é um ponto nebuloso, de levantar a hipótese de princípio implícito na Constituição da República, efetividade da lei penal, relativizar um princípio explícito, presunção da inocência, para autorizar a prisão após a condenação em segunda instância.

Desde já, ressalta-se que Alexy (2008) em nada se opõe a princípios implícitos relativizarem princípios explícitos no caso de colisão, desde que precedido de fundamentação constitucional, o que existe no caso de tal colisão.

Porém, inegavelmente, talvez este seja o ponto de maior nebulosidade na fundamentação da constitucionalidade da execução provisória da pena e não retratado pelos que

defendem a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, que ficam presos ao princípio da presunção da inocência.

Ainda que o ponto seja nebuloso, pois é estranho dizer que o princípio implícito relativizou um princípio explícito para permitir a prisão após o julgamento em segunda instância, verifica-se ter havido tal relativização após a devida e exaustiva fundamentação constitucional, o que permite continuar afirmando ser a execução provisória da pena constitucional.

Assim, após adotar a teoria do suporte fático amplo, teoria externa, conteúdo essencial relativo do direito fundamental e, finalmente, chegar à regra da proporcionalidade, pode-se afirmar, seguramente, ser a execução provisória da pena constitucional, basicamente, a medida que relativiza o princípio da presunção da inocência após a comprovação da culpa, que se dá com o esgotamento dos recursos na instância ordinária.

## 7 CONCLUSÃO

Conforme exposto, o trabalho buscou analisar a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena.

O desenvolvimento do trabalho iniciou com análise, no capítulo dois, dos aspectos gerais dos direitos e garantias fundamentais, devido ao fato da discussão da execução provisória da pena passar pela análise dos direitos fundamentais.

Nesse capítulo, foi abordado a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, segundo a doutrina de Flávia Piovesan, ficando constatado que ambos os direitos protegem o cidadão do poder abusivo do Estado, sendo, unicamente, a diferença entre ambos o plano da sua positivação. Os direitos humanos encontram-se na ordem internacional e os direitos fundamentais na ordem interna do Estado.

Posteriormente, buscou-se analisar a questão das cláusulas pétreas, ficando assentando estarem espalhadas por toda a Constituição da República e não, necessariamente, somente no art. 5º.

Mais à frente, iniciou-se o debate fundamental do trabalho sobre o conteúdo essencial do direito fundamental, segundo a teoria de Alexy (2008).

Para falar de conteúdo essencial, diferenciaram-se regras e princípios, ambas espécies de normas, ficando constatado serem os princípios mandamentos de otimização e as regras mandamentos definitivos, os quais ou são cumpridos ou são descumpridos.

Da diferenciação, adentrou-se nas teorias do suporte fático amplo e restrito, as quais compõem o conceito de princípio como mandamentos de otimização, pois deve um princípio ser realizado, na maior medida possível, segundo a possibilidade fática ou jurídica.

Após apresentar as duas teorias, optou-se por adotar a teoria do suporte fático amplo, o qual dispõe serem todas as ações, estados ou posições jurídicas, *prima facie*, abrangidos pelo direito fundamental quando tematicamente a ele relacionados.

Ainda dentro do conceito de princípio como mandamento de otimização, buscou o trabalho discutir a teoria interna e externa dos direitos fundamentais, optando-se por adotar a teoria externa dos direitos fundamentais, haja vista tal teoria adotar dois objetos para o direito fundamental, ou seja, o direito em si e, separado, a sua restrição.

Ainda quanto ao conteúdo do direito fundamental, foi abordada a teoria do conteúdo essencial absoluto ou relativo.

Mais uma vez, optou-se por uma teoria ampliativa dos direitos fundamentais, isto é, pela teoria do conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais. Eis ser tal teoria apta a aceitar a regra da proporcionalidade, dado que o conteúdo essencial do direito fundamental é algo relativo, descoberto após a aplicação da regra da proporcionalidade em caso de colisão entre princípios de mesma hierarquia.

Delineado o que foi abordado no capítulo dois, é importante deixar claro a opção do trabalho pela utilização de um suporte fático amplo, teoria externa dos direitos fundamentais e a adoção de um conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais.

Tais teorias permearam todo o trabalho. Isto porque elas permitem recorrer à regra da proporcionalidade, sem que haja nenhuma contradição teórica pelo fato de, ao contrário das teorias restritivas, não excluïrem de “antemão” qualquer fato, estado ou posição jurídica ligados tematicamente à norma de direito fundamental.

