

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO**

**Departamento de Direito**

**MATHEUS ARAÚJO REIS**

**POSICIONAMENTO HISTÓRICO DO STF A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

**Ouro Preto  
2021**

MATHEUS ARAÚJO REIS

**POSICIONAMENTO HISTÓRICO DO STF A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito  
da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito  
parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Constitucionalidade

Linha metodológica: Pragmatismo normativo

Orientador: Bruno Camilloto Arantes

**Ouro Preto  
2021**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO  
REITORIA  
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA  
DEPARTAMENTO DE DIREITO



**FOLHA DE APROVAÇÃO**

**Matheus Araújo Reis**

**POSICIONAMENTO HISTÓRICO DO STF A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em 21 de dezembro de 2021.

Membros da banca

Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes - Orientador (Universidade Federal de Ouro Preto)  
Profa. Dra. Beatriz Schettini - (Universidade Federal de Ouro Preto)  
Prof. Mestrando Kessler Cotta Gomes - (Universidade Federal de Ouro Preto)

Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 21/12/2021.



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Camilloto Arantes, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 13/01/2022, às 15:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufop.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0268020** e o código CRC **85698F74**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.000481/2022-64

SEI nº 0268020

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000  
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de aproveitar o momento para agradecer algumas pessoas que foram essenciais para eu chegar até aqui hoje e conseguir realizar o presente trabalho:

Minha mãe Stella, por me ensinar quase tudo que eu sei sobre a vida e por me mostrar de perto o que é ser uma pessoa determinada, justa e batalhadora.

Meu pai João, mesmo não estando presente fisicamente, sempre conosco em nossos corações.

Meus familiares: Miriam, Julinho, Juju, Dona Lourdes e meu avô Júlio por sempre estarem presentes comigo e me apoiarem em todas as etapas da minha vida.

Aos consagrados amigos do Mortis Cana e da República Oito & Oitenta por tornarem o clima mais leve e permitirem que a graduação fosse bem mais prazerosa do que eu imaginava ser possível.

E por fim, também gostaria de agradecer ao meu orientador Prof. Dr. Bruno Camilotto Arantes por ter acreditado em mim desde o começo do curso, ter sido uma enorme referência, ter me dado oportunidades para me desenvolver enquanto aluno e pessoa, além de toda a orientação e ajuda para a produção deste trabalho.

*Talvez eu seja tolo, talvez eu esteja cego  
Pensando que posso ver isso  
Ver o que está por trás  
Não tenho como provar isso  
Então, talvez eu esteja cego*

*Mas eu sou apenas humano, afinal  
Eu sou apenas humano, afinal  
Não ponha a culpa em mim  
Não ponha a culpa em mim*

*Dê uma olhada no espelho  
O que você vê?  
Você vê isso mais claro?  
Ou você está enganado  
No que você acredita?*

*Vintage Culture - Human*

## RESUMO

O presente trabalho aborda questões sobre o conceito e a aplicação do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Estuda-se a real abrangência do princípio na jurisprudência brasileira, além da polêmica relação com o instituto jurídico do Trânsito em Julgado. A construção da argumentação foi feita através da análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 152.752, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, além de alguns outros projetos de lei. O objetivo deste trabalho é buscar entender qual foi o papel do STF em relação à tamanha divergência da jurisprudência sobre a possibilidade de cumprimento de pena privativa de liberdade após a segunda instância de decisão. A metodologia utilizada foi o pragmatismo normativo. Ao ter se analisado essa sucessão de decisões, em um lapso temporal de pouquíssimos anos, foi possível se observar o nível da (in)segurança jurídica atual do país.

Palavras Chave: Presunção de Inocência; Trânsito em Julgado; Supremo Tribunal Federal; Constituição.

## **ABSTRACT**

This work addresses issues about the concept and application of the Constitutional Principle of Presumption of Innocence. It studies the real coverage of the principle in Brazilian jurisprudence, further the controversial relation with the legal institute of Res Judicata. The construction of the argumentation was made by the analysis of the votes of the Supreme Federal Court's ministers on Habeas Corpus n° 152.752 and ADC's 43, 44 e 54, beyond others bills. The main cause of this work is to try to understand STF's role in such a divergence of jurisprudence about the possibility of provisory execution of the sentence after the second instance of decision. The methodology used was the normative pragmatism. By looking through the succession of decisions, in a temporal lapse of just a few years, it was possible to observe the current level of legal (in)security in the country.

Key words: Presumption of Innocence; Res Judicata; Supreme Federal Court; Constitution.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal de 1988

HC – Habeas Corpus

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF-4 - Tribunal Regional Federal da 4ª Região



## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO:.....	9
2. PROPOSTA METODOLÓGICA:.....	10
3. CONHECENDO O CONCEITO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:.....	12
4. ARGUMENTAÇÃO DOS MINISTROS DO STF, NOS VOTOS DO HABEAS CORPUS nº 152.752:.....	14
4.1 Voto do ministro Edson Fachin: .....	14
4.2 Voto do ministro Alexandre de Moraes: .....	16
4.3 Voto do ministro Luís Roberto Barroso: .....	22
4.4 Voto da ministra Rosa Weber: .....	27
4.5 Voto do ministro Luiz Fux: .....	29
4.6 Voto da ministra Cármen Lúcia: .....	32
5. COMENTÁRIOS SOBRE A PEC 410/18:.....	35
6. PROJETO DE LEI ANTICRIME: .....	37
7. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54: .....	40
8. PERSPECTIVAS.....	45
9. CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS .....	49

## 1. INTRODUÇÃO:

Em 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Habeas Corpus (HC) n. 152.752, que tratava da liberdade do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O julgamento foi permeado por muitas polêmicas políticas e jurídicas, especialmente porque o STF não havia feito o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n. 43 e 44 que tratavam justamente da possibilidade do cumprimento da sentença penal, no caso pena de prisão, após decisão de segunda instância.

Esses julgamentos dizem respeito ao conteúdo do conceito de “Presunção de Inocência”<sup>1</sup> no plano do Direito Processual Penal e Constitucional, na medida em que estabeleceram a possibilidade de iniciar o cumprimento da pena após condenação em segunda instância interferindo, portanto, no direito fundamental a liberdade e no princípio do devido processo legal.

Um ano depois, em Novembro de 2019 o Plenário do STF finalmente julgou as ADCs 43, 44 e também a ADC 54 (distribuída em dezembro de 2018) e decidiu por 6 votos a 5 pelo entendimento constitucional do Princípio da Presunção de Inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição. Dessa forma, não permitindo o cumprimento de pena privativa de liberdade após a segunda instância de decisão, o que antes estava ocorrendo.

Essa decisão colocou fim, pelo menos por ora, em uma série de mudanças de entendimento que nossa corte suprema realizava ao longo dos últimos anos.

A pesquisa possui uma dimensão teórica que se relaciona com o conteúdo dos conceitos de “Transito em Julgado” e “Presunção de Inocência” e uma dimensão prática na medida em que pretende analisar as consequências concretas das referidas decisões na prática jurídica e na vida dos cidadãos.

O presente trabalho busca assim estudar o histórico dessas decisões e analisar o porquê de terem ocorrido.

Uma série de reflexões será feita, mesmo que não exista resposta para elas.

O problema proposto é: Qual foi o papel do Supremo Tribunal Federal em relação à tamanha divergência de decisões sobre o tema? Coibi-la ou legitimá-la?

---

<sup>1</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

## 2. PROPOSTA METODOLÓGICA:

Toda pesquisa que pretende alcançar um fim e respeita as etapas necessárias para chegar até lá, necessita de uma bússola, um ponto norteador, que guia os parágrafos e tópicos até o tão almejado objetivo final, essa é a proposta metodológica. Dá rumo à pesquisa, dita o percurso que esta irá levar, os caminhos as quais deve percorrer, é toda a estrutura de sustentação de um texto.

Resumindo, basicamente é se perguntar, por que se fez o que fez, por que esse rumo e não outro? Faz-se necessário introduzir essa breve explicação porque no presente texto desde o início o autor adotou uma proposta específica e seguiu nela até o final da pesquisa.

Importante salientar, inicialmente, que nesse trabalho não foram considerados os votos confirmatórios a respeito da HC nº 152.752, ou seja, aqueles que teoricamente concederiam o Habeas Corpus; nem 5 dos 6 votos confirmando as ADC's 43, 44 e 54 (veremos o porquê da exceção ao final do texto); e nem mesmo os argumentos de juristas que concordam com a tese do cumprimento de pena privativa de liberdade somente após o trânsito em julgado. Assim se fez, pois o autor previamente a elaboração do texto já acreditava em um posicionamento e intentou defendê-lo e confirmá-lo na pesquisa.

Sendo assim, tratando-se do mesmo posicionamento, se valer de ideias e argumentos que não os seus próprios, apenas facilitaria todo o processo e tiraria todo o árduo, intenso, penoso, porém prazeroso trabalho de pesquisa. Sem se respeitar todo o processo de partir de um pressuposto inicial e defendê-lo com unhas e dentes através de argumentação própria, o resultado atingido no final se torna grosseiro, defasado e desleal.

Portanto, em todo o texto o que se verá é a apresentação de argumentos defendendo o cumprimento de pena privativa de liberdade após a segunda instância e posteriormente a tentativa de sua refutação pelo autor. A intenção do projeto é a de apresentar teses demonstrando que o posicionamento constitucionalmente correto é aquele que reforça a necessidade do trânsito em julgado para o cumprimento de pena.

Também como proposta metodológica de pensamento e construção do texto se usa a perspectiva pragmática normativa de Brandon<sup>2</sup>, onde estar sujeito a atitudes normativas é ser capaz de conhecer e distinguir as propriedades e impropriedades de uma ação, sendo que essas atitudes conferem validade às performances dos sujeitos à proporção que as sancionam como corretas ou não.

---

<sup>2</sup> A ideia de Robert Brandon, filósofo estadunidense, através da concepção de Arantes, professor e autor brasileiro (ARANTES, Bruno Camilloto. Direito, democracia e razão pública. Belo Horizonte: D'Plácido. 2016, p.114).

Abordando um pouco mais sobre o pragmatismo, inicialmente ele se faz segundo Arantes<sup>3</sup>:

“Sobre a reinvidicação de que o conhecimento não só ocorre por meio da verificação das possibilidades reais de solução de um determinado problema, mas também na análise do conjunto de soluções e consequências práticas propostas a partir daquela questão. O pragmatismo pode ser compreendido como uma análise e reflexão tanto sobre um problema atual em determinada realidade quanto sobre as implicações (consequências) futuras da questão refletida”.

Ou seja, não se observará somente a constitucionalidade do cumprimento de pena privativa de liberdade após a segunda instância e o que isso implica para o conceito de Presunção de Inocência, porém se analisará também as consequências práticas desse entendimento e de como ele afeta a vida das pessoas.