No subtítulo 2.1, o trabalho abordou a questão dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, já que o princípio da presunção da inocência encontra-se previsto em tais tratados.

Diante disso, demonstrou o trabalho o especial status que possuem tais tratados por serem de direitos humanos, sendo considerados normais supralegais, acima da lei e abaixo da Constituição da República e normas constitucionais, quando aprovados segundo o quórum do art, 5º, § 3º, da Constituição da República.

Após fixar os aspectos gerais dos direitos fundamentais, discorrer a respeito do tema relacionado aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos adentrou o trabalho no capítulo três e quatro para abordar, especificamente, a questão do princípio da presunção da inocência e da efetividade da lei penal, respectivamente.

Ao tratar do princípio da presunção da inocência, asseverou ser um importante princípio ligado, dentre outras questões, a normas de tratamento, de julgamento e de ônus probatório. Além disso, fixou-se o entendimento de ser tratado o princípio da presunção da inocência como sinônimo do princípio da não culpabilidade.

Ainda, nesse capítulo, basicamente, assentou-se ser o princípio da presunção da inocência estruturador do processo penal brasileiro, na medida em que prescreve, dentre outras coisas, o dever da acusação provar os fatos alegados, devendo o réu somente ser preso cautelarmente em casos excepcionais e o juiz absolvê-lo em caso de dúvida razoável.

Quanto ao princípio da efetividade da lei penal, buscou-se demonstrar ser constitucional, na medida em que busca dar efetividade à proteção dos bens jurídicos contidos na própria Constituição da República, como, por exemplo, vida, patrimônio, intimidade, dentre outros.

Depois de percorrer sobre os princípios da presunção da inocência e da efetividade da lei penal, o trabalho começou entrar mais profundamente na questão da execução provisória da pena.

Para isso, no capítulo cinco, fez-se necessário trazer o histórico de julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Ficou demonstrado ser, em regra, a tradição do Supremo Tribunal Federal aceitar a execução provisória da pena, uma vez que tal tese vigorou na corte por mais de vinte anos, quando, então, foi alterada pela julgamentos do *Habeas Corpus* n. 84078/MG.

Após o julgamento do *Habeas Corpus*, o Supremo Tribunal Federal voltou a discutir a matéria no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, voltando a consagrar a tese da constitucionalidade da execução provisória da pena.

Em 2019, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal voltou a discutir o tema, agora nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, fixando o entendimento de ser a execução provisória da pena inconstitucional devido ao princípio da presunção da inocência.

Exposto o histórico de julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena, adentrou o trabalho na questão propriamente da (in)constitucionalidade da execução provisória da pena no capítulo seis.

Nesse capítulo, o trabalho retornou aos conceitos da teoria do suporte fático amplo, teoria externa e conteúdo essencial relativo.

A retomada de tais teorias é importante pelo fato de serem pressupostas da aplicação da regra da proporcionalidade, uma vez que admitem a colisão entre princípios de mesma hierarquia e socorrem-se da proporcionalidade para solucionar a colisão entre tais normas, sem que o conteúdo essencial do direito afastado tenha atingido seu núcleo essencial.

Diante disso, demonstrou haver uma colisão entre o princípio da presunção da inocência com o princípio da efetividade da lei penal, sendo a regra da proporcionalidade chamada para solucionar tal colisão.

Nesse contexto, foi aplicada a regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para saber se a execução provisória da pena é constitucional ou inconstitucional, eis ser a execução provisória da pena tema ligado à colisão entre o princípio da presunção da inocência e da efetividade da lei penal.

Na sub-regra da proporcionalidade denominada “necessidade”, foi aferido se a execução provisória da pena é o meio adequado para garantir o devido processo legal. Nessa primeira passagem, faz-se uma análise entre o meio e o fim pretendido.

Na segunda sub-regra da proporcionalidade denominada de “adequação”, há um teste comparativo. Vale dizer, verifica-se se há outro meio apto há alcançar o mesmo fim pretendido, mas que relativize menos o direito fundamental de menor peso.

A terceira sub-regra da proporcionalidade é a denominada “proporcionalidade em sentido estrito”, na qual se afere o custo benefício. Ou seja, nessa fase o que deve ser analisado é se o benefício causado com a relativização do direito fundamental é maior que o malefício.

A aplicação da regra da proporcionalidade foi de extrema importância, uma vez que a proporcionalidade permite expor todas as fundamentações constitucionais para relativizar um direito fundamental em razão de outro direito fundamental, sem que tal relativização chegue ao núcleo essencial do direito relativizado.

Nesse diapasão, após a aplicação da regra da proporcionalidade, ficou demonstrado ser a execução provisória da pena constitucional, dado que é princípio da efetividade da lei penal, quando relacionado à execução provisória da pena, tem maior peso do que o princípio da presunção da inocência.

Chegou-se a essa conclusão devido ao fato de, no direito brasileiro, culpa e prisão não se confundirem.

A culpa está prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República ao afirmar que alguém somente será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É de se notar que, em momento algum, o inciso citado traz a proibição do início do cumprimento da pena ser antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Isto se deve ao fato de o constituinte originário, ao tratar da prisão, fazê-lo no mesmo art. 5º, só que no inciso LXI, da Constituição da República, ao prescrever que a prisão deriva da ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente.

Diante disso, já se percebe a diferença de tratamento entre a culpa e a prisão na Constituição. Caso não existisse tal diferença, dificilmente seria possível fundamentar as prisões cautelares, já que muito delas são realizadas sem sequer haver uma denúncia, bastando o preenchimento dos requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Assim, culpa e prisão no Brasil não se confundem, pois para prender alguém necessita da ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente.

Seguindo nesse sentido, a fundamentação da execução provisória da pena está no fato da culpa ser exaurida nas instâncias ordinárias, com o esgotamento dos recursos no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional federal.

Tanto é assim que os Recursos Especial e Extraordinário não são dotados de efeito suspensivo, uma vez que as instâncias superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça existem para manter a higidez do sistema jurídico brasileiro.

Isto é verificável, de maneira mis enfática, após a Emenda Constitucional n. 45, em que o recorrente precisa demonstrar no Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal a repercussão geral da matéria. Ademais, vale lembrar serem os recursos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal de fundamentação vinculada, conforme prescrito no art. 102, inciso III, alínea “a”, “b”, “c” e “d” e 105, inciso III, alínea “a”, “b” e “c”, ambos da Constituição da República.

Denota-se não servirem os recursos para os tribunais superiores aptos a abordar questões subjetivas da partes, mas questões ligadas a toda sociedade, o que reforça a ideia de desnecessidade do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, já que, repita-se, os tribunais superiores existem para manter a higidez do sistema jurídico, tendo a própria composição do Supremo Tribunal Federal, onze Ministros, e do Superior Tribunal de Justiça, trinta e três Ministros, indicativo de não servir o tribunal para análise subjetiva dos processos.

Não se desconsidera, na hipótese da execução provisória da pena, da haver decisões teratológicas das instâncias ordinárias e, com isso, o réu correr o risco de iniciar o cumprimento da pena devido a tais decisões.

Todavia, caso tenha havido decisões teratológicas ou haja grande controvérsia na matéria que possa influenciar a sorte do réu no processo penal, como, por exemplo, levar a uma atipicidade da conduta, certo é que os recursos a serem interpostos para a instância superior deverá, de ofício ou a pedido, serem dotados de efeito suspensivo.

Caso o Tribunal negue o efeito suspensivo aos recursos, o réu poderá impetrar *Habeas Corpus* na instância superior, com a finalidade de não iniciar o cumprimento da sua pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com isso, verifica-se haver meios legítimos e aptos a impedir que o réu não inicie o cumprimento da sua pena devido a uma decisão teratológica ou quando discutidas nos autos processuais questões polêmicas que podem interferir na liberdade do acusado.

Feitas tais considerações, resta concluído ser o princípio da presunção da inocência relativizado.

Após a relativização, não se pode olvidar ser o princípio da presunção da inocência norma basilar do processo penal brasileiro, o que não se desconsidera.

Isto porque o referido princípio estrutura todo o processo penal ao definir ser o ônus probatório da acusação quanto aos fatos alegados, além de ser medida excepcional a prisão cautelar do réu e o dever do juiz absolver o acusado ao chegar ao fim da instrução processual penal e estar com dúvida razoável sobre os fatos imputados.

Somado a isso, tem-se que o princípio da presunção da inocência atua com todas as suas características na primeira e na segunda instância, somente sendo relativizado após o julgamento do último recurso na instância de apelação, quando já estará demonstrado a culpa do acusado.