---

<sup>3</sup> Ibid, p.84.

### 3. CONHECENDO O CONCEITO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:

Para se obter um melhor entendimento do objetivo proposto por este trabalho é necessário primeiramente entender o que significa o conceito da Presunção de Inocência, todas as suas características, implicações e consequências.

O princípio da Presunção de Inocência data inicialmente do século XVIII, advindo de muita luta e protestos; provém de um pedido da população em resposta a décadas de assassinatos, prisões e torturas a mando da Força Estatal exercida pelo monarca, sem quaisquer tipos de julgamentos dignos ou direitos aos acusados.

Desde então, ela vem sendo utilizada fortemente na grande maioria dos países, com poucas exceções, como em ditaduras por exemplo.

O princípio foi introduzido constitucionalmente no Brasil em 1988, contudo já fazia parte do entendimento jurídico nacional desde muito antes por estar presente em decretos e pactos os quais o país era signatário, tendo como exemplo a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica de 1969.

A Presunção de Inocência basicamente consiste em uma garantia jurídica aplicável a todas as pessoas, ela visa proteger o direito individual de cada um, garantindo principalmente a liberdade dos cidadãos ao exigir que em qualquer tipo de julgamento o acusado seja considerado inocente até que se prove o contrário.

Nas palavras de Bernardo Gonçalves<sup>4</sup>, Presunção de Inocência<sup>5</sup>, traduz-se em uma presunção constitucional da não culpabilidade, onde ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Já para o doutrinador José Afonso<sup>6</sup>, a respeito da consideração da presunção como princípio e sua abrangência:

“Considerar essa norma como um princípio simplesmente a anula, nada sobra dela. Não é possível otimizar algo que é binário: ou a presunção vale até o trânsito em julgado, ou não vale. Não há meio termo possível”,  
(SILVA, José Afonso)<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Possui graduação, mestrado e doutorado pela UFMG, é Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Professor de Constitucional da UFMG e da PUC.

<sup>5</sup>(GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2013) (p.444).

<sup>6</sup> Atualmente advogado, professor titular aposentado da USP.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso. Parecer – A consulta e questão de ordem. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf> Acesso em: 23 de novembro de 2021

Para constatar se esse conceito está sendo corretamente utilizado pela jurisprudência brasileira, o que prescreve o artigo 5º LVII da CF/88<sup>8</sup>, será feita uma análise crítica da argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram a favor da denegação no pedido de Habeas Corpus nº 152.752; de um dos 6 votos que julgaram precedentes as ADC's 43, 44 e 54; do Projeto de Emenda Constitucional 410/18<sup>9</sup> e do Projeto de Lei Anticrime do Ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro<sup>10</sup>. Todos esses dispositivos tratam a respeito do conceito da Presunção de Inocência. O Habeas Corpus foi solicitado pela defesa por acreditar que uma decisão do Superior Tribunal de Justiça descumpriu com o princípio; as ADC's que foram constituídas com o único fim de analisar essa questão; a PEC por almejar uma mudança no artigo correspondente ao conceito; e o projeto de lei buscando diversas mudanças no Código Penal e na Constituição, entre elas uma que dispõe sobre os dispositivos legais acerca da Presunção de Inocência.

---

<sup>8</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>9</sup>Da autoria do Deputado Alex Manente, apresentado em 27/03/2018. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=87C7B453B4BC22F3B7F51C00FF9AD1DC.proposicoesWebExterno1?codteor=1647784&filename=PEC+410/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C7B453B4BC22F3B7F51C00FF9AD1DC.proposicoesWebExterno1?codteor=1647784&filename=PEC+410/2018) Acesso em: 18 de maio de 2021

<sup>10</sup> Da autoria do Ex-Ministro da Justiça Sergio Moro. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf> Acesso em: 18 de maio de 2021

#### 4. ARGUMENTAÇÃO DOS MINISTROS DO STF, NOS VOTOS DO HABEAS CORPUS nº 152.752:

##### 4.1 Voto do ministro Edson Fachin:

O Excelentíssimo Senhor Ministro é o relator dessa sessão e abre a votação falando que no caso em questão, HC nº 152.752, não se discute o tema da execução provisória de sentença condenatória após 2º grau ou o tema da Presunção de Inocência em abstrato, e sim o caso concreto de que se houve ou não abuso de poder por parte do STJ ao denegar recurso à defesa do impetrante Luiz Inácio Lula da Silva:

Em outras palavras, o que está em questão, nesta ocasião, é o julgamento do ato indicado como coator, um ato concreto do STJ num caso específico. A partir do texto constitucional acima citado e da jurisprudência deste STF, a pergunta que emerge é: haveria no ato indicado como coator ilegalidade ou abuso de poder?<sup>11</sup>

Sua primeira estratégia argumentativa é citar diversos votos de ministros que já passaram pelo tribunal para estabelecer o entendimento de que aquele posicionamento seria o majoritário e que, portanto a decisão do STJ não poderia ter sido considerada ilegal ou abusiva:

Já o eminente Min. Jorge Mussi, assentou (grifei): “Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, esta Corte Superior de Justiça tem proclamado a legalidade e constitucionalidade da execução provisória da pena, afastando a alegação de ofensa ao princípio da Presunção de Inocência, conforme se observa dos seguintes julgados recentes oriundos de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção”.<sup>12</sup>

O Senhor Ministro segue com essa linha de raciocínio sem adentrar na questão de fato da Presunção de Inocência e suas peculiaridades, apenas discutindo sobre a questão técnica do STJ poder ter deferido ou não o recurso:

Já ao disciplinar o stare decisis segundo um enfoque vertical, prescreve o Código de Processo Civil: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;”<sup>13</sup>

Posteriormente, ele adentra no mérito da efetividade do sistema de proteção penal brasileiro, das diversas críticas perpetradas por cortes internacionais de direitos humanos e

<sup>11</sup> HC 152.752. Relator: Min Edson Fachin, julgado em 05/04/2018, publicado em Processo Eletrônico DJE nº 65, divulgado em 05/04/2018, publicado em 06/04/2018, p.1.

<sup>12</sup> Ibid,p.5.

<sup>13</sup> Ibid,p.6.

disso estar diretamente relacionado com um trânsito em julgado que faz com que processos cheguem até perto do prazo de sua prescrição e que, por conseguinte impeçam uma real proteção aos bens jurídicos e as vítimas em seus respectivos casos:

“O caso mais notório, julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, teve como autora Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte de seu marido, que tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas durante toda sua vida matrimonial. O Ministério Público ofereceu denúncia contra o agressor em 28.09.1984, porém passados dezessete anos da data dos fatos, sem que o Poder Judiciário brasileiro tivesse proferido uma sentença definitiva sobre o caso que se aproximava da prescrição, a Comissão condenou o Brasil, por reconhecer a ineficiência da proteção penal à vítima, a uma série de medidas que resultaram, por exemplo, na hoje conhecida Lei nº 11.340/2006. [...] A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos levou à condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, no caso Ximenes Lopes versus Brasil.<sup>14</sup>

Por fim, após apresentar esses e mais alguns outros argumentos, sempre optando por uma postura mais passiva e adentrando somente nos critérios técnicos do que significa o pedido de Habeas Corpus, ele chega a seu veredito final, optando pela denegação do HC.

Ao longo de todo seu voto, Edson Fachin comenta sobre a efetividade do processo penal, algo que não pode ser um argumento utilizado para contestar o que está previsto no artigo 5º, LVII da CF/88. Também comenta em seu voto sobre seguir a jurisprudência vigente do STF e que isso por si só seria o entendimento correto.

O ministro se esquece que de 2009 a 2016 o posicionamento da corte foi outro, o de que era necessário o trânsito em julgado para haver o cumprimento de pena privativa de liberdade. Ao haver um posicionamento que garante mais direitos e é mais abrangente em diversos quesitos, alterá-lo ao passo que se perde muitas dessas características, pode ser considerado um retrocesso. Isso fica ainda mais incoerente quando é feito com um Direito Fundamental.

A respeito disso, o próprio STF já definiu um parecer sobre a vedação ao retrocesso, no Recurso Extraordinário com Agravo 639337:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.)

---

<sup>14</sup> Ibid, p.7.



traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.<sup>15</sup>

Portanto, à medida que o voto de Fachin cede aos retrocessos supracitados, ele vai de encontro à Constituição.

#### **4.2 Voto do ministro Alexandre de Moraes:**

Em um voto curto, o Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes começa destacando a função social e jurídica do Habeas Corpus no ordenamento brasileiro, resguardar o direito fundamental de liberdade de locomoção, explicitado pelo inciso XLVII do artigo 5º da CF/88. Ele dá ênfase que este só deve ser usado se a eventual violência ou coação ao bem jurídico proveio em caso de ilegalidade ou abuso de poder no ato coator. Após essa introdução ele comenta sobre o que pede a defesa no caso:

Na presente hipótese, o paciente apontou como ato coator ilegal o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou habeas corpus, reconhecendo a inexistência de constrangimento ilegal por violação ao princípio da Presunção de Inocência, em face da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, pela ausência de efeito suspensivo dos mesmos (HC 434.766/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018).<sup>16</sup>

Logo em seguida, ele afirma que, não se está só julgando em abstrato a questão constitucional do caso, pois está se analisando também, se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça foi de fato um ato ilegal e abusivo. Essa fala do ministro serve para abrir terreno para sua argumentação, que de fato não estará pautada completamente na constitucionalidade da execução provisória da sentença condenatória em 2º grau, porém também na questão técnica do pedido de Habeas Corpus e na jurisprudência majoritária dos tribunais superiores sobre o assunto.

---

<sup>15</sup> Decisão que trata a respeito da educação infantil, da necessidade do Estado em matricula-las em creches. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22932599/recurso-extraordinario-com-agravo-are-639337-sp-stf> Acesso em: 20 de janeiro de 2021

<sup>16</sup> HC 152.752. Min Alexandre de Moraes, julgado em 05/04/2018, publicado em Processo Eletrônico DJE nº 65, divulgado em 05/04/2018, publicado em 06/04/2018, p.1.

Sem se delongar muito no voto e quase que como uma tentativa de precaução ele de anteparo já explicita a jurisprudência majoritária vigente sobre o assunto:

A decisão impugnada foi baseada integralmente em posicionamento atual e majoritário do Plenário dessa SUPREMA CORTE (HC 126.292/SP e ARE 964.246/SP), que, inclusive, é reforçado pelo tradicional posicionamento majoritário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nesses quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988.<sup>17</sup>

Posteriormente ele apresenta um argumento etário para seu posicionamento, de que a maior parte do tempo a jurisprudência do STF tendeu para a constitucionalidade da execução provisória da sentença condenatória após a 2º instância:

É importante ressaltar que, durante os 29 anos e 6 meses de vigência da Constituição, esse posicionamento – possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente majoritário em 22 anos e 6 meses. [...] Somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2016, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado.<sup>18</sup>

E também apresenta uma fala a respeito do número de ministros favoráveis a aquele posicionamento e o número de ministros contra:

Da mesma maneira, durante esses quase 30 anos de vigência da Constituição Federal, dos 34 (trinta e quatro) Ministros que atuaram na Corte, somente 9 (nove) Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. E, mesmo entre esses nove Ministros, quatro deles haviam, em posicionamento anterior, considerado constitucional a possibilidade de execução provisória.<sup>19</sup>

É necessário destacar que nenhum desses dois argumentos deve ao menos ser considerados jurídicos, visto que apenas enfatizam que na maior parte do tempo e a maior parte dos ministros mantiveram uma posição a favor do cumprimento de pena privativa de liberdade após o 2º grau, entretanto, não há nenhuma regra a respeito dos ministros seguirem ou não com a maioria, fora o ainda não compreendido nem totalmente definido princípio da colegialidade, que nem chega a ser regra, somente um “argumento” a ser utilizado em último caso quando não há mais meios jurídicos de se tentar defender uma tese. Ministros, desembargadores e juízes devem seguir o que acreditam ser o correto, fazendo sua devida interpretação da lei, e não agirem de acordo com o que a maioria da corte ou a sociedade pensam.

---

<sup>17</sup> Ibid, p.1.

<sup>18</sup> Ibid, p.3.

<sup>19</sup> Ibid, p.3.

Ele cita algumas súmulas do tribunal no qual atua, porém as duas datadas de mais de 15 anos atrás, onde desde então já houveram mudanças consideráveis do posicionamento sobre o tema:

SÚMULA 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

SÚMULA 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.<sup>20</sup>

Posteriormente sua argumentação parte para uma corrente jurídica que defende a efetividade ao máximo da Constituição, inclusive se necessário utilizando-se do sopesamento de princípios jurídicos para buscar um maior equilíbrio entre eles:

A interpretação constitucional deverá superar aparentes contradições entre os citados princípios por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e que prestigie o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário, garantindo-lhes a maior eficácia e aplicabilidade possível, pois, como salienta CANOTILHO, o intérprete deve:

“considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.<sup>21</sup>

Ele então explicita diversos princípios e o que seria necessário para concretizar a efetividade deles:

A eficácia do princípio da tutela judicial efetiva estará observada quando houver o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes (“direito de recorrer”), visando a assegurar a justa e imparcial decisão final e sua eficácia, após duas análises diversas da matéria fática e jurídica.

A eficácia do devido processo legal estará configurada quando presente sua dupla proteção individual, tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade – cuja supressão exige decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade competente (CF, art. 5º, LXI) –, quanto no âmbito formal, ao assegurar ao réu paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando a impedir o arbítrio do Estado.<sup>22</sup>

Para então argumentar que a efetividade do princípio da Presunção de Inocência não estaria diretamente correlacionada ao trânsito em julgado, a principal ideia de Moraes para instaurar qual seria seu parecer no Habeas Corpus:

---

<sup>20</sup> Ibid, p.4.

<sup>21</sup> Ibid, p.6.

<sup>22</sup> Ibid, p.6-7.

Por sua vez, a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional – princípio da presunção da inocência – estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da Presunção de Inocência tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (provas diabólicas); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena.<sup>23</sup>

Não obstante, que na verdade, o trânsito em julgado poderia atrapalhar a efetividade de outros princípios quebrando o esquema organizatório-funcional da Constituição:

Ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito as exigências básicas decorrentes do princípio da Presunção de Inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal – , seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da Presunção de Inocência, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justeza ou conformidade funcional, que aponta, como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário.<sup>24</sup>

E então, deixa de raciocinar somente no abstrato dos princípios para aplicar esse conceito no caso concreto do HC 152.752 e comentar sobre o que foi feito pelo TRF-4:

Exatamente o que ocorreu na presente hipótese, em que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região esgotou a possibilidade legal de análise probatória e, formando o “juízo de consistência”, afastou a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade e, de maneira fundamentada com a remissão da Súmula do próprio Tribunal, determinou o início da execução provisória da pena.<sup>25</sup>

Após comentar sobre a aplicação no caso concreto, ele chega ao fim de sua linha de raciocínio:

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais

---

<sup>23</sup> Ibid, p.8.

<sup>24</sup> Ibid, p.8.

<sup>25</sup> Ibid, p.9.

penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva.

A tutela judicial efetiva, com efeito, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.<sup>26</sup>

Além disso, ele fornece um último parecer sobre como manter a efetividade do princípio da Presunção de Inocência ao passo que mantém a constitucionalidade da mesma, dando assim conclusão a seu voto na HC nº 152.752, optando por denegá-lo:

As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da Presunção de Inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.<sup>27</sup>

O erro na argumentação do Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes é que ele a todo momento recorre ao argumento genérico da efetividade no processo penal, algo que é mais subjetivo do que de fato se pode quantificar, e caso não observado o contexto e as implicações provenientes, acaba por dizer o mesmo que absolutamente nada.

A efetividade jurídica ou efetividade no processo penal é utilizada por Moraes para descrever que, ao se aplicar o princípio da Presunção de Inocência em sua literalidade o resultado consiste em outros princípios não funcionarem na forma ao qual a constituição prevê. Esse argumento pode ser desqualificado somente se utilizando da legitimidade do Constituinte Originário que pensou em uma Constituição onde todos os princípios são capazes de “conviver” harmonicamente desde sua promulgação, ainda mais, um princípio classificado como Direito Fundamental, que no entendimento jurídico brasileiro tem como a única hipótese de alteração: expandir suas garantias e acrescentar grupos de direito que outrora não eram abrangidos. Altera-lo para fazer com que outros princípios sejam mais efetivos, o que nem se sabe se ocorreria de fato, seria não só descumprir com a vontade do Constituinte

---

<sup>26</sup> Ibid, p.10.

<sup>27</sup> Ibid, p.11.

Originário, entretanto também romper com toda a lógica jurídica que estrutura um conjunto de regras com o intuito da aplicação geral de todas elas, jamais pensando no detrimento de uma em relação à outra.

O ministro comenta que não haveria efetividade no processo penal ao permitir que as penas privativas de liberdade fossem executadas somente após o trânsito em julgado e que, por conseguinte as prisões diminuiriam, todavia os números dizem o contrário. Apesar da fala do ministro conduzir a uma ideia de um menor número de prisões e uma maior concepção de impunidade o que ocorre é justamente o oposto, atualmente vivemos com uma superlotação da população carcerária. O último relatório do Departamento Penitenciário Nacional<sup>28</sup> demonstra que o país tem um total de 667 mil presos, número que coloca o Brasil em terceiro lugar no ranking mundial de países com o maior número absoluto de encarceramentos, atrás apenas dos Estados Unidos e da China. E um número ainda mais alarmante, quase 70 mil presos ficaram em reclusão por mais de 180 dias antes da condenação em primeiro grau.

Por fim, o ministro afirma que está fazendo a vontade do povo, e que o povo pede por mais celeridade, mais punitivismo, mais prisões. Ainda que tudo o que a população pedisse fosse constitucional, sabemos bem dos saudosistas da ditadura, não cabe a um ministro do Supremo Tribunal Federal, alguém que não foi eleito e sim indicado, dizer o que o povo quer. Isso cabe somente ao legislativo, que eleitos como representantes do povo, podem indiretamente realizarem a sua vontade, e não ao judiciário, um poder que não foi pensado para tal propósito. Cabe apenas ao ministro votar com a devida interpretação que teve da lei, e não fundamentar suas decisões com base no que a população pede. O ativismo jurídico de querer mudar tudo e de se adentrar nas competências dos outros poderes não deve ser incentivado.

Alexandre de Moraes defende que é possível se fazer uma interpretação da lei a qual é possível uma prisão automática após a segunda instância. Entretanto é expressamente dito no artigo 5º, LVII da CF/88: LVII - ninguém será considerado culpado **até o trânsito em julgado** de sentença penal condenatória. Aos olhos do autor, uma interpretação da lei que não defende a ideia central de seu texto não é interpretação e sim uma recusa, uma contrariedade e até para o jurista mais benevolente seria no mínimo uma omissão. Portanto o voto do ministro na HC 152.752 pode, e deve ser considerado inconstitucional.

---

<sup>28</sup> Relatório disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJLTIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmLiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 22 de novembro de 2021

### 4.3 Voto do ministro Luís Roberto Barroso:

O Excelentíssimo Senhor Ministro Luís Roberto Barroso começa destacando a importância de julgar esse caso como outro qualquer independente do impetrante ser o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, isso se dá ao papel do tribunal ter a oportunidade de demonstrar mais uma vez que todos são iguais perante a lei, como dispõe o artigo 5º da Constituição Federal.

O Senhor Ministro assim como Fachin e Moraes de anteparo já inicia sua argumentação sustentando que o que estava em questão no HC não é o mérito da decisão que o TRF-4 está analisando, portanto não se cuida de revisar provas e fatos. O que se está em jogo de fato é averiguar se na decisão houve ou não abuso de poder ou ilegalidade no ato coator, a decisão do STJ. Sobre isso ele já responde previamente que não, pois o STJ estava defendendo posicionamento já firmado pelo STF. Porém, que mesmo assim é necessário se averiguar a legitimidade ou não do cumprimento de pena privativa de liberdade em 2º grau.

Ele divide sua linha argumentativa em três partes, cada uma contendo diversas subseções, na primeira delas, ele fala sobre o histórico da matéria, a maneira a qual ela estava sendo julgada anteriormente tanto na legislação quanto na jurisprudência:

Desde a promulgação do Código de Processo Penal, em 3.10.1941, sempre se admitiu a execução da pena após o julgamento em 2º grau, nos termos expressos do art. 637, que vige desde então e até hoje, com a seguinte dicção: “Art. 637. “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”. Como consequência, no caso de condenação em 2º grau, o próprio acórdão já determinava a expedição do mandado de prisão, sem aguardar embargos de declaração. [...] Esse entendimento prevaleceu até 2009, quando o STF modificou sua jurisprudência no HC 84.078, rel. Min. Eros Grau. O art. 637, todavia, não chegou a ser declarado inconstitucional ou, mais propriamente, não recepcionado.<sup>29</sup>

Sobre a jurisprudência:

De 1988 até 2009 – na verdade desde 1941 – sempre se entendeu possível a execução após a condenação em 2º grau. Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa” [...] Em 2016, por três vezes, o Supremo

<sup>29</sup> HC 152.752. Min Luís Roberto Barroso, julgado em 05/04/2018, publicado em Processo Eletrônico DJE nº 65, divulgado em 05/04/2018, publicado em 06/04/2018, n.p .