Portanto, o princípio da presunção da inocência é norma de extrema importância no direito brasileiro, mas não absoluta, o que permite a sua relativização diante do princípio da efetividade da lei penal no tema relacionado à execução provisória da pena após a passagem pelas três sub-regras da proporcionalidade, as quais exigem uma fundamentação constitucional para dar maior peso ao princípio da efetividade da lei penal em relação ao princípio da presunção da inocência no que tange ao tema da execução provisória da pena.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Só é preso quem quer: bastidores do sistema de punição seletiva**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: Escola de Administração Judiciária, 2015, p. 119. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais> Acesso em: 04 abr. 2019.
- BRASIL. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Damião Ximenes Lopes. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acesso em: 15 out. 2019.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas. 1764**. Disponível em: [http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_08/ebooks/dos\\_delitos\\_e\\_das\\_penas.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/ebooks/dos_delitos_e_das_penas.pdf) Acesso em: 26 nov. 2019.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Direito de Defesa - O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, fev., 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau> Acesso em: 26 nov. 2019.
- Busato, Paulo César. O que não se disse sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do habeas corpus 126.292 e a antecipação da execução da pena. *Curitiba*, **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 8, n. 14, p. 73-74, jan./jun., 2016. Disponível em: [http://www.sistemacriminal.org/site/files/Direito\\_n14\\_final.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/files/Direito_n14_final.pdf) Acesso em: 26 nov. 2019.
- BITENCOURT, Cesar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. **Conjur: Consultor Jurídico**. fev., 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cesar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm) Acesso em: 26 nov. 2019.
- BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 02 ago. 2019.
- BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm). Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13/10/1941.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm) Acessado em 22/3/2018. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. **Código Penal. Publicado no DOU de 07/12/1940.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. **Protocolo de San Salvador.** Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm). Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Emenda à Constituição (PEC) N° 5, de 2019. Brasília, DF: Senado federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253> . Acesso em: 28 de Fev. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. IDC Número 5.** Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/deslocamento-competencia-promotor.pdf> Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. REsp 1046892/CE.** Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22348569/recurso-especial-resp-1046892-ce-2008-0083391-9-stj> em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC 126315.** Segunda turma. Relator MINISTRO Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298> . Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. AC 2.032 –QO/SP.** Tribunal Pleno. Relator MINISTRO Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582650> . Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. REXT 466.343/08.** Relator Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADC 43.** Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 05 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2843%2EENUME%2E+OU+43%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5sg9z5k>. Acesso em: 23 mar. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC n. 94016. Segunda Turma.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258> . Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.959/SP.** Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Reclamação 22.328.** Primeira Turma. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314302526&ext=.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF 120.** Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> . Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 939.** Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI. 1480.** Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADC 44.** Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292/SP.** Tribunal Pleno. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC n. 84078/MG.** Tribunal Pleno. Impetrante: João Eduardo de Drumond Verano e outro. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%281161548%2E%2E+OU+1161548%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2yfsv2z>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. RE 1.161.548.** Recorrente: Procurador Geral de República. Recorrido: Alexandro Menon. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1161548.pdf> . Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. RE. N. 349703.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716550/recurso-extraordinario-re-349703-rs>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC n. 68726.** Relator Ministro Neri da Silveira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2868726%2E%2E+OU+68726%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2yfsv2z>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC. N. 74983.** Ministro Carlos Velloso. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2874983%2ENUMERO%2E+OU+74983%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4fceeoz>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC. N. 91635.** Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891635%2ENUMERO%2E+OU+91635%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3fx4w5a>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC. 72131.** Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC. 94.016.** Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2872131%2ENUMERO%2E+OU+72131%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxlgf3z>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 2032-QO/SP.** Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8331972>. Acesso em 20 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0431.14.002288-7/001.** Relator(a): Des.(a) Luís Carlos Gambogi Disponível em: [https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10431140022887001](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10431140022887001). Acesso em 17 out. 2019.

BRASIL. Tratados **Internacionais de Direitos Humanos Equivalente à Emenda Constitucional.** Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Promulgação. Diário Oficial da União, Brasília, 6 nov. 1992. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 2 jul. 2019

BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 15 out. 2019

BRASIL. Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e Execução provisória da pena no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. A prisão em segunda instância nos tempos de "lava jato". **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, jul., 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opiniao-prisao-segunda-instancia-tempos-lava-jato> Acesso em: 20 nov. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena. **Conjur: Consultor jurídico**. fev., 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena> . Acesso em: 4 abr. 2019.

FRISCHEISEN. Luiza Cristina Fonseca; GARCIA. Mônica Nicida; GUSMAN. Fábio. **Execução provisória da pena: panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3\\_execucao\\_provisoria\\_da\\_pena\\_versao\\_final\\_corrigido2.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf). Acesso em: 08 abr. 2019.