Tribunal Federal reverteu esse entendimento: no HC 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016; ao negar a cautelar nas ADCs 43 e 44, julgadas em 5.10.2016; e, por fim, em repercussão geral, NO ARE 964.246 mediante reafirmação de jurisprudência em Plenário Virtual, em 11.11.2016.<sup>30</sup>

Logo após ele adentra em mais uma subseção, na que talvez seja sua principal argumentação do voto e uma a qual outros ministros não fizeram, ele discursa a respeito da mutação constitucional:

Na ocasião, sustentei ter ocorrido o fenômeno da mutação constitucional, que significa a alteração do sentido e alcance de uma norma, tal como interpretada pela Suprema Corte, por uma de três razões: (i) mudança na realidade social, (ii) mudança na compreensão do direito ou (iii) pelos impactos negativos produzidos pelo entendimento anterior.<sup>31</sup>

E os motivos pelos quais acredita que se gerou a necessidade da mutação constitucional:

Destaco, a esse propósito, três impactos negativos do entendimento firmado a partir de 2009: a) Poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; b) Reforço à seletividade do sistema penal, tornando muito mais fácil prender menino com 100 gramas de maconha do que agente público ou privado que desvie 100 milhões; c) Descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, pela demora na punição e pelas frequentes prescrições, gerando enorme sensação de impunidade<sup>32</sup>

Para ilustrar esse fenômeno jurídico e os motivos que o geraram, o ministro cita alguns casos reais e o desfecho que tomaram:

O caso do jornalista: Um jornalista matou a sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, continuava em liberdade passados mais de dez anos do fato, vivendo uma vida normal. Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai da vítima narra: “Um dia eu liguei para a casa dele e disse: ‘Você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar o seu pescoço’. Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar R\$ 5 mil a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados”. Um sistema judicial que não funciona desperta os instintos de se realizar justiça pelas próprias mãos. Regrediríamos ao tempo da justiça privada.

O caso do jogador de futebol: Em dezembro de 1995, um conhecido jogador de futebol, saindo da balada, dirigindo seu Jeep Cherokee a 120 Km por hora na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio, provocou um acidente e a morte de 3 pessoas. Foi condenado em outubro de 1999 a uma pena de 4 anos e meio de prisão. Seus advogados entraram com nada menos do que 21 recursos,

---

<sup>30</sup> Ibid

<sup>31</sup> Ibid

<sup>32</sup> Ibid



apenas no STJ. E outros tantos no STF. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena. (Eu herdei o processo, não concordei com a decisão e o processo aguarda julgamento do Plenário). As famílias das três jovens vítimas do crime podem assisti-lo livre e feliz como comentarista de jogos de futebol na televisão. Um sistema judicial que não funciona faz a vítima e seus entes queridos sofrerem a dor da perda cumulada com a impunidade.<sup>33</sup>

Assim, ele conclui uma das três partes de sua argumentação e logo em seguida inicia falando sobre as teses jurídicas aplicáveis, nota-se que pelo título atribuído se tem a certeza de que os argumentos anteriores não eram de fato jurídicos, entretanto podem ser considerados argumentos históricos e sociais.

Ele fala primeiramente que a ordem constitucional brasileira não exige trânsito em julgado para a decretação de prisão, o que se exige seria uma ordem escrita da autoridade competente:

Confira-se a dicção do art. 5º, inciso LVII da Constituição: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Já o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. 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. A regra, portanto, é a reserva de jurisdição para decretação da prisão, e não o trânsito em julgado.<sup>34</sup>

Posteriormente, afirma que a Presunção de Inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplique na modalidade tudo ou nada e por ser um princípio, ela poderia ser ponderada com outros e também com valores constitucionais:

As normas jurídicas se dividem em duas grandes categorias: regras e princípios: Regras estabelecem condutas a serem observadas, são comandos definitivos, aplicáveis na modalidade “tudo ou nada”. Uma regra ou é cumprida ou é violada. Ex. Se a regra é “não roubarás” e o indivíduo roubar, a regra está violada; Princípios, ao contrário das regras, não descrevem condutas, mas apontam para estados ideais a serem alcançados, como justiça, dignidade humana, eficiência. São mandados de otimização dirigidos ao intérprete, que deve aplicá-los na maior extensão possível, levando em conta outros princípios e a realidade fática. Princípios, portanto, devem ser aplicados, em muitas situações, em harmonia, em concordância prática ou em ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais. Ponderar significa atribuir pesos, fazer concessões recíprocas e, no limite, realizar escolhas sobre qual princípio vai prevalecer numa situação concreta. Quais os princípios em jogo na presente discussão? De um lado, o princípio da inocência ou da não culpabilidade; de outro lado, o da efetividade mínima do sistema penal, que abriga valores importantes como a realização da

---

<sup>33</sup> Ibid

<sup>34</sup> Ibid

justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.<sup>35</sup>

Seu último argumento na parte das teorias jurídicas aplicáveis é o da ordem pública, algo que é no mínimo, discutível. A jurisprudência e a doutrina até hoje não chegaram a um consenso de fato sobre o que seria esse princípio:

Um dos fundamentos para a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, é a “garantia da ordem pública”. A credibilidade e respeitabilidade da justiça, por evidente, integram o conceito de ordem pública, que ficaria violada pela falta de efetividade do processo penal. A demora na aplicação das sanções proporcionais em razão da prática de crimes abala o sentimento de justiça da sociedade e compromete a percepção que a cidadania tem de suas instituições judiciais. Punir alguém muitos anos depois do fato, não realiza os principais papéis do direito penal, de prevenção geral, prevenção específica, retribuição e ressocialização.<sup>36</sup>

Para finalizar sua linha de raciocínio ele propõe uma análise de números coletados nos últimos anos a respeito de recursos extraordinários e outros fatores quantitativos, mais uma vez um outro argumento que não é jurídico:

Segundo os dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, referente ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, foram apresentados 25.707 recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal. Desse total, o percentual de recursos acolhidos foi de 2,93%, abrangendo tanto os recursos providos em favor da defesa quanto da acusação. Quando se vai verificar o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, o número cai para 1,12%. Quando se vai examinar o percentual de absolvições, ele é de irrisórios 0,035% dos casos. Vale dizer: em mais de 25 mil recursos extraordinários, houve tão somente 9 (nove) casos de absolvição. Os outros casos de provimento se referiam à substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa (o que é relevante, pois afeta a liberdade), mudança de regime, progressão de regime, dosimetria e prescrição. Ao tema da prescrição se voltará mais adiante. Veja-se, então, em resumo: aguardar-se o trânsito em julgado do recurso extraordinário produz impacto de 1,12% em favor da defesa, sendo que apenas 0,035% de absolvições. Subordinar todo o sistema de justiça a índices deprimentes de morosidade e ineficiência para produzir este resultado é uma opção que não passa em nenhum teste de razoabilidade ou de racionalidade. [...] Diante desses dados, é ilógico, com todas as vênias de quem pensa diferentemente, moldar o sistema em função da exceção, e não da regra.<sup>37</sup>

E fala também sobre a prescrição das penas:

De acordo com os números do Superior Tribunal de Justiça, no período de dois anos pesquisado, 830 ações penais desaguaram em extinção da punibilidade por prescrição. Pesquisa artesanal que pedi que fosse feita no

---

<sup>35</sup> Ibid

<sup>36</sup> Ibid

<sup>37</sup> Ibid

meu gabinete, via sistema de “e-decisão”, apurou pelo menos 116 casos de reconhecimento de prescrição, no julgamento de recursos extraordinários e agravos em recurso extraordinário. Vale dizer: num intervalo de 2 anos, quase mil casos prescreveram, depois de haverem movimentado por muitos anos o sistema de justiça. Não é preciso ser muito sagaz para constatar que os grandes beneficiários da prescrição são aqueles que têm dinheiro para manipular o sistema com recursos procrastinatórios sem fim.<sup>38</sup>

Após todos esses argumentos, jurídicos ou não, o ministro chega ao fim de seu voto e conclui:

Por todas essas razões, defendo a manutenção da linha adotada por este Tribunal, em virada jurisprudencial que contribui para desfazer a exacerbada disfuncionalidade do sistema penal brasileiro. Reitero que não estou me manifestando sobre a culpabilidade ou inocência do impetrante do habeas corpus. Não li a decisão de 1º grau nem tampouco a decisão de 2º grau. Li apenas a decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. E nela não vejo qualquer ilegalidade ou abuso de poder. Por essas razões, denego a ordem.<sup>39</sup>

Analisando o voto do ministro Barroso, pode se ver que ele é um dos mais robustos do HC. Destaca diversos temas, entre eles o histórico do entendimento jurídico da questão. O ministro fala mais uma vez sobre como a maior parte do tempo a jurisprudência tendeu para um lado diverso do proposto no pedido, porém não dá muita ênfase ao fato de que durante nove anos ela foi outra. Isso deve ser colocado em pauta.

Também fala sobre a mutação constitucional<sup>40</sup>, que a sociedade e os órgãos jurídicos evoluíram e que o entendimento antes dado a aquele princípio hoje não é mais adequado. Entretanto, ele faz isso se valendo do argumento do clamor social, da “Voz das ruas”. Em suas próprias palavras: “Descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, pela demora na punição e pelas frequentes prescrições, gerando enorme sensação de impunidade”. A mutação constitucional pode ser feita se observando uma mudança na realidade social após um longo passar de tempo, mas jamais porque momentaneamente a sociedade assim pediu.

Além disso, a mutação constitucional, só é válida quando aplicada em uma lei ou artigo que deem brecha e espaço para tal, o que não ocorre no caso específico por ser expressamente definido: “ninguém será considerado culpado **até o trânsito em julgado** de sentença penal condenatória”. De acordo com a lição de Jane Reis Gonçalves Pereira<sup>41</sup>:

---

<sup>38</sup> Ibid

<sup>39</sup> Ibid

<sup>40</sup> Forma de alteração do sentido do texto, sem, de fato afetar sua escrita. É uma alteração do significado do texto, que é adaptado para a nova realidade jurídica.

<sup>41</sup> Professora Associada de Direito Constitucional na UERJ e Juíza Federal. É doutora em Direito Público pela UERJ e Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio.

[...] a principal crítica que cabe opor à tese da mutação é a de que, em verdade, ela subverte o texto da Constituição, dando-lhe um sentido completamente diverso do que deflui do texto. Sendo a mutação um processo informal de mudança de significado sem alteração do dispositivo, é intuitivo que só pode ocorrer nas hipóteses em que o texto interpretado é dotado de certo grau de abertura e indeterminação.<sup>42</sup>

Outro ponto defendido por Barroso é de que o não cumprimento da pena privativa de liberdade em 2º grau seria uma afronta à ordem pública. Mas o que de fato é ordem pública?

Esse conceito possivelmente é o mais subjetivo de todos os princípios jurídicos, até hoje não foi definido com clareza e dado o certo contexto pode ser aplicado para justificar basicamente qualquer coisa. Ao se utilizar de um “argumento” tão subjetivo e inacabado assim, o voto de Barroso perde forças e principalmente credibilidade frente a outros entendimentos jurídicos mais aprofundados e já totalmente compreendidos.

#### **4.4 Voto da ministra Rosa Weber:**

A Excelentíssima Senhora Ministra começa seu voto perguntando: Afinal o que está em mesa para ser apreciado por este plenário?

Ela primeiramente destaca alguns casos passados e decisões tomadas previamente pela Suprema Corte para então destacar um ponto usando as palavras do relator Edson Fachin:

“ato concreto do STJ apontado como coator e tido como configurador de ilegalidade ou abuso de poder, em um caso específico”, a ser apreciado à luz do art. 5º, inciso LXVIII, da Carta Constitucional, segundo o qual, relembro, conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.<sup>43</sup>

Ela pontua inicialmente que a aceitabilidade e respeito das decisões proferidas pela corte muitas vezes chamadas de antidemocráticas não podem assim ser consideradas, pois o conceito da democracia não se relativiza com a simples prevalência majoritária contemporânea, pois necessita de sempre lutar pela defesa dos Direitos Fundamentais. Também afirma que as decisões muitas vezes resolvidas em maioria apertada não passam uma noção de legitimidade. Todavia, mesmo assim uma corte eleita por suas atribuições técnicas e não por voto é extremamente necessária para manter a democracia em qualquer tipo de governo.

<sup>42</sup>(PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: a expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Ano 4, n. 13, 2009)

<sup>43</sup> HC 152.752. Min Rosa Weber, julgado em 05/04/2018, publicado em Processo Eletrônico DJE nº 65, divulgado em 05/04/2018, publicado em 06/04/2018, p.5.

A ministra comenta que devido ao fato de um tribunal ser reconhecido como uma instituição, a simples mudança de composição do mesmo não seria considerada um fator suficiente para a alteração da jurisprudência. Rebatendo a críticas de que por ter mudado a composição dos ministros a jurisprudência também deveria ter mudado.

A respeito do alcance e da função de uma suprema corte, afirma concordar com a posição do famoso jurista Ronald Dworkin<sup>44</sup>: O julgador, diante do caso concreto, não pode jamais abrir mão de buscar a resposta que prescreve aquilo que ele chama de integridade do Direito, a tese da resposta correta.<sup>45</sup>

Talvez sua principal posição em seu voto seja:

Meu pleno conhecimento de que o Plenário é o locus adequado para, externando cada julgador sua posição pessoal, serem revisitados temas e acaso alterada a jurisprudência da Corte, tal como aconteceu tanto no HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, em 2009, como no HC 126.292, Rel. o querido e saudoso Min. Teori Zavaski. Aliás, ao afirmar que os juízes e tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial a que vinculados, o art. 927, V, do CPC define tais colegiados como lugar apropriado para que eventual revisão jurisprudencial se opere legitimamente. Esta compreensão é corroborada pelo art. 927, § 4º, do CPC, que, a seu turno, delimita condições para a revisão da jurisprudência.<sup>46</sup>

Durante todo seu voto a ministra se preocupa mais em demonstrar o papel de um jurista e não em adentrar de fato na questão debatida no Habeas Corpus; também remete diversas vezes ao ainda não totalmente compreendido princípio da colegialidade para poder explicar o porquê de seu voto ser a favor do cumprimento da pena de restritiva de liberdade em 2º grau sendo que previamente havia defendido o outro lado da tese.

A colegialidade serve para garantir segurança jurídica, onde os ministros optam por não confirmarem sua posição individual e votar pelo que acreditam ser o resultado que trará segurança jurídica ao tribunal e será a posição defendida pela maioria. O que é no mínimo conflitante, um voto ser dado a uma ideia quando o ministro fala que sua posição é justamente a oposta:

Importante pontuar, por fim, o meu entendimento de que a decisão judicial deve se apoiar não nas preferências pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade. A interpretação judicial da lei, nesse sentido, “deve refletir não apenas suas convicções sobre justiça (...) – embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade

---

<sup>44</sup> Ronald Myles Dworkin foi um filósofo, jurista e estudioso do direito constitucional dos Estados Unidos.

<sup>45</sup> HC 152.752. Min Rosa Weber, julgado em 05/04/2018, publicado em Processo Eletrônico DJE nº 65, divulgado em 05/04/2018, publicado em 06/04/2018, p.17.

<sup>46</sup> Ibid, p.17.

e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.”[18] – lição de Dworkin.<sup>47</sup>

Por fim, a ministra cita alguns casos em que o tribunal optou por defender o mesmo posicionamento e assim conclui seu voto, denegando o Habeas Corpus 152.752.

O principal argumento da Senhora Ministra Rosa Weber em todo o seu voto foi o do princípio da colegialidade, sobre isso, cabe dizer que não é algo completamente entendido pelo judiciário brasileiro, não se sabe ainda se é algo legítimo e que, portanto não pode ser utilizado como a tese central de alguma decisão.

Na opinião pessoal do autor deste artigo, um juiz, desembargador, ministro ou qualquer pessoa que esteja em posição de defender uma tese ou gerar uma decisão, não o deveria fazer segundo a opinião de uma maioria, mas sim do entendimento ao qual ele mesmo acredita e deseja defender, após fazer sua devida interpretação conforme a lei, obviamente.

Após o término de uma palestra sobre o tema da Presunção de Inocência, em conversa direta com Antônio Carlos de Almeida Castro (Kakay)<sup>48</sup>, como é popularmente conhecido o criminalista brasileiro, ele afirmou:

“O voto da ministra Rosa Weber é incompreensível, pois afirmou que nas ADC’s ela votaria pelo mérito como favorável, mas que no caso sendo um julgamento coletivo iria votar pela maioria, isso se torna um voto incongruente, ninguém entendeu o voto e o porquê dele”.

#### **4.5 Voto do ministro Luiz Fux:**

O Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux começa seu voto analisando primeiramente a questão técnica do Habeas Corpus para depois julgar o mérito do caso:

Ao mesmo tempo, o Supremo Tribunal Federal segue, de forma pacífica, a orientação de que não lhe cabe julgar habeas corpus de decisão liminar proferida em idêntico remédio constitucional em curso nos tribunais superiores, conforme o enunciado nº 691 da Súmula desta Corte, verbis : [n]ão compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. In casu, não ressaí teratologia ou flagrante ilegalidade da decisão que negou o pedido de liminar na instância a quo. Ao contrário: o Superior Tribunal de Justiça, ao indeferir o pedido de liminar (e, posteriormente, denegar a ordem no mérito), aplicou a

<sup>47</sup> Ibid, p.18.

<sup>48</sup> Antônio Carlos de Almeida Castro, popularmente conhecido como Kakay, é um notório advogado criminalista brasileiro. Já defendeu diversos governadores, deputados e senadores. É o autor da ADC 43 citada previamente e de extrema importância para este projeto.

jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, proferida em sucessivas decisões plenárias: HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki; ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki (em sede de repercussão geral); ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio (em sede de medida cautelar).<sup>49</sup>

Ao se deparar com o mérito da questão ele afirma previamente que o entendimento vigente do STF era sobre o cumprimento de pena privativa de liberdade em 2º grau e cita o acórdão da decisão onde essa posição foi exarada.

Posteriormente, ele começa a debater sobre a hermenêutica das normas e de o porquê do trecho de lei “ninguém será considerado culpado” presente no artigo 5º, LVII, da CF/88 necessariamente não dever ser levado à literalidade:

“A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida aforma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal no texto.”<sup>50</sup>

O que ele quis transparecer através de diversas citações de Miguel Reale<sup>51</sup>, Canotilho<sup>52</sup>, entre outros, é que a literalidade das regras nem sempre é o único requisito necessário para sua clareza e total aplicação de fato, é necessário um processo de interpretação e cotejamento com outras normas do ordenamento jurídico.

Posteriormente, fala sobre a interpretação de um princípio dentro de um sistema, e que a Presunção de Inocência deve ser analisada em conjunto com outros fatores e princípios jurídicos. Comenta sobre como nos casos onde o Constituinte Originário entendeu conferir imunidade a prisão, esse o fez expressamente, e que por esse fato se a intenção fosse de impedir a prisão antes do trânsito em julgado, teria sido feito previamente:

Mais do que isso, verifica-se que o mesmo art. 5º, em que está prevista a garantia da Presunção de Inocência, estabelece duas normas que contemplam a possibilidade de prisão anteriormente ao trânsito em julgado da condenação. A única exigência é de que a decisão seja emitida por autoridade judiciária competente e esteja devidamente fundamentada, como se extrai dos incisos LIV e LXI, cujo teor reproduzo: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de

---

<sup>49</sup> HC 152.752. Luiz Fux, julgado em 05/04/2018, publicado em Processo Eletrônico DJE nº 65, divulgado em 05/04/2018, publicado em 06/04/2018, p.7.

<sup>50</sup> Ibid, p.12.

<sup>51</sup> Foi um jurista, advogado, político, filósofo, professor universitário de Filosofia do Direito e reitor da USP.

<sup>52</sup> Jurista português, doutor em direito pela Universidade de Coimbra, onde é professor. Sua obra serviu como inspiração para a Constituição Federal Brasileira de 1988.

transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. A leitura dos dispositivos constitucionais, analisados em conjunto, autoriza concluir que a Presunção de Inocência não proíbe a execução da pena de prisão imposta em acórdão condenatório proferido por órgão colegiado do Poder Judiciário.<sup>53</sup>

Seu último argumento é concernente à delimitação do sentido do Artigo 5º, LVII, CF/88, a recondução da presunção jurídica à noção de dispensa de prova e a análise econômica do direito, onde o ministro fala a respeito do alcance do princípio da Presunção de Inocência. A resposta é que o acusado não pode ser obrigado a provar sua inocência, ou seja, garantir que o ônus da prova caiba à acusação e não à defesa.

O princípio da Presunção de Inocência como regra processual, deve se dividir em dois diferentes aspectos: Como regra de tratamento, em que a pessoa é considerada inocente durante todo o processo; e como regra probatória que proíbe à acusação de produzir provas ilícitas e obriga a produzir provas suficientes para mudar o status inicial do acusado de inocente para culpado. O ministro aborda um pouco mais sobre isso usando uma citação de Luiz Flávio Gomes<sup>54</sup>:

“o princípio da Presunção de Inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante ao banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar”.<sup>55</sup>

A melhor interpretação para o princípio da Presunção de Inocência seria então aquela que garante ao acusado que ele não seja obrigado a produzir prova contra si mesmo, não seja obrigado a se recolher em prisão para interpor recursos e que tenha direito a absolvição em caso de dúvida razoável quanto a harmonia dos fatos apresentados pela acusação. Não podendo também ser interpretado em desfavor do acusado o seu silêncio ou falta de prova alegando sua inocência.