GIMENES. José Jácomo. **Prisão Após condenação em Segunda instância não fere a Constituição**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao> Acesso em: 28 mar. 2019

GOMES, Luiz Flávio. **STF admite execução provisória da pena após dois graus de jurisdição. Questões controvertidas. Afeta a Lava Jato**. Disponível em: <http://luizflaviogomes.com/stf-admite-execucao-provisoria-da-pena-apos-dois-graus-de-jurisducao-questoes-controvertidas-afeta-lava-jato/> Acesso em: 27 abr. 2019.

LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Editora JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Perecer**. Disponível em: [https://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](https://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf) . Acesso em: 19 jan. 2020.

MATSURA, Lilian; VASCONCELOS, Marcos. Brasil em debate - Com Executivo e Legislativo em crise, o Judiciário tomou conta de tudo. Entrevista com Ada Pellegrine Grinover. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, jul., 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pellegrini-grinover-advogada-processualista> Acesso em: 10 mai. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade do processo e técnica processual**. Disponível em: <http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual.pdf> . Acesso em: 20 dez. 2019.

MORAES. Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial.** Editora Lumen Juris, 2010.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Tomás T. S.; BUGARIN, Maurício S. **Execução provisória da sentença: uma análise econômica do processo penal.** Disponível em: <https://search.proquest.com/openview/cad2a417f6f09c5541e07c27462d1efb/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1226335> . Acesso em: 29 mar. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência.** São Paulo, 11 out. 2016. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-a-presuncao-de-inocencia-2> Acesso em: 22 nov. 2019.

NETO. Felipe Lascane. **O cumprimento da pena sem decisão transitada em julgado: efetividade processual versus presunção de inocência.** Dissertação (Mestrado). Orientador: Roberto Correia da Silva Gomes Caldas. Faculdade: UNINOVE/SP. Data: 26, Fevereiro de 2018. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/1748/2/Felipe%20Lascane%20Neto.pdf> Acesso em: 04 abr. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.** 1948. Disponível em: [https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=EAIaIQobChMI4amI6vKo5wIVaB-tBh32fQu1EAAAYASAAEgIHMvD\\_BwE](https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=EAIaIQobChMI4amI6vKo5wIVaB-tBh32fQu1EAAAYASAAEgIHMvD_BwE) . Acesso em: 10 out. 2019.

PAULINO. Galtieni da Cruz. **Execução provisória da pena e o princípio da presunção da inocência.** Escola Superior do Ministério Público de União. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Execucao%20provisoria%20da%20pena%20e%20principio%20da%20presuncao%20de%20inocencia.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

PIOVESAN. Flávia. **Direitos Humanos e Direitos Constitucional Internacional.** São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

PORTA. Daniela Chies; GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. **Presunção de inocência no Habeas Corpus n. 126292 julgado pelo STF: Standards decisório e o advento da prisão cautelar obrigatório.** Disponível em: [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11365/2/PRESUNCAO\\_DE\\_INOCENCIA\\_NO\\_HABEAS\\_CORPUS\\_N\\_126\\_292\\_JULGADO\\_PELo\\_STF\\_STANDARDS\\_DECISORIOS\\_E\\_O\\_ADVENTO\\_DA\\_PRISAO\\_CAUTELAR.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11365/2/PRESUNCAO_DE_INOCENCIA_NO_HABEAS_CORPUS_N_126_292_JULGADO_PELo_STF_STANDARDS_DECISORIOS_E_O_ADVENTO_DA_PRISAO_CAUTELAR.pdf). Acesso em: 08 abr. 2019.

RABELO, Nayara Viana. **O princípio constitucional da proporcionalidade como sustentáculo da prisão provisória.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20216/o-principio-constitucional-da-proporcionalidade-como-sustentaculo-da-prisao-provisoria/1>. Acesso em: 02 ago. 2019.

RAWLS. John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo : Editora Martins Fontes, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. Senso Incomum - Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim? **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, mar., 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim> Acesso em: 25 mar. 2019.

SILVA. José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Local: Ruas Paes de Araújo, 29, conjunto 171, SP, Editora Malheiros, 2008.

SILVA. Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Local: Editora Malheiros, 2014.

TEIXEIRA, Mateus. Gangorra jurisprudencial - STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, ago., 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena> Acesso em: 10 jul. 2019.

VILELA. Augusto Tarradt. **Eficiência, Processo Penal e Constituição Federal**: uma análise da retomada execução provisória da penal pelo Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado). Orientador: Miguel Tedesco Wedy Faculdade. UNISINOS. São Leopoldo. Data: 18 de setembro de 2018 Disponível em: [http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/7496/Augusto%20Tarradt%20Vilela\\_.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/7496/Augusto%20Tarradt%20Vilela_.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 04 abr. 2019.