Ele também pontua que é necessário falar sobre a Ordem Econômica, pois a sucessão de recursos sem a devida necessidade e de forma somente a atrasar a justiça e impedir a pena acaba por gerar efeitos devastadores para a normatividade jurídica e a prestação jurisdicional.

---

<sup>53</sup> HC 152.752. Luiz Fux, julgado em 05/04/2018, publicado em Processo Eletrônico DJE nº 65, divulgado em 05/04/2018, publicado em 06/04/2018, p.15.

<sup>54</sup> Professor, Jurista, Deputado Federal por São Paulo e Membro da CCJ. Foi Delegado, Promotor de Justiça e Juiz de Direito

<sup>55</sup> HC 152.752. Luiz Fux, julgado em 05/04/2018, publicado em Processo Eletrônico DJE nº 65, divulgado em 05/04/2018, publicado em 06/04/2018, p.47.



Finalmente, o ministro Fux conclui que se deve então permanecer com a jurisprudência vigente do STF sobre o assunto, afirmando que o princípio da Presunção de Inocência não se confunde com garantia de imunidade à prisão decorrente de condenação. E, por conseguinte assim ele denega o Habeas Corpus.

Se analisando afundo o voto do ministro Fux, ele passa por várias vertentes, a da jurisprudência vigente do STF, algo que nesse artigo já foi rebatido, mas também fala da hermenêutica, do encaixe do princípio em um sistema e da Ordem Econômica, vamos aos fatos.

Sobre a Hermenêutica<sup>56</sup>, ela é de fato muito importante para todo o entendimento do direito, muito se deve a ela, deve ser sempre considerada e observada, porém em um inciso tão literal quanto é o LVII do artigo 5º, não é possível sua aplicação a um nível que trará outro entendimento além daquele previamente expresso.

Fux também fala sobre como o princípio da Presunção de Inocência deve ser interpretado segundo um sistema de outros princípios, porém esquece que sempre foi assim, todo princípio é pensado para funcionar em um sistema, pois foi promulgado assim como todos os outros, na mesma data de publicação. No momento em que o Constituinte Originário estava criando a Constituição, já se pensava que um princípio teria de “conviver” harmonicamente com todos os outros, portanto isso por si só, não é um requisito capaz de sustentar uma mudança no entendimento.

Sobre a Ordem Econômica cabe falar que sim, realmente é importante reduzir custos em um judiciário tão caro quanto é o brasileiro (o mais caro do mundo segundo algumas estatísticas), entretanto, não cabe a um ministro tentar mudar isso simplesmente por força de lei, ou no caso, força de decisão, é algo que melhor precisa ser analisado, interpretado, revisto em todos os seus níveis, por um longo período de tempo e por pessoas inclusive fora do Direito, para só então, se decidir uma estratégia de atuação para tentar corrigir o problema.

#### **4.6 Voto da ministra Cármen Lúcia:**

A última a votar, e tendo o voto de minerva, a Excelentíssima Senhora Ministra vota por denegar o pedido de Habeas Corpus, desempatando a decisão que estava em 5 a 5 e assim decidindo até aquele momento (2018) pela manutenção do cumprimento de pena privativa de liberdade atribuída ao ex-presidente Lula.

---

<sup>56</sup> Hermenêutica é um ramo da filosofia que estuda a teoria da interpretação.

A Senhora Ministra começa reiterando que diversas vezes o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de votar sobre o cumprimento de pena privativa de liberdade após a 2ª instância e o posicionamento previamente entendido foi o da legitimidade desse ato.

Ela defende que a prisão antes do trânsito em julgado não deve ser considerada inconstitucional, pois é proferida por órgão de autoridade competente, respeitando assim o devido processo legal.

Afirma que o não cumprimento da pena após a 2ª instância levaria a uma não efetividade do sistema penal da maneira o qual ele foi proposto, fazendo com que diversos outros princípios perdessem o efeito e que, por conseguinte quebraria com todo o ordenamento e fluxo jurídico; o ministro Barroso também defende um posicionamento parecido.

Relembra que todos devem ter seu direito a um devido processo legal resguardado: Tribunal previamente estabelecido, lei previamente definida, porém que o impasse do trânsito em julgado não seria uma afronta a isso.

Comenta que às vezes até um réu confesso deixa de cumprir pena devido ao entendimento previsto do Artigo 5º, LVII, CF/88 e que isso não faz o menor sentido, reiterando que as pessoas devam cumprir por seus crimes.

Cármen Lucia acompanha o relator e assim denega o pedido de Habeas Corpus, dando fim a esse julgamento pelo STF.

É necessário se destacar que: Na função de presidente da corte e tendo o voto de minerva no pedido de HC, se esperava um voto muito mais completo, robusto, detalhado e explicativo vindo de Cármen Lúcia, e o que se encontrou foram somente alguns argumentos repetidos. Na maior parte de seu curto voto, ela repete diversos argumentos anteriormente mencionados como o do posicionamento vigente do STF sobre o assunto, a efetividade penal e concorda muito com a fala do ministro Barroso. Opta por denegar o HC e assim conclui o caso.

Em conversa obtida com o famoso criminalista Antônio Carlos de Almeida Castro (Kakay), foi perguntado:

Você enxerga a decisão do STF no HC nº 152.752 assim como a morosidade em julgar as ADC's 43 e 44 como parte do jogo político e não como uma questão jurídica de fato? Devido principalmente ao fato do STF geralmente preceder o controle direto de constitucionalidade sobre o controle difuso, o que não ocorreu no caso em questão.

E ele então respondeu que:

”Certamente criou-se um jogo político muito mais do que jurídico, essa questão das ADC’s tinha que ser decidida lá no início, quando julgamos em setembro as liminares – da ADC 43-, deveria ser julgado ainda naquele semestre o mérito, nada justificava o não julgamento. Infelizmente quem detém a pauta é o presidente do Supremo e não a pauta feita colegiadamente, inclusive é uma das críticas que tenho feito nos últimos tempos. A Cármen Lúcia por uma questão política certamente resolveu não colocar em pauta e dividiu o Supremo, isso foi extremamente negativo. Nós não podemos ficar dependentes de quem é a pessoa que está presidindo, se fosse o Marco Aurélio teria sido levado, se fosse o Lewandowski, o Celso de Mello. Como nós achávamos que tínhamos chance de ganhar, eles não levaram pra não perder no mérito, no meu ponto de vista é sem dúvida uma questão que tem conotação política, não política partidária, mas política institucional.”

## 5. COMENTÁRIOS SOBRE A PEC 410/18:

No Projeto de Emenda Constitucional 410 do ano de 2018 (arquivada desde 2019) o deputado federal Alex Manente do Partido Popular Socialista em conjunto com outros deputados, propôs a alteração do inciso LVII do art. 5º da CF/88 para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação da sentença penal condenatória em grau de recurso.

A PEC propõe a seguinte alteração:

Art. 1º O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 5º LVII – ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso. (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Para fazer a justificativa do voto, o deputado Alex Manente faz uma retomada do passado político nacional e de como a ditadura retirou direitos dos brasileiros através dos AI – Atos Institucionais<sup>57</sup>-, que melhor seriam chamados atos inconstitucionais. Devido a esse passado sombrio a Constituição de 1988 veio para realmente garantir direitos, porém após 30 anos de seu ato originário, o momento social brasileiro mudou.

Ele acredita que as instituições hoje funcionam perfeitamente, que há autonomia nos poderes e que não há influência externa. Contudo, acredita que o entendimento da Presunção de Inocência se esgotar somente após todo o trânsito em julgado tira a independência dos magistrados de instâncias inferiores. Ademais, consolidaria a desconfiança da população brasileira para com as instituições políticas.

Afirma que o princípio da Presunção de Inocência já estaria sendo resguardado no devido processo penal e que, portanto o trânsito em julgado não seria necessário, uma vez que após o grau de recurso, 2º instância, já não mais se discute fatos ou provas, somente questões relacionadas à matéria de direito.

O Projeto de Emenda Constitucional obteve 177 assinaturas confirmadas e atualmente está arquivada nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

---

<sup>57</sup> Normas de natureza constitucional produzidas entre 1964 e 1969 pelos governos militares.

Para ilustrar ainda mais o que representa essa PEC, o artigo dos professores de Direito Constitucional Alexandre Bahia<sup>58</sup>, Marcelo Cattoni<sup>59</sup> e Diogo Bacha e Silva<sup>60</sup> a respeito do tema se faz muito benéfico.

Eles afirmam que a PEC parte de uma concepção equivocada de que o Direito possa ser separado em “questão de direito” e “questão de fato”. Toda decisão jurídica considera os dois fatores e um leva ao outro, não seria possível assim se falar que após a 2º instância se esgota a questão dos fatos do caso específico.

A PEC inverteria com o ônus argumentativo, ao fazer com que o acusado tenha que comprovar sua inocência após o segundo grau, e não o acusador, quebrando assim completamente com o princípio do devido processo legal.

Atentam também à clara intenção punitivista do projeto, e das consequências devastadoras para a democracia brasileira que a aprovação do mesmo poderia trazer.

Nas palavras dos autores:

A Presunção de Inocência, assim, não pode ser objeto de ponderação, pois sua relativização destruiria o seu próprio sentido normativo de proteção. Afinal, ninguém é “mais ou menos” não culpado até que “mais ou menos” se prove o contrário.<sup>61</sup>

A PEC 410/18, portanto é inconstitucional por abolir direitos e garantias individuais indo contra o artigo 60 da Constituição Federal de 1988. A alteração de um Direito Fundamental só pode ser feito no caso de sua expansão, de torná-lo mais diverso e abrangente, não é o que ocorre aqui, onde vários grupos de direito perderiam uma proteção as qual lhe fora previamente dada, o de ser considerado inocente até o trânsito em julgado.

No caso de aprovação da PEC uma ADI deveria ser impetrada o mais rápido possível.

---

<sup>58</sup> Graduado em Direito pela UFMG. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito "Novos Direitos, Novos Sujeitos", da UFOP. Professor Adjunto na Universidade Federal de Ouro Preto e IBMEC-BH.

<sup>59</sup> Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Mestre e Doutor em Direito (UFMG).

<sup>60</sup> Graduado em Direito pela Universidade Vale do Rio Verde de Três Corações e mestrado em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

<sup>61</sup> Sem presunção de inocência, PEC 410/2018 é inconstitucional Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/opiniao-presuncao-inocencia-pec-410-inconstitucional> Acesso em: 29 de abril de 2021

## 6. PROJETO DE LEI ANTICRIME:

A respeito do anteprojeto de lei proposto pelo ex-ministro da justiça Sérgio Moro, falaremos somente sobre o primeiro dos quatorze setores estabelecidos pelo ex-ministro. Apesar dos outros treze merecerem uma análise mais aprofundada, eles não dizem respeito ao propósito principal desse trabalho, discutir sobre o princípio da Presunção de Inocência.

Em todo o anteprojeto de lei, Moro destaca o propósito do respectivo setor em negrito e em seguida todos os artigos que seriam alterados em caso da aprovação do projeto. Logo no primeiro setor, ele aborda sobre “Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância”.

O ex-ministro propôs alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal como:

“Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. § 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação. § 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada.” Artigo do Código de Processo Penal.

“Art. 50. A multa deve ser paga dentro de dez dias depois de iniciada a execução definitiva ou provisória da condenação. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz da execução penal pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais”. Artigo do Código Penal.

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” Artigo da Lei de Execução Penal.

O intuito de Moro se mostra absurdo não só pela má organização e exposição de seus setores, das mudanças às quais ele pretende fazer, porém principalmente pela sua falta de conhecimento legal ao propor alterações em um nível jurídico infraconstitucional que surtiriam efeitos em um artigo da Constituição Federal, algo que vai totalmente contra a lógica-normativa do Direito.

Não obstante esse fato, também é possível se perceber falhas estruturais e até mesmo paradoxais dentro do referido anteprojeto de lei:

“A proposta do ex-juiz é, para dizer o mínimo, uma desconsideração com o STF, já que as referidas ADCs (43,44,54), que tratam da matéria, ainda serão julgadas pelo Supremo. Não é demais martelar que o princípio da Presunção de Inocência insculpido no título que trata dos direitos e garantias fundamentais da Constituição constitui cláusula pétrea que não pode ser alterada nem mesmo por emenda constitucional. Note-se que o próprio projeto, ao admitir, ainda que excepcionalmente, a possibilidade do tribunal “deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação” (parágrafo 1º do art. 617 da redação do projeto) e, de igual modo, tanto o STF (Supremo Tribunal Federal) como o STJ (Superior Tribunal de Justiça) poderá “atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial”, acaba por reconhecer que as decisões, mesmo as proferidas na 2ª instância, estão sujeitas a serem modificadas pelos tribunais superiores”. (ISAAC YAROCHEWSKY, 2019)<sup>62</sup>

Como bem aponta Lenio Luiz Streck:

“É legítimo que se pense, que se discuta, que prender antes do trânsito em julgado é moralmente bom, politicamente adequado, o que for; mas quem se dispõe a participar do jogo de linguagem que é o Direito não pode perder de vista que parte das regras constitutivas do jogo é a Constituição. E não devemos esquecer que a presunção da inocência é uma questão constitucional e não uma “questão de lei ordinária”.<sup>63</sup>

Para Antônio Carlos de Almeida (Kakay):

O projeto anticrime é um projeto de encarceramento, não há visão estrutural da realidade brasileira, ele não leva em consideração os programas sociais para melhorar a condição de quem já está preso e leva a uma proposta de um encarceramento quase que em massa. Se ocorrer essa permissividade para prender, haverá um número ainda maior de presos o que resultará em um colapso na estrutura de encarceramento do Brasil.<sup>64</sup>

O anteprojeto de lei acabou sendo aprovado em Dezembro de 2019, porém apenas parcialmente. Já após ter “perdido” diversos de seus artigos na Câmara dos Deputados e no Senado, ao ser sancionado pelo presidente Jair Bolsonaro, perdeu mais 25 artigos.

---

<sup>62</sup> ISAAC YAROCHEWSKY, Leonardo. A presunção de inocência, o STF e o Projeto Moro. Disponível em: <https://www.prerro.com.br/a-presuncao-de-inocencia-o-stf-e-o-projeto-moro/>. Acesso em: 23 de novembro de 2021

<sup>63</sup> STRECK, Lenio Luiz. O "pacote anticrime" de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros> Acesso em: 14 de outubro de 2021

<sup>64</sup> Em conversa obtida com o jurista em 18 de Junho de 2019.

Terminando assim, para fins únicos dessa pesquisa, sem valor a ser considerado, já que nenhum dos artigos concernentes ao tema desse projeto permaneceram no texto final da lei.



## 7. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54:

Em 7 de novembro de 2019, o STF julgou conjuntamente as ADC's 43,44 e 54, onde julgou procedente a ação para atribuir ao artigo 283 do Código de Processo Penal o entendimento já previsto na Constituição, definindo assim que: “Ninguém poderá ser preso em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”; basicamente garantindo o sentido real da presunção de inocência, qual seja: o trânsito em julgado.

As ADC's 43 e 44 foram propostas em 2016 e a ADC 54, ajuizada em 2018. A ADC 43 foi ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), atualmente Patriota, e busca o reconhecimento da higidez constitucional do art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei nº 12.403/2011.

Já a ADC 44, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB também busca a declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, à luz do art. 5º, LVII da Constituição.

Por fim, a ADC 54 proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) possui o mesmo fim das ADC's supracitadas.

Em razão do julgamento em conjunto, toda a argumentação utilizada se deu para os três textos, não havendo vírgula de diferença entre eles, somente apenas o encarte próprio de cada uma em sua respectiva ADC.

Dessa forma, no presente trabalho também analisaremos as três ADC's em conjunto.

No HC nº.152.752 os ministros que votaram contra o entendimento da prisão após a segunda instância foram: Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, novamente os excelentíssimos ministros permaneceram com o mesmo entendimento, porém no julgamento das ADC's houve uma única, porém impactante alteração: A ministra Rosa Weber voltou atrás em seu posicionamento e passou a adotar o posicionamento de que a prisão só pode ocorrer após o trânsito em julgado.

É sobre o voto dela que vamos nos adentrar.

Os vencidos nas ADC's: Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, mantiveram o mesmo posicionamento do HC, trazendo os mesmos argumentos anteriores acrescidos de pequenas alterações argumentativas que não são necessárias serem retrabalhadas aqui, uma vez que o essencial de seus votos já foi analisado e

comentado. Faz-se necessário agora comentar sobre o que mudou: Por que e como a ministra Rosa Weber alterou seu voto e mudou totalmente o jogo do aspecto prisional brasileiro.

Pois bem, sem mais delongas, vamos à decisão da Excelentíssima Ministra:

Inicialmente, ela faz votos aos demais ministros e também garante a legitimidade das ações em voga, além da legitimidade do STF para julgá-la; após faz uma breve menção ao HC nº 152.752 e comenta que apesar de que muitas vezes as decisões da corte aparentam ser impopulares e até mesmo antidemocráticas, todas elas são feitas a fim de se resguardar o Estado de Direito.

Posteriormente, ela passa a análise do mérito da ação:

Ela inicia dizendo que compete ao STF: “a função de interpretar a legislação e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país” (WEBER, 2019).<sup>65</sup>

Após, parte direto para o cerne da questão: “A questão que se apresenta – e a singeleza da enunciação contrasta com a complexidade do seu desate –, é tão-somente saber se o art. 283 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011, mostra-se ou não constitucional” (WEBER, 2019).<sup>66</sup>

Ao contrário de seu voto no HC nº 152.752, a ministra Rosa Weber não faz rodeios, vai direto ao ponto e desde o início de sua argumentação já define o parecer que irá adotar:

“Optou, todavia, o Constituinte de 1988 não só por consagrar expressamente a presunção de inocência, como a fazê-lo com a fixação de marco temporal expresso, ao definir, com todas as letras, queiramos ou não, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória. Repito, in verbis: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>67</sup>

Após, Weber faz um histórico de todas as decisões que tangiam o tema, fazendo inclusive citações a decisões pré-Constituição Federal de 1988.

“Já o Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, apresentado em 07.6.1987, erigia expressamente o trânsito em julgado como ponto de inflexão da presunção de inocência, ao adotar a seguinte redação: “Considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>68</sup>

Dessa forma ela tenta embasar seu argumento em: além das questões jurídicas de fato, também o aspecto histórico do tema. O que nos chama a atenção é que: Por ser meramente um

---

<sup>65</sup> ADC 43. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 07/11/2019, publicado em 07/11/2019, p. 136.

<sup>66</sup> Ibid, p.138

<sup>67</sup> Ibid, p.139

<sup>68</sup> Ibid, p.140

fator de pesquisa e de colheita das decisões, era algo plenamente possível de já ter sido feito no julgamento do HC supracitado em 2018, porém a Excelentíssima Ministra não o fez. O motivo? Não sabemos.

A ministra prossegue fazendo inúmeras citações de acórdãos passados, sem retornar de fato à argumentação própria por tempo considerável.

Posteriormente, ela tenta defender seu posicionamento de 2018, que foi muito comentado e até gerou certa polêmica, principalmente a respeito de seu argumento sobre o princípio da colegialidade:

Conforme já afirmei mais de uma vez nesta Corte, compreendido o Tribunal como instituição, entendo que a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural. Daí minha postura de, ao exercício da jurisdição constitucional, como regra manter a jurisprudência da Corte, ressalvadas as situações de necessária atualização. A segurança jurídica consiste em um valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. A imprevisibilidade é, por si só, elemento capaz de degenerar o direito em arbítrio.<sup>69</sup>

Em seguida, ela explica mais detalhadamente seu posicionamento de indeferir o HC nº 152.752:

Ao fundamentar o indeferimento do HC 152752/PR na INVIABILIDADE DE REPUTAR ILEGAL, ABUSIVO OU TERATOLÓGICO ACÓRDÃO firmado na compreensão majoritária do STF, ainda que não a minha –, afirmei expressamente que a revisita ao tema, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, se haveria de fazer no locus apropriado para tanto, justamente o do presente julgamento, a saber, em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade de leis, do mérito das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54 à época já ajuizadas.<sup>70</sup>

Além disso, Weber comenta que à época já desejava decidir da maneira como agora faz (no sentido do trânsito em julgado), porém que só não o fez, pois considerava e ainda considera que por meio de um Habeas Corpus não é o momento pertinente para tal. Em razão disso, aguardou mais de um ano para conferir seu real entendimento ao imbróglio.

Posteriormente, ela se questiona sobre qual seria o real conteúdo da Presunção de Inocência e faz um levantamento histórico:

“Em sua vertente moderna, o princípio da presunção de inocência tem seu berço histórico na Inglaterra. A adoção desde cedo, já a partir do século XIII, naquele país do julgamento pelo Júri levou à discussão acerca da avaliação crítica das provas e dos standards probatórios apropriados para uma condenação criminal. Passando por diversos critérios, chegou-se ao já

---

<sup>69</sup> Ibid, p.162.

<sup>70</sup> Ibid, p.166.

conhecido standard da “prova acima de qualquer dúvida razoável” (“beyond any reasonable doubt”).<sup>71</sup>

Pouco tempo depois, retoma o mesmo standard jurídico do beyond any reasonable doubt com uma menção ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e lembra que nele dispõe que: "para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável".

Em seguida, a ministra encerra seu argumento dessa vez fazendo uma indagação sobre qual seria o real sentido do trânsito em julgado:

“O trânsito em julgado é o momento do processo em que a decisão adquire, como predicado, o caráter de definitividade ao passar à situação jurídica conhecida como coisa julgada. Nas palavras de Barbosa Moreira: “Por “trânsito em julgado” entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) Tal momento é aquele em que cessa a possibilidade de impugnar-se a sentença por meio de recurso”.<sup>72</sup>

Por fim, conclui seu voto:

“O direito processual penal tem como norte a maior das garantias constitucionais, que é a observância, na tutela constitucional da liberdade, do devido processo legal. A Constituição assegura, expressamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Uma vez adotado, pelo legislador infraconstitucional, marco normativo que, longe de a ela se contrapor, visa a assegurar a máxima efetividade da garantia constitucional da presunção de inocência, e guarda com a Lei Fundamental absoluta consonância, não pode o intérprete da norma constitucional ceifar-lhe o potencial humanizador”.<sup>73</sup>

Rosa Weber ao julgar procedentes as ADC's para garantir a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação conferida pela Lei nº 12.403/2011 muda completamente o paradigma jurídico brasileiro ao garantir nova jurisprudência da Suprema Corte nessa polêmica e duradora questão (apesar de não ser a última a votar os outros ministros já haviam deixado bem claro que permaneceriam com o mesmo posicionamento do HC nº 152.752).

O que mais chama atenção para seu voto é a ministra comentar que sempre pretendeu votar assim, só não considerava que em um Habeas Corpus ela poderia/deveria assim fazer. Entre o HC supracitado e a decisão das ADC's se passou mais de um ano (e poderia ter passado muito mais); nesse tempo muitas pessoas poderiam ter continuado aguardando o

---

<sup>71</sup> Ibid, p.177.

<sup>72</sup> Ibid, p.185.

<sup>73</sup> Ibid, p.186.

trânsito em julgado de seus processos em liberdade e gerado certa redução nos presídios brasileiros.

Em razão disso, há de que se perguntar: Até que ponto detalhes meramente técnicos superam o mérito de uma questão? É preferível seguir com uma formalidade que poderia ser superada (5 ministros do STF assim entenderam) ou seria melhor garantir certa segurança jurídica ao país no passo em que não se altera um posicionamento tão importante todos os anos? Fica a dúvida.

## 8. PERSPECTIVAS

Se valendo da perspectiva pragmática, que analisa as consequências práticas das soluções apresentadas e não só o conjunto de soluções em si, chegamos a dois cenários completamente opostos dependendo de qual entendimento a respeito da Presunção de Inocência se mostrar o adotado pela jurisprudência nacional num futuro ainda não mensurado.

O primeiro deles, em uma realidade onde o posicionamento seja o da legalidade do cumprimento de pena privativa de liberdade após segunda instância, possíveis consequências seriam:

As pessoas passariam a ser presas após a segunda instância e não após o trânsito em julgado, o que só aumentaria a já sobrecarregada população carcerária no Brasil. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional<sup>74</sup>, o país possuía em 2020: 667 mil pessoas presas, ou seja, 50% a mais que o número de vagas permitido e planejado nas prisões; e o quantitativo da terceira maior população carcerária do mundo, somente ficando atrás dos Estados Unidos e da China.

Mais prisões superlotadas e violência dentro dos presídios, menos segurança para a família dos presos e principalmente o mais caótico, o princípio da dignidade humana, o qual o Brasil necessita sempre defender, praticamente extinto para essas pessoas.

A dignidade humana não existe para os brasileiros em situação de regime prisional, eles passam por situações degradantes, humilhantes e violentas todos os dias do tempo que estão cumprindo pena, o que demonstra mais uma inconstitucionalidade do Estado, pois está disposto no artigo primeiro, inciso terceiro da CF/88 que: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana.

É esse o cenário que poderia acontecer com esse entendimento do STF sobre a desnecessidade do trânsito em julgado para o cumprimento de pena.

Já no cenário oposto, em caso do posicionamento permanecer como sendo necessário o trânsito em julgado para o cumprimento de pena:

Ocorreria certo desafogamento da população carcerária nacional, isso seria positivo ao passo que ajudaria a manter o número pensado e em padrões dignos de condenados nos presídios, o que facilitaria o cumprimento da finalidade preventiva da pena, de fazer com que

---

<sup>74</sup> Relatório disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJLTHlOWItZjYwY2ExZjBiMWNmLiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MUYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 22 de novembro de 2021

o sujeito após o período enclausurado regresse a sociedade, se ressocialize, tenha uma vida digna com sua família e permaneça afastado da vida dos crimes.

Alguns afirmariam que esse cenário geraria uma insegurança muito grande para a população, mas a realidade é que muitos desses presos foram condenados por crimes de tráfico<sup>75</sup>, não envolvendo qualquer tipo de violência. Outro fato a se considerar é de que o Estado necessitaria se preparar para receber de volta essas pessoas na sociedade, já que muitas delas passaram muito tempo cumprindo sua pena, mesmo que de maneira provisória.

Dessa forma, o Estado deveria então criar mais vagas de emprego, pensando até mesmo em cotas exclusivas para regressos do sistema prisional, além também de cursos de capacitação e especialização profissional, para que assim essas pessoas de fato possam regressar à sociedade e viver uma vida digna.

Lembrando é claro que: o que foi descrito aqui é apenas uma suposição de possíveis cenários, ou seja, nada impede que algo completamente diferente do narrado aconteça, visto que se trata da realidade de pessoas e do futuro, apenas a ocorrência dos fatos e o tempo poderão dizer se estes relatos serão cumpridos de fato ou não.

---

<sup>75</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-traffic-de-drogas.ghtml> Acesso em: 23 de maio de 2021

## 9. CONCLUSÃO

Após todo o debate acerca do princípio da Presunção de Inocência, da análise detalhada da argumentação presente no Habeas Corpus nº 152.752, da PEC 410, do Projeto de Lei Anticrime e das ADC's 43, 44 e 54, se pode chegar a algumas constatações:

A primeira delas é de que a necessidade do trânsito em julgado para o cumprimento de pena ainda é um tema muito polêmico e independentemente de qual entendimento o Supremo Tribunal Federal tenha no futuro, não será unanime em outras instâncias, nem mesmo na própria Corte Suprema. Não é possível chegar a uma conclusão que agrade a todos e é justamente por isso que se deve buscar o posicionamento ao qual a Constituição prevê. Já que nenhuma interpretação é unânime, aquela pretendida pelo Constituinte Originário ganha novamente mais força sobre as demais.

A segunda constatação é de que o tema em questão é de extremo interesse do Judiciário e do Legislativo, pois a cada dia que passa novos dispositivos legais estão surgindo sobre o assunto e as instâncias superiores de justiça estão tendo que constantemente julgar casos correlacionados ao princípio da Presunção de Inocência.

Porém, a principal constatação que podemos ter, são na verdade indagações sobre o jogo jurídico/político brasileiro. Há de que se levantar as dúvidas:

Por que questões tão simples geram tanto embate dentro do Supremo Tribunal Federal?

Por que certos ministros parecem querer ignorar o que está disposto em nossa Constituição Federal?

Até que ponto formalismos jurídicos superam o mérito de uma ação e fazem diversas pessoas ficarem reclusas da sociedade por mais de um ano quando poderiam estar em liberdade?

A partir de que momento a questão sai do campo jurídico e entra no aspecto da política institucional?

O STF está preocupado com a (in)segurança jurídica em nosso país?

O autor não tem a resposta para nenhuma das dúvidas supracitadas, apenas quis levantá-las.

Por fim, pela inconsistência encontrada nos votos apresentados neste trabalho e suas sustentações não conclusivas, os obstáculos legais tanto para a PEC 410/18 quanto para projetos de lei futuros sobre o assunto, faz-se imprescindível afirmar mais uma vez que: O cumprimento de pena privativa de liberdade só pode ser executado após o trânsito em julgado.



Qualquer posicionamento diferente deste deve ser considerado inconstitucional. Entender isso é simples, objetivo e eficaz.

É necessário sempre se questionar o pensamento jurídico vigente, a maneira ao qual se enxerga o Direito, para que assim possamos sempre garantir o respeito à nossa Constituição. Isso é o mínimo que um jurista deveria fazer, contudo, infelizmente muitos parecem não se importar e têm o prazer de reiteradamente infringir nossa lei maior.

## REFERÊNCIAS

ARANTES, Bruno Camilloto. Direito, democracia e razão pública. Belo Horizonte: D'Plácido. 2016

BAHIA, A.; BACHA E SILVA, D.; CATTONI, M. Sem Presunção de Inocência, PEC 410/2018 é inconstitucional Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/opiniaopresuncao-inocencia-pec-410-inconstitucional> Acesso em: 29 de abril de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342> Acesso em: 28 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 44. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598> Acesso em: 28 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888> Acesso em: 28 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo ARE 639337. Relator: Min Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22932599/recurso-extraordinario-com-agravo-are-639337-sp-stf> Acesso em: 20 de janeiro de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, publicado em 05/02/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292. Relator: Min. Teori Zavascki, Plenário, publicado em 17/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752. Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 05/04/2019, publicado em Processo Eletrônico DJE nº 65, divulgado em 05/04/2018, publicado em 06/04/2018.

Cadastro Nacional de Presos: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0>. Acesso em: 23 de maio de 2021

Crimes de tráfico no Brasil. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml> Acesso em: 23 de maio de 2021

Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlLTllOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 22 de novembro de 2021

GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2013

ISAAC YAROCHEWSKY, Leonardo. A Presunção de Inocência, o STF e o Projeto Moro. Disponível em: <https://www.prerro.com.br/a-presuncao-de-inocencia-o-stf-e-o-projeto-moro/>. Acesso em: 23 de novembro de 2021

PEC 410/18 – Projeto apresentado pelo deputado Alex Manente disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=87C7B453B4BC22F3B7F51C00FF9AD1DC.proposicoesWebExterno1?codteor=1647784&filename=PEC+410/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=87C7B453B4BC22F3B7F51C00FF9AD1DC.proposicoesWebExterno1?codteor=1647784&filename=PEC+410/2018) Acesso em: 18 de maio de 2021

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: a expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Ano 4, n. 13, 2009)

Presos Provisórios. Disponível em:

<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/em-um-ano-percentual-de-presos-provisorios-cai-no-brasil-e-superlotacao-diminui.ghtml> Acesso em: 14 de outubro de 2021

Projeto de Lei Anticrime - Da autoria do Ex-Ministro da Justiça Sergio Moro. Disponível em:

<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf> Acesso em: 18 de maio de 2021

SILVA, José Afonso. Parecer – A consulta e questão de ordem. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf> Acesso em: 23 de novembro de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O "pacote anticrime" de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros> Acesso em: 14 de outubro de 2021